



UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

ISSN: 2147-8376

SAYI: 15 • HAZİRAN 2020

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ
Altı Ayda Bir Yayımlanan Ulusal Hakemli Dergidir

*

Sahibi / Owner

Hicabi DURSUN
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör / Editor

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editor in Chief

Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu / Editorial Board

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Çetin AKKAYA
Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi

Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

*

Yayın Yönetim Merkezi / Publication Management Center

Ahlathıbel Mahallesi İncek
Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59
Web: dergi.uyusmazlik.gov.tr - www.uyusmazlik.gov.tr

*

Tasarım / Design

SATA REKLAM
0312 468 72 82

Baskı / Print

GİRİŞİM MATBAASI
Basım yeri: Ankara
Basım tarihi: Haziran 2020
Yıl: 8 Sayı: 15

*

ISSN: 2147-8376

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ YAZIM KURALLARI VE YAYIN İLKELERİ

1. Uyuşmazlık Mahkemesi dergisi, ULAKBİM tarafından taranan ve “Hakemli Dergi” statüsünde altı ayda bir yayımlanan, çift-kör hakem değerlendirmesinin uygulandığı bir dergidir.
2. Daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
3. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir ve dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde kullanılamaz.
4. Makalenin hangi sayıda yayımlanacağını Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu’nun yetkisindedir.
5. Makaleyi Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu’nun izni olmadan geri çekilemez.
6. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
7. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto Palatino Linotype karakteriyle, dipnotlar 8 punto Palatino Linotype karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
8. “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde telif ücreti ödenir.
9. Yayımlanması talep edilen makalelerin www.uysmazlik.gov.tr veya www.dergi.uysmazlik.gov.tr adresi üzerinden gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca derginin elektronik versiyonuna da bu adreslerden erişilebilir.
10. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında aşağıdaki bilgiler bulunmalıdır: *Ad-soyad, ünvan, çalışılan kurum, telefon, e-posta ve yazışma adresi bilgileri.
11. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadedi olmalıdır.
12. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller Chicago sitili kullanılarak düzenlenmelidir. Chicago hakkında daha fazla bilgi için lütfen https://owl.purdue.edu/owl/research_and_citation/chicago_manual_17th_edition/cmos_formatting_and_style_guide/chicago_manual_of_style_17th_edition.html internet sitesini ziyaret ediniz.
13. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmalıdır.
14. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
15. Eserlerin sonunda Chicago referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi

İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Neziğ KÖK

Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Prof. Dr. Atila ÖZER

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Faruk AŐICIOĞLU

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gürçan ALTUN

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Türk Alman

Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi Ve Teknoloji Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Metin GÜNDAY
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nasi ASLAN
Çukurova Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Prof. Dr. Nur CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pervin SOMER
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR
Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Rauf KARASU
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Salih CENGİZ
İstanbul Rumeli Üniversitesi Sağlık
Hizmetleri Meslek Yüksekokulu
Prof. Dr. Selami KURAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selma ÇETİNER
İstanbul Gedik Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
TED Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER
İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Prof. Dr. Yüksel METİN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Prof. Dr. Ziya AKINCI
Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Doç. Dr. Devrim AYDIN
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi
Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay 13. Dairesi Üyesi
Doç. Dr. İlke GÖÇMEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İştahar CENGİZ
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sinan BAYINDIR
Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Rifat Murat ÖNOK
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi



İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Araştırma Makaleleri

Arş. Gör. Dr. Özge ARPACI

Die dreifache Schadensberechnung bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten und Persönlichkeitsrechten in Deutschland, Geschichte und aktuelle Probleme

(Almanya'da Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Kişilik Haklarına Aykırılık Halinde Uygulanan Üç Kat Tazminat Hesaplama Yöntemi, Tarihi ve Güncel Sorunları) 1-44

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA

Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Geçici Uygulanması

(The Provisional Application of International Law Agreements) 45-68

Dr. Öğr. Üyesi Ömür AYDIN

Serbest Seçim Hakkı ve Kişinin

Siyasal Etkinliklerinin Kısıtlanması Sorunu

(Right to Free Elections and the Problem of Restriction on the Political Activity of the Person) 69-96

Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI

Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa'nın 40/2. maddesi)

The Obligation to Indicate Legal Remedies, Authorities and the

Time Limits of Applications In State Proceedings

(Article 40/2 of the Constitution) 97-122

Prof. Dr. Ebru CEYLAN

Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri

(Unfair Commercial Practices and Examples

of Practice in Consumer Law) 123-147



Prof. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN

UAD İnan/ABD Davası İhtiyati Tedbirler

Kararının Prima Facie Yetki Açısından Değerlendirilmesi

(The Analysis of the ICJ's Order on Provisional Measures

in Iran v. USA Case in Terms of Prima Facie Jurisdiction)..... 149-194

Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDEM

Dr. Öğr. Üyesi Ülgen ASLAN DÜZGÜN

Kırgız Cumhuriyeti Yargı Sistemi

(Judicial System of the Republic of Kyrgyz)..... 195-227

Dr. Öğr. Üyesi Cemil GÜNER

Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme

Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk

(Applicable Law to the Non-Contractual Liability Arising

from the Damage Caused by Artificial Intelligence) 229-272

Dr. Öğr. Üyesi Abdülhamid Oğuzhan HACIÖMEROĞLU

Paya Dayalı Kitle Fonlamasında Kamuyu Aydınlatma

(The Public Disclosure on Equity Crowdfunding)..... 273-307

Abdullah ÖMEROĞLU

Kişilik Haklarının Alkaya-Türkiye Davası

Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması

Hukukuna Göre İncelenmesi

(An Analysis of Personal Rights with respect to Personal

Data Protection Law and in the Context of Alkaya v. Turkey Case)..... 309-342

Dr. Bahadır Bumin ÖZARSLAN

Arap Baharı Sürecinde Türkiye'nin Suriye'ye

Yönelik Askerî Harekâtlarının Hukukî Temeli

(The Legal Basis of Turkish Military Operations to Syria

in the Process of Arab Spring)..... 343-375



Dr. Özge ÖZSOY

Avrupa Birliği Markası Olarak Sloganlar

(Slogans as European Union Trademarks).....377-400

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği

(Legal Character of Asserting Imperfect Obligation)401-421

Arş. Gör. Dr. Burcu YAĞCIOĞLU

*Türk Medeni Kanunu m. 722 vd. ile Kadastro Kanunu
m. 19/II Hükümleri Çerçevesinde Muhdesat Kavramı ve
Muhdesatı Oluşturan Kişinin Hukuki Talepleri*

*(Notion of the Innovation (Muhdesat) and Legal Requests of the
Person that Created It within the Framework of Articles 722 et. al
of the Turkish Civil Law and Article 19/II of the Cadastre Law)423-481*

Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT-YÜKSEL

Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri

(The Effects of Druptive Technologies to Bodily Harms)483-538

Derleme Makaleleri

Gökhan ÇINAR

Dönme Cezası (TBK 179/3)

(Resolution Penalty) (TCO 179/3)539-560

Tuğba TURGUT DEMİRTAŞ

Yargısal Etik Kurallarının Uygulanmasına Bir Örnek:

Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargısal Etik Kodu

A Model for Practice of Judicial Ethic Rules: International

Criminal Court Code of Judicial Ethics561-572



Av. Dr. Yakup KORKMAZ

***Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması
Bağlamında Beden Mahremiyeti***

(Privacy of Body in the Context of Protection of

Private Life as Patient's Right).....573-598

Lisansüstü Tez Bitirme Makaleleri

Yusuf Erdem MİRHANOĞULLARI

***Taşınmaz Simsarı Sözcümesinde Simsarı
ve İş Sahibinin Hukuki Durumu***

(Legal Status of the Agent and the Contract Giver

In the Real Estate Brokerage Contract)599-619

Mehmet Beyhan SEÇKİN

Geza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları

(Rights of Victim and Complainant in Criminal Procedure)621-664



DIE DREIFACHE SCHADENSBERECHNUNG BEI DER VERLETZUNG VON IMMATERIALGÜTERRECHTEN UND PERSÖNLICHKEITSRECHTEN IN DEUTSCHLAND, GESCHICHTE UND AKTUELLE PROBLEME

*(Almanya'da Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Kişilik Haklarına
Aykırılık Halinde Uygulanan Üç Kat Tazminat Hesaplama Yöntemi,
Tarihi ve Güncel Sorunları)*

Arş. Gör. Dr. Özge ARPACI¹

ABSTRAKT

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der dreifachen Schadensberechnung bei der Verletzung von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im Zusammenhang mit ihrer Geschichte und aktuellen Problemen in Deutschland. Hauptsächlich ist die Aufgabe dieser Arbeit, sich mit der Bedeutung -besonders Bereicherungsrecht (Lizenzanalogie) und die Geschäftsführung ohne Auftrag (Herausgabe des Verletzergewinns)-, der geschichtlichen Entwicklung und den rechtlichen, praktischen und aktuellen Problemen der dreifachen Schadensberechnung im Rahmen der schadensrechtlichen Anspruchsrechtsgrundlagen des BGB auseinanderzusetzen. Die dreifache Schadensberechnung ist durch das RG und denBGHim Immaterialgüterrecht schon lange eine anerkannte Methode zur Schadensbemessung. Aber letztlich ist die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung auf die Schutzwirkung des Persönlichkeitsrechts zurückzuführen. Der konkrete Schaden ist wegen der Schwierigkeiten des Nachweises und der Bezifferung des Schadens bei Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im Bereich nicht von großer Bedeutung. Deswegen entwickelten heutzutage zwei Liquidationsalternativen -Lizenzgebühr und Gewinnherausgabe- weiter. Bezugnehmend auf die Theater-Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts hat sich die dreifache Schadensberechnung zum ersten Mal in der „Ariston“-Entscheidung (1895) begründet. Wie gezeigt, besteht diese Schadensberechnungsmethode seit über einem Jahrhundert, trotzdem sind die dogmatischen Grundlagen der dreifachen Schadensberechnung noch umstritten. Daneben gibt es immer noch ungelöste und klärungsbedürftige Fragen und aktuelle Probleme zum Thema.

Schlüsselwörter: Schadensberechnungsarten, Immaterialgüterrechten, Persönlichkeitsrechten, Lizenzanalogie, Herausgabe des Verletzergewinns.

1 Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ozg_ozgun@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7871-7819



ÖZ

İlgili çalışma, Alman Hukuku'nda fikri ve sınai mülkiyet hakları ile kişilik haklarına aykırılık halinde uygulanmakta olan üç kat tazminat hesaplama yöntemine, bu yöntemin tarihine ve güncel sorunlarına ilişkindir. Bu çalışmanın amacı, öncelikle üç farklı tazminat hesaplama yönteminin (özellikle lisans kıyaslama ve zarar verenin kazancının iadesi yöntemlerinin) tanımını, kapsamını, tarihi gelişimini ve güncel problemlerini belirlemektir. Konuya ilişkin yapılan açıklamalar, Alman Medeni Kanunu'nun tazminata ilişkin hükümlerinin perspektifinden yapılmıştır. Üç kat tazminat hesaplama yöntemi, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi tarafından fikri ve sınai mülkiyet haklarına aykırılık halinde, tazminatın hesaplanmasında uzun zamandan beri kullanılan bir yöntemdir. Ancak ilgili hesaplama yöntemi, son zamanlarda kişilik haklarının korunmasında da kullanılan yeni bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada, üç kat tazminat hesaplama yöntemleri arasında yer alan „somut hesaplama yöntemi“, delil sunma zorluğu ve zararın boyutunun rakamla ifade edilememesi güçlüğü nedeniyle, ilgili hakların korunmasında önemli bir rol oynayamamaktadır. Bu sebepten ötürü, tazminatın somut hesaplama yönteminden ziyade „soyut hesaplama yöntemi (lisans kıyaslama ve zarar verenin kazancının iadesi yöntemleri)“ günümüzde daha yaygın kullanılmakta ve bu yöntem halen gelişmeye devam etmektedir. Üç kat tazminat hesaplama yöntemi, ilk olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1877 tarihli „Theater“ isimli kararının da etkisiyle verilen 1895 tarihli „Ariston“ isimli kararında ortaya çıkmıştır. Görüldüğü üzere, fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunmasında kullanılan ilgili hesaplama yöntemi, yüz yılı aşkın bir süredir uygulanmasına rağmen, kapsamı halen tartışmalıdır. Bununla birlikte, ilgili hesaplama yöntemine ilişkin çözülemeyen ve açıklanmaya gereksinim duyan sorular ve güncel problemler halen bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tazminat Hesaplama Yöntemleri, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, Kişilik Hakları, Lisans Kıyaslama Yöntemi, Zarar Veren Kazanç İadesi.



EINLEITUNG

Nach der ständigen Rechtsprechungen² des RG und BGH hat der

- 2 Vgl. ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, Reinhard: **Bereicherung durch Eingriff (das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschliesslichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 598 ff.; RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 ff.-Ariston, für weitere Informationen: WELKE, Wanja Andreas: **Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts, zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, zugleich eine Analyse von exemplary (punitive) damages**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008, S. 121 f.; JANSSEN, Andre: **Präventive Gewinnabschöpfung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; STOLL, Carsten: **Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts**, Köhler-Druck, Tübingen, 2000, S. 18 ff.; NEUWALD, Jost: **Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung**, Bönecke Druck, München, 1968, S. 117 f.; HELMS, Tobias: **Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, S. 222 ff.; SCHWEERS, Stefan Christian: **Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers**, Köln, 2006, S. 84 f.; RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 ff.-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.; BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, Michael: **Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter**, Konstanz, 2004, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, Katharina: **Konflikte zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 1, 2 I GG und der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG in der Werbung mit Prominenten, Immaterialgüterrecht: Das Verhältnis von geistigem Eigentum und Menschenrechten**, Ibidem Verlag, Stuttgart, 2008, S. 185 ff.; SCHWARZ, Cornelia: **Privatrechtlicher Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber den Medien (Entwicklung von 1900 bis heute)**, Dissertation Erlangen-Nürnberg Universität, Erlangen, 1995, S. 3 f.; GÖTTING, Horst Peter: **Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte**, Verlag Mohr, Tübingen, 1995, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; UESSELER, Christina: **Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht**, Münster, 2008, S. 221 ff.; FUNKEL, Thorsten: **Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz Immaterieller Schäden in Geld (eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes für Nichtvermögensschäden in Deutschland und England)**, Beck, München, 2001, S. 115 f.; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354 ff.-Vitasulfal; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für tiefere Informationen: FISCHER, Peter: **Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Ersatz des Immateriellen Schadens in Geld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, Dissertation Köln Universität, Köln, 1966, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRRER, Franz: **Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Universitätsverlag, Freiburg, 1970, S. 93 f.; BEUTHIEN, Volker/WASMANN, Dirk: **Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz-Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung**, GRUR 1997, Heft 4, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, Maximilian: **Die Gewinnhaftung des Patentverletzers**, GRUR 2005, Heft 7, S. 529 f.; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot/SPECHT, Louisa: **Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar**, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96 ff.-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, Peter: **Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht**, de Gruyter, Berlin, 2000, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, Thomas: **Kompensation und Prävention, Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im**



Verletzte drei Wahlmöglichkeiten bei der rechtswidrigen Verletzung eines Immaterialgüterrechts (Urheberrecht, Patentrecht, Geschmacksmusterrecht, Gebrauchsmusterrecht und Markenrecht) zwischen folgenden Arten der Schadensberechnung. Die Rechtsprechungen³ des BGH erkennen auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form von Vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechten die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung an⁴.

Diese Wahlmöglichkeiten sind⁵:

- Konkrete (subjektive) Schadensberechnung: Ermittlung des konkreten Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns. Diese Art der Schadensberechnungsmethode stützt sich auf § 249 BGB, § 252 BGB.

-
- Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, S. 89 f.; BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für weitere Informationen: HEIL, Ulf/ROOS, Michael: Zur dreifachen Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen-zugleich Anmerkung zu BGH GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, **GRUR 1994**, 96. Jahrgang, Heft 1, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.
- 3 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.
- 4 JENNY, Reto M.: **Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen (unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag)**, Schulthess, Zürich, 2005, S. 56 f.; SCHWEERS, S. 84; ALEXANDER, Christian: **Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 258 ff.; JANSSEN, s. 296 ff.; HARTL, S. 79.
- 5 KRAßER, Rudolf/ANN, Christoph: **Patentrecht, Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht**, 7. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2016, § 35, Rn. 68 f.; JANSEN, Nils: **Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 1. Teilband, §§ 241-432, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, Rn. 116; HARTL, S. 69; AMSCHEWITZ, Dennis: **Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, S. 297; PAAL, Boris P.: **UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Grosskommentar**, Bd. 3, §§ 8-20, 2. neu bearbeitete Auflage, Walter De Gruyter, Nördlingen, 2015, S. 223, Rn. 60; JENNY, S. 56; BEUTHIEN/WASMANN, S. 255; KOOS, Stephan: **Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, Bd. 2, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016, UWG § 9, Rn. 29; DREIER, S. 81.



- Abstrakte (objektive) Schadensberechnung: Der Verletzte kann entweder (nach § 812, Abs. 1 und § 818/Abs. 2 BGB) Zahlung der fiktiven, angemessenen Lizenzgebühr, die für die Nutzung des Namens, Wortes oder Bildes verlangt werden kann, oder (nach § 687/Abs. 2, § 667 BGB) Herausgabe des erzielten Gewinns des Verletzers.

Es steht dem Verletzte frei, sich auf eine Berechnungsmethode festzulegen. Der Richter soll ihn nach der Klärung des Sachverhaltes verpflichten, diese Wahl zu treffen. Die drei Berechnungsarten konstituieren keine Wahlobligation, weil sie nur Methoden zur Berechnung eines einzelnen Schadensersatzanspruches darstellen⁶.

Der Verletzte darf nicht wegen des Verquickungsverbots und Vermengungsverbots miteinander vermengen oder kumulativ anwenden. Es ist unzulässig, neben dem konkreten Schaden oder Verletzergegnung eine angemessene Lizenzgebühr geltend zu machen. Dieses Verquickungsverbot oder Vermengungsverbot wird nicht verletzt, falls der Verletzte seinen Schadensersatzanspruch nach der angemessenen Lizenzgebühr bemisst und außerdem noch seinen Marktverwirrungsschaden (bzw. Diskreditierungsschaden) oder Rechtsverfolgungskosten oder auch Überwachungskosten verlangt. Das gilt allerdings nicht für Begleitschäden. Kein Verstoß liegt auch gegen das Vermengungsverbot vor, wenn diese Schäden neben der Herausgabe des Verletzergegnung verlangt werden⁷.

Die vorliegende Arbeit beabsichtigt, die Arten, dogmatische Grundlagen und aktuelle Probleme der dreifachen Schadensberechnung darzustellen. Sie gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil werden die Anwendungsbereiche der dreifachen Schadensberechnung untersucht. Anschließend wird die Geschichte der dreifachen Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrecht mit Rechtsprechung des RG und BGH analysiert (Teil II). Im dritten Teil werden die Bedeutung, dogmatische Grundlage, Geschichte und aktuelle Probleme der dreifachen Schadensberechnungsarten festgestellt.

6 JENNY, S. 56 f.; TROLLER, Alois: **Immaterialgüterrecht**, Bd. 2, 3. völlig überarbeitete Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985, S. 987 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 30.

7 STOLL, S. 229 f.; JANSSEN, S. 290 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 76.; AMSCHWITZ, S. 298; HARTL, S. 70 f.; PAAL, S. 225, Rn. 64; OHLY, Ansgar: Schadensersatzansprüche wegen Rufschädigung und Verwässerung im Marken- und Lauterkeitsrecht, **GRUR 2007**, Heft 11, S. 934; PITZ, Johann: **Patentverletzungsverfahren: Grundlagen, Praxis, Strategie**, 2. aktualisierte Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, Rn. 48; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 90; SCHAUB, Renate: Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, **GRUR 2005**, Heft 11, S. 920; WOLFF, Bodo: **Praxiskommentar Urheberrecht, UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL**, 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2019, UrhG § 97, Rn. 59; KOOS, UWG § 9, Rn. 30; ELLGER, S. 631; DREIER, S. 89.



I. ANWENDUNGSBEREICHE DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG

Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung ist die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums oder der vergleichbaren Rechtspositionen. Die dreifache Schadensberechnungsmethode ist nicht nur im Urheberrecht⁸, Patentrecht⁹, Geschmacksmusterrecht¹⁰, Wettbewerbsrecht¹¹, Warenzeichenrecht¹²; sondern auch bei Verletzung von Betriebsgeheimnissen¹³, Verletzung von Namenszeichen und Firmenzeichen¹⁴ anerkannt¹⁵. Das RG¹⁶ und später der BGH¹⁷ hat diese

- 8 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.
- 9 Vgl. BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRNER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.
- 10 Vgl. BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 02.11.2000, GRUR 2001, 329 ff.-Gemeinkostenanteil, abrufbar unter: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=GRUR%202001,%20329> (zuletzt besucht am: 09.12.2019); für weitere Informationen: HAEDICKE, S. 529 ff.; MEIER-BECK, Peter: Herausgabe des Verletzergewinnns-Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, **GRUR 2005**, Heft 7, S. 617 ff.
- 11 Vgl. BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: STOLL, S. 49 ff.; HEIL/ROOS, S. 26 ff.
- 12 BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354 ff.-Vitasulfal; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II; für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.
- 13 Vgl. BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.
- 14 Vgl. BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.
- 15 Für weitere Informationen: SCHWEERS, S. 84; JANSSEN, S. 296 ff.; ALEXANDER, S. 258 ff.; HARTL, S. 70; JENNY, S. 21 ff.; PAAL, S. 224, Rn. 61; BEUTHIEN/WASMANN, S. 255; JANSEN, Rn. 116.
- 16 ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.; RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 ff.-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; HELMS, S. 222 ff.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; WELKE, S. 121 f.; RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 ff.-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.
- 17 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354



Berechnungsarten auf das gesamte Immaterialgüterrecht und mit Einschränkungen auf das Persönlichkeitsrecht¹⁸ (z.B.: vermögensrechtliche Komponenten der Persönlichkeitsrechte) zugelassen.

II. DIE GESCHICHTE DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG

A. Die Geschichte der dreifachen Schadensberechnung bei Immaterialgüterrechten

Begründer der dreifachen Schadensberechnungsmethode war das deutsche RG im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts¹⁹. Drei Schadensberechnungsarten bei Immaterialgüterrechten wurde durch

-
- ff.-Vitasulfa; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRRER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meißner-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96 ff.-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.; BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.
- 18 Vgl. BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; SCHWEERS, S. 86; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.
- 19 Das Schadensrecht des BGB wurde von der individualistischen, liberalen Rechts- und Wirtschaftsordnung des 19. Jahrhunderts stark beeinflusst. Siehe dazu ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.; RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 ff.-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; HELMS, S. 222 ff.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; WELKE, S. 121 f.; RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 ff.-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.



das deutsche RG begründet und hat auch die Anwendung in die schweizerische Rechtsprechung und Lehre gefunden²⁰. Das RG hat diese Schadensberechnungsmethode, die mittlerweile gewohnheits- bzw. richterrechtlich ist, entwickelt.

Die Berechnungsarten sind zu großen Teilen auch gesetzlich²¹ anerkannt. Das RG hat diese Schadensberechnungsmethode zuerst im Urheberrechtsgesetz (1870) und im Patentgesetz (1877) unter Bezugnahme auf römisch-rechtliche Quellen entwickelt²².

Im Jahre 1877 hat das Reichsoberhandelsgericht in der „*Theater*“-Entscheidung²³ einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns bei Urheberrechtsverletzungen als Schadensersatz anerkannt. Das ROHG hat zwar in seiner Entscheidung die Bereicherungshaftung des Verletzers, der an einem Theaterstück ohne Zustimmung des Urhebers aufgeführt hatte, abgelehnt. Aber in dieser Entscheidung hat ROHG einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns als Schadensersatz für die unbefugte Aufführung eines Theaterstückes unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zugelassen. Das ROHG hat bestimmt, dass der Schadensersatz sich nicht nur auf die Erstattung des konkreten Schadens beschränkt, sondern unter allen Umständen auf Herausgabe des Verletzergewinns gerichtet ist.

20 Vgl. BGer Urteil vom 04.11.1910, BGE 36 II 610 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2036610.pdf> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BGer Urteil vom 15.02.1912, BGE 38 II 289 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2038289.pdf> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BGer Urteil vom 28.12.1923, BGE 49 II 507 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2049507.pdf> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BGer Urteil vom 16.03.1971, BGE 97 II 169 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2097169.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BVerfG Urteil vom 14.01.1998, BVerfGE 97, 125 ff.-Caroline von Monaco I, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv097125.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BVerfG Urteil der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22.08.2006, 1 BvR 1168/04, Rn. 1-44, abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20060822_1bvr116804.html (zuletzt besucht am: 26.11.2019).

21 Der Schutzrechtsinhaber kann in den Spezialgesetzen geregelten Schadensersatzanspruch erlangen (vgl. § 139/Abs. 2 PatG; § 24/Abs. 2 GebrMG; §§ 14/Abs. 6, 15/Abs. 5 MarkenG; § 97/Abs. 1, 3. Alt. UrhG; §§ 42/Abs. 2, 14a/Abs. 1, 2. Alt. GeshmMG), wenn der Verletzer schuldhaft handelt. Siehe dazu: Von BÜREN, Roland/MARBACH, Eugen: **Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli, Bern, 2002, S. 78 f.; Vgl. KELKER, Alexandra: **Gewinnherausgabe zwischen Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch im Immaterialgüterrecht (zugleich eine historische und dogmatische Untersuchung des heutigen Immaterialgüterrechts sowie der einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetze)**, Dissertation Münster Universität, Münster, 2003, S. 28 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 69; PAAL, S. 229, Rn. 69; OHLY, S. 926 f.; HAEDICKE, S. 530; ELLGER, S. 592 ff.

22 JANSSEN, S. 289; SCHWEERS, S. 84; JANSEN, Rn. 116 f.; HELMS, S. 224; ALEXANDER, S. 258.

23 ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 (341)-Theater, für weitere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.; STOLL, S. 17.



Bezugnehmend auf die „Theater“-Entscheidung hat das RG in der „Ariston“-Entscheidung²⁴ (1895) die dreifache Schadensberechnung erstmals begründet. Der Verletzer, hatte einige populäre Musikstücke, die der Schutzrechtsinhaber komponiert und im Selbstverlag vertrieben hatte, ohne Zustimmung des Schutzrechtsinhabers für seine Notenscheiben verwendet. Der Schutzrechtsinhaber hat von dem Verletzer, der Leipziger Musikwerke AG, Schadensersatz gefordert, da die Gesellschaft seine Kompositionen ohne seine Genehmigung vertrieben hat. Der Schutzrechtsinhaber konnte einen entgangenen Gewinn nicht nachweisen. Deswegen hat das RG in dieser Entscheidung dem Verletzten eines Musikurheberrechts die Möglichkeit erlaubt, seinen Schadensersatz in Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr geltend zu machen. Das RG hat als Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr zunächst nur eine Beweiserleichterung für die Festsetzung des entgangenen Gewinns akzeptiert. Ferner hat das RG gemäß „Ariston“-Entscheidung erklärt, dass der Schutzrechtsinhaber als Schadensersatz fordern kann, was er gehabt hätte, wenn der Verletzer die Musikstücke mit seiner Genehmigung verwertet hätte²⁵.

In besagter „Ariston“-Entscheidung hat zwar das RG die enge Verbindung von Bereicherungsanspruch und Schadensersatzanspruch geltend gemacht, aber das Gericht hat zum ersten Mal die dreifache Methode der Schadensberechnung ausschließlich unter dem Aspekt des Schadensersatzanspruchs begründet²⁶.

Das RG hat seine grundlegenden Entscheidungen²⁷ aus den Jahren 1895 und 1898 einerseits auf die Differenzhypothese abgestellt, andererseits aufgeklärt, dass die Ermittlung einer solchen Differenz von der Frage abhängt, „was unter dem beschädigenden Ereignis zu verstehen ist“.

Das RG hat später die dreifache Schadensberechnung auf das Patentrecht²⁸ und auf das Gebrauchsmusterrecht²⁹ ausgedehnt. Aber die dreifache

24 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (67 f.)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; HELMS, S. 222 ff.

25 JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 f.; STOLL, S. 18; HELMS, S. 222 f.; NEUWALD, S. 117 f.; WELKE, S. 121 f.; ALEXANDER, S. 258 f.

26 ELLGER, S. 621 f.; SCHWEERS, S. 85.

27 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (66)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; HELMS, S. 222 ff.; RG Urteil vom 31.12.1898, RGZ 43, 56 (59)-Vergärung von Maische, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117 f.; WELKE, S. 121; JANSSEN, S. 294 f.; ALEXANDER, S. 258 f.

28 RG Urteil vom 31.12.1898, RGZ 43, 56 (59)-Vergärung von Maische; RG Urteil vom 03.02.1909, RGZ 70, 249 ff.-Patentverletzung, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117 f.; WELKE, S. 121 f.; JANSSEN, S. 294 f.

29 RG Urteil vom 11.01.1902, RGZ 50, 111 ff.-Regenrohrsiphon, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117; WELKE, S. 121; JANSSEN, S. 294 f.



Schadensberechnung konnte keine Anwendung im Warenzeichenrecht finden. Durch den BGH wurde diese Schadensberechnungsmethode später auch im Warenzeichenrecht zugelassen³⁰.

Diese Schadensberechnungsmethode wurde durch das RG in der Entscheidung³¹ „Scheidenspiegel“ (1937) als ständige Rechtsprechung genannt. In ständiger Entscheidung des RG handelt sich um die Unzulässigkeit der Berechnung wegen des Verquickungsverbots nach dem entgangenen Gewinn mit einer der beiden anderen Berechnungsarten. Hierin hat der Schutzrechtsinhaber die angemessene Lizenzgebühr und entgangenen Gewinn gemeinsam geltend gemacht. Aber das RG hat entschieden, dass die beiden Berechnungsmethoden nicht miteinander vermengt wurden.

Der BGH hat sich unter Berufung auf seine richterrechtliche Anerkennung ohne Prüfung der ständigen Rechtsprechung des RG angeschlossen und den Anwendungsbereich auf andere Immaterialgüterrechte und das Persönlichkeitsrecht erweitert³². Gemäß

30 Für tiefere Informationen: JANSSEN, S. 296 ff.; ALEXANDER, S. 258 ff.; Vgl. BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfal; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für weitere Informationen: STOLL, S. 25 ff.

31 RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 (67)-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.

32 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354 ff.-Vitasulfal; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRRER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96 ff.-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.; BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.>



der Rechtsprechung hat der BGH diese Berechnungsmethode schließlich zum Gewohnheitsrecht³³ erklärt und die drei Berechnungsmethoden als keine selbstständigen Anspruchsgrundlagen, sondern nur als besondere Arten der Schadensberechnung dargestellt³⁴.

In der bekannten Entscheidung³⁵ „Meßmer-Tee II“ (1966) hat der BGH den Anspruch auf Zahlung einer Entschädigungslizenz auch in das Warenzeichenrecht eingeführt. Das Gericht hat im „Meßmer-Tee II“ Fall geurteilt, dass der Warenzeicheninhaber die Schadensberechnung auch auf die Grundlage der Lizenzanalogie vornehmen könne. Das heißt, dass der BGH die zweite Berechnungsmethode (angemessene Lizenzgebühr) für Warenzeichenrecht bejaht und ausgeführt hat: *„Die Berechnung des Schadens unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Lizenzgebühr kommt bei Eingriffen in das Ausschließlichkeitsrecht des Immaterialgüterrechts überall dort in Betracht, wo die Übertragung oder Überlassung solcher Rechte zur Benutzung durch Dritte gegen Entgelt rechtlich möglich und verkehrüblich ist. Sie scheidet aus, wo der Rechtseingriff üblicherweise auch gegen Entgelt nicht gestattet oder hingenommen wird, wie regelmäßig bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts, deren Gestattung den Verletzten in eine unwürdige Lage bringen würde“*.

Der BGH hat mit dieser Entscheidung dargestellt, dass zwischen den im Immaterialgüterrecht anerkannten Möglichkeiten der Schadensberechnung kein Wahlschuldverhältnis besteht, und sich die drei Berechnungsarten nicht gegenseitig ausschließen. Das heißt, dass sich bei den drei Bemessungsarten nicht um verschiedene Ansprüche mit unterschiedlichen Rechtsgrundlagen handelt. Deswegen liegt kein Wahlschuldverhältnis vor³⁶.

bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.

33 Vgl. BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

34 BEUTHIEN/WASMANN, S. 255 f.; STOLL, S. 21 f.

35 BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; ähnlich BGH Urteil vom 29.07.2009, GRUR 2010, 239 ff.-BTK, für tiefere Informationen: BINDER, Christof: Die Zukunftsfähigkeit der markenrechtlichen Lizenzanalogie, **GRUR 2012**, Heft 12, S. 1186 ff.

36 DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 90; STOLL, S. 24 f.; PAAL, S. 225, Rn. 63; Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.



In besagter Entscheidung wurde die Berechnung des Schadens bei Eingriffen in die Ausschließlichkeitsrechte des Immaterialgüterrechts beachtet, wo die Übertragung oder Überlassung solcher Rechte zur Benutzung durch Dritte gegen Entgelt rechtlich möglich und verkehrüblich ist³⁷.

Im Jahre 1972/1973 hat der BGH mit der „Wandsteckdose II“-Entscheidung³⁸ die dreifache Schadensberechnung schließlich auch auf das Wettbewerbsrecht weiterentwickelt. Der BGH hat in dieser Entscheidung zum ersten Mal erklärt, dass die Schadensberechnung nach einer entgangenen Lizenzgebühr bei einer wettbewerbswidrigen sklavischen Nachahmung zulässig ist.

In einem Vorprozess ist dem Beklagten unter Strafandrohung verboten worden, in einem bestimmten Gebiet eine bestimmte Wandsteckdose anzubieten oder zu vertreiben. Ferner ist im Vorprozess rechtskräftig festgestellt worden, dass die Beklagte der Klägerin den gesamten Schaden zu ersetzen hat, der dieser dadurch entstanden ist und noch entsteht, dass die Beklagte die unter das Verbot fallenden Wandsteckdosen angeboten oder vertrieben hat. Auf Grund der rechtskräftigen Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten im Vorprozess verlangt die Klägerin nunmehr im vorliegenden Rechtsstreit die Zahlung eines angemessenen Schadensersatzes in Form einer Lizenzgebühr aus den Bruttoerlösen der Beklagten, die diese mit nachgeahmten Wandsteckdosen erzielt hat³⁹.

Die Revision der Beklagten gegen das „Wandsteckdose II“ Urteil ist durch ein Urteil des BGH zurückgewiesen worden. In der Revision hat der BGH die Verurteilung der Beklagten nach § 1 UWG wettbewerbswidrigen Nachahmung der eigenartigen, im Verkehr bekannten Merkmale der Wandsteckdose der Klägerin gebilligt⁴⁰.

Der BGH hat auch aus dem Jahre 1972 in dem „Cheri“ Urteil⁴¹ über die Wahrscheinlichkeit der Schadensentstehung bei der dreifachen Schadensberechnung entschieden. Ferner hat der BGH gemäß „Cheri“-

37 BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.

38 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für weitere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

39 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

40 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

41 BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 (183)-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.



Entscheidung ausgesagt, dass für die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ausreichend ist, dass nach den Erfahrungen des Lebens eines Schadenseintritts in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten ist. Dadurch führt der BGH aus, dass die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet ist, wenn ein Schaden mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

Obwohl die Methode der dreifachen Schadensberechnung seit über einem Jahrhundert besteht und richterrechtlich anerkannt ist, sind die dogmatischen Grundlagen noch umstritten.

B. Die Geschichte der dreifachen Schadensberechnung bei Persönlichkeitsrechten

Der BGH hat in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung⁴² aus dem Jahre 1956 erstmals bei Persönlichkeitsrechten die Berechnung des Schadens nach einer angemessenen Lizenzgebühr für anwendbar erklärt, weil die Verletzung bei Persönlichkeitsrechten naturgemäß nicht rückgängig gemacht werden kann und auch eine konkrete Berechnung des Schadens für die Gerichte schwer ist. Für die Entwicklung und Entstehung der dreifachen Schadensberechnungsmethode hat diese Entscheidung eine wichtige Rolle gespielt.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch vermögenswerte Interessen. Dies hat der BGH zum ersten Mal 1959 in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung geurteilt. In dem damaligen Verfahren hat ein bekannter Schauspieler dagegen geklagt, sein Bildnis ohne seine Zustimmung zur Werbung für einen Motorroller zu verwenden. Der Beklagte des Verfahrens, ein Pressefotograf, machte vom Kläger, einem bekannten Theater- und Filmschauspieler, einige Fotos, um diese zu veröffentlichen. Eine der Aufnahmen zeigte den Kläger, der auf seinem Motorroller sitzt. Diese Aufnahmen wurden vom Fotografen auch der beklagten Gesellschaft, der Herstellerfirma des Motorrollers, gegen Vergütung für eine Reklame zur Verfügung gestellt. Das war mit dem Kläger aber nicht abgesprochen. Die Gesellschaft verwendete das Bild auf einer Reklameseite, auf der jedes Bild mit einer Unterschrift versehen war, die auf das jeweilige Fabrikat hinwies. Auf Verlangen des Klägers war die Gesellschaft damit einverstanden, von einer weiteren Veröffentlichung des fraglichen Fotos abzusehen. Einen vom Kläger geltend gemachten Schadenersatzanspruch lehnte sie aber ab. Daraufhin forderte der Kläger von beiden Beklagten Schadenersatz. In der Entscheidung wurde dargestellt, dass bei allen unerlaubten Eingriffen

⁴² BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.



in vermögenswerte Ausschließlichkeitsrechte, die üblicherweise nur gegen Entgelt erstattet werden. Damit hat der BGH ein allgemeines Kriterium für die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung bei Persönlichkeitsverletzungen bezeichnet, das auf die Art des Eingriffs und nicht auf das betroffene Persönlichkeitsrecht abzielt⁴³.

Der BGH hat auch die Möglichkeit eines Nebeneinanders der Ansprüche auf Ersatz des immateriellen Schadens (Entschädigungsanspruch) und auf Ersatz des Vermögensschadens hat in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung zugelassen⁴⁴. Dabei hat der BGH dem Schutzrechtsinhaber einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr zugesprochen, weil er keine Zustimmung zu der Verwertung seines Bildnisses im Rahmen einer Werbung gegeben hat⁴⁵.

In der gemäß der „Paul-Dahlke“-Entscheidung weiteren ergangenen, für die Entwicklung dieser Rechtsprechung wichtigen „Herrenreiter“-Entscheidung⁴⁶ aus dem Jahre 1958, hat der BGH die Voraussetzungen begrenzt, darunter die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr im Falle der Verletzung eines vermögenswerten Persönlichkeitsrechtsbestandteiles.

In der Herrenreiter-Entscheidung hat der Senat erklärt, dass sich der Anspruch auf angemessene Lizenzgebühr nicht auf die allgemeinen Bestimmungen des Schadensersatzrechtes berufe, sondern auf eine gewohnheitsrechtliche Ergänzung für den Fall der Verletzung von vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechten. Damit wird die angemessene Lizenzgebühr nicht nur als entgangener Gewinn, sondern auch als selbständige Berechnungsmethode benannt⁴⁷.

Der Kläger des Verfahrens hat als Herrenreiter auf Turnieren gearbeitet. Der Verletzer war Hersteller eines pharmazeutischen Präparats. Dies dient nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise der Hebung der sexuellen Potenz. Der Verletzer hat zur Werbung für dieses Mittel in der Bundesrepublik ein Plakat mit der Abbildung eines Turnierreiters verbreitet. Auf dem Plakat war ein Originalfoto des Klägers zu sehen, welches von einem Presseverlag bei einem Reitturnier aufgenommen

43 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.

44 UESSELER, S. 221 f.; HARTL, S. 65; GÖTTING, S. 7 f.

45 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.

46 BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.

47 BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; SCHWEERS, S. 86; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.



wurde. Eine Einwilligung zur Verwendung dieses Fotos hatte der Kläger nicht erteilt. Hierin hat der BGH eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts gesehen und in diesem Fall einen Anspruch des Verletzten auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr abgelehnt. Aber mit einer Analogie (§ 847 BGB Schmerzensgeldanspruch) wurde durch den BGH diese besagte Entscheidung befürwortet⁴⁸. Mit dieser Entscheidung hat der BGH die Möglichkeit erlaubt, Schmerzensgeld bei der unbefugten Veröffentlichung von Bildern zu verlangen. Aber das Schmerzensgeld wird heute als „Entschädigung“ bezeichnet (§ 253/Abs. 2 BGB) und aus § 823 BGB direkt abgeleitet.

In der oben dargestellten Entscheidung „Herrenreiter“ wurde erstmalig bei Persönlichkeitsverletzungen eine Geldentschädigung für Schmerzensgeld zuerkannt. Diese Geldentschädigung der kommerziellen Nutzung fremder Persönlichkeitsrechte stützt sich auf den ursprünglichen Ansatz des RG bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Der BGH hat hier anders als bei Immaterialgüterrechten keinen materiellen Ersatz, sondern nur eine Entschädigung für den immateriellen Verlust gewähren wollen, wenn der Verletzte zu einer kommerziellen Verwertung seines Persönlichkeitsrechts nicht bereit war⁴⁹.

Der Weg dieser Analogie (§ 847 BGB) wurde vom BGH mit dem „Ginseng“-Urteil⁵⁰ (1961) und der „Hochzeitsbild“-Entscheidung⁵¹ (1962) aufgegeben. Bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts hat der BGH dem Schutzrechtsinhaber mit der Anwendung des § 847 BGB Geldersatz zugesprochen, falls es sich im Ergebnis um eine schwerwiegende Verletzung handelt oder falls den Verletzer der Vorwurf eines schweren Verschuldens trifft.

Der BGH hat infolge der vermögensrechtlichen Neuorientierung diese Schadensberechnungsmethode auch in dem Urteil⁵² „Marlene Dietrich

48 UESSELER, S. 224 f.; FISCHER, S. 15 f.; HOFMANN, Ruben A./FRIES, Peter: Der äußerungsrechtliche Geldentschädigungsanspruch im digitalen Zeitalter, *NJW* 2017, Heft 33, S. 2369; WENKER, Rainer: Transparenz und Akzeptanz des Schmerzensgeldanspruchs, *NZV* 2014, Heft 6, S. 243.

49 FISCHER, S. 15 f.; JANSEN, Rn. 116, 122; SLIZYK, Andreas: **Schmerzensgeld**, 16. überarbeitete und aktualisierte Auflage, C.H.Beck, München, 2020, Rn. 165; ERGER, Christian/KAESLING, Katharina: Immaterieller Schadensersatz im Zugewinnausgleich der deutsch-französischen Wahlzugewinnungsgemeinschaft, *NZFam* 2014, Heft 14, S. 632 f.

50 BGH Urteil vom 19.09.1961, BGHZ 35, 363 ff.-Ginsengwurzel, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz035363.html> (zuletzt besucht am: 04.12.2019); für weitere Informationen: FUNKEL, S. 116 f.

51 BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.

52 BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html>



(der *Blau Engel*)“ (2000) bestätigt. Damit hat der BGH mit der „*Marlene Dietrich*“-Entscheidung (der *Blau Engel*-Entscheidung) vermögenswerte Persönlichkeitsrechte qualifiziert. Der BGH hat auch festgestellt, dass durch eine unerlaubte Verwertung ihrer Persönlichkeitsmerkmale kommerzielle Interessen der Betroffenen beeinträchtigt werden, weil die Betroffenen sich weniger in ihrer Ehre und ihrem Ansehen verletzt fühlen, als vielmehr finanziell benachteiligt sehen.

Das Gericht hat über einen Streit der Verwendung eines Bildes von Marlene Dietrich zu Werbezwecken zu entscheiden. Die Firma Toshiba hat im Jahre 1993 die berühmte Pose aus dem Film „*Der blaue Engel*“ benutzt und diese Pose zu Werbezwecken nachgestellt. Mit dieser nachgestellten Pose hat die Firma anschließend für seine Produkte geworben. Die Tochter von Marlene Dietrich hat durch eine von ihr gegründete Verwertungsgesellschaft für diese Art der Vermarktung die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr geltend gemacht. Nachdem die Klage der Tochter in den ersten beiden Instanzen abgewiesen wurde, hat sie vom BGH die geltend gemachten Zahlungen zugesprochen bekommen. Nach Ansicht des BGH dient das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur dem Schutz ideeller, sondern auch kommerzieller Interessen der Persönlichkeit. Wenn diese vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts durch eine unbefugte Verwendung verletzt werden, steht dem Träger des Persönlichkeitsrechts auch ein Schadensersatzanspruch zu⁵³.

Beziehungsweise hat der BGH mit der „*Marlene Dietrich*“-Entscheidung zugelassen, dass wie im Immaterialgüterrecht auch im Persönlichkeitsrecht die dreifache Schadensberechnung Anwendung findet und dass der Schutzrechtsinhaber einen Schadensersatzanspruch nach §§ 823, 249, 252 BGB hat und im Rahmen dieses Anspruchs seinen Schaden konkret berechnen, die übliche Lizenzgebühr oder den Verletzergewinn verlangen kann⁵⁴.

(zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.

53 HARTL, S. 94 f.; UESSELER, S. 221 f.; SCHERRER, S. 185 f.

54 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 19.09.1961, BGHZ 35, 363 ff.-Ginsengwurzel, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz035363.html> (zuletzt besucht am: 04.12.2019); für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 116 f.; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de>; <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.



Die dreifache Schadensberechnung ist bei Immaterialgüterrechten schon lange eine anerkannte Methode zur Schadensbemessung⁵⁵. Letztlich ist durch den BGH die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung auf die Schutzwirkung des Persönlichkeitsrechts zurückzuführen⁵⁶.

III. DIE WAHLMÖGLICHKEITEN DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG UND AKTUELLE PROBLEME DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG IN DEUTSCHLAND

A. Erste Wahlmöglichkeit der Schadensberechnung: Konkrete Schadensberechnung

Der Schutzrechtsinhaber kann zunächst seinen Schaden konkret berechnen. Er kann seinen Schaden als positiven Schaden § 249 BGB (damnum emergens) oder als entgangenen Gewinn § 252 (lucrum cessans) anfordern⁵⁷.

Das RG hat seine grundlegenden Entscheidungen⁵⁸ aus den Jahren 1895 und 1898 ausdrücklich auf den allgemeinen Schadensbegriff bzw.

55 Das Gewohnheitsrecht begründet sich nicht nur aus einer ständigen Rechtsprechung, sondern ist Zeichen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung. Diese muss in dem Sinn allgemeinen sein, dass sie der Überzeugung der Beteiligten entspricht und einen rechtsethischen Grundsatz beinhaltet. Beteiligt sind nicht nur Juristen, sondern auch Laien. Entscheidend ist, dass das Gewohnheitsrecht nach dieser üblichen Überzeugung auch die Gerichte bindet, da sonst der Normcharakter fehlt. Als Grundlage der dreifachen Schadensberechnung wird das Gewohnheitsrecht vor allem von der Rechtsprechung in Anspruch genommen. Aber auch von den Befürwortern der Anwendbarkeit der dreifachen Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrecht wird dieses Argument manchmal als zu schwach angesehen, jedenfalls, wenn es allein eine tragfähige Begründung herbei leitet, für die weiteren Informationen: ELLGER, S. 648 ff.; SCHWEERS, S. 91 ff.; Vgl. BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

56 Siehe hierzu: BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/byg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.

57 JENNY, S. 57; AMSCHWITZ, S. 297; REESE, Jan Frederik: **Die Bewertung von Immaterialgüterrechten**, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht Bd. 14, V&R Unipress, Göttingen, 2005, S. 78; WIDMER, Beat: **Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (neuere Aspekte im Lichte der Praxisänderung in BGE 97 II 169)**, Reihe A: Privatrecht, Bd. 13, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985, S. 2; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 62; KOOS, UWG § 9, Rn. 27; ELLGER, S. 625.

58 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (66)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; HELMS, S. 222 ff.; RG Urteil vom 31.12.1898, RGZ 43, 56 (59)-Vergärung von Maische, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117 f.; WELKE, S. 121; JANSSEN, S. 294 f.; ALEXANDER, S. 258 f.



die Differenzhypothese abgestellt⁵⁹. Die wohl herrschende Lehre⁶⁰ ermittelt den Schaden gemäß Differenzhypothese nach § 249/Abs. 1 BGB als eine von zwei Zuständen: „Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“. Die konkrete Schadensberechnung muss als praktische Anwendung der Differenzhypothese verstanden werden. Bei der konkreten Schadensberechnung nach der Differenzhypothese wird die reale Veränderung im Vermögen des Verletzten ermittelt und in Geld bewertet. Aber sowohl bei Immaterialgüterrechten als auch bei Persönlichkeitsrechten führt die Differenzhypothese oftmals zu unbefriedigenden Ergebnissen. Diese unbefriedigenden Ergebnisse der Schadensberechnung nach der Differenzhypothese führte zur Anerkennung der dreifachen Schadensberechnung (bzw. die Methode der Lizenzanalogie oder Herausgabe des Gewinns).

Die Rechtsprechung⁶¹ billigt bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts in Form von vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechten die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung. Bei Persönlichkeitsrechten im Rahmen des Anspruch aus § 823/Abs. 1 BGB hat der Verletzer dem Schutzrechtsinhaber den entstandenen Schaden nach der Differenzhypothese des § 249 BGB zu ersetzen, in der Höhe, wäre der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten. Diese Wiederherstellung in Natur ist bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts nur durch einen Widerruf oder eine Gegendarstellung möglich, die es

59 Der BGH erklärt den Schadensbegriff in seinen Entscheidungen: „Der Schaden, von dem die §§ 249, 251 BGB ausgehen, besteht... in dem Unterschied zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie sich infolge des schadenstiftenden Ereignisses gestaltet hat, und seiner Vermögenslage, wie sie ohne dieses Ereignis bestehen würde, wenn dabei der Ersatzanspruch selbst unberücksichtigt bleibt“, Vgl. BGH Urteil vom 06.10.1965, GRUR 1966, 92 ff.; BGH Urteil vom 20.09.1956, NJW 1957, 831 ff.

60 TROLLER, S. 986 f.; NEUWALD, S. 34 f.; JANSEN, Rn. 117; STOLL, S. 95 f.; HANSEN, Wilhelm Matthias: **Normativer Schadensbegriff und Schadensberechnung (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Gebrauchszug von Kraftfahrzeugen und zur Beeinträchtigung der Urlaubsfreude)**, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1977, S. 39 f.; HARTL, S. 85 f.

61 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 19.09.1961, BGHZ 35, 363 ff.-Ginsengwurzel, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz035363.html> (zuletzt besucht am: 04.12.2019); für weitere Informationen: FUNKEL, S. 116 f.; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de>; <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.



nicht vermöge, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Bei Persönlichkeitsrechten hat der Schutzrechtsinhaber die Möglichkeit der Entschädigung in Geld, seinen Schaden nach § 251/Abs. 1 BGB geltend zu machen, weil eine solche von § 249 BGB geforderte Naturalrestitution regelmäßig nicht möglich ist. Die konkrete Schadensberechnungsmethode spielt auch in der Rechtsprechung des Persönlichkeitsrechts eine untergeordnete Rolle, weil es schwer ist, sie zu berechnen und zu beweisen⁶².

Der Schaden kommt in zwei Formen vor: Einerseits Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven (damnum emergens, z.B. in Form ungedeckter Abwehrkosten), andererseits entgangener Gewinn (lucrum cessans, z.B. weil wegen der Patentverletzung die Preise gesenkt werden mussten oder weil die Umsätze eingebrochen sind)⁶³.

1. Positiver Schaden (Damnum Emergens, § 249 BGB)

Positiver Schaden kommt bei Immaterialgüterrechtsverletzungen kaum in Frage, da die Rechtsgüter im Allgemeinen wegen Immaterialität weder beschädigt noch zerstört werden können⁶⁴. Die unberechtigte Nutzung des Immaterialguts beeinträchtigt nämlich den Inhaber nicht konkret in seinem Vermögen, weil das Immaterialgut kein Vermögensaktivum darstellt.

Der entgangene Gewinn wird als Schaden neben dem positiven Schaden berücksichtigt, der vor allem aus den Aufwendungen des Verletzten zur Ermittlung und Verfolgung des Verletzers, auch aus dem Marktverwirrungsschaden, den Rechtsverfolgungskosten und den Überwachungskosten besteht. Der positive Schaden besteht aus dem Marktverwirrungsschaden, den Rechtsverfolgungskosten und den Überwachungskosten⁶⁵.

62 Das Grundprinzip der Naturalrestitution ist im Immaterialgüterrecht oder im Persönlichkeitsrecht häufig nicht anwendbar, weil die Schutzrechtsverletzung an einem geistigen Gut nicht rückgängig gemacht werden kann. Deswegen findet regelmäßig der Geldersatzanspruch gemäß § 251 BGB Anwendung. Die problemlose Verletzung von Immaterialgüterrechten sowie der nur schwerlich zu erbringende Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen führten zu der Entwicklung von drei Berechnungsmethoden, um dem erhöhten Schutzbedürfnis des Schutzrechtsinhaber gerecht zu werden, siehe dazu: SCHWEERS, S. 67 f.; KELKER, S. 28 f.; HARTL, S. 65 f.; UESSELER, S. 224 f.; FUNKEL, S. 45 ff.; JANSEN, Rn. 102 f.; ELLGER, S. 625 f.; EHLERS, Wolfram: **Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977, S. 103 f.

63 Von BÜREN/MARBACH, S. 205 f.; TROLLER, S. 986 f.

64 JENNY, S. 82; ELLGER, S. 625.

65 WIDMER, S. 119 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 77; JENNY, S. 57 f.; Von BÜREN/MARBACH, S. 205.



a. Marktverwirrungsschaden

Unter dem Begriff des Marktverwirrungsschadens wird eine durch die Schutzrechtsverletzung verursachte Unsicherheit der Abnehmer bezüglich der Herkunft und Qualität der Waren verstanden. Marktverwirrungsschaden kann sich auch in Form der Schwächung einer Marke, eine Verminderung des Werts eines Immaterialguts, eine Beeinträchtigung des guten Rufs (bzw. Goodwills des Schutzrechtsinhabers) oder ein Verlust der Marktstellung des Schutzrechtsinhabers ergeben⁶⁶. Deswegen wird der Marktverwirrungsschaden zum Diskreditierungsschaden gezählt⁶⁷. Der Differenzschaden besteht nicht nur aus einem Umsatzverlust, sondern auch dem Marktverwirrungsschaden.

Hier versteht die Rechtsprechung⁶⁸ unter Marktverwirrungsschaden, dass einerseits die Kosten, welche der Verletzte aufwendet, um einer Marktverwirrung entgegenzutreten (z.B. gezielte Werbemaßnahmen des Betroffenen) und andererseits die Kosten der erforderlichen Gegenmaßnahmen, weiter der Minderwert des Unternehmens oder des Immaterialguts (Diskreditierungsschaden), der trotz Gegenmaßnahmen verbleibt⁶⁹.

Beim Marktverwirrungsschaden handelt es sich nicht um weitere Schadensberechnungsmethode, sondern um einen Schadensposten im Rahmen des Grundsatzes der konkreten Schadensberechnung. Marktverwirrungsschaden kann als positiver Schaden geltend gemacht werden, als ein durch die Verletzung bewirkter Wertverlust des Schutzrechts, der vergleichbar mit dem Minderwert einer beschädigten körperlichen Sache ist. Aber die aufgrund einer Marktverwirrung beeinträchtigen Gewinnaussichten (Diskreditierungsschaden) können also nicht als positiver Schaden geltend gemacht werden. Vielmehr sind sie als entgangener Gewinn, bzw. zukünftiger, entgehender Gewinn zu liquidieren. Wichtig ist, dass die Gewinne dem Inhaber aller Voraussicht nach zugekommen wären, wenn das Immaterialgut nicht beeinträchtigt

66 Von BÜREN/MARBACH, S. 205; SCHRAMM, Carl: Der Marktverwirrungsschaden, **GRUR** 1974, Heft 9, S. 618; JENNY, S. 58 f.; OHLY, S. 930; STOLL, S. 108 f.; REESE, S. 78 f.; WIDMER, S. 3 f.; ELLGER, S. 631.

67 SCHRAMM, S. 617; WIDMER, S. 3 f.; STOLL, S. 109; JENNY, S. 60; OHLY, S. 930; ELLGER, S. 631.

68 BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.

69 JENNY, S. 58 f.; STOLL, S. 108 f.; WIDMER, S. 3 f.; SCHRAMM, S. 618.



worden wäre. Dagegen können die zukünftigen Aufwendungen des Verletzten, um einer Marktverwirrung entgegenzutreten, als positiver Schaden geltend gemacht werden, weil sie sich in einer Gefährdung offenbaren, die sich schon jetzt durch den Minderwert eines Objektes auswirkt, die des verletzten Immaterialguts. Ein Ersatz für zukünftigen Schaden kann nur dann zugesprochen werden, wenn die Gefährdung deutlich genug ist und der Eintritt des Schadens im Zeitpunkt des Urteils als ausreichend wahrscheinlich erscheint⁷⁰.

Der BGH hat den Marktverwirrungsschaden zugelassen und neben jeder der drei Berechnungsarten auch bejaht, den Marktverwirrungsschaden nach § 251/Abs. 1 BGB verlangen zu können⁷¹. Der Verletzte kann einen Marktverwirrungsschaden fordern, ohne gegen das Vermengungsverbot oder Verquickungsverbot zu verstoßen. Ferner hat der BGH mit den Entscheidungen „Meßmer Tee II“⁷², „Allzweck-Landmaschine“⁷³,

70 STOLL, S. 108 f.; WIDMER, S. 5 f.; JENNY, S. 62 f.

71 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.

72 „...Soweit das konkrete Verhalten des Verletzers nur deshalb nicht Gegenstand eines wirksamen Lizenzvertrags sein könnte, weil es mit einer gegen § 3 UWG verstößenden Täuschung der Käuferkreise verbunden ist, kann der verletzte Zeicheninhaber über die übliche, auf einen zulässigen Vertragsinhalt abgestellte Lizenzgebühr hinaus nach § 251 Abs. 1 BGB Ersatz des Schadens verlangen, der durch eine nicht verkehrsmäßige, marktoberwundene und den Ruf seines Zeichens diskreditierende Zeichenbenutzung entstanden ist. Das ergibt sich insbesondere daraus, daß im Rahmen des üblichen Lizenzvertrags, bei dem neben der Erkennbarmachung der organisatorischen oder rechtlichen Beziehung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Lizenznehmer auch die Einhaltung bestimmter Qualitätsanforderungen - wie sie der Ware des Lizenzgebers entsprechen - ausbedungen worden ist, der gegen diese Verpflichtung verstößende Lizenznehmer dem Zeicheninhaber wegen positiver Vertragsverletzung neben der vereinbarten Lizenzgebühr Schadensersatz für den angerichteten Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden zu leisten hätte...“, BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.

73 „...Amtliche Leitsätze: zur Geltendmachung eines durch die Vorenthaltung von Patenten entstandenen „Marktverlustschadens“ im Wege der Feststellungsklage... Der Kl. macht mit seinen Klageanträgen VII bzw. D nicht einen Anspruch auf Ersatz des aus einer Patentverletzung entstandenen Schadens im Sinne des § 47 Abs. 2 PatG geltend, und er darf daher den hier zur Erörterung stehenden Schadensersatzanspruch gemäß den Klageanträgen VII bzw. D daneben den oben erörterten, aus rechtswidriger bzw. vertragswidriger Benutzung der Patente hergeleiteten Schadensersatzansprüchen gemäß den Klageanträgen II bzw. A geltend machen, ohne damit - wie die Revision der Bkl. meint - gegen das für die Schadensberechnung bei Patentverletzungen geltende Verbot der kumulativen Schadensliquidation (Reimer, a.a.O., § 47 Rdn. 32; Benkard, a.a.O., § 47 Rdn. 46) zu verstößen (vgl. für den insoweit vergleichbaren Fall der Geltendmachung eines sog. Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschadens: Reimer, a.a.O., § 47 Rdn. 42; Benkard, a.a.O., § 47 Rdn. 54). Der Kl. muß sich lediglich, wie er das durch die einleitenden Worte in den Klageanträgen VII Abs. 1 bzw. D Abs. I (b) selbst zum Ausdruck gebracht hat, nach den Grundsätzen



„Tolbutamid“⁷⁴ und „Miss Petite“⁷⁵ geurteilt, dass der Verletzte neben der Lizenzgebühr oder dem Verletzergewinn jeden konkreten, wie etwa einen Marktverwirrungsschaden oder Rechtsverfolgungskosten verlangen kann, ohne gegen das Vermengungs- oder Verquickungsverbot zu verstoßen. Diesem Verquickungsverbot kommt deshalb eine große praktische Bedeutung zu, weil es eine Kumulierung der drei Berechnungsmethoden untersagt und im Rahmen einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit sicherstellt⁷⁶.

Mit der Ermittlung des Schadens nach den Regeln des adäquaten Kausalzusammenhangs hat eine weitere Einleitung zu tun, die den unmittelbaren Schaden mit dem mittelbaren vergleicht. Wichtig ist bei dieser Unterscheidung der Gedanke, dass nicht nur jene Vermögenseinbuße zu ersetzen ist, welche bei der Verletzung des Rechtsgutes bzw. des rechtlich geschützten Interesses sofort und direkt entstanden ist, sondern auch die mittelbare Einbuße. Im Immaterialgüterrecht spricht man hier auch vom weiteren Schaden, nämlich vom Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschaden, der Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit

der sog. Vorteilsanrechnung (Palandt, BGB, 28. Aufl., Vorbem. 7 vor § 249), die auf die Klageanträge III/III bzw. A/B bezüglich der Patente 844 859, 971162, 844 711 in einem späteren Betragsverfahren etwa zugesprochenen Schadensersatzbeträge auf die nach den Klageanträgen VII bzw. D in einem späteren Betrags Verfahren etwa zuzusprechenden Schadensersatzbeträge anrechnen lassen...“, BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine.

74 „...Hat der Kl. aber nicht - wie in den vorzitierten Rechtsstreiten - neben dem Auskunftsanspruch lediglich die allgemeine Feststellung der Schadensersatzpflicht des Bekl. begehrt, sondern sind die Schadensersatzanträge darauf gerichtet, daß der Bekl. konkret zur Zahlung einer einmaligen Pauschalsumme (als Teil der Lizenzvergütung) verurteilt wird und seine Verpflichtung zur Zahlung laufender Lizenzen für die rechtswidrige Nutzung eines Leistungsergebnisses festgestellt wird, ist der Kl. an die von ihm getroffene Wahl gebunden (vgl. auch RG vom 7. Juli 1939 in MuW 1939, 382, 383). Wenn daher die Kl. im vorliegenden Fall den Feststellungsantrag zu 1 auch darauf stützt, daß ihr durch das beanstandete Verhalten der Bekl. Ingenieurleistungen entgangen und Ermittlungs- und Rechtsverfolgungskosten entstanden seien, läuft dies - abgesehen davon, daß diese Begründung vom Wortlaut des Klageantrags zu 1 nicht gedeckt wird - auf eine unzulässige Verquickung mehrerer Berechnungsarten hinaus (vgl. auch BGH in GRUR 1962, 580, 582 Laux-Kupplung II). Wenn das BerG daher in seinen Ausführungen zum Klageantrag zu 1 meint, die Kl. könne im Betragsverfahren noch zu einer anderen Berechnungsart übergehen, kann dem nicht beigetreten werden...“, BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.

75 „...Nunmehr begehrt die Kl. im Wege der Stufenklage Schadensersatz und zur Vorbereitung dieses Anspruchs Auskunft und Rechnungslegung. Sie hat behauptet, der Bekl. habe gewußt, daß sie seit vielen Jahren im Geschäftsverkehr als „Miss Petite“ bezeichnet werde; es sei auch zu zahlreichen Verwechslungen gekommen - was die Kl. näher dargelegt hat. Ihr sei ein Schaden entstanden, dessen Höhe so zu berechnen sei, als ob sie dem Bekl. gegen das dafür in der Textilbranche übliche Entgelt die Lizenz zum Gebrauch der verwechslungsfähigen Firma erteilt habe. Das verkehrsübliche Entgelt betrage insoweit 1% des vom Verletzer in der fraglichen Zeit erzielten Umsatzes. Zusätzlich habe der Bekl. einen Betrag von 10 % der verlangten Lizenzgebühr als Schadensersatz für entstandene Marktverwirrung zu zahlen...“, BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.

76 PAAL, S. 226, Rn. 64; OHLY, S. 934; SCHRAMM, S. 620 f.



des verletzten Betriebes. Allerdings ist diese Unterscheidung schwer durchführbar und von wenig praktischem Nutzen⁷⁷.

Der Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschaden ist durch den Verletzten nachzuweisen und zu berechnen. Aber die Darlegung und der Beweis von Marktverwirrungsschaden sind auch problematisch. Deswegen hat der BGH in der Entscheidung „Allzweck-Landmaschinen“ (1970) dieses problematische Thema aufgegriffen, dass der Verletzte nach § 287 ZPO nachgewiesen werden könne. Da sich die genaue Höhe des Marktverwirrungsschadens nur schwer bestimmen lässt, halten es die Gerichte für legitim, sie nicht nur großzügig festzusetzen, sondern sie durch eine nach § 287 ZPO geschätzte pauschale Erhöhung des Hauptschadensersatzes auszugleichen⁷⁸. Im Marktverwirrungsschaden ist die Bestimmung des allgemeinen Werbeaufwands, der auf die Verletzungshandlung zurückzuführen ist, auch problematisch.

b. Rechtsverfolgungskosten

Unter dem Begriff der Rechtsverfolgungskosten werden die Aufwendungen zur Unterbindung der Verletzungshandlungen verstanden. Die Rechtsverfolgungskosten umfassen die Kosten für die Beweismittelbeschaffung, Rechtsberatung, vorprozessuale und prozessuale Kosten, Gerichtskosten, Anwaltskosten oder die Kosten für Sachverständige. Alle Rechtsverfolgungskosten sind als Schadensposten zu betrachten. Aber es ist nicht entscheidend, ob sie prozessual, vorprozessual oder außerprozessual sind. Besonders müssen sie die Voraussetzungen (Schaden, adäquater Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit, Verschulden) erfüllt werden. Allgemeine Äußerungen über die Ersatzfähigkeit bestimmter Arten der Rechtsverfolgungskosten sind zu vermeiden. z.B. Kosten für Korrespondenzanwälte, Privatgutachten, Recherchekosten, Detektivkosten usw.⁷⁹

c. Überwachungskosten

Unter dem Begriff der Überwachungskosten werden vorsorgliche Aufwendungen verstanden, weil sie bereits vor dem schädigenden Ereignis angefallen sind. Als Beispiel können als Überwachungskosten die Kosten von GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) angegeben werden. Die

⁷⁷ BIRRER, S. 32 f.; STOLL, S. 108 f.; JENNY, S. 61.

⁷⁸ STOLL, S. 111 f.; JENNY, S. 59 f.; Vgl. BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine.

⁷⁹ Für weitere Informationen: JENNY, S. 62 ff.; OETKER, Hartmut: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil I**, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019, BGB § 249, Rn. 180 ff.



GEMA ist in Deutschland eine Verwertungsgesellschaft, die sich um die Wahrnehmung der Urheberrechte aller angeschlossenen Komponisten und Textdichter kümmert. Der BGH bestätigt die doppelte Tarifgebühr mit dem „umfangreichen und kostspieligen Überwachungsapparat“, den die GEMA einsetzen muss, um Urheberrechtsverletzungen zu ermitteln⁸⁰. Sämtliche Überwachungsaufwendungen müssen als freiwillig erblickt werden, weil sie letztlich dem Verletzten zugutekommen, da der Verletzte nach ihnen seinen Schaden feststellen lässt. Überwachungskosten sind nicht zu ersetzen, weil sie nicht kausale Folge der Immaterialgüterrechtsverletzung sind und weil sie sich auch nicht nach der Differenzhypothese subsumieren lassen. Sie sind nur ersatzfähig, wenn sie tatsächlich Folge der Rechtsgutverletzung sind⁸¹.

2. Entgangener Gewinn (Lucrum cessans, § 252 BGB)

§ 252/Abs. 1 BGB hält fest: „Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn.“

Diese Form des Schadens ist in der Praxis wichtiger als der positive Schaden. Neben dem positiven Schaden (damnum emergens) hat der Schädiger dem Geschädigten entgangenen Gewinn (lucrum cessans) nach § 252 BGB zu entschädigen. Entgangener Gewinn bezweckt den Ausgleich im Vermögen des Schutzrechtsinhabers. Wenn das Vermögen des Schutzrechtsinhabers ohne das schädigende Ereignis (unerlaubte Handlung oder Vertragsverletzung) nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in der Zukunft sich vergrößert hätte, ist dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen. Entgangener Gewinn wird nur ersetzt, wenn der Schutzrechtsinhaber den Gewinn üblicherweise oder nach dem konkreten Umstand des Einzelfalls wahrscheinlich erzielt worden wäre. Beim entgangenen Gewinn ist der hypothetische Vermögensstand des Schutzrechtsinhabers wichtig. Dagegen ist das Vermögen des Verletzers unerheblich. Es ist unbedeutend, ob der Verletzer aufgrund seiner Handlung einen Gewinn erzielt hat oder ob er selbst geschädigt wurde⁸².

Wenn der Schutzrechtsinhaber den Preis des Produkts senken muss, um seine Kunden nicht zu verlieren, da es sich aufgrund der Verletzung zu einem Umsatzrückgang kommt, kann er seinen Schaden als entgangener Gewinn geltend machen. Aber der Umsatzrückgang kann auch auf anderen Faktoren stützen (z.B. Rezession, deflatorischen Tendenzen, geringerem Werbeaufwand etc.). Deswegen muss der Schutzrechtsinhaber beweisen,

80 Vgl. BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.

81 JENNY, S. 82 f.

82 WIDMER, S. 2, 99 f.; JENNY, S. 69 f.; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 62 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 27; ELLGER, S. 625.



dass sein Umsatzrückgang aus der Verletzung des Verletzers und nicht aus anderen Faktoren besteht. Beim entgangenen Gewinn stützt sich ein wichtiges Kriterium darauf, dass für den Schutzrechtsinhaber ein Gewinn wahrscheinlich ist. Deshalb ist geltend zu machen, dass er in der Lage gewesen ist, einen Gewinn zu erzielen. Um diese Frage zu beantworten, muss der Schutzrechtsinhaber nachweisen, ob zwischen dem Verletzer und ihm ein Konkurrenzverhältnis besteht. Wenn sie Konkurrenten sind, kann dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen sein. Wenn der Schutzrechtsinhaber und der Verletzer damit auf dem gleichen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Markt tätig sind, kann dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen sein⁸³.

Entgangener Gewinn ist durch das Gericht nach § 287 ZPO geschätzt. Um entgangenen Gewinn zu bewerten, ist erforderlich, dies durch den Schutzrechtsinhaber darzulegen und das in den durch § 287 ZPO gezogenen Grenzen zu beweisen. Gemäß § 287 ZPO wird durch das Gericht bewertet, dass und in welcher Höhe dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen ist. § 252/Abs. 2 BGB (Beweiserleichterung) dient § 287 ZPO bei der Schadensbemessung des entgangenen Gewinns. Für § 252 BGB ist genug, dass der Eintritt des Gewinnes überwiegend wahrscheinlich gewesen ist⁸⁴.

Der Anspruch auf Zahlung der angemessenen Lizenzgebühr stützt sich nach herrschender Meinung⁸⁵ auf § 252 BGB. Die Lizenzgebühr stellt einen entgangenen Gewinn fest, dass gemäß dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Zahlung der Lizenzgebühr mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war⁸⁶.

Der Schutzrechtsinhaber hat die Wahl, ob er anstelle des konkreten Schadens eine fiktive Lizenzgebühr oder die Herausgabe des vom Verletzer mit dem Schutzrecht erzielten Gewinns verlangen will, weil eine konkrete Schadensberechnung für die Gerichte und der Schutzrechtsinhaber schwer möglich ist.

3. Aktuelle Probleme bei der konkreten Berechnung

- Die konkrete Berechnung des Schadens ist im Immaterialgüterrecht schwierig, da ihn der Verletzte zu beziffern und mögliche und zumutbare Anhaltspunkte vorzutragen hat⁸⁷. Der Verletzte bleibt immer

83 STOLL, S. 70 ff.; JENNY, S. 70 f.

84 SCHWEERS, S. 86 f.; STOLL, S. 186 f.; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 63; KOOS, UWG § 9, Rn. 27; ELLGER, S. 625.

85 JENNY, S. 102 f.; ALEXANDER, S. 264; SCHWEERS, S. 86; PAAL, S. 226, Rn. 65; HARTL, S. 86 f.

86 Vgl. BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.

87 JENNY, S. 57; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70.



verpflichtet, zumindest den Rahmen zu beziffern und zumutbaren Angaben vorzutragen⁸⁸.

- Diese Berechnungsmethode hat dogmatische und praktische Nachteile und die Schwierigkeit der Bemessung des Schadens bleibt nach wie vor bestehen⁸⁹.
- Die Schadensberechnung bei Schutzverletzungen ist problematisch, weil Gewinn und Verlust durch andere Parameter beeinflusst werden, weil sich der konkrete Verlust durch die Verletzung oft schwer beziffern lässt⁹⁰.
- Die konkrete Schadensberechnung hat für den Verletzten den Nachteil, dass er den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem Umsatzverlust konkret nachweisen muss. Umsatzverluste sind in vielen Fällen nur schwer adäquat kausal der Verletzungshandlung zuzuordnen⁹¹.
- Beim konkreten Schaden ist der Nachweis der Schadenshöhe und des adäquaten Kausalzusammenhangs kompliziert. Beim konkreten Nachweis muss der Schutzrechtsinhaber zumindest die Tatsachen aufweisen, die dem Gericht die Schätzung der Schadenshöhe (§ 287 ZPO) erlauben. Das heißt, dass der Schutzrechtsinhaber trotz der richterlichen Bemessung für die Schadenshöhe Anhaltspunkte zu geben und seine Existenz zu beweisen hat. Gegen die Schwierigkeiten der konkreten Schadensberechnung wendet das Gericht § 287 ZPO an⁹².

88 Von BÜREN/MARBACH, S. 206 f.; GÖTTING, S. 4 f.; Die Rechtsprechung hilft dem Beweisführer in solchen Fällen häufig mit der sogenannten sekundären Behauptungslast. Für weitere Informationen siehe: KAYA, Hilal Ünal: **Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei**, Peter Lang, Berlin 2018, S. 86 f.

89 BIRRER, S. 36 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70; Von BÜREN/MARBACH, S. 205; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 63; Vgl. BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Diarähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

90 Von BÜREN/MARBACH, S. 205 f.

91 STOLL, S. 196 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70; AMSCHWITZ, S. 297; Von BÜREN/MARBACH, S. 205 f.

92 Das Gericht entscheidet gemäß § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO nach freier richterlicher Beweiswürdigung, ob und welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Bei Anwendung des § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO ist es angemessen, wenn der Richter nur allgemein die Überzeugung gewinnt, dass ein Schaden entstanden ist. § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO befreit das Gericht nicht von der Verpflichtung, das Berichten der Parteien zu schätzen und alle vorgetragenen Umstände sachgerecht zu werten. Wenn keine ausreichenden Tatsachen für eine Schätzung vorgebracht sind, so ist eine Beweislastentscheidung zu treffen. Die Schadensersatzbemessung ist in jedem einzelnen Fall von mehreren Faktoren abhängig (z.B.: Umsatz des Schutzrechtsinhabers, insbesondere des Verletzers, branchenübliche Ansätze, Marktverwirrung, Rufschädigung etc.). § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO ist nach § 287/Abs. 2 ZPO anwendbar, wenn unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten



- Bei der Verletzung der Persönlichkeitsrechte ist es häufig schwierig, um eine materielle Schädigung konkret anzugeben und nachzuweisen. Das Persönlichkeitsrecht stellt ein unkörperliches Recht dar, dass es keine Substanzbeeinträchtigung erleiden kann⁹³.
- Bei Immaterialgüterrechtsverletzungen ist problematisch, entgangenen Gewinn vom positiven Schaden abzugrenzen, weil der Immaterialgut die Gemeinschaftlichkeit und Unerschöpflichkeit hat⁹⁴.
- Problematisch ist hierbei der Nachweis des entgangenen Gewinns. Der Anspruch auf entgangenen Gewinn bei Persönlichkeitsrechten soll genügen, dass sich die Kausalität zwischen Verletzung und entgangenen Gewinn nachweisen lässt. Der Schutzrechtsinhaber muss demnach beweisen, dass er seinen entgangenen Gewinn ohne Persönlichkeitsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen erzielt hätte⁹⁵. Diese konkrete Kausalität zu beweisen, ist häufig unmöglich.
- Bei der Zusprechung des entgangenen Gewinns ist häufig umstritten, dass dem Schutzrechtsinhaber kein Gewinn entgangen ist, da er das Immaterialgut nicht verwerten konnte. Um entgangenen Gewinn zuzusprechen, der Schutzrechtsinhaber muss nachweisen, dass er den Gewinn wahrscheinlich hätte erzielen können. Er trägt die Beweislast. Aber der Verletzer kann den Gegenbeweis aufstellen, dass dem Schutzrechtsinhaber kein Gewinn entgangen ist⁹⁶.

B. Zweite Wahlmöglichkeit der Schadensberechnung: Angemessene Lizenzgebühr

1. Begriff und Rechtsgrundlage

Unter dem Begriff der Lizenzgebühr wird die Vergütung für die Nutzungsgenehmigung des Immaterialgüterrechts verstanden⁹⁷. Der Schutzrechtsinhaber kann Schadensersatz in der Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr verlangen, anstatt den Schaden konkret zu berechnen. Sie ist in der Praxis die verbreitetste Berechnungsart⁹⁸. Diese Berechnungsart

verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Siehe dazu: TROLLER, S. 987 f.; HANSEN, S. 90 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 75; STOLL, S. 146 ff.; HARTL, S. 65.

93 HARTL, S. 65 f.; UESSELER, S. 224 f.

94 JENNY, S. 70 f.

95 HARTL, S. 68 f.; OHLY, S. 932; ELLGER, S. 625 f.

96 JENNY, S. 72 f.; ELLGER, S. 625 f.

97 KELKER, S. 29; AMSCHWITZ, S. 297; OHLY, S. 932; JENNY, S. 84.

98 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-



wurde von der Praxis und dem Gewohnheitsrecht ausgedehnt, um dem Schutzrechtsinhaber bei Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des Nachweises einen einfacheren Weg der Ersetzung von seinem Schaden anzubieten⁹⁹. Deswegen wurde die angemessene Lizenzgebühr entwickelt, um den schwierigen Schadensbeweis zu erleichtern. Um eine angemessene Lizenzgebühr durch das Gericht zuzusprechen, braucht der Schutzrechtsinhaber weder einen konkreten Schaden noch einen Kausalzusammenhang nachzuweisen¹⁰⁰.

Bei der Schätzung der angemessenen Lizenzgebühr wird gefragt: „was bei Abschluss eines Lizenzvertrags von vernünftigen Vertragspartnern in Kenntnis der tatsächlichen Entwicklung während des Verletzungszeitraums vereinbart worden sein würde.“ Aber der Verletzer soll gemäß deutscher Rechtsprechung¹⁰¹ nicht besser als vertraglicher Lizenznehmer gestellt sein, der einen Lizenzvertrag mit dem Schutzrechtsinhaber abgeschlossen hat. Hierbei geht das Gericht bei der Bemessung von den in Branchen geltenden Honorarordnungen aus, eventuell macht es eine Schätzung gemäß § 287 ZPO. Bei der Bemessung ist unbeträchtlich, ob sie überhaupt in der Lage gewesen wäre, ob der Schutzrechtsinhaber im konkreten Fall

Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; DREIER, S. 89 f.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 (541)-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: STOLL, S. 49 ff.; HEIL/ROOS, S. 26 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689-Oskar Lafontaine; BGH Urteil vom 29.07.2009, GRUR 2010, 239 ff.-BTK, für tiefere Informationen: BINDER, S. 1186 ff.

99 JENNY, S. 84 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70; SCHWEERS, S. 85; STOLL, S. 135; OHLY, S. 932; HARTL, S. 71; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 69 f.; ELLGER, S. 648.

100 SCHWEERS, S. 85; STOLL, S. 135; WIDMER, S. 7 f.; JENNY, S. 81; ELLGER, S. 627.

101 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: UESSELER, S. 221 ff.; FUNKEL, S. 115 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.



lizenzbereit gewesen wäre, ob der Verletzer überhaupt einen Gewinn erzielt hat oder ob dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen ist¹⁰².

Die Rechtsgrundlage des Anspruches auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr ist unklar. In Deutschland wird die angemessene Lizenzgebühr nach dem Teil der Lehre¹⁰³ und die Rechtsprechungen¹⁰⁴ als entgangener Gewinn auf die §§ 249, 252 BGB (Art. 41 ff. OR) betrachtet. Hierbei wird die Lizenzgebühr als selbständige Schadensberechnungsart abgelehnt und als Indiz für einen entgangenen Gewinn festgestellt. Nur unter den Voraussetzungen kann man die angemessene Lizenzgebühr als entgangenen Gewinn fordern, wenn der Schutzrechtsinhaber tatsächlich zur Lizenzvergabe bereit gewesen wäre, eine solche rechtlich möglich und verkehrüblich ist, und wenn der Verletzer auf dem gleichen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Markt tätig ist und wenn keine Substitutionsprodukte vorliegen.

Nach dem Teil der Lehre¹⁰⁵ und der Rechtsprechung¹⁰⁶ kann der Schutzrechtsinhaber besonders beim Persönlichkeitsverletzungen auf der Basis eines Anspruchsaus§812/Abs.1,S.1 und §818/Abs.2 BGB vom Verletzer eine angemessene Lizenzgebühr fordern. Gegen eine schadensrechtliche Deutung wird sehr oft der Einwand erhoben, die Lizenzanalogie stelle

102 JENNY, S. 85 f.; Vgl. KELKER, S. 29 f.; OHLY, S. 932; ALEXANDER, S. 263 f.; ELLGER, S. 627; AMSCHWITZ, S. 297 f.; JANSSEN, S. 294; HARTL, S. 71 f.; SCHERRER, S. 206 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 31a.

103 JENNY, S. 101 f.; SCHWEERS, S. 86 ff.; STOLL, S. 76 ff.

104 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 (557)-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.

105 KOOS, UWG § 9, Rn. 33; SCHERRER, S. 208; JANSEN, Rn. 122; PAAL, S. 226, Rn. 65; REESE, S. 80; HARTL, S. 80 ff.; ULLMANN, Eike: Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, **GRUR 1978**, Heft 11, S. 615 ff.; BRANDNER, Hans Erich: Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, **GRUR 1980**, Heft 5, S. 359 ff.; ELLGER, S. 636 f.; HELMS, S. 37 ff.; JENNY, S. 107; ZURTH, Patrick: Bereicherungsrechtliche Implikationen im Immaterialgüterrecht, **GRUR 2019**, Heft 2, S. 143 ff.

106 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689-Oskar Lafontaine.



keinen Schadensersatz, sondern vielmehr einen Bereicherungsausgleich dar. Das ist insofern richtig, dass es sich bei der schadensrechtlichen Lizenzanalogie um einen dem Bereicherungsausgleich entsprechenden Anspruch handelt. Außerdem hat die Rechtsprechung¹⁰⁷ ihre zunächst ablehnende Haltung gegenüber der Anwendung des Bereicherungsrechts auf Verletzungen von Immaterialgüterrechten und vergleichbaren Rechtspositionen aufgegeben. Sie gewährt einen Bereicherungsausgleich, der wegen der objektiven Wertermittlung des Erlangten oftmals zum selben Ergebnis führt wie eine schadensrechtlich verstandene Lizenzanalogie. Auch wenn die Schadensberechnung mit Hilfe des fiktiven Lizenzvertrages dem Bereicherungsanspruch ähnlich ist, sprechen also angesichts der aufgezeigten Schwierigkeiten, die Lizenzanalogie in ihrer momentanen Ausprägung ins Bereicherungsrecht zu übertragen, gute Gründe gegen die bereicherungsrechtliche Einordnung und für eine herkömmliche schadensrechtliche Deutung¹⁰⁸.

2. Überblick der Geschichte der angemessenen Lizenzgebühr mit den Rechtsprechungen

In der oben dargestellten Entscheidung¹⁰⁹ „Ariston“ (1895) hat das RG erstes Mal dem Verletzten eines Musikurheberrechts die Möglichkeit erlaubt, seinen Schadensersatz in der Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr geltend zu machen. Später hat der BGH in der „GEMA“-Entscheidung¹¹⁰ (1973) wegen der Notwendigkeit einer umfangreichen Überwachungsorganisation bei Verletzung des Urheberrechts als Schadensersatz die doppelte Lizenzgebühr anerkannt.

In der späteren Entscheidung¹¹¹ „Clarissa“ (1975) hat der BGH zur Berechnung einer Schadensersatzforderung auf Lizenzbasis geurteilt und

107 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfal; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

108 LEHMENT, Henrik: **Das Fotografieren von Kunstgegenständen**, V&R Unipress, Göttingen, 2008, S. 122 ff.; Aber nach schweizerischer Rechtsprechung und Lehre ist die angemessene Lizenzgebühr eine Schadensbemessungsart, wobei der Schaden im Sinne von Art. 42/Abs. 2 OR geschätzt wird, für weitere Informationen: JENNY, S. 84 f.; WIDMER, S. 7 ff.; LOCHER, Felix: Zu den vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach schweizerischem Recht vor dem Hintergrund neuerer Gerichtsentscheide, **GRUR Int** 2007, Heft 4, S. 275 ff.

109 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (67 ff.)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; HELMS, S. 222 ff.; ALEXANDER, S. 258 ff.

110 BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.

111 BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa.



neben der angemessenen Lizenzgebühr einen Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden zugesprochen. Ferner hat der BGH in der späteren Entscheidung¹¹² „Prozeßrechner“ (1977) über diese Berechnungsmethode geurteilt, dass „bei unredlicher Verwertung eines Betriebsgeheimnisses, das dem Unternehmer eine dem Immaterialgüterrechtsschutz vergleichbare Rechtsposition verschafft, der Verletzte seinen Schaden auch nach der entgangenen Lizenz berechnen kann“. Der BGH hat mit der Entscheidung¹¹³ „Tolbutamid“ (1980) weiter ausgeführt, dass es sich „bei einer Schadensbemessung gemäß der Lizenzanalogie um den Ausgleich der durch die schuldhaftige Schutzrechtsverletzung eingetretenen ungerechtfertigten Vermögensverschiebung“ handelt.

Der BGH hat bei Persönlichkeitsrechten auch diese zweite Schadensberechnungsmethode unter Berufung auf die Reichsgerichtspraxis übernommen und ausgedehnt. Nach der „Paul Dahlke“-Entscheidung¹¹⁴ hat der BGH geurteilt, als eine Möglichkeit der heutzutage bei der Verletzung vermögenswerter Bestandteile von Persönlichkeitsrechten anerkannten dreifachen Schadensberechnung, einen Schadensersatzanspruch auf Grundlage der fiktiven Lizenzgebühr. Gemäß dieser Entscheidung kann der Schutzrechtsinhaber die Zahlung der fiktiven Lizenzgebühr verlangen, von dem er die Veröffentlichung seines Bildes oder den Abschluss eines entsprechenden Vertrages abhängig gemacht hätte.

Der BGH hat in der „Herrenreiter“-Entscheidung¹¹⁵ die anerkannte Schadensberechnung nach der fiktiven Lizenzgebühr nicht anwendbar erklärt. Beim Herrenreiterfall handelt es sich um die Gewährung einer Geldentschädigung wegen immaterieller Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts.

In der „Joachim Fuchsberger“-Entscheidung¹¹⁶ (1992) hat sich Moderator Joachim Fuchsberger bei der Einweihung eines Modehauses mit einer extremen Brille fotografiert lassen. Damit hat er auch dem Fotografen erlaubt, das Bild zur Werbung für das Modehaus unentgeltlich zu verwenden. Ein Optiker Verband hat das Bild an seine Mitglieder (250 Unternehmen) weitergegeben, damit man mit diesem Bild eine Werbung machen könne. Fuchsberger hat von ihm die Zahlung von 120.000 DM geltend gemacht. Der BGH hat in dieser Entscheidung bejaht, dass

112 BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 (541)-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85-Clarissa.

113 BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.

114 GÖTTING, S. 7 ff.; SCHERRER, S. 185 f.; BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.

115 BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.

116 BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689-Oskar Lafontaine.



sich die Höhe des zu zahlenden Ausgleichs auch hier nach der fiktiven Lizenzgebühr richtet. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Verletzer zur Zahlung einer Lizenzgebühr tatsächlich bereit und in der Lage gewesen wäre¹¹⁷. In der späteren Entscheidung, „Oskar Lafontaine“-Entscheidung (2007) hat der BGH auch erklärt, dass die unberechtigte kommerzielle Nutzung eines Bildnisses einen Anspruch auf Zahlung der angemessenen Lizenzgebühr begründet, ohne dass es darauf ankommt, ob dem Verletzer bereit oder in der Lage gewesen wäre, gegen Entgelt Lizenzen für die Verbreitung und öffentliche Wiedergabe seines Bildnisses einzuräumen.

Lehre und Rechtsprechungen haben diesen Anspruch für die unberechtigte Ausnutzung von Immaterialgüterrechten anerkannt. Aber schließlich erstreckt sich dieser Anspruch wie besichtigt auch auf die unberechtigte Ausnutzung von Persönlichkeitsrechten.

3. Aktuelle Probleme bei der Lizenzgebühr

- Teile der Lehre¹¹⁸ bemängeln die fehlende Präventions- und Sanktionsfunktion eines nach der Lizenzanalogie berechneten Schadensersatzes, weil der Verletzer nicht zu mehr verurteilt wird, als wenn er ordnungsgemäß eine Lizenz eingeholt hätte. Der deutsche BGH hat die Zulässigkeit des Verletzerzuschlags bejaht, sofern ein Tarif durch einen Verwertungsgesellschaft (z.B. GEMA) vorgesehen ist¹¹⁹.
- Der Verletzer geht kein wirtschaftliches Risiko ein, da er die geschuldete Vergütung unter Umständen nach der Verletzung zahlt. Deswegen steht der Verletzer besser als ein Lizenznehmer. Sein Risiko beschränkt sich auf die angemessene Lizenzgebühr¹²⁰.
- Der Schutzrechtsinhaber braucht hierbei die notwendige Kausalität und die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Gewinneintrittes in der Höhe der angemessenen Lizenzgebühr nachzuweisen. Im Einzelfall kann dieser Nachweis bei Persönlichkeitsrechten trotz der Beweiserleichterung schwierig sein¹²¹.
- Der Verletzer wird häufig die Preise von Verletzten unterbieten können, weil er keine Entwicklungskosten und Markteinführungskosten aufwenden muss. Ferner kommt auch ein weiterer Nachteil für den Schutzrechtsinhaber, wenn er den Betrag der Lizenzgebühr ferner wegen der niedrigen Preise des Verletzers bemisst¹²².

117 BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084-Joachim Fuchsberger.

118 JENNY, S. 97 f.; ALEXANDER, S. 264 f.; OHLY, S. 932 f.; JANSEN, Rn. 123.

119 WOLFF, UrhG § 97, Rn. 75; JENNY, S. 97 f.; ALEXANDER, S. 264 f.; OHLY, S. 932 f.; JANSEN, Rn. 123.

120 WIDMER, S. 12; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 74; HARTL, S. 72; ALEXANDER, S. 264; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 72; KOOS, UWG § 9, Rn. 28.

121 SCHWEERS, S. 87 f.; JENNY, S. 90 f.; Für die von der Rechtsprechung entwickelten Instrumente zur Überwindung der Beweisschwierigkeiten siehe: KAYA, S. 85 ff.

122 WIDMER, S. 13; OHLY, S. 932 f.; HARTL, S. 72.



C. Dritte Wahlmöglichkeit der Schadensberechnungsmethode: Der Verletzererwerb (§ 687/Abs. 2 BGB, § 667 BGB)

1. Begriff und Rechtsgrundlage

Beim Verletzererwerb handelt es sich um „dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen, fingiert, dass der Rechtsinhaber ohne die Rechtsverletzung durch die Verwertung seines Schutzrechts den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte.“¹²³ Der Verletzer hat durch die Geschäftsanmaßung einen Gewinn erzielt und muss seinen Vermögenszuwachs dem Schutzrechtsinhaber herausgeben.

Gemäß der Lehre¹²⁴ ist der Anspruch auf Herausgabe des Verletzererwerbs nicht ein Schadenersatzanspruch, sondern eine Sanktion besonderer Art. Der Gewinn des Verletzers kann nicht unter dem Titel des Schadenersatzes aufgelöst werden, weil er sich nicht auf das Vermögen des Schutzrechtsinhabers abstützt und weil sie ferner auf verschiedenen Rechtsgrundlagen beruhen. Der Schutzrechtsinhaber darf den Gewinn herausverlangen, aber er kann wegen der Unabhängigkeit der beiden Ansprüche keinen Schaden erleiden. Aber der Gesetzgeber¹²⁵ hat auch bei der § 97/Abs. 1, S. 2 UrhG vom 1965 vorgesehen, dass der Verletzererwerb an Stelle des Schadenersatzes herauszugeben ist: „An Stelle des Schadenersatzes kann der Verletzte die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, und Rechnungslegung über diesen Gewinn verlangen“.

Er stützt sich der Verletzererwerb bei Bösgläubigkeit auf eine analoge Anwendung von § 687/Abs. 2 (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag) und § 667 BGB (Herausgabepflicht). Wenn der Verletzer aber gutgläubig handelt, beschränkt sich der finanzielle Ausgleich auf die bereicherungsrechtlichen Ansprüche. Ferner ist diese Schadensberechnungsmethode unterschiedlich vom Gewinnabschöpfungsanspruch des BGB¹²⁶.

123 Vgl. BGH Urteil vom 02.11.2000, GRUR 2001, 329 ff.-Gemeinkostenanteil, abrufbar unter: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=GRUR%202001,%20329> (zuletzt besucht am: 09.12.2019); für tiefere Informationen: HAEDICKE, S. 529 ff.; MEIER-BECK, S. 617 ff.

124 FISCHER, S. 36 f.; JENNY, S. 107 f.; KELKER, S. 32 f.; SCHWEERS, S. 89 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 255 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 32; DREIER, S. 83; Vgl. BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

125 Der Schutzrechtsinhaber kann in den Spezialgesetzen geregelten Schadenersatzanspruch erlangen (vgl. § 139/Abs. 2 PatG; § 24/Abs. 2 GebrMG; §§ 14/Abs. 6, 15/Abs. 5 MarkenG; § 97/Abs. 1, 3. Alt. UrhG; §§ 42/Abs. 2, 14a/Abs. 1, 2. Alt. GeshmMG), wenn der Verletzer schuldhaft handelt. Siehe dazu: Von BÜREN/MARBACH, S.78 f.; vgl. KELKER, S. 28 f.; KRABER/ANN, § 35, Rn. 69; PAAL, S. 229, Rn. 69; OHLY, S. 926 f.; HAEDICKE, S. 530.

126 KOOS, UWG § 9, Rn. 32; Von BÜREN/MARBACH, S. 206 f.; HAEDICKE, S. 530; SCHWEERS,



Die Rechtsprechung¹²⁷ des BGH sieht einen Gewinnherausgabeanspruch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, sondern auch bei leichter Fahrlässigkeit vor.

Bei Gewinnherausgabeanspruch kann der Schutzrechtsinhaber vom Verletzer nur Herausgabe des kausal auf die Persönlichkeits- oder Immaterialgüterverletzung zurückzuführenden Gewinns herausverlangen. Bei der Bemessung des Verletzergewinns ist irrelevant, ob der Schutzrechtsinhaber selbst in der Lage gewesen wäre einen solchen Gewinn zu erzielen, ob dem Verletzten ein Schaden in der Höhe des Verletzergewinns entstanden ist und ob er diesen Gewinn überhaupt erzielt hätte¹²⁸.

Der Verletzer kann die nötigen Aufwendungen (z.B. Herstellungskosten, Anschaffungskosten, Werbungskosten, Vertriebskosten, Verwaltungskosten) abziehen, er hat den erzielten Nettogewinn herauszugeben. Für diese Aufwendungen ist der Verletzer beweispflichtig. Der Gewinn wird durch Buchexpertise nur im Zusammenhang mit der Herstellung, dem Ankauf und dem Vertrieb oder dem Verkauf beschafft¹²⁹.

Wenn der Schutzrechtsinhaber dem Verletzer die Herausgabe des Verletzergewinns verlangt, muss er das im Rahmen des § 287 ZPO nachweisen, ohne den entgangenen eigenen Gewinn nach § 252 BGB nachweisen zu müssen¹³⁰. Das Wahlrecht des Schutzrechtsinhabers erlischt, wenn der Verletzer entweder die angemessene Lizenzgebühr bezahlt hat oder den erzielten Gewinn herausgegeben hat.

2. Überblick der Geschichte des Verletzergewinns mit den Rechtsprechungen

Der Anspruch auf Verletzergewinn ist durch Rechtsprechung¹³¹ des ROHG unter dem Gesichtspunkt der gemeinrechtlichen Geschäftsführung

S. 89 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256 f.; SCHERRER, S. 208; HARTL, S. 73; MEIER-BECK, S. 618; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 66; In der Schweiz beruht auch der Verletzergewinn auf den Anspruch aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 OR, für weitere Informationen: JENNY, S. 104 ff.; TROLLER, S. 994 ff.; Von BÜREN/MARBACH, S. 205; WIDMER, S. 77 ff.; LOCHER, S. 275 ff.

127 Vgl. BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfal; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRNER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Diarähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

128 WIDMER, S. 100 f.; PAAL, S. 229, Rn. 69; JENNY, S. 105; BOESCHE, Katharina Vera: **Wettbewerbsrecht**, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 66.

129 TROLLER, S. 995 f.; AMSCHWITZ, S. 298; HAEDICKE, S. 532 f.

130 ELLGER, S. 629 f.; STOLL, S. 200 f.; ALEXANDER, S. 267; PAAL, S. 229, Rn. 69; KOOS, UWG § 9, Rn. 32; BOESCHE, S. 66.

131 ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.



ohne Auftrag begründet. Später hat der BGH diese Rechtsprechung des RG nach dem zweiten Weltkrieg übernommen und auf Persönlichkeits-, Namens- und Firmenrechte weiterentwickelt. Der BGH hat über diese Schadensberechnungsmethode bei seinen Entscheidungen¹³² vorgesehen, so dass *„niemand durch den unerlaubten Eingriff besser gestellt wird, als er im Fall einer ordnungsgemäß nachgesuchten und erteilten Erlaubnis durch den Rechtsinhaber gestanden hätte“*.

Im Jahre 1877 hat das ROHG in der oben dargestellten *„Theater“*-Entscheidung einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns bei Urheberrechtsverletzungen als Schadensersatz anerkannt. Später hat der BGH in der *„Handstrickverfahren“*-Entscheidung¹³³ (1960) einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns nach den Rechtsgrundlagen der dreifachen Schadensberechnung im Fall einer Vorlagenfreibeuterei abgelehnt. Denn der Unrechtsgehalt der Vorlagenfreibeuterei stützt sich nicht auf einen Eingriff in ein Ausschließlichkeitsrecht oder auf einem mit ausschließlicher Wirkung einer bestimmten Person zugewiesenen Rechtsgut. Aus diesem Grund kann der Schutzrechtsinhaber als Schadensersatz nur der entgangene Gewinn vom Verletzten verlangt werden. In der *„Vitasulfal“*-Entscheidung¹³⁴ (1961) hat der BGH zum ersten Mal zugesprochen, dass der Schutzrechtsinhaber auch bei Warenzeichenverletzungen die Herausgabe des Verletzergewinns geltend machen kann.

In der *„Miss Petite“*-Entscheidung¹³⁵ (1973), die es um eine Kennzeichnungsverletzung in der Textilbranche geht, hat der BGH bejaht, dass der Verletzergewinn wie im Urheberrecht (§ 97/Abs. 1, S.2 UrhG) oder im Kartellrecht als Schadensersatz ähnlich ist. Der Mehrerlös ist abzuschöpfen, den der Verletzer wegen seines schuldhaften und rechtswidrigen Eingriffs in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts erzielt hat. Deswegen sieht der BGH selbst ausdrücklich von einer *„Abschöpfung des Verletzergewinns“* im Weg der Schadensberechnung vor. Der BGH hat in der weiteren Entscheidung¹³⁶ *„Kollektion Holiday“* (1993) die abstrakte Schadensberechnung für alle der wettbewerbswidrigen Leistungsübernahme zugesprochen und die Anwendbarkeit der

132 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.

133 BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 (557)-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.

134 BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfal.

135 BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.

136 BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.



dreifachen Schadensberechnung in diesem wichtigen Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes anerkannt.

Im „*Caroline von Monaco I*“ Fall¹³⁷ (1994) hat der BGH in der Veröffentlichung eines Interviews als eine Verletzung des wirtschaftlichen Gehalts des Persönlichkeitsrechts abgelehnt und ausgeführt, dass eine Verurteilung zur Geldentschädigung nur geeignet ist, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bildet, dass die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind. Das heißt, dass die Erzielung des Verletzergewinns aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in der Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen sei. Deswegen müsse von dem Schadensersatzanspruch ein echter Hemmungseffekt auch für eine solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen.

3. Aktuelle Probleme beim Verletzergewinn

- In vielen Fällen ist es nicht oder nur schwer möglich, einen erzielten Gewinn des Verletzers zu bemessen. Die Frage ist entscheidend, welche Kosten der Verletzer vom Erlös aus dem Verkauf des verletzenden Immaterialguts abziehen darf. Probleme können sich nicht nur bei der Feststellung der kausalen Einnahmen, sondern auch bei der Bestimmung der Kosten ergeben. Problematisch ist hierbei, welche Kosten mit dem Verletzergewinn ursächlich verknüpft sind. Bei der Bemessung des Verletzergewinns werden nicht nur die produktionsabhängigen Kosten (z.B. Materialkosten), sondern auch Löhne, Vertriebskosten, Verwaltungskosten berücksichtigt, aber dagegen werden nicht die Fixkosten (z.B. anteiliger Lohn, Mieten, Vertriebskosten) berücksichtigt¹³⁸.
- Diese Art der Schadensberechnung hat den erheblichen Nachteil für den Verletzten, dass durch den Verletzten auf die Gewinnkalkulation des Verletzers nachgewiesen ist¹³⁹.
- Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ist nicht nur wirtschaftlich wenig sinnvoll für den Verletzten, sondern in der Praxis auch sehr schwierig¹⁴⁰.

137 BGH Urteil vom 15.11.1994, NJW 1995, 861 ff.-Caroline von Monaco I, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv/097125.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 294 ff.; UESSELER, S. 235 f.; HARTL, S. 66 f.

138 TROLLER, S. 989 f.; HAEDICKE, S. 529; HARTL, S. 73 f.; OHLY, S. 933; SCHWEERS, S. 89; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; MEIER-BECK, S. 619 f.; SCHAUB, S. 919.

139 STOLL, S. 134 f.; OHLY, S. 932 f.; TROLLER, S. 989 f.; HARTL, S. 73 f.; SCHWEERS, S. 89; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; HAEDICKE, S. 534 f.; SCHAUB, S. 919.

140 TROLLER, S. 989 f.; HARTL, S. 73 f.; OHLY, S. 933; SCHWEERS, S. 89; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256.



ERGEBNIS

Bei Verletzungen von Urheberrecht, Patentrecht, Geschmacksmusterrecht, Wettbewerbsrecht, Warenzeichenrecht, Persönlichkeitsrecht, Betriebsgeheimnissen, Namenszeichen und Firmenzeichen gilt die dreifache Schadensberechnung nach Wahl des Verletzten. Der Verletzte kann wahlweise den Ersatz des konkreten Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns, die Zahlung der fiktiven, angemessenen Lizenzgebühr oder die Herausgabe des erzielten Gewinns des Verletzers als Schadensersatz fordern. Der Verletzte darf nicht wegen des Verquickungsverbots und Vermengungsverbots miteinander vermengen oder kumulativ anwenden. Das gilt allerdings nicht für Begleitschäden (Marktverwirrungsschaden, Rechtsverfolgungskosten, Überwachungskosten).

Das RG hat diese Schadensberechnungsmethode bei der Verletzung des Immaterialgüterrechts, die mittlerweile gewohnheits- bzw. richterrechtlich ist, anerkannt und entwickelt. Bezugnehmend auf die „Theater“-Entscheidung (1877) hat das RG in der „Ariston“-Entscheidung (1895) die dreifache Schadensberechnung erstmals begründet. Daneben hat der BGH in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung aus dem Jahre 1956 erstmals bei Persönlichkeitsrechten die Berechnung des Schadens nach einer angemessenen Lizenzgebühr für anwendbar erklärt, weil die Verletzung bei Persönlichkeitsrechten naturgemäß nicht rückgängig gemacht werden kann und auch eine konkrete Berechnung des Schadens für die Gerichte schwer ist. Obwohl diese Schadensberechnungsmethode seit über einem Jahrhundert besteht, sind ihre dogmatischen Grundlagen auch heute umstritten. Daneben gibt es immer noch ungelöste und klärungsbedürftige Fragen und aktuelle Probleme zum Thema.

Der Schutzrechtsinhaber kann zunächst seinen Schaden konkret berechnen. Die konkrete Berechnung des Schadens ist im Immaterialgüterrecht schwierig, da ihn der Verletzte zu beziffern und mögliche und zumutbare Anhaltspunkte vorzutragen hat. Daneben hat die konkrete Schadensberechnung für den Verletzten den Nachteil, dass er den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem Umsatzverlust konkret nachweisen muss. Bei der Verletzung der Persönlichkeitsrechte ist die konkrete Berechnungsmethode häufig schwierig, um eine materielle Schädigung konkret anzugeben und nachzuweisen. Das Persönlichkeitsrecht stellt ein unkörperliches Recht dar, dass es keine Substanzbeeinträchtigung erleiden kann. Im Ergebnis zeigt sich damit, dass die angemessene Lizenzgebühr aufgrund der erheblichen Nachweisschwierigkeiten der konkreten Schadensberechnung entwickelt



wurde. Lizenzanalogie wurde von der Praxis und dem Gewohnheitsrecht ausgedehnt, um dem Schutzrechtsinhaber bei Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des Nachweises einen einfacheren Weg der Ersetzung von seinem Schaden anzubieten. Aber diese Berechnungsmethode (Lizenzanalogie) hat auch den Nachteil, weil der Verletzer kein wirtschaftliches Risiko trägt. Deswegen steht der Verletzer besser als ein Lizenznehmer. Die Praxis zeigt, dass das Risiko des Verletzers sich auf die angemessene Lizenzgebühr beschränkt. Daneben ist die Rechtsgrundlage des Anspruches auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr unklar, weil der Anspruch auf eine Lizenzgebühr sowohl auf das Schadensersatzrecht (§ 252 BGB) als auch auf das Bereicherungsrecht (§ 812/Abs. 1, S. 1; § 818/Abs. 2 BGB) gestützt werden kann. Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ist nicht nur wirtschaftlich wenig sinnvoll für den Verletzten, sondern in der Praxis auch sehr schwierig, weil es in vielen Fällen nicht oder nur schwer möglich ist, einen erzielten Gewinn des Verletzers zu bemessen. Die Frage ist entscheidend, welche Kosten der Verletzer vom Erlös aus dem Verkauf des verletzenden Immaterialguts abziehen darf. Probleme können sich nicht nur bei der Feststellung der kausalen Einnahmen, sondern auch bei der Bestimmung der Kosten ergeben. Abschließend ist festzustellen, dass der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns gegenüber der Lizenzanalogie den Nachteil hat, weil der Verletzte auf die Gewinnkalkulation des Verletzers konkret nachweisen muss.



ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.:	Absatz
Alt.:	Alternative
Aufl.:	Auflage
Bd.:	Band
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE:	Bundesgericht-Entscheidungen/Schweiz
BGer:	schweizerisches Bundesgericht
BGH:	Bundesgerichtshof
BGHZ:	Bundesgerichtshof/Zivilsachen
BvR:	Bundesverfassungsrichter
bzw.:	beziehungsweise
etc.:	et cetera (und so weiter)
f.:	folgende
ff.:	fortfolgende (Seiten)
GebrMG:	Gebrauchsmustergesetz
GEMA:	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GeschmMG:	Geschmacksmustergesetz
GRUR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht- Internationaler Teil
hrsg.:	herausgegeben
MarkenG:	Markengesetz
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NZFam:	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZV:	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
PatG:	Patentgesetz
RG:	Reichsgericht
RGZ:	Reichsgericht / Zivilsachen
ROHG:	Reichsoberhandelsgericht
S.:	Satz Seite
UrhG.:	Urheberrechtsgesetz
usw.:	und so weiter
UWG:	Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz
Vgl.:	vergleiche
z.B.:	zum Beispiel
ZPO:	Zivilprozessordnung



WEBVERZEICHNIS

<https://beck-online.beck.de>

<https://www.bundesverfassungsgericht.de>

<https://dejure.org>

<http://www.servat.unibe.ch>

LITERATURVERZEICHNIS

ALEXANDER, Christian: **Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

AMSCHEWITZ, Dennis: **Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

BEUTHIEN, Volker/WASMANN, Dirk: Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz-Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung, **GRUR 1997**, Heft 4, S. 255-261.

BINDER, Christof: Die Zukunftsfähigkeit der markenrechtlichen Lizenzanalogie, **GRUR 2012**, Heft 12, S. 1186-1198.

BIRRER, Franz: **Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Universitätsverlag, Freiburg, 1970.

BOESCHE, Katharina Vera: **Wettbewerbsrecht**, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

BRANDNER, Hans Erich: Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, **GRUR 1980**, Heft 5, S. 359-364.

DREIER, Thomas: **Kompensation und Prävention, Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot/SPECHT, Louisa: **Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar**, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2018.

EHLERS, Wolfram: **Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977.



ELLGER, Reinhard: **Bereicherung durch Eingriff (das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschliesslichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

ERGER, Christian/KAESLING, Katharina: Immaterieller Schadensersatz im Zugewinnausgleich der deutsch-französischen Wahlzugewinnsgemeinschaft, **NZFam 2014**, Heft 14, S. 631-636.

FISCHER, Peter: **Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Ersatz des Immateriellen Schadens in Geld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, Dissertation Köln Universität, Köln, 1966.

FUNKEL, Thorsten: **Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz Immaterieller Schäden in Geld (eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes für Nichtvermögensschäden in Deutschland und England)**, Beck, München, 2001.

GÖTTING, Horst Peter: **Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte**, Verlag Mohr, Tübingen, 1995.

HAEDICKE, Maximilian: Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, **GRUR 2005**, Heft 7, S. 529-535.

HANSEN, Wilhelm Matthias: **Normativer Schadensbegriff und Schadensberechnung (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Gebrauchsentzug von Kraftfahrzeugen und zur Beeinträchtigung der Urlaubsfreude)**, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1977.

HARTL, Michael: **Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter**, Konstanz, 2004. (<https://kops.uni-konstanz.de/handle/123456789/3337>, zuletzt besucht am: 15.10.2019)

HEIL, Ulf/ROOS, Michael: Zur dreifachen Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen-zugleich Anmerkung zu BGH GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, **GRUR 1994**, 96. Jahrgang, Heft 1, S. 26-31.

HELMS, Tobias: **Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

HOFMANN, Ruben A./FRIES, Peter: Der äußerungsrechtliche Geldentschädigungsanspruch im digitalen Zeitalter, **NJW 2017**, Heft 33, S. 2369-2374.



JANSEN, Nils: **Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 1. Teilband, §§ 241-432, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007 (Hrsg.: SCHMOECKEL, Mathias/RÜCKERT, Joachim/ZIMMERMANN, Reinhard).

JANSSEN, Andre: **Präventive Gewinnabschöpfung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

JENNY, Reto M.: **Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen (unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag)**, Schulthess, Zürich, 2005.

KAYA, Hilal Ünal: **Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei**, Peter Lang, Berlin, 2018.

KELKER, Alexandra: **Gewinnherausgabe zwischen Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch im Immaterialgüterrecht (zugleich eine historische und dogmatische Untersuchung des heutigen Immaterialgüterrechts sowie der einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetze)**, Dissertation Münster Universität, Münster, 2003.

KOOS, Stephan: **Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, Bd. 2, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016 (Hrsg.: FEZER, Karl-Heinz/BÜSCHER, Wolfgang/OBERGFELL, Eva Ines).

KRAßER, Rudolf/ANN, Christoph: **Patentrecht, Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht**, 7. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2016.

LEHMENT, Henrik: **Das Fotografieren von Kunstgegenständen**, V&R Unipress, Göttingen, 2008.

LOCHER, Felix: Zu den vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach schweizerischem Recht vor dem Hintergrund neuerer Gerichtsentscheide, **GRUR Int** 2007, Heft 4, S. 275-284.

MEIER-BECK, Peter: Herausgabe des Verletzergewinns-Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, **GRUR** 2005, Heft 7, S. 617-623.

MÜLLER, Peter: **Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht**, de Gruyter, Berlin, 2000.

NEUWALD, Jost: **Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung**, Bönecke Druck, München, 1968.



OETKER, Hartmut: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil I**, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019 (Hrsg.: SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG, Bettina).

OHLY, Ansgar: Schadensersatzansprüche wegen Rufschädigung und Verwässerung im Marken- und Lauterkeitsrecht, **GRUR 2007**, Heft 11, S. 926-934.

PAAL, Boris P.: **UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Grosskommentar**, Bd. 3, §§ 8-20, 2. neu bearbeitete Auflage, Walter De Gruyter, Nördlingen, 2015 (Hrsg.: TEPLITZKY, Otto/ PEIFER, Karl Nikolaus/LEISTNER, Matthias).

PITZ, Johann: **Patentverletzungsverfahren: Grundlagen, Praxis, Strategie**, 2. aktualisierte Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.

REESE, Jan Frederik: **Die Bewertung von Immaterialgüterrechten**, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht Bd. 14, V&R Unipress, Göttingen, 2005.

SCHAUB, Renate: Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, **GRUR 2005**, Heft 11, S. 918-924.

SCHERRER, Katharina: Konflikte zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 1, 2 I GG und der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG in der Werbung mit Prominenten, **Immaterialgüterrecht: Das Verhältnis von geistigem Eigentum und Menschenrechten**, Ibidem Verlag, Stuttgart, 2008, S. 183-212 (Hrsg.: GÖTTING, Horst Peter/WESTKAMP, Guido).

SCHRAMM, Carl: Der Marktverwirrungsschaden, **GRUR 1974**, Heft 9, S. 617-622.

SCHWARZ, Cornelia: **Privatrechtlicher Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber den Medien (Entwicklung von 1900 bis heute)**, Dissertation Erlangen-Nürnberg Universität, Erlangen, 1995.

SCHWEERS, Stefan Christian: **Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers**, Köln, 2006. (<https://kups.ub.uni-koeln.de/1793/>, zuletzt besucht am: 15.10.2019)

SLIZYK, Andreas: **Schmerzensgeld**, 16. überarbeitete und aktualisierte Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

STOLL, Carsten: **Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts**, Köhler-Druck, Tübingen, 2000.



TROLLER, Alois: **Immaterialgüterrecht**, Bd. 2, 3. völlig überarbeitete Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985.

UESSELER, Christina: **Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht**, Münster, 2008. (<https://d-nb.info/990200566/34>, zuletzt besucht am: 15.10.2019)

ULLMANN, Eike: Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, **GRUR 1978**, Heft 11, S. 615-623.

Von BÜREN, Roland/MARBACH, Eugen: **Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli, Bern, 2002.

WELKE, Wanja Andreas: **Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts, zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, zugleich eine Analyse von exemplary (punitive) damages**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008.

WENKER, Rainer: Transparenz und Akzeptanz des Schmerzensgeldanspruchs, **NZV 2014**, Heft 6, S. 241-245.

WIDMER, Beat: **Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (neuere Aspekte im Lichte der Praxisänderung in BGE 97 II 169)**, Reihe A: Privatrecht, Bd. 13, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985.

WOLFF, Bodo: **Praxiskommentar Urheberrecht, UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL**, 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2019 (Hrsg.: WANDTKE, Artur Axel/ BULLINGER, Winfried).

ZURTH, Patrick: Bereicherungsrechtliche Implikationen im Immaterialgüterrecht, **GRUR 2019**, Heft 2, S. 143-150.



ULUSLARARASI HUKUK ANLAŞMALARININ GEÇİCİ UYGULANMASI

(*The Provisional Application of International Law Agreements*)

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA¹

ÖZ

Uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici olarak uygulanması uluslararası hukukta tartışmalı bir müessese olarak önemli hukuki sorunlar ortaya atmaktadır. Uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanması son olarak AB çatısında karma anlaşma karakterli bir serbest ticaret anlaşması olan CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) anlaşması bağlamında dikkatleri üstüne çekmiştir. Makalede uluslararası hukuk, ulusal hukuk ve AB hukuku seviyesinde doğan sorunlar bir taraftan uluslararası hukuk aktörlerinin tasarruf ehliyetleri, diğer taraftan anayasa muvacehesinde öngörülen demokrasi prensibi gereksinimleri çerçevesinde tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Karma anlaşmalar, Anlaşmaların onayı, Anlaşmalara ilişkin geçici uygulama bildirisi, Alman Anayasasının 59. madde, 2. fıkra, 1. cümlesi.

ABSTRACT

The provisional application of international law agreements is a matter of discussion and raises legal problems. The provisional application of international law agreements has recently drawn attention in the context of CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) which a mixed agreement and needs to be approved by both the EU and all member states. In this article problems arising at the level of international law, national law and EU law will be examined within the framework of international law actors' capacity to act and principles of democracy envisaged by the constitutional order.

Keywords: Vienna Convention on the law of treaties, mixed agreements, Ratification of agreements, Notice of provisional application of agreements, Article 59, paragraph 2, 1st sentence of the German Constitution.

1 Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr; mahmutarsava@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2275-7664



GİRİŞ

Bir uluslararası hukuk anlaşması şeklen yürürlüğe girmeden hukuki etkiler doğuracak şekilde düzenlendiği takdirde anlaşmanın geçici uygulanmasından söz edilmektedir. Bu müessese kimi hukuki sorunları beraberinde getirmekle birlikte uluslararası ilişkilerde uzun süredir uygulanmaktadır.² Geçici uygulanan uluslararası hukuk anlaşmaları Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.maddesinde bağlayıcı olarak kabul gördüğü gibi, uluslararası teamül hukukunda da geçerli kabul edilmektedir. Bu şekilde anlaşmalar hukuken bağlayıcılık kazanmadan, anlaşma tarafları onay işlemini tamamlayınca kadar bu çerçevedeki uzlaşma sonucu bağlayıcı sonuçlar doğurabilmektedir.³ Uluslararası hukukta açıkça ortaya çıkan anlaşmaların geçici uygulanmasına ilişkin bu hukuki durum bununla beraber anlaşma tarafı her devletin ulusal hukukuna uygun düşmemektedir. Özellikle monist doktrini benimsemeyen devletler (örneğin Federal Almanya) uluslararası hukuk anlaşmalarının anayasa hukuku muvacehesinde geçici uygulanmasına uzun süre sıcak bakmamıştır.⁴

Anlaşmaların geçici uygulanması konusu bağlamında ulusal ve uluslararası hukuk arasında doğan uyumsuzluk günümüzde devletlerin yanısıra diğer uluslararası aktörlerin de uluslararası sahnede yer alması ve hukuku birlikte şekillendirmeleri nedeniyle daha da artmış durumdadır.⁵ Uluslararası örgütler uluslararası ilişkilerde günümüzde daha çok ön plana çıkmaktadır. Henüz yürürlüğe girmeyen, ancak uluslararası teamül hukukunda büyük ölçüde kabul gören devletler ve uluslararası örgütler arasında yahut uluslararası örgütler arasında yapılan anlaşmalara ilişkin Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin de, devletler arasında yapılan anlaşmalara ilişkin 1969 Viyana Anlaşmalar hukuku Sözleşmesi'ne paralel olarak anlaşmaların geçici uygulanması müessesini düzenlediği görülmektedir. Buna ilave olarak 2009'dan itibaren kendi hukuki sujeliği kabul edilen AB de uluslararası aktörler arasında önemli bir yere sahiptir. AB Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 216.maddesine göre uluslararası hukuk taahhütleri yapma yetkisine sahiptir.⁶

2 KRENZLER Horst-Günther, *Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge*, Rota-Druck J. Krause, Freiburg 1963, 16 vd.; 1949-2015 arasında BM'e 1349 geçici uygulanan anlaşma bilgisi aktarılmıştır, bkz.: GOMEZ-ROBLEDÓ Juan Manuel, First Report, UN Doc. A/CN.4/664, 3.6.2013; Second Report A/CN.4/675, 9.6.2014; Third Report A/CN.4/686, 5.6.2015; Fourth Report A/CN.4/699, 23.6.2016)

3 Öncelikle barış anlaşmaları geçici olarak uygulanmaktadır. BM döneminde en bilinen örnek olan 1947 tarihli GATT 1949'a kadar geçici uygulanmıştır; bkz.: BGBl. 1951 II, 174 vd.

4 VERDROSS Alfred/SIMMA Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 3.Aufl. Duncker & Humblot 1984, Berlin, § 71 vd.

5 IPSEN Knut, §6, *Internationale Organisationen*, bkz. Knut Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6.Aufl. 2014, Ch.Beck, München, Rn.1 vd.)

6 VÖNEKY Silja/ BEYLAGÉ-HAARMANN Britta, bkz.: Eberhard Grabitz/Meinhard



Bu şekilde üye devletlerin hukuk düzenleri, AB ve uluslararası hukuk arasında ortaya çıkan çok katmanlı sistem uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanması bağlamında yeni sorunlar ortaya atmaktadır. Bu sorunlar CETA ve TTIP gibi çok taraflı anlaşmaların müzakere konularının hukuken karmaşık olmasından öteye AB'nin bu anlaşmaları anlaşma tarafı üye devletlerin onayını almadan geçici uygulama iradesinden doğmaktadır. Sorunun güncelliğini CETA'nın geçici uygulanmasının sadece Birlik tarafından kabul edildiği durumlarda bir üye devletin tek taraflı bildirimini ile geçici uygulanmanın durdurulabileceğini öngören Federal Alman anayasa mahkemesinin kararı açık şekilde ortaya koymaktadır.⁷ Anlaşmaların geçici uygulanması ve bununla bağlantılı sorunlar spesifik olarak sadece CETA ile sınırlı olmayıp, yapılması öngörülen çok sayıda diğer Birlik anlaşmaları bakımından da gündemdedir.⁸

I. GEÇİCİ UYGULAMANIN ULUSLARARASI HUKUK ENSTRÜMANI OLARAK UYGULANMASI

A. Geçici Uygulamanın Anlamı ve Amacı

Uluslararası hukuk anlaşmalarının farklı nedenlerle geçici uygulanması kabul edilmektedir. Önceleri modern iletişim araçlarının eksikliği ve bununla bağlantılı olarak onay sürecinin uzun sürmesi gibi gerekçeler söz konusu iken bugün başka nedenler söz konusudur. Bu nedenler arasında anlaşma tarafları arasında güven oluşumu, tarafları onaya özendirme, ek anlaşmalardaki hukuki boşlukların ön alınarak önlenmesi, uluslararası örgütlerin kuruluşuna ilişkin hazırlık çalışmaları yer almaktadır. Sıkça bu bağlamda ekonomik nedenlerin de rol oynadığı görülmektedir.⁹ Bununla beraber anlaşmaların geçici uygulanması istinat ettiği neden ne olursa olsun kural değil, anlaşmanın geç yürürlüğe girmesinin anlaşmanın amaçlarının gerçekleşmesinde ciddi tehlike oluşturduğu durumlarda uygulanan istisnai bir müessese olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında anlaşmanın acil uygulanması gerekliliği ile iç hukukta doğacak meşruiyet sorunu arasında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Geçici uygulanma gerekliliği olan anlaşmalar arasında ateşkes anlaşmaları,

Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art.216, AEUV, 45.EL 2011, Rn.6 vd.)

7 NETTESHEIM Martin, Das CETA-Urteil des BVerfG: Eine verpasste Chance?, NJW 69(2016), 3567

8 GRZESZICK Bernd /HETTICHE Juliane, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischen völkerrechtlichen Abkommen. Internationale Freihandelsabkommen als Herausforderung des deutschen Europa – und Außenverfassungsrechts, AÖR 141(2016), 225

9 MONTAG Frank, Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen, Schriften zum Völkerrecht, Bd.83, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1986, s.23 vd.



güvenlik anlaşmaları,¹⁰ ekolojik krize reaksiyon olarak yapılan çevre anlaşmaları yahut ekonomik krize reaksiyon olarak yapılan ekonomik anlaşmalar ve en tanınmış örnek olarak 2.4.2013 tarihli Silah Ticareti Anlaşması (Arms Trade Treaty) yer almaktadır.¹¹

Uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanmasının artan bir şekilde iç politika sorunlarının aşılmasında *de facto* bir araç olarak kullanıldığı, diğer bir ifade ile hükümetlerin uluslararası hukuk tasarruflarının hesabını ulusal parlamentolarda vermekten imtina amaçlı olarak bu müesseseyi kullandıkları görülmektedir.¹² Bu şekilde siyasi iklim müsait oluncaya kadar onay prosesinden kaçınılmaktadır.

B. Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Geçici Uygulanmasının Etkileri

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.madde, 1.fıkrası muvacehesinde bu müessesenin uygulanması ya anlaşmanın kendisi tarafından ya da ayrı bir mutabakatla kabul edilmektedir. Anlaşmanın geçici uygulanmasının anlaşma metninin kendisinde öngörüldüğü durumlarda başka bir uluslararası hukuk tasarrufuna gerek bulunmamaktadır. Bununla beraber geçici uygulamanın etki gösterme tarihinin farklı şekilde düzenlenmesi mümkündür. Ekseriyetle anlaşma taraflarının anlaşmayı imza tarihini esas aldıkları görülmektedir. Anlaşmanın kendisinin de geçici uygulanma tarihini tespit etmesi mümkündür.¹³ Bu durumlarda geçici uygulamanın doğrudan yürürlüğe girmesi nedeni ile anlaşma taraflarının *opt out* olanağı kalmamaktadır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.madde, 1.fıkra, b-bendine göre tarafların ancak farklı bir mutabakata varmaları mümkündür. CETA 30.7.md.3 fıkrası muvacehesinde bu olanağın kabul edildiği görülmektedir. Bu anlaşmanın geçici uygulanması (kimi anlaşma hükümleri istisna olmak üzere) taraf devletlerin karşılıklı bildirim ile yürürlüğe girecektir. Diğer bir ifade ile anlaşmanın imzalanması ötesinde anlaşma taraflarının CETA'yı uygulanabilir kılmak için başka bir hukuki işlem yapmaları gerekmektedir. Bu durumun gerçekleşmesi halinde diğer

10 silahların denetimi anlaşmaları için bkz.: MICHIE Andrew, The Provisional Application of Arms Control Treaties, **Journal of Conflict & Security Law** 10 (2005), Oxford University Press 2005, s.345 vd.

11 UN Doc.A/Res.67/234 B; BGBl.2013 II, 1427 vd.

12 bkz.: Provisional application of treaties, Introduction and discussion of the purposes and usefulness of provisional application, and consideration of the legal regime of provisional application, including a future workplan, First report of the *Special Rapporteur*, Mr. Juan Manuel Gómez-Robledo (65th session of the ILC (2013)

13 Deniz hukuk sözleşmesinin XI.bölümüne ilişkin icra anlaşmasının 7.md, 1.fık. düzenlemesi için bkz.: BGBl. 1994 II, 2566 vd.



bütün anlaşmalarda olduğu gibi geçici uygulamanın etkileri tüm anlaşma tarafları için doğrudan ve anlaşma hukuken yürürlüğe girinceye kadar bir süreye bağlı olmaksızın doğmaya başlamaktadır. Anlaşmanın geçici uygulanması ile ilgili düzenlemeler uluslararası hukuk muvacehesinde bağlayıcıdır ve geçici uygulama için de *pacta sunt servanda* ilkesi geçerlidir. Aksi davranışlar uluslararası sorumluluğa yol açar. Bu tür bir bağlayıcı etkinin istenildiğini ve hedeflendiğini CETA müzakereleri teyit etmektedir. CETA, benzer diğer anlaşmalarda olduğu gibi anlaşmanın asgari kimi bölümlerinin geçici uygulanmasını, bu bölümler için uluslararası hukukun bağlayıcı etkilerinin mümkün olduğu nispette erken doğmasını öngörmüştür. Anlaşmanın geçici olarak uygulanması kabul edilen bölümleri, uluslararası hukuka göre anlaşmanın hukuken yürürlüğe girmesi ertesinde doğacak etkilerle yürürlüğe girmeye başlar. Anlaşma hükümlerinin etkileri için söz konusu olan bu durum uluslararası hukuk muvacehesinde geçici uygulamaya ilişkin bir iç hukuk düzenlemesi yapma mükellefiyeti getirmemektedir.¹⁴

Böyle bir yükümlülüğün ancak iç hukuktan kaynaklanması mümkündür. Bunun tersine olarak Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.madde, 2.fıkrasına istinaden bir *actus contrarius* ile (bundan sapan anlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla) geçici uygulamanın bir bildirim ile uluslararası hukuka göre geri alınması her zaman için mümkündür. Bu düzenlemenin önemi anlaşmaların sona erdirilmesiyle ilgili hükümlerin bu bağlamda gündeme gelmesini önleme bakımından ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.madde, 2.fıkrasına göre böyle bir bildirim önceden doğan hukuki etkileri tehlikeye sokmama amaçlı olarak *ex nunc* etki göstermesi kabul edilmiştir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.madde, 1. ve 2.fıkrasında öngörülen karşılıklılığa istinat eden sistemin egemenlik prensibini yeterli bir açıklıkla benimsediği görülmektedir. Geçici uygulama bu yönde irade açıklayan anlaşma tarafları bakımından bağlayıcı etki gösterdiği gibi, yine aynı şekilde söz konusu iradesini geri alan devletler bakımından geçici uygulama sona ermektedir. Geçici uygulanan anlaşmaların etkileriyle bağlantılı olarak örnek verilen Enerji Şartı Anlaşması'nda geçici uygulamanın 1994'ten 1998'e kadar sürdüğü görülmektedir.¹⁵ Anlaşma 1998'de yürürlüğe girdikten sonra anlaşma onaylayan devletler bakımından hukuken bağlayıcı olmuştur. Rusya

14 MONTAG, s.365 vd.

15 ARSANJANI Mahnoush H./ REISMAN W.Michael, Provisional Application of Treaties in International Law: The Energy Charter Treaty Awards, bknz.: Ezzo Cannizzaro (ed.), **The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention**, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2011, s.90 vd.



Federasyonu'nun da aralarında bulunduğu onay işlemini geciktiren kimi devletler bakımından anlaşmanın geçici uygulanması Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.madde, 2.fıkrası muvacehesinde geçici uygulamaya basit bir bildirim ile son verebilme imkânı tanınarak devam etmiştir.¹⁶

C. Anlaşmaların Yürürlüğe Girmesinin, Anlaşmaların Geçici Uygulanmasından Ayırt Edilmesi

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 24.maddesi ışığında anlaşmaların yürürlüğe girmesinden anlaşmanın anlaşma tarafları bakımından tam olarak hukuki etki doğurması anlaşılmaktadır. Anlaşma bu şekilde uluslararası anlaşmalar hukukunun bir parçası olmakta ve Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26.maddesinde öngörülen *pacta sunt servanda* ilkesine ve yine aynı anlaşmanın 54.maddesi vd.'da öngörülen anlaşmaların sona erdirilmesiyle ilgili rejime tabi olmaktadır. Bir anlaşmanın yürürlüğe girmesi anlaşmanın kendisinde yürürlüğe girme ile ilgili koşulların yerine getirilmesine bağlıdır.¹⁷ Anlaşma metninde bu konu ile ilgili düzenlemenin bulunmaması halinde anlaşma tüm anlaşma taraflarının onayını bildirmeleriyle, diğer bir ifade ile iç hukuklarında öngörülen onay prosedürünü tamamlamaları ile yürürlüğe girer.¹⁸ Anlaşmaların yürürlüğe girme özellikleri ve anlaşmaların geçici uygulanması karşılaştırıldığı takdirde aralarında zamansal boyut bakımından kimi farklar olduğu ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanması anlaşmanın yürürlüğe girmesine kadar veya bildirim geri alınmasına kadar devam eder. Bu nedenle uluslararası anlaşmaların yürürlüğe girmesinde süreklilik karakterleri gözlenirken, anlamaların geçici uygulamasında bir geçicilik özelliği gözlenmektedir. Bunun sonucu olarak anlaşmaların geçici uygulanmasına sadece bir bildirim son verebilirken, anlaşmaların sona erdirilmesi ancak istisnai olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Bu durum her iki müessesenin amaçları bakımından da farklılık taşıdığını göstermektedir. Anlaşmaların yürürlüğe girmesi uluslararası hukuk bakımından tamamlanmış durumları için söz konusu olurken, anlaşmaların geçici uygulanması acil düzenlenme ihtiyacı bulunduğu düşünülen durumların olabildiğince hızlı şekilde uygulanmaya konulmasına matuftur.

16 Rusya 20.08.2009'da geçici uygulama Notifikasyonu yapmıştır, bkz.: <http://www.energycharter.org>; Rusya Federasyonu 15.12.2016'da bu Notifikasyonunu geri çekmiştir

17 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 24.md., 1.fık.

18 KLABBERS Jan, *Treaties, Conclusion and Entry into Force*, MPEPIL Sept. 2006

19 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 54.md. vd.



Bununla beraber her iki müessesenin ortak özelliklerinin inkâr edilmesi de mümkün değildir. Gerek anlaşmaların yürürlüğe girmesi, gerekse anlaşmaların geçici uygulanması hukuken bağlayıcı sonuçlar doğurur. Geçici olarak uygulanan anlaşmalar, nihai olarak yürürlüğe konulan anlaşmalar gibi aynı hak ve yükümlülükleri doğurur. Bu bağlamda her iki durum için de birbiri ile uyumlu uluslararası hukuk bildirimlerine gereksinim olduğu görülmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25.maddesi açık bir dille bu bağlamda 1.fıkra, b-bendinde ayrı bir uzlaşma gerekliliği öngörmektedir. Aynı durum 25.maddenin 1.fıkra, a-bendi için de geçerlidir. Fıkra hükmünün b-bendinin a-bendine atıfta bulunan lâfzı, a-bendinin de ayrı bir anlaşmadan hareket ettiğini ortaya koymaktadır. Diğer taraftan aynı tarihli anlaşmanın geçici uygulanmasını öngören bir anlaşmanın imzalanması da, ayrı bir anlaşmanın akdedilmesine işaret etmektedir.

D. Anlaşmaların Geçici Uygulamalarının Hukuki Karakteri

Anlaşmaların yürürlüğe girmesi ve anlaşmaların geçici uygulanması bağlamında iki farklı uluslararası hukuk anlaşması ile karşılaşmaktayız. Anlaşmalardan birisi bir durumu geçici olarak düzenlerken (anlaşmanın geçici uygulanması anlaşması), diğeri nihai olarak (ana anlaşma) düzenlemektedir. Uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanmasının da bir uluslararası hukuk anlaşmasına istinat ettiği yaklaşımı öteden beri kabul görmektedir.²⁰ Geçici uygulamaların yazılı olarak yapılan irade açıklamalarına istinaden hukuki bağlayıcılık kazanması bu gerçeği ortaya koymaktadır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2.madde, 1.fıkrası, a-bendine göre tarafların bağlanma iradesi uluslararası hukuk anlaşmasını karakterize etmektedir.

Anlaşmaların geçici uygulanmasına ve anlaşmaların yürürlüğe girmesine ilişkin farklılığı ortaya koyan yukarıda yapılan açıklamalar, yapılan bu saptamaya ters düşmemektedir. Her iki anlaşmanın zamansal boyut ve içerik itibarıyla farklılığı bu anlaşmaların uluslararası hukuk anlaşması özelliğini etkilememekte, hattâ bu özelliği güçlendirmektedir. Bu anlaşmalar uluslararası hukuk anlaşmasıdır. Farklılıklar sadece geçici uygulama anlaşmalarının koşullarına ilişkindir ve bu nedenle genel prensip olan anlaşmaları şekillendirme özgürlüğüne istinat etmektedir. Geçici uygulama anlaşmalarının ana anlaşma yürürlüğe girinceye kadar geçerli olmaları, diğer taraftan bildirimini geri alma çekincesi onların nisbi anlamda sürekli karakterli anlaşmalar olarak kategorize edilememesine

20 LEFEBER Réne, The Provisional Application of Treaties, bkz.: Jan Klabbers/Réne Lebefer (Hrsg.), *Essays on the Law of Treaties*, Festschrift Bert Vierdag, Martinus. Nijhoff Publishers, 1998, 83



yol açmaktadır. Geçici uygulama anlaşmaları *ex nunc* etki doğuran, kolaylaştırılmış feshi ihbar olanağı olan uluslararası hukuk anlaşmalarıdır. Anlaşma taraflarının birbirleri ile taahhütleriyle bağlanma iradelerini CETA'nın 30.7.madde, 3.fıkra, a-bendi ve b-bendinde öngördüğü şekilde bir bildirimle ortaya koymaları ve CETA'yı uluslararası hukuk muvacehesinde bağlayıcı kabul ettiklerini açıklamaları şekli bir uluslararası hukuk anlaşmasının mevcudiyetini teyit etmektedir. Bu anlaşma CETA'nın yürürlüğe girmesine kadar geçerli bir anlaşma olarak yapılmıştır. CETA'nın 30.7.madde, 3.fıkra, c-bendi *lex specialis* bir norm olarak, geçici uygulamayı kabul eden her anlaşma tarafının iradesini yazılı bir bildirim ile geri alabilmesini öngörmüştür.

II. ALMAN ANAYASA HUKUKU ÖRNEĞİNDE GEÇİCİ UYGULAMA ANLAŞMALARINA İLİŞKİN UYGUN BULMA KANUNLARI

A. Federal Alman Anayasasının 59.Madde, 2.Fıkrasında Öngördüğü Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Amacı

Anayasasının 59. madde, 2. fıkrası siyasi ve kanun içerikli uluslararası hukuk anlaşmalarının federal yasama konusunda yetki kullanan kanun koyucu organlar tarafından federal bir kanunla uygun bulunmasını yahut bu organların bu çerçevede katkı yapmasını öngörmektedir. Buna ilave olarak AB'ne ilişkin konularda anayasasının 23. madde, 1. fıkrası kanun ihdasını öngörmektedir.²¹ Dış ilişkiler alanında yetki kullanımında merkezi bir öneme sahip olan Federal Alman Anayasası'nın 59. madde, 2. fıkrasının doğurduğu sonuçların, madde hükmünün anlam ve amacı ışığında ele alınması gerekmektedir. Kimi uluslararası hukuk anlaşmalarının Parlamento tarafından uygun bulunması yükümlülüğünün, demokratik meşruiyetin, hükümetin parlamento tarafından denetimi yaklaşımının ifadesi olarak Federal Almanya'nın uluslararası aktör olarak uluslararası seviyede üstlendiği yükümlülüklerin icrasının teminine matuf bir işlevi olduğu kabul edilmektedir.

Her iki fonksiyonun da Anayasa'nın 59. madde, 2. fıkrasının lâfzî muvacehesinde uluslararası hukuk anlaşmalarına ilişkin olduğu görülmektedir. Anayasa hukuku tarafından kullanılan anlaşma kavramı ve uluslararası hukuk kaynakları arasında yer alan uluslararası hukuk anlaşmaları kavramı arasında bir fark bulunmamaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi uluslararası hukuk anlaşmalarını "iki yahut daha ziyade uluslararası hukuk süjesi arasında aralarındaki hukuki durumu

21 SCHIFFBAUER Björn, Über Hoheitsrechte und deren "Übertragbarkeit", AöR Jahrgang 141 (2016), Heft 4, s.552



değiştirmek üzere yapılan mutabakat'' olarak tarif etmek suretiyle, bu çerçevede birbiri ile uyuşan iradeler sonucu ortaya çıkan mutabakatın uluslararası hukuk sujeleri arasında uluslararası hukuk alanında hukuki sonuçlar doğurmasına dikkat çekmektedir.²² Anayasa'nın 59. madde, 2.fıkra, 1. cümlesinde tek taraflı uluslararası hukuk tasarruflarından söz edilmemesi tesadüf değildir. İki taraflı yahut çok taraflı hukuki bağlar oluşturan uluslararası hukuk anlaşmaları genellikle uzun, hattâ belirli olmayan bir süre için yapılır. Anlaşmalar üzerinden ortaya çıkan bağlılık niteliksel ve kategorik olarak tek taraflı hukuki tasarrufların hukuki etkilerinden farklıdır. Tek taraflı tasarrufların hiçbir şekilde bir etki doğurmadığını iddia etmek mümkün değildir. Bir devletin tek taraflı olarak tanınması, diplomatik ilişkilerin kesilmesi yahut kıta sahanlığının genişliğinin tespiti uluslararası hukukta bağlayıcı etkiler doğurmakta ve uluslararası hukuku şekillendirmektedir. Bununa beraber bu etkiler tür ve nitelikleri itibariyle uluslararası hukuk anlaşmalarından doğan etkilerden farklıdır.²³ Anlaşmalarda devletler hem hak, hem yükümlülük bağlamında rol sahibi iken, tek taraflı hukuki tasarruflarda tek taraflı geri alınması olası bir taahhüt yapılmaktadır. Birliğin siyasi ilişkilerini düzenleyen yahut Birlik yasama organının yetki alanına giren konuları içeren anlaşmalar ayrı bir kategoride ele alınmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi içtihatına göre siyasi anlaşmalar, devletin varlığını, toprak bütünlüğünü, bağımsızlığını, uluslararası camiadaki yerini etkileyen önemli anlaşmalardır. Kanun içerikli anlaşmalar ise içeriği itibariyle mevcut kanuni düzenlemelere ilişkin anlaşmalardır; içerikleri kanunilik çekincesine göre sadece kanunla icra edilebilen anlaşmalardır.

Yukarıda işaret edilen Parlamentonun denetim işlevi ve anlaşmanın icrasını temin işlevi karşılıklı olarak birbirini engelleyen işlevler değildir. Denetim işlevi prensip olarak siyasi anlaşmalar için söz konusu iken, icranın temini işlevi daha çok kanun içerikli anlaşmalar bakımından söz konusu olmaktadır. Ancak şayet anlaşmanın hem siyasi, hem de kanun içerikli olarak nitelendirmesi söz konusu ise iki işlevin birarada aynı anlaşma için ortaya çıkması mümkündür.²⁴ Anlaşmanın uygun bulunması veya reddedilmesi bağlamında Parlamento tarafından kullanılan uygun bulma yetkisi ve katılım hakkı federatif strüktür (yapı) ışığında Federal Meclise ve Eyalet Meclisine ikisine bir arada hukuku şekillendirme yetkisi vermemektedir. Her iki uygun bulma işlevi Federal Alman Anayasası'nda

22 BVerfGE 90, 286

23 ARNAULD Andreas von, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, *AÖR* Jahrgang 141 (2016), Heft 2, s.268

24 FASTENRATH Ulrich, *Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt*, C.H.Beck, München 1986, s.219 vd.



(GG) önlemlerle bir anlama sahiptir. Yasama organının onayı veya katılımı olmaksızın federal hükümetlerin dış işleri alanında yetki devrine yol açacak tasarrufları demokratik meşruiyet eksikliğine yol açacaktır. Bunun ötesinde Parlamentonun onayının ve katılımının eksikliği uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi bağlamında Parlamentonun anlaşma partnerlerine sağladığı teminatı sarsma potansiyeline sahiptir.

B. Uluslararası Anlaşmaların Geçici Uygulanma Sorunu

Anlaşmaların geçici uygulanması uygun bulma yükümlülüğü olan ancak geçici uygulanmaları federal meclisin katılımı olmaksızın ilan edilen anlaşmalar bakımından sorun oluşturmaktadır. Uygun bulma yükümlülüğü olan uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanmasına ilişkin anlaşmaların da uygun bulma yükümlülüğüne tabî olup olmadıkları konusu Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından henüz karar konusu olmadığı gibi, konu doktrinde de ele alınmamıştır.

C. Uygun Bulma Yükümlülüğü Bağlamında Ortaya Çıkan Tartışmalar

Konunun Alman Anayasası'nın (GG) uluslararası hukuk yanlısı bakışı açısından ve demokratik meşruiyet açısından farklı değerlendirildiği görülmektedir. Uluslararası ilişkilerde uluslararası hukuk yanlısı yaklaşımı benimseyen anayasa bununla beraber bu bağlamda anayasanın geçerli sınırlarını esas almaktadır. Geçici uygulamaya ilişkin siyasi bir iradenin mevcudiyeti halinde Federal Meclisin devreye sokulması bunun geçici uygulamayı engelleyen bir prosedür olarak mütalâa edilmemektedir. Ancak bu çerçevede Parlamentonun onayını almakla ilgili bir siyasi irade mevcut değilse konunun Parlamente'ye getirilmemesinin sorun teşkil etmesi mümkündür. Demokratik meşruiyetin sağlanmasından hareket edilerek istisna yapılmaksızın Parlamentonun geçici uygulamaya ilişkin iradenin oluşumuna katılımının gerekliliğinin kabul edilmesi Parlamentonun demokratik meşruiyeti temin etmesi işlevine istinat etmektedir.²⁵ Bu bağlamda Federal Alman Anayasa Mahkemesi OMT kararında isabetli bir şekilde kamuoyuna açık tartışmalarda farklı görüşlerin ifade edilmesini demokratik parlamenter rejimlerin temel unsuru olduğunu ifade etmiştir.²⁶ Bunun ötesinde anayasanın uluslararası hukuk yanlısı yaklaşımının, Federal Anayasa Mahkemesinin yanlış anlaşılmaya izin vermeyecek açıklıkta vurguladığı gibi hiçbir şekilde demokratik meşruiyet prensibine önceliği bulunmamaktadır.²⁷

25 BADURA Peter, Die parlamentarische Demokratie bknz.: Josef Isensee/Paul Kirchhof, **Handbuch des Staatsrechts**, Band II, 3.Aufl. C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2014, s.497

26 BVerfG, 21.06.2016, 2 BvE 13/13, Rn.173

27 FUNKE Andreas, Keine Abwägung im Auswärtigen -Zugleich Bemerkungen zur "Treaty Override"- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV Heft 20 (2016), s.833



Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25. madde, 1. fıkrası muvacehesinde geçici uygulama uluslararası hukuka göre önkoşul olarak daima bir anlaşma yapılmasını gerektirmektedir. Bu anlaşmanın yapılması ya ana anlaşmada öngörülür, ya da anlaşma taraflarınca kararlaştırılır; örneğin CETA bir anlaşma yapılmasını öngörmüştür.²⁸ Söz konusu hükümde öngörülen bildirim yapılması yöntemi karşılıklı esasa göre düzenlenmiştir. Geçici uygulanma tek taraflı tasarrufa değil, Anayasanın 59. madde, 2. fıkrasının uygulanma alanına giren bir uluslararası hukuk anlaşmasına istinat etmektedir. Aynı durum anlaşmalara katılma konusunda da söz konusudur. Anlaşmaya katılma iradesi tek taraflı bildirimle ortaya konulmakla beraber, anlaşmaya katılma uygun bulma gerekliliği olan bir katılma anlaşmasının akdi ile gerçekleşir.

Geçici uygulamaya ilişkin anlaşmalar kolaylaştırılmış fesih olanağını kabul etmektedir. Geçici uygulamaya ilişkin anlaşmalar için uygun bulma mükellefiyetinin uygulanmasına getirilen en önemli itiraz bu konuda yapılmaktadır. Geçici uygulama anlaşmalarının her an feshedilme olanağı vardır. Fesih konusunda tanınan bu esneklik eksik olan parlamento onayını telafi etmeye matuftur. Ancak *ex nunc* etki gösteren fesih olanağından bağımsız olarak geçici anlaşmanın ana anlaşmaya uygun şekilde bağlayıcı hukuki sonuçlar doğurduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte parlamentoya göre meşru olmayan hukuki sonuçların yürürlüğe girmesinden sonra geçici uygulama anlaşmasının kolaylıkla feshedilmesi sonucu değiştirmemektedir. Uluslararası hukukta öngörülen sorumluluk rizikosu bu anlaşmalar bakımından da söz konusudur.²⁹ Bu çerçevede anayasanın 59. madde, 2. fıkrasının yapısına ve amacına istinat eden itirazlar ikna edici gözükmemektedir. Geçici uygulamaya ilişkin anlaşmaların kolaylaştırılmış fesih olanağı öngörmeleri nedeniyle parlamentonun onayından muaf tutulmaları söz konusu olsa idi, anayasanın 59. madde, 2. fıkrasının kısa süreli anlaşmaları ve feshi ihbar öngören anlaşmaları onay yükümlülüğünden istisna etmesi gerekirdi. Anayasa'nın 59. madde, 2. fıkrasında oysa böyle bir istisna mevcut değildir. Anayasa'nın 59. madde, 2. fıkrasında mündemiç parlamentonun denetim işlevinin kolaylaştırılmış fesih olanağı ile dengelenmesi mümkün değildir. Federal Meclis'in geçici uygulama anlaşmasını sona erdirmesi için hükümete siyasi baskı yapması mümkün olmakla beraber, elinde hukuken yükümlülük getiren araçların bulunmadığının gözardı edilmemesi gerekmektedir.

28 md.30.7, 3.fık., a-bendi

29 Rusya Federasyonu-Yukos davası Enerji Şartı Anlaşmasına ilişkin geçici uygulama anlaşmasına istinaden açılmıştır, bkz.: ARSANJANI/REISMAN, s.86 vd.



Parlamento'nun geçici uygulama anlaşmalarında devre dışı bırakılması Parlamento'nun anlaşmaların icrasında teminat teşkil etme rolünü ortadan kaldırmaktadır. Kanun içerikli bir geçici anlaşma, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin dış ilişkilerde Federal Meclis'in ve Eyalet Meclisi'nin katılımı olmaksızın kanun içerikli bir tasarrufta bulunma taahhüdü altına girmesi anlamını taşımaktadır. Bu durum demokratik meşruiyeti sağlayan Federal Meclis'in yasaları şekillendirme alanının doğrudan daraltılması sonucu doğurur. Ortaya çıkan bu sorunların aşılmasının önkoşulu (kanuni yahut siyasi içerikli olsun) geçici uygulama anlaşmalarının Parlamentonun onayına arz edilmesidir.³⁰

D. Sonuç

Geçici uygulama anlaşmalarının uluslararası hukuk özellikleri ışığında yapılan anayasal değerlendirmeler geçici uygulama anlaşmalarının da uygun bulma zorunluluğu kapsamında mütalâa edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Anlaşmalardan birinin geçici uygulanmaya matuf olarak, diğerinin nihai olarak yürürlüğe girmeye matuf olarak yapılması, bu anlaşmaların hukuki karakterindeki farklılığın sadece geçerlilik süresi ve feshi ihbar olanağı ile sınırlı olması nedeniyle Anayasa'nın 59. madde, 2. fıkrası muvacehesinde farklı yorumlanması sonucunu doğurmamaktadır. Ana anlaşma ve onun aksesuarı niteliğini taşıyan ana anlaşmanın geçici uygulanması emrini veren anlaşmanın maddi içeriği aynıdır. Ana anlaşma için uygun bulma yükümlülüğünün kabul edilmesine karşın, geçici uygulama anlaşması için bu yükümlülüğün kabul edilmemesi her iki anlaşmadan doğan hukuki yükümlülüklerin ve etkilerin aynı olması nedeniyle tenakuzlu bir durum teşkil eder. Bu nedenle ana anlaşmanın uygun bulma yükümlülüğüne tabî olması geçici anlaşmanın da uygun bulma yükümlülüğüne tabi olması sonucunu doğurur.

III. AB HUKUKUNUN ÖZEL BİR DURUM TEŞKİL ETMESİ

A. AB'nin Uluslararası Hukuk Anlaşması Yapma Yetkisi – Birlik Anlaşması – ~Karma Anlaşmalar

AB ilk kez Lizbon Anlaşması ile anlaşma yapma yetkisi elde etmemiştir. AB Adalet Divanı 1971 tarihli AETR kararı ile o zamanki adı ile AET'nin kendisine devredilen yetki alanlarında anlaşma yapma yetkisini kabul etmiştir.³¹ Birliğin uluslararası hukuk anlaşmaları sekonder hukuk olarak

30 FASTENRATH Ulrich/GROH Thomas, bkzn.: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, **Berliner Kommentar zum GG**, Art.59,22. EL 2007, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2016, Rn.83; SCHWIETZER Michael/WEBER Albrecht/AHLERS Sabine, **Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland**, Berlin 2004, Rn.38

31 SCHMALENBACH Kirsten, Art.216-218 AEUV Internationale Übereinkünfte), .bkzn.: Christian Calliess/Matthias Ruffert, **EUV/AEUV**, 5.Aufl. München, Wien 2016



Birlik Hukuku'nun entegre bir parçasını oluşturması yanısıra üye devletleri de bağlamaktadır.³² Birlik Hukuku'nun ulusal egemenlik alanlarında etki doğurmasının bir sonucu olarak Birlik Hukuku ulusal egemenlik alanında doğrudan uygulanma özelliğine sahiptir. Bu durum yeniden çok katmanlı hukuk sisteminde doğan sorunları gündeme getirmektedir. Sorun özellikle AB tarafından üye devletlerin ulusal hukuklarına uygun düşmeyen anlaşmaların akdedilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. AB'nin yetkilerinin dışında tasarrufta bulunmadığı, diğer bir ifade ile *ultra vires* tasarrufta bulunmadığı durumlarda Birlik Hukuku'nun önceliği prensibi sorunun çözülmesine esas olmaktadır.³³

AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmesi'nin 218. madde, 5. fıkra hükümlerinin gerek maddi hukuk, gerekse anlaşmaların akdi prosedürü itibariyle geçici uygulama anlaşmalarına esas olması, AB tarafından yapılan geçici uygulama anlaşmalarının ulusal hukukla çatışması ihtimalini ortaya çıkartmaktadır. Bu çerçevede münhasıran Birlik tarafından yapılan anlaşmalarla, karma anlaşmalar arasında ayırım yapıldığı görülmektedir.³⁴ Sadece AB'nin taraf olduğu uluslararası hukuk anlaşmaları üye devletlerin AB'ne münhasıran yetki devrettikleri alanlarda yapılmaktadır.³⁵ Bu anlaşmalarda üye devletler taraf değildir. Bu nedenle bu anlaşmaların üye devletlerde bir onay sürecinden geçirilme gereksinimi bulunmamaktadır. Bu durum AB anlaşmalarının geçici uygulanması için de söz konusudur. Buna karşılık karma anlaşmaların çifte karakteri bulunmaktadır.³⁶ Bu anlaşmalar AB'nin münhasır yetki alanına girmeyen, üye devletlerin de yetki alanlarına giren alanlarda yapılmaktadır. AB primer hukuku AB'nin münhasıran yetki kullandığı anlaşmalar ve karma anlaşmalar arasında ayırım yapan tam bir açık düzenleme içermemektedir. Bu çerçevede daha çok yerleşik Birlik Hukuku ve uluslararası uygulama görülmektedir.³⁷

Karma anlaşma tarafları AB ve üye devletler olarak karşımıza çıkmaktadır. CETA'da anlaşma taraflarının resmi tanımı bağlamında madde 1.1.'de AB ve üye devletlerin anlaşma tarafı olduğu ifade edilerek AB'nin

32 EuGH, 30.4.1974, Rs.181-73 (R.V.&Haegemann v. Belgium)

33 DEDERER Hans Georg, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – zur Vereinheitlichung von Grundrechts – ultra-vires- und Identitätskontrolle, *JZ* 69 (2014), Heft 7, s.313-322

34 SATTLER Sven, *Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der Europäischen Gemeinschaft (EG) und ihrer Mitgliedstaaten*, 2007, 32 vd.

35 JAAG Tobias Demokratische Legitimation der EU-Aussenpolitik nach Lissabon, *EuR* Jahrgang 47 (2012), Heft 3, s.309

36 ARNAULD, s.268

37 LACHMAYER Konrad/FÖRSTER Stiene von, Art.216 AEUV, Rn. 14 vd., bknz.: Hans von der Groeben/Jürgen.Schwarze/ Armin.Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, Band 4, Nomos Verlag, 7.Aufl. 2015



AB Anlaşması'nın ve AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'sinin ışığında AB'ne verilen yetkiler esas alınarak anlaşmanın bir tarafta AB + üye devletler, diğer tarafta Kanada arasında yapıldığı belirtilmiştir. CETA bu nedenle Birlik hukukunda AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 216. maddesinde öngörülen anlaşma akdi prosedürün yanısıra üye devletlerin onay prosedürü esas alınarak yürürlüğe sokulmuştur. Ulusal anayasalarda öngörülen onay prosedürünün karma anlaşmanın üye devletlerin yetki alanlarına giren hükümlerle sınırlı olarak değil, karma anlaşmanın tüm hükümleri bakımından işletilmesi gerekmektedir. Bu durumun 28 üyeli AB'de uzun zaman alacağı düşüncesi ile CETA'nın önemli bölümlerinin geçici uygulanması kabul edilmiştir. Bu çerçevede CETA'nın önemli addedilen 8. bölümü, 13. bölümün kimi hükümleri, 20.12, 27.3, 27.4, ve 28.7 fıkra 7 geçici uygulama dışında bırakılmıştır. Bu şekilde anlaşmanın tümü için geçici uygulama kabul edilmemiştir. CETA'nın tüm hükümleri bakımından geçici uygulamanın kabul edilmesi halinde yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Federal Meclis'in onayının alınması gerekliliği ortaya çıkabilirdi. Karma bir anlaşmanın mevcudiyeti parlamentonun uygun bulma yükümlülüğüne istisna oluşturmamaktadır. Karma anlaşmanın geçici uygulama konusu yapılan kimi hükümlerinin münhasıran AB'nin yetkilerine girmesi halinde parlamentonun uygun bulma yükümlülüğü gündeme gelmemektedir.

B. Geçici Uygulamanın Karma Anlaşmanın Sadece Belli Kısımları İçin Kabul Edilmesi

Karma anlaşmaların parlamento onayı olmaksızın belli bölümlerinin geçici uygulanmasına Kore Cumhuriyeti, Peru ve Kolombiya ile yapılan serbest ticaret anlaşmaları örnek oluşturmaktadır. Bu durum yapılan uygulamanın Federal Almanya Anayasası ışığında hukuka uygun olduğunu göstermemekle beraber, anlaşmanın geçici uygulanabilir kabul edilen bölümlerinin AB'nin ana anlaşmayı yalnız yapması halinde üye devletlere onay yükümlülüğü getiren bölümlerine ilişkin olmaması durumunda sorun oluşturmadığı kabul edilmektedir. Bu mantıktan hareketle sözü edilen karma anlaşmalarla ilgili uygulamanın Birliğin ve üye devletlerin yetkilerinin birbirinden ayrı mütalâa edilmesi sonucu doğduğu söylenebilir. Böyle bir durumda karma anlaşma karakterli bir ana anlaşmanın geçici uygulama anlaşmasını müstakilen AB'nin yapması mümkündür. Ortaya çıkan sorunlar ancak mantık yürütme yöntemi ile geçici uygulama ile ilgili sorunlara çözüm bulunamayacağını göstermektedir.³⁸ Birliğin yalnız olarak yaptığı Birlik anlaşmaları

38 BÄUMLER Jelena, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, *EuR* Jahrgang 51 (2016), Heft 6, s.607-630



sistematiik nedenlerle karma anlaşmaların geçici uygulanmasına dayanak olma olanağına sahip değildir. Karma anlaşmalara ilişkin geçici uygulama anlaşmalarının böyle bir durumda aksesuar niteliğinden söz etmek mümkün olmayıp, geçici uygulamaya ilişkin bildirim ana anlaşmadan bağımsız pür bir Birlik anlaşması olarak düşünülmesi gerekmektedir. Diğer taraftan ana anlaşmanın ve geçici uygulama anlaşmasının taraflarının aynı olması gerekliliğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. Geçici uygulama anlaşmasının sadece AB tarafından yapılması bu gerekliliğın yerine getirilmediğı anlamını taşır. Geçici uygulama anlaşmalarının ana anlaşmanın aksesuarı olarak kabul edilmemesi durumunda, bir ana anlaşma ve bu anlaşmaya ilişkin geçici uygulama anlaşmasından hareket edilememesi nedeniyle AB'nin bu bağlamda müstakilen yaptığı bir geçici anlaşmanın varlığının kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir durumda da yetki dayanağı olmaması nedeniyle³⁹ AB'nin *ultra-vires* yetki kullanması (AB hukukuna aykırılık) sorunu gündeme gelecektir. Böyle bir durumda Federal meclisin anlaşmayı onayı gerekli olmamakla beraber, AB Konseyi'nde Alman temsilcinin Birlik Hukuku'na aykırılık oluşturan durumu önlememesi nedeniyle Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına göre Alman hükümetinin Alman Anayasası'nın geçerlilik alanında bu anlaşmayı uygulamama mükellefiyeti doğacaktır.⁴⁰

Bu görüşün tersine olarak iki anlaşma arasında bağlantının kabul edilmesi halinde geçici uygulama anlaşması için yetki dayanağının bulunduğu kabul edilmektedir. Ana anlaşmanın tüm tarafları geçici uygulama anlaşmasının da tarafı olarak geçici uygulama anlaşmasını karma anlaşma olarak akdetme durumundadır. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 218. madde, 5. fıkrası sistematiik olarak ve lâfzen bu bakış açısından hareketle uluslararası hukuk anlaşmaları ve geçici uygulama anlaşmaları arasında ayırım yapmadığı gibi, AB'nin yalnız başına yapacağı anlaşmalarla, karma anlaşmaları birbirinden ayırmamaktadır. Bu tablo geçici uygulama anlaşmaları için de ana anlaşma için olduğu gibi Federal Meclis tarafından uygun bulma yükümlülüğünün nedenlerini açıkça ortaya koymaktadır.⁴¹ Buna alternatif sadece bağımsız akdedilen *ultra-vires* pür Birlik anlaşmaları olabilir.

CETA geçici uygulama anlaşmasının Birlik Hukukuna uygun mütalâa edilmesi, üye devletlerin anlaşmanın geçerliliğı öncesinde uygun bulma iradelerini ortaya koymalarına istinat etmektedir. Geçici

39 AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşma, bknz.: md.218, fıkra 2 ve 3

40 BVerfG, 21.06.2016, 2 VbE 13/13

41 WEISS Wolfgang, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, **EuZW** Jahrgang 27, Heft 8 (25.04.2016), s.286



uygulamaya ilişkin bildirim ve onun geri alınması olanağı bu durumu teyit etmektedir.⁴² Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25. madde, 2. fıkrasına göre anlaşma gibi bildirim de 1. fıkra muvacehesinde *actus contrarius*'un (mutabakatın) oluştuğunu göstermektedir. Bu durum CETA'nın madde 30.7, fıkra 3'de özel bir norm olarak düzenlenmiştir. CETA'nın madde 30.7, 3. fıkra, c-bendi, b-bendine atıf yaparak geçici uygulamayı sona erdirmeye yetkisini bu konuda bildirim yapan anlaşma tarafları için kabul etmektedir. Geçici uygulama bildiriminin sadece AB tarafından yapılması bununla beraber üye devletler üzerinde de etki doğurmaktadır. Bunun anlamı ana anlaşma olarak CETA'nın yürürlüğe girmemesi halinde şimdiye dek geçerli olan Birlik uygulamasına göre geçici uygulama bildiriminin, bildirimi yapan taraf olarak sadece Birlik tarafından geri alınmasının mümkün olmasıdır.⁴³ Bu durum açık şekilde karma anlaşmaların yapısına uymadığı gibi, geçici uygulamaya ilişkin tek taraflı Birlik bildirimine de imkân vermemektedir. Birlik Hukuku'nda bu görüş AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 218. madde, 5. fıkrasında doğrudan benimsenmektedir. Söz konusu norm Konsey'in sadece ana anlaşmanın imzalanması sırasında bu anlaşma ile birlikte intern olarak anlaşmanın geçici uygulanması kararını verebileceğini düzenlemektedir. Bu şekilde geçici uygulama anlaşması ve ana anlaşma arasındaki uluslararası hukuka kabul gören ilişki Birlik Hukuku'nda da düzenlenmiş bulunmaktadır.

C. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi geçici uygulama anlaşmalarının parlamento tarafından uygun bulunması konusu ile ilk kez anayasa şikâyeti davaları ve AB Konseyi'nde Alman temsilcinin karşı oyuna rağmen CETA geçici uygulama bildirimi nedeniyle gündeme gelen yetki çatışması iddiası bağlamında iştigal etmiştir. CETA geçici uygulama bildirisine karşı yapılan yürütmenin durdurulması talebinin incelendiği 12.10.2016 tarihli sözlü müzakere aşamasında Anayasa Mahkemesi, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kanununun §32, 1. fıkrası muvacehesinde CETA geçici uygulama bildirisinin Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından CETA'nın 30.7 madde, 3. fıkra, c-bendine istinaden geri alınmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmiştir.⁴⁴ Davada Anayasa Mahkemesi tarafından öncelikli sorun olarak Birlik tarafından yapılan geçici uygulama bildirisinin

42 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md.25, fık.1 ve 2

43 HOLTERHUS Till Patrik, Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Aussenhandelspolitik im Mehrebenengefecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht, *EuZW* Jahrgang 27 (2016), Heft 24, s.896

44 Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 13.10.2016 tarihli kararı için bkz.: 2 BvR 1368/16



anayasaya aykırılık tespitinin ana anlaşmanın anayasaya aykırılık tespiti yapılmadan mümkün olup olmadığı konusu ele alınmıştır.

Senato 13.10.2016 tarihli kararında dogmatik konu olarak karma anlaşmaların belli bölümlerinin geçici uygulanmasına ilişkin anlaşmaları ve onların uygun bulunması yükümlülüğü konularını ele almak yerine, geçici uygulamanın Almanya tarafından tek taraflı geri alınmasına matuf esasa ilişkin davanın sona ermesi ertesinde Almanya'nın yerine getirmesi gereken yükümlülükleri karara bağlamıştır. Karar Birlik tarafından yapılan geçici uygulama bildirimini ile doğan anayasaya aykırılığın ancak esasa ilişkin davanın tamamlanması ertesinde ortadan kaldırılmasının mümkün olabileceği düşüncesine istinat ettirilmiştir. Senato tartışmalarda açık şekilde ortaya çıktığı üzere CETA'nın 30.7 madde, 3.fıkra, c-bendi ışığında geçici uygulamanın uluslararası hukuka göre kayıtsız şartsız geri alınabileceğine dair Alman hükümetinin yorumunu benimsemediğini ortaya koymuştur. Federal Anayasa Mahkemesi bildirimini geri alınması bağlamında sadece bildirimini geri alma iradesinin ilan edilmesi gereğine değil, bu iradenin uluslararası hukukta bağlayıcı şekilde temin edilmesi gereğine dikkat çekmiştir.⁴⁵

Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararında karşımıza çıkan ifadenin karma anlaşmanın belli bölümlerinin geçici uygulanmasına ilişkin bildirimini Federal Almanya tarafından tek taraflı olarak geri alınabileceğine ilişkin bir ipucu oluşturduğu kabul edilse de, kararda bildirimini geri alınması öncesinde Federal Almanya'nın uluslararası seviyede önlem alma yükümlülüğünün öngörülmesi, bildirimini geri alınmasının *actus contarius* niteliğinin mahkeme tarafından tereddütsüz teyit edildiğini ortaya koymaktadır. Kararda esasa ilişkin kararın beklenmesinin vurgulanması AB'nin şimdiye dek olan uygulamasının Anayasa Mahkemesi tarafından desteklendiğini göstermemektedir. Bütün değerlendirmeler Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin de geçici uygulama anlaşmalarının anayasa hukuku muvacehesinde Federal Meclis tarafından uygun bulunması gerekliliğini kabul eden bir yaklaşım ortaya koyma olasılığının yüksek olduğunu göstermektedir.

D. Karma Anlaşmalar İçin Özel Bir Düzenleme Bulunmamaktadır

AB, AB üyesi devletler, Kanada yahut ABD gibi üçüncü devletler arasında söz konusu olan çok katmanlı sistem uluslararası hukukta tatmin edici çözümlerin bulunmasını güçleştirmektedir. AB hukukunun karma anlaşmaların geçici uygulanması konusunda AB için herhangi bir

⁴⁵ Almanya bu bağlamda AB Konseyi Genel Sekreterliğine ve Kanada'nın AB nezdindeki daimi delegasyonuna bildirim yapmıştır



özel yetki öngörmemesi nedeniyle, AB Anlaşması'nın 5.madde, 1. fıkra, 1. cümlesinde yeralan sınırlı münferit yetki prensibi karma anlaşmalar için de geçerlidir. Bunun anlamı Federal Almanya'nın siyasi yahut kanun içerikli bir uluslararası anlaşmaya taraf olması halinde bu anlaşmanın onayı Anayasa'nın 59. madde, 2. fıkra, 1. cümlesine göre Federal Meclis'in uygun bulmasını gerektirmektedir. Bu durum siyasi karakterli ve/veya icrasının sadece federal kanunlarla mümkün olan serbest ticaret anlaşmaları için de aynen geçerlidir. Daha önce AB'ye devredilmemiş yetkiler etkilendiği nispette AB'nin bu anlaşmanın tarafı olması Federal Alman Anayasası (GG) bakımından sonucu değiştiren bir önem taşımamaktadır. Bu anlaşmaların aksesuarı olan geçici uygulama anlaşmaları bakımından da farklı bir durum söz konusu değildir. Anlaşmaların sadece bir kısmının geçici uygulanmaya konması, anlaşmanın siyasi yahut kanun içerikli karakterini kaybetmesine yol açmamaktadır. Bunun yanısıra geçici uygulamanın icrasının anlaşma ile bağlantılı hukuki etkilerinin Alman ulusal hukuk düzeninde kanuni düzenlemeler üzerinden doğabileceğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. Geçici uygulama anlaşmasına dayanak olan ana anlaşmanın karma anlaşma olmasına karşın uygulama anlaşmasının sadece AB tarafından gerçekleştirilmesi *ultra vires* yetki kullanılarak Almanya'nın dolaylı olarak AB Hukuku üzerinden taahhüt altına sokulması sonucunu doğurur; bunun kabulü ne AB Hukuku ne de anayasa muvacehesinde mümkündür.

SONUÇ

Uluslararası hukuk anlaşmalarının akdi ve hukuki etkisi bakımından uluslararası hukuk, AB hukuku ve ulusal anayasalar ortak bir yaklaşım benimsemektedir. Uluslararası hukuk uluslararası hukuk anlaşmalarının iç hukukta nasıl geçerli olacağı konusunu ulusal anayasalara bırakmaktadır. AB hukuk alanında biraz farklı olarak üye devletlerin anayasaları ışığında münferit yetkiler AB'ne devredildiği nispette Birlik Hukuku'nun üye devletlerde etki doğurması kabul edilmiştir. Ortaya konulan bu yaklaşımın çok katmanlı uluslararası sistemde uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanmasına da yansdığı görülmektedir. Uluslararası hukukta bir uluslararası hukuk anlaşmasının geçici uygulanması ayrı ve aynı zamanda aksesuar nitelikli bir anlaşmaya istinat etmektedir. Bu şekilde uluslararası hukuk seviyesinde iki ayrı, ancak birbirine bağlı rejim ortaya çıkmaktadır. Bu iki anlaşmanın uluslararası hukuktaki birbiri ile söz konusu olan bağlantısının ulusal hukukta da aynı şekilde mütalâa edildiği görülmektedir. Bir siyasi ve/veya kanun içerikli anlaşma söz konusu ise bu anlaşmanın Federal Meclis tarafından uygun bulma kanunu ile kabul edilmesi gerekmektedir. Geçici uygulama anlaşmasının ana anlaşma



ile aynı karakterde olması nedeniyle onun da Federal Meclis tarafından bir uygun bulma kanunu ile kabul edilmesi gerekmektedir. AB'nin ana anlaşmasının tarafı olarak yer aldığı anlaşmalar için Birlik yetkilerine ilişkin konularda farklı bir durum söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifade ile Birliğin yalnız olarak anlaşma yetkisine sahip olduğu anlaşmaların bu çerçevedeki egemenlik yetkilerinin Anayasa'nın 23. madde, 1. fıkra, 2. cümlesi muvacehesinde daha önceden AB'ne devri nedeniyle meşruiyet kazanması ve Birlik Hukuku'nun ayrılmaz parçası olarak ulusal hukukta uygulanmasına istinaden Federal Meclis tarafından uygun bulunması gerekliliği yoktur. Bunun anlamı diğer taraftan üye devletlerin yetkilerine ilişkin anlaşmaların bu kapsamda mütalâa edilmemesi, Anayasa'nın 59. madde, 2. fıkra, 1. cümlesi muvacehesinde prosedürün işletilmesi gerekliliğidir; diğer bir ifade ile AB'nin tüm karma anlaşmaları ve onların geçici uygulanma anlaşmaları bakımından Federal Meclis'in uygun bulma gerekliliği bulunmaktadır.

Bu tespit AB'nin son zamanlardaki karma anlaşma olarak nitelendirilen serbest ticaret anlaşmalarının tüm hükümlerine veya bir kısım hükümlerine ilişkin geçici uygulama anlaşmalarını üye devletlerin parlamentoları tarafından uygun bulunmadan uygulamaya koymasına yönelik uygulamasına uymamaktadır. AB bu uygulama ile geçici anlaşmanın dayanağı ana anlaşma üye devletlerin yetkilerine ilişkin olmasına rağmen üye devletlerde onay prosedürü gerçekleştirilmeden üçüncü devletlerle üye devletler üzerinde etkisi olan uluslararası karakterli geçici uygulama anlaşmalarını yürürlüğe koymaktadır. Bu kapsamdaki ilk önemli tartışma CETA bağlamında doğmuştur. Uluslararası ekonomik işbirliğine ilişkin önem taşıyan uluslararası hukuk anlaşmalarının akdi bağlamında kriz dönemlerinin küresel etkilerinin atlatılabileceği gerekçesi ile AB'ye siyasi aktör olarak tasarruf ehliyeti kazandırmaya matuf gayretler yapıldığı görülmektedir.⁴⁶ Bu görüşün ancak AB Hukuku'nun AB'nin siyasi tasarruf ehliyetini öngörmesi ile meşruiyet kazanmasının sağlanabileceğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. AB devletlerin egemenlikleri korunarak oluşturulan hukuk topluluğu niteliği ile modern Avrupa'nın en önemli başarısı olarak görülmektedir. Hukukun egemenliği sadece Birlik Hukuku'nun değil, AB üyelerinin ulusal hukukunun ve uluslararası hukukun da temel dayanağıdır. AB'nin yetkilerinde yapılacak bir değişiklik ancak hukuki olarak bunun yeniden düzenlenmesi ve bunun için öngörülen demokratik prosedürün işletilmesi ile mümkündür. Olağanüstü hal yaklaşımına istinaden reel politika gereksinimleri dikkate alınarak hukuki değişikliklerin yapılması mümkün olabilir.

46 RÜGER Carolin, *Wie handlungsfähig ist die EU als außenpolitischer Akteur in Zeiten der Polykrise?*, ZPol Volume 26 (2016), Issue 4, p.469-477



Geçici uygulama anlaşmalarının anlam ve amacı bu hukuki müessesenin esasen reel politika gerçeklerine istinaden ortaya çıktığını göstermektedir. Uluslararası hukuk anlaşmalarının geçici uygulanması müessesesi karar vericilere acil durumların gereksinimlerinin karşılanması için resmi prosedürün devre dışı bırakma olanağı sağlamaktadır. Siyasetin hukuku ve hukukun egemenliği arasında oynanan bu oyunun istisnai karakterinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. Geçerli hukuk, siyasi ve kanun içerikli anlaşmaların karma anlaşmalar olarak akdedilmesi durumunda, siyasi iradeye uygun düşme de üye devletler tarafından münferit onayı ertesinde geçici olarak uygulanabileceğini öngörmektedir. AB'nin bu bağlamda kendi yetkilerinin sınırlarının bilincinde olarak kendi yetki alanı içinde olan uluslararası hukuk anlaşmaları yapması gerekmektedir. Aksi halde uluslararası hukuk tarafından acil durumlar için kabul edilen geçici uygulama anlaşması müessesinin anlam ve amacının sınırlarının aşılması söz konusu olacaktır.



KISALTMALAR

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Treaty on the Functioning of the European Union)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
AöR	Archive des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage (bası)
BGBL	Bundesgesetzblatt (<i>Federal Law Gazette</i>)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
BvR	Registerzeichen, für Verfahren über Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,
Hrsg.	editör
GATT	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Anlaşması
GG	Grundgesetz (Alman anayasası)
JZ	JuristenZeitung
MPEPIL	The Max Planck Encyclopedia of Public International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rn	Randnummer
Rs	Randsache
Slg.	Sammlung
TTIP	The Transatlantic Trade and Investment Partnership
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaften
JZ	Juristen Zeitung



KAYNAKLAR

ARNAULD Andreas von, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, **AöR** Jahrgang 141 (2016), Heft 2, s.268

ARSANJANI Mahnoush H./REISMAN W.Michael, Provisional Application of Treaties in

International Law: The Energy Charter Treaty Awards, bknz.: Ezzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, **Oxford Scholarly Authorities on International Law**, 2011

BADURA Peter, Die parlamentarische Demokratie bknz.: Josef Isensee/ Paul Kirchhof, **Handbuch des Staatsrechts**, Band II, 3.Aufl. C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2014, s.497

BÄUMLER Jelena, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, **EuR** Jahrgang 51 (2016), Heft 6, s.607-630

DEDERER Hans Georg, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – zur Vereinheitlichung von Grundrechts – ultra-vires- und Identitätskontrolle, **JZ** 69 (2014), Heft 7, s.313-322

FASTENRATH Ulrich, **Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt**, C.H.Beck, München 1986, s.219 vd.

FASTENRATH Ulrich/GROH Thomas, bknz.: Karl Heinrich.Friauf/ Wolfram Höfling, **Berliner Kommentar zum GG**, Art.59,22. EL 2007, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2016, Rn.83

FUNKE Andreas, Keine Abwägung im Auswärtigen -Zugleich Bemerkungen zur "Treaty Override"- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, **DÖV** Heft 20 (2016), s.833

GÓMEZ-ROBLEDO Juan Manuel, **65th session of the ILC** (2013)

GÓMEZ-ROBLEDO Juan Manuel, **First Report**, UN Doc. A(CN.4/664, 3.6.2013; **Second Report** A/CN.4/675, 9.6.2014; Third Report A(CN.4/686, 5.6.2015; **Fourth Report** A/CN.4/699, 23.6.2016

GRZESZICK Bernd/HETTICHE Juliane, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischen völkerrechtlichen Abkommen. Internationale Freihandels-abkommen als Herausforderung des deutschen Europa – und Außenverfassungsrechts, **AöR** 141(2016), 225

IPSEN Knut, §6, Internationale Organisationen, bknz. Knut Ipsen (Hrsg.), **Völkerrecht**, 6.Aufl. 2014, Ch.Beck, München, Rn.1 vd.



JAAG Tobias, Demokratische Legitimation der EU-Aussenpolitik nach Lissabon, **EuR** Jahrgang 47 (2012), Heft 3, s.309

KEMPEN Bernhard /SCHIFFBAUER Björn, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge im internationalen Mehrebenensystem, **ZaöRV** Vol. 77, Heft 1 (2017), s.95-124

KRENZLER Horst-Günther, **Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge**, Rota-Druck J. Krause, Freiburg 1963, 16 vd.

LACHMAYER Konrad/FÖRSTER Stiene von, Art.216 AEUV, Rn. 14 vd.,bknz.: Hans von der Groeben/Jürgen.Schwarze/ Armin.Hatje, **Europäisches Unionsrecht**, Band 4, Nomos Verlag, 7.Aufl. 2015

LEFEBER Réne, The Provisional Application of Treaties, bkzn.: Jan Klabbers/Réne.Lebefer (Hrsg.), **Essays on the Law of Treaties**, Festschrift Bert Vierdag, Martinus. Nijhoff Publishers, 1998, 83

MICHIE Andrew, The Provisional Application of Arms Control Treaties, **Journal of Conflict & Security Law** 10 (2005), Oxford University Press 2005, s.345 vd.) 2013 II, 1427 vd.

MONTAG Frank, Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen, **Schriften zum Völkerrecht**, Bd.83, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1986

NETTESHEIM Martin, Das CETA-Urteil des BVerfG: Eine verpasste Chance?, **NJW** 69(2016), 3567

RÜGER Carolin, Wie handlungsfähig ist die EU als außenpolitischer Akteur in Zeiten der Polykrise?, **ZPol** Volume 26 (2016), Issue 4, p.469-477

SCHIFFBAUER Björn, Über Hoheitsrechte und deren "Übertragbarkeit", **AöR** Jahrgang 141 (2016), Heft 4, s.552

SATTLER Sven, Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der Europäischen Gemeinschaft (EG) und ihrer Mitgliedstaaten, **Schriften zum Europäischen Recht**, Vol.130 (2007), Duncker&Humblot,Berlin, 32 vd.

SCHMALENBACH Kirsten, Art.216-218 AEUV Internationale Übereinkünfte), .bkzn.: Christian Calliess/Matthias Ruffert, **EUV/AEUV**, 5.Aufl. München, Wien 2016

SCHWIETZER Michael/WEBER Albrecht/AHLERS Sabine, **Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland**, Berlin 2004, Rn.38

VERDROSS Alfred/SIMMA Bruno, **Universelles Völkerrecht**, 3.Aufl. Duncker & Humblot 1984, Berlin, §§ 71 vd.



VÖNEKY Silja/BEYLAGE-HAARMANN Britta, bknz.: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, **Das Recht der Europäischen Union**, Art.216, AEUV, 45.EL 2011, Rn.6 vd.

WEISS Wolfgang, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandels-abkommen, **EuZW** Jahrgang 27, Heft 8 (25.04.2016)



SERBEST SEÇİM HAKKI VE KİŞİNİN SİYASAL ETKİNLİKLERİNİN KISITLANMASI SORUNU

(Right to Free Elections and the Problem of Restriction on the Political Activity of the Person)

Dr. Öğr. Üyesi Ömür AYDIN¹

ÖZ

Özü gereği siyasal bir karaktere sahip olan ve bu nedenle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki (İHAS) diğer haklardan farklı bir nitelikte olan serbest seçim hakkı, günümüzde, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin siyasal yapı ve kurumlarının, ulusüstü bir denetim sistemine dâhil edilmesinde önemli bir role sahiptir. Strasbourg organları, geleneksel egemenlik kaygıları nedeniyle bu konuda, uzun yıllar pasif bir tutum sergilemiştir. Ancak 1980'li yılların sonu itibarıyla bir paradigma değişimi yaşandığını ve günümüzde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) seçimlere ve onun alt parametrelerine ilişkin geniş bir içtihadı imza attığını görüyoruz. Ancak Avrupa Konseyi üyesi devletlerin farklı tarihsel ve siyasal süreçlerden geliyor olması bu konuda ortak standartlar üretmeyi zorlaştırmaktadır. Bu nedenle de Sözleşme'nin yorumunda zaman zaman kullanılan bir ilke olarak takdir payı doktrini, adeta Mahkeme için kurtarıcı bir anahtar rolü üstlenmiştir. Kişilerin siyasal etkinliklerini sürdürebilme hakkı bu çerçevede Mahkeme'nin içtihat yoluyla geliştirdiği bir hak olup Mahkeme'nin bu hakka dönük çözümlerinde, "temsilin sürekliliği", "seçmen iradesinin üstünlüğü", "haklı beklenti doktrini" gibi ilkelere başvurusu, hakkın güvence düzeyini artırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Serbest Seçim Hakkı, Temsilin Sürekliliği, Siyasi Faaliyet Kısıtlamaları, Takdir Payı Doktrini, Haklı Beklenti Doktrini.

ABSTRACT

Right to free elections, which has a political character by its nature and which, therefore, is distinguished from other rights in the European Convention on Human Rights (ECHR), has an important role in placing the political structures and institutions of member states of the Council of Europe in a supranational control system today. For long years, the Strasbourg organs have been displaying a passive attitude due to their traditional concerns about sovereignty. However, a paradigm shift has occurred beginning from the end of the 1980s and, today, the European Court of Human Rights (ECHR) makes a broad range of judgements

1 Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, omur.aydin@istanbul.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9144-3549.



about elections and its parameters. However, the fact that member States of the Council of Europe come from different historical and political processes makes it difficult to establish common standards in this regard. Therefore, the margin of appreciation doctrine, which is occasionally used as a principle in the interpretation of the Convention, has almost become a rescuer for the Court. In this framework, the individual's right to pursue one's political activities is a right developed by the ECHR through case-law, and the level of assurance for this right is improved by the fact that the ECHR appeals to principles like "representational continuity", "sovereign power of the electorate" and "legitimate expectation doctrine" in its analyses in this regard.

Keywords: Right to Free Elections, Representational Continuity, Restriction on the Political Activity, Margin of Appreciation Doctrine, Legitimate Expectation Doctrine.

GİRİŞ

Siyasal bir nitelik taşımasından ötürü, yararlanma şartı vatandaşlık bağına özgülümlenmiş seçme ve seçilme haklarının, ulusüstü bir denetim sistemine tabi kılınması içinde birçok zorluğu barındırır. Devletlerin geçirdiği tarihsel ve siyasal süreçlerin farklılığı, iç hukuk sistemlerine sirayet etmiş ve bu alanda sayısız kural ve prosedürü içinde barındıran çoğul hukuk mekânları ortaya çıkmıştır. Kuşkusuz bir uluslararası örgütün bu çoğulluk içinde ortak standartlar üretmesi oldukça güç bir iştir. Bu zorluğa rağmen uluslararası örgütler ve onların kurduğu mekanizmalar sayesinde serbest seçim hakkının koruma alanına dair geniş bir içtihat oluştuğu söylenebilir. Bu çalışma, temelde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) hukukunun geliştirdiği serbest seçim hakkı üzerine bir inceleme yapmayı amaçlamıştır. İHAS sisteminde serbest seçim hakkına ilişkin ilke ve kurallar, neredeyse bütünüyle içtihadi bir nitelik taşır. İHAM, bu içtihadi derinleştirirken Sözleşme ve demokrasi ilişkileri, takdir payı doktrini (margin of appreciation), haklı beklenti doktrini (legitimate expectation doctrine) gibi birçok olguya yaslanmıştır.

Çalışma ilkin, İHAM içtihadında serbest seçim hakkının gelişim seyrini ortaya koyacak ardından seçimlerde aday olma hakkının bir uzantısı olarak inşa edilen "milletvekilliğini sürdürme hakkına" ve "kişinin siyasal etkinliklerinin kısıtlanması" sorununa odaklanacaktır. Bu konuya ilişkin ilke ve standartların ne şekilde ele alındığı, taraf devletlerin takdir payının hangi nedenlere bağlı olarak daralıp genişleyebildiği bu ilkeler ışığında irdelenecektir.



I. SERBEST SEÇİM HAKKININ GELİŞİM SEYRİ

Serbest seçim hakkı, İHAS Ek 1 numaralı Protokol'ün 3. Maddesi'nde (P1-3) düzenlenmiş ve Protokol, 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Protokolle bu maddenin kenar başlığı "Serbest Seçim Hakkı" olarak belirlenmiştir. P1-3 çerçevesinde korunan haklar, yalnızca yasama işlevi gören meclis seçimlerini kapsamaktadır.

A. Sözleşme'nin Hazırlık Çalışmalarındaki (Travaux Préparatoires) Tartışmalar

Serbest seçim hakkı, İHAS' ta düzenlenen haklardan niteliği itibarıyla farklı bir konumdadır. Sözleşme'de güvenceye alınan haklar, bireysel nitelikli haklardır. Oysaki serbest seçim hakkı, siyasal bir karakter taşımaktadır. Bu yönüyle taraf devletlerin siyasal yapı ve kurumlarını ilgilendirmektedir². Bu türde bir hakka Sözleşme'de yer verilmesi, taraf devletlerin siyasal yapı ve kurumlarının Sözleşme'nin denetim sistemine dâhil edilmesi gibi bir sonuç üretebilirdi. Sözleşme'nin ve Protokollerin hazırlık çalışmalarında görevli olan Avrupa Konseyi Danışmanlar Meclisi (Consultative Assembly of the Council of Europe), Avrupa Konseyi İnsan Hakları Uzmanlar Komitesi (Committee of Experts on Human Rights of the Council of Europe) ve Bakanlar Komitesi (Comittee of Ministers), çalışma tutanaklarında bu tartışmaları görmek mümkündür³.

Taraflar arasındaki görüş ayrılığı iki eksende toplanabilir: birinci eksen de yer alan üyeler, Sözleşme'nin yazılış amacını devlete karşı ileri sürülebilir, bireysel başvuruya konu edilebilir, sübjektif nitelikli hakları güvenceye almak olduğu ve siyasal nitelikli hakların buna uygun düşmediği kanaatindedir. Bu yaklaşıma göre Sözleşme'nin amacı, taraf devletlerin siyasal yapısını tanımlamak ve onlara bu yönde yükümlülükler getirmek değildir⁴.

İkinci eksen de yer alan üyeler ise Sözleşme'nin yazılmasındaki temel amacın üye devletlerde, demokratik kurumları oluşturmak ve devamlılığını güvenceye almak olduğunu belirtmekteydi. Bu eksen de yer alan üyeler, siyasal hakları demokrasinin temeli olarak görüyor ve Sözleşme'ye, taraf devletlerin demokrasinin temel prensiplerine saygı

2 'Nives M. Kumric ve Vjekoslav Mijić, "Some Aspects of the Right to Free Elections in the Caselaw of the European Court of Human Rights", **Contemporary Legal and Economic Issues**, 2013 (IV), s.152.

3 Avrupa Konseyi, "Preparatory Work on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, içinde (Travaux Préparatoires to the Convention Cour 86 (36), Strasbourg, 05.09. 1986, Erişim adresi: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf

4 Avrupa Konseyi, **a.g.e.**, s.8-11.



duyma yükümlülüğünü vurgulayan bir madde eklenmesi gerektiğini savunuyorlardı. Hatta bu eğişimde olan üyeler, taraf devletlerin, “belirli aralıklarla”, “evrensel” ve “gizli oya dayalı” seçimler yapmayı ve “siyasi muhalefetin örgütlenme ve eleştiri hakkına müdahale etmemeyi” taahhüt ettiğini vurgulayan bir taslak metin de hazırlamışlardı⁵.

Yaşanan tartışmalar nedeniyle taraflar, maddenin formülasyonunda uzlaşamamış ve serbest seçim hakkı Sözleşme'nin ana metninde yer alamamış, 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe giren Ek 1 No'lu protokolün 3. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak buradaki düzenleme, demokrasi ve siyasal haklara yapılan vurgu açısından yukarıda sözü edilen taslak metnin ve hatta Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966) 25. maddedeki formülasyonun da oldukça oldukça gerisinde kalmıştır. İlgili madde şu şekildedir:

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oya dayalı serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.”

Görüldüğü gibi İHAS P1-3, getirdiği düzenleme itibarıyla bir hakkı tanımlamamakta; yalnızca devletlerin uyacakları taahhütlerden söz etmektedir. Haklara ilişkin bu tür lafzî belirsizlikler, hakkın öznesinin belirtilmemiş olması, hakların gelişimini ve dava konusu olabileme niteliğini olumsuz etkilemektedir⁶.

B. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) Döneminde Serbest Seçim Hakkı

P1-3'ün hazırlık çalışmalarında yaşanan görüş ayrılıkları ve nihayetinde ortaya çıkan metindeki formülasyon, Komisyon'un serbest seçim hakkına ilişkin yaklaşımını da etkilemiştir. 1970'li yıllara kadar Komisyon, P1-3'ün getirdiği güvence açısından dar bir yorumu tercih etmiştir. Komisyon'un bu tercihinin arakasında temel olarak üç sebebin yattığı söylenebilir: ilk sebep, P1-3'ün yazılış tekniğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri düzenleyen maddeler, “Herkes (...) hakkına sahiptir” veya “Hiç kimse” gibi terimlerle başlamaktayken, P1-3 te bu türde bir yazım tekniği tercih edilmemiştir. Komisyon'a göre bu madde, yalnızca taraf devletlerin uymayı taahhüt ettikleri yükümlülüklerden söz etmekte ve bireylerce taraf devletlere karşı ileri sürülebilir nitelikte subjektif bir hak içermemektedir⁷.

5 Avrupa Konseyi, a.g.e., s.3-11.

6 Fatmagül K. Özçelik, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda ve Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı ve Türkiye**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.141.

7 İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK), X ve Diğerleri v. Belçika, no. 1065/61, 30.05.1961, **Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961**, Springer Science- Business Media B.V. 1962, s.268.



Komisyon'un P1-3 ile ilgili dar bir yorumu tercih etmesinin bir diğer nedeni ise pratik bir zorunluluğa dayanmaktadır. 1970'li yıllara kadar Avrupa Konseyi üyesi devletlerde henüz genel oy ilkesine tamamıyla geçilmemiştir. Üçüncü sebep ise Komisyon'un taraf devletlerin siyasal yapısını tanımlama ve denetleme konusundaki çekincesidir. Bu konuda Komisyon, geleneksel bir isteksizlik sergilemiştir⁸. Ancak Komisyon'un P1-3'e ilişkin yaklaşımı, zaman içinde pozitif yönde bir evrim geçirmiştir.

İHAM, Komisyon kararlarındaki bu evrimi üç aşamalı olarak özetlemektedir⁹. Komisyon, ilk olarak 1961 yılında X v. Belçika kararıyla "kurumsal hak (institutional right)" düşüncesini geliştirmiş; ardından 1967 yılında X v. Federal Almanya kararıyla "genel seçimler (universal suffrage)" konseptine ulaşmış ve son olarak da 1975 yılında verdiği W, X, Y, Z v. Belçika kararıyla da yasama organı seçimlerinde "oy kullanma (right to vote)" ve "seçimlerde aday olma (right to stand for election to the legislature)" şeklinde sübjektif katılım hakları anlayışına evrilmiştir. Bu kararlar Komisyon, P1-3'ün ifadesi ne olursa olsun bireysel bir hak sağladığı kanaatine ulaşmıştır¹⁰.

C. Mahkeme Döneminde Serbest Seçim Hakkı

İHAM'ın 2 Mart 1987 tarihli Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika kararı, P1-3'ün getirdiği güvencelerin tanımlanması açısından dönüm noktası niteliğinde bir karardır. İHAM, bu davada Sözleşme'nin hazırlanış gerekçesini, yazım tekniğini bütüncül olarak değerlendirerek yeni bir içtihat yaratmıştır. Bu davada ortaya konan içtihat değişikliği daha sonra görülen davalar için de bir referans oluşturmuştur¹¹. İHAM, P1-3'ün bireylere herhangi bir sübjektif hak tanımadığı, yalnızca devletlerin seçimlerde uyacakları taahhütlerden bahsettiği yönündeki Komisyon yaklaşımını, dar bir yorum olarak değerlendirmektedir¹². İHAM'ın bu tespiti T. Şirin'in ifadesiyle Mahkeme'nin eski yorumlarına bir reddiye niteliğindedir¹³.

8 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. M. Bingöllü Kılıcı ve U. Karan, Ankara, 2013, Şen Matbaa, s.735.

9 Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika, no. 9267/81, 02.03 1987, par. 51.

10 Sergey Golubok, "Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 27(3), Eylül 2009, s.367.

11 Sergey Golubok, "Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection", s. 389.

12 Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika, par. 48-49.

13 Tolga Şirin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2011, 17(1-2), s.293.



İHAM'a göre, P1-3'ün "devletlerarası taahhüt rengindeki" ifade tarzı, devletlerin bu konuda üstlendiği taahhüde daha büyük bir bağlılık kazandırma ve devletlerin demokratik seçimler yapmak için pozitif yükümlülükler altında olduğunu vurgulamak için tercih edilmiştir. Dolayısıyla P1-3'ün yazım tekniğindeki farklılık, Sözleşme'deki diğer haklardan esaslı bir fark içerdiği anlamına gelmez. İHAM'a göre P1-3, sözleşmedeki diğer haklar gibi devlete karşı ileri sürülebilir, bireysel başvuruya konu edilebilir sübjektif haklar içermektedir. Sözleşme'nin ve Protokol'ün hazırlık çalışmalarındaki tartışmalara da değinen İHAM, P1-3'ün bireysel başvuru hakkının dolayısıyla Mahkeme'nin yargı yetkisinin dışına çıkarılması fikrinin hazırlık çalışmalarında ortaya atıldığını ancak bu fikrin sonradan terk edildiğini belirtmektedir. Mahkeme, ayrıca hazırlık çalışmalarında sık sık "siyasal özgürlük", "siyasal haklar", "bireylerin siyasal hakları ve özgürlükleri", "serbest seçim hakkı" ve "seçim hakkı" gibi terimlerin kullanıldığını da altını çizmektedir¹⁴.

Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika kararı, İHAS hukukunun yorumuna egemen olan "evrimci yorum" ilkesinin (living instrument doctrine) de önemli bir örneğini oluşturur. İHAM, bu kararında P1-3'e ilişkin dar metinsel yorum metodunu terk ederek "özel-tarihsel yorum" metoduna başvurmuştur¹⁵. İHAM'ın P1-3'ün kapsamına dair benimsediği evrimci yorum çizgisi, sonraki süreçte de devam etmiştir. Bu sayede İHAM, seçme ve seçimlerde aday olma hakkının alt unsurlarına, seçim sistemlerine, seçimlerin yönetim ve denetimine ilişkin geniş bir içtihadı sahip olabilmıştır.

Avrupa Konseyi organları, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Bürosu (AGİT/DKİHB), Avrupa Birliği (AB) ve Birleşmiş Milletler (BM) gibi kurumların çalışmaları da Mahkeme içtihadının gelişimine katkı sağlamıştır. Bunların yanı sıra Avrupa kamu düzeninde ve kamu hukuku alanında zaman içinde meydana gelen değişim ve dönüşümler, İHAM'ın P1-3'e ilişkin içtihadının derinleşmesine önyak olmuştur.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin 1996 yılında kabul edilen Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 25. Maddesine ilişkin (Kamu Yönetimine Katılma, Oy Kullanma ve Seçilme Hakkı) Genel Yorumu, Venedik Komisyonu'nun 2002 yılında kabul edilen "Seçim Konularında İyi Uygulama Kodu" adlı kılavuza etki etmiş ve Avrupa seçim mirasının merkezi çekirdeğinin

14 Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika, par. 49-50.

15 Şirin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", s.293.



oluşmasına katkı sağlamıştır¹⁶. Özellikle 2007'den sonra İHAM, bu kodlara kararlarında sık bir şekilde gönderme yapmaya başlamıştır¹⁷. İHAM içtihadında ayrıca AGİT/DKİHB'in seçimlere ilişkin gözlemci raporlarına yapılan göndermeler¹⁸ ve bunların kararlarda delil olarak kullanılması da kurumlar arası diyalog ve döngülerle bu sürece katkı sağlamaktadır¹⁹.

Uluslararası kamu hukuku organlarının bu şekilde seçim süreçlerine ilişkin denetimleri, seçimlere şeffaf ve objektif bir temel oluşturmakta ve çeşitlilikler arasında ortak bir dil oluşumuna imkân sağlamaktadır²⁰.

İHAM'ın serbest seçim hakkına ilişkin içtihadı, Sözleşme ile demokrasi arasında kurulan ilişkinin bir uzantısı olarak gelişmiştir. Sözleşme'de demokrasi ile ilişkili görülen hakların yorumlanmasında İHAM, çoğu kez Sözleşme'nin Başlangıç kısmına (Dibace) gönderme yapmıştır. Sözleşme'nin Dibacesi'nde vurgulandığı gibi, insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi ancak "etkili bir siyasi demokrasi" (effective political democracy) sayesinde olabilir²¹. Mahkeme'ye göre demokrasi, "Avrupa kamu düzeninin" temel bir ögesini oluşturmakta²² ve P1-3' te güvence altına alınan haklar, hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkin bir demokrasinin temellerinin kurulmasında ve korunmasında büyük önem taşımaktadırlar²³.

İHAM'a göre demokrasi, Sözleşme tarafından tasarlanan yegâne politik modeldir ve sadece o Sözleşme ile bağdaşabilir. *Handyside v. Birleşik Krallık* kararında, demokratik bir toplumun "çoğulculuk (pluralism)", "hoşgörü (tolerance)" ve "açık fikirlilik (broadmindedness)" olmak üzere üç ilkeye dayandığını tespit eden İHAM²⁴, çoğulculuğun nihai koruyucusu olarak gördüğü devletin²⁵, demokratik seçimler düzenlemek noktasında pozitif yükümlülükler altında olduğunu belirtmektedir²⁶.

16 Cristina Fasone ve Giovanni Piccirilli, "Towards a Ius Commune on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in 'Harmonizing' Electoral Rights". *Election Law Journal*, 2017,16(2), s.249.

17 Bkz. Rusya Girişimci Muhafazakârlar Partisi ve Diğerleri v. Rusya, 2007, Par. 39.

18 Bkz. Gürcistan İşçi Partisi v. Gürcistan, 2008; Grosaru v. Romanya, 2010; Karimov v. Azerbaycan, 2013; Gahramanli ve Diğerleri v. Azerbaycan, 2015; Abdalov ve Diğerleri v. Azerbaycan, 2019.

19 Markku Suksi, "The Use of Election Observation Reports in Regional Human Rights Jurisprudence", *Nordic Journal of Human Rights*, 2016, 34(4), s.241.

20 Avery D. Roberts ve David J Carroll, "International Election Observer Recommendations and UN Human Rights Mechanisms: Toward a More Robust System of Global Accountability on Democracy and Human Rights", *Nordic Journal of Human Rights*, 2017, 35(4), s.314.

21 Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika, par. 47.

22 Loizidou v. Türkiye (Preliminary Objections, no. 15318/89, 23.03. 1995, par. 75.

23 Zdanoka v. Latvia [BD], no. 58278/00, 16.03. 2006, par. 103.

24 *Handyside v. Birleşik Krallık*, no. 5493/72, 07.12.1976, par.49.

25 *Informationsverein Lentia ve Diğerleri v. Avusturya*, no. 13914/88 vd. 24.11.1993, par.38.

26 Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika, par. 50.



Serbest seçim hakkının kapsamında korunan haklar, bu çerçevede demokrasinin tam merkezinde yer alır. İHAM'ın bu hakkın alanını genişletici bir yorumla ele alması, görece daha az köklü demokrasilerde muhalefet partilerinin, sivil toplum örgütlerinin, Avrupa Konseyi'nin, demokrasi ve çoğulculuk yönündeki reformların hayata geçirilmesi için ısrarcı olabilmelerine de zemin hazırlamaktadır²⁷.

II. TAKDİR PAYI DOKTRİNİ VE SERBEST SEÇİM HAKKI

İHAM'ın evrimci yorum anlayışı ile P1-3'ten ürettiği haklar, özünde siyasal bir karakter taşır. Kişisel haklardan farklı olarak siyasal hakların öznesi "herkes" değil yalnızca "vatandaşlar" dır. İnsan hakları hukukunda kural olarak bir hakkın öznesi olmak için bireyin "vatandaş" olması belirleyici bir ölçüt değildir. Ancak serbest seçim hakkı, bu kuralın Sözleşme sistemindeki tek istisnasıdır²⁸. Dolayısıyla İHAM, bir yandan P1-3'ün getirdiği güvenceleri şahsileştirirken diğer yandan taraf devletlerin siyasal ve kurumsal yapılarını denetlemek gibi sorunlu ve karmaşık bir alana kapı aralamıştır. Strasbourg organlarının uzun yıllar boyunca P1-3'ü dar bir yorumla ele alması ve alanda sergilediği geleneksel isteksizlik, bu derece hassas siyasal bir konuya uluslararası bir mahkeme sıfatıyla müdahale etme konusundaki çekincesi ile ilişkilendirilmiştir²⁹.

İHAM'ın bu hassas meselede bulduğu çözüm ise Sözleşme'nin yorumuna egemen olan "ikincilik ilkesi"ne (principle of subsidiarity) ve "takdir payı doktrini"ne (margin of appreciation doctrine) yaslanmak olmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin oluşturduğu koruma mekanizmasını ikincil olarak betimlemektedir³⁰. Sözleşme sistemi, hak ve özgürlükleri koruma görevini ilkin taraf devlete bırakmaktadır. Hak ya da özgürlüklerin kısıtlanmasına dayanak olan meşru sebeplerin doğup doğmadığını ve müdahalenin gerekliliğini ilk takdir edecek olan ulusal makamlardır. Çünkü Mahkeme'ye göre "gereklilik" kavramının ima ettiği "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın (pressing social need) varlığını tespit etmede ulusal merciler daha avantajlı bir konumdadırlar. Ancak ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir³¹. Bu çerçevede Sözleşme organlarının rolü, yerel uygulayıcıların yerini almak değil onların kullandıkları takdir payının Sözleşme'ye uygunluğunu ve orantısallığını denetlemektir. Bu doktrinin yardımıyla Mahkeme, her bir hakka münhasır asgari standartlar üretmeye çalışmaktadır. Devletler bu standardın altına

27 Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks ve Clare Ovey, **Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, Eylül 2017, s.613.

28 Özçelik, **a.g.e.**, s.147.

29 D.J.Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, **a.g.e.**, s.735.

30 Handyside v. Birleşik Krallık, no. 5493/72, 07.12. 1976, par.48.

31 Handyside v. Birleşik Krallık, par.49.



düşmemelidirler. Ancak bu, devletlerin hak ve özgürlükler için daha ileri düzeyde bir koruma getirmesine de mâni değildir³².

Takdir payı doktrini, İHAM'ın içtihat yoluyla geliştirdiği bir ilkedir. Ancak bu doktrinin her hak için aynı standartta uygulanmadığını belirtmek gerekir. Sözleşmeciler devletlerin takdir payı, çeşitli nedenlerle daralabilmekte ya da genişleyebilmektedir. Mahkeme'ye göre takdir payının kapsamı, koşullara, ele alınan konuya ve bunların arka planına göre değişiklikler gösterebilecektir³³. İHAM'ın bu tercihini şekillendiren iki faktör olduğunu söyleyebiliriz: İHAM'ın incelediği mesele üzerinde bir Avrupa konsensüsünün var olup olmadığı ve incelenen meselenin demokratik bir toplumun inşası ve sürdürülebilirliği açısından taşıdığı önem, ulusal takdir payının dar ya da geniş yorumuna neden olmaktadır³⁴. Örneğin demokratik bir toplumun inşası açısından taşıdığı önem nedeniyle, ifade ve örgütlenme özgürlüğü alanında devletlere daha dar bir takdir alanı bırakılırken genel ahlak gibi üzerinde konsensüsün sağlanmasının pek mümkün olmadığı durumlarda takdir payı genişlemektedir³⁵. Bu veriler ışığında takdir payı doktrini, ulusal mercilerin geleneksel egemenlik kaygılarını yatıştırma ve Strasbourg organlarının, devletlerin egemenlik alanına müdahale etmesini önlemek amacıyla dizayn edildiği yönünde eleştirilerle karşılaşmaktadır³⁶.

Demokrasinin tek meşru yönetim biçimi olarak görülmesi, kimi zaman demokrasi ile insan hakları arasında gerilime ve simbiyotik bir ilişkinin varlığına işaret etmiştir³⁷. Ne var ki insan hakları normlarının hayata geçirilmesi de demokratik hükümetler gerektirir. Çünkü demokrasi ve insan hakları, herkes için eşitliğe dayanan ve insan onuruna dayalı bir ideali paylaşmaktadır³⁸. Geleneksel egemenlik kaygıları ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerdeki ulusal sistem çeşitliliği, Sözleşme hukukunda siyasi katılım hakkının derinleşmesini engelleyen en önemli faktör olarak görülmektedir³⁹. Dolayısıyla Strasbourg organları, serbest seçim hakkı

32 Paul Mahoney, "Universality Versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech Explaining Some Recent Judgement," *European Human Rights Law Review*, 1997, no. 4, s.364-365.

33 İHAK, Rasmussen v. Danimarka, no. 8777/79, 28.11. 1984, par.40.

34 Michael R. Hutchinson, "The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, 48 (3), July 1999, s.640.

35 Murat Tümay, "The 'Margin of Appreciation Doctrine' Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights." *Ankara Law Review*, 2008, 5(2), s. 231.

36 Hutchinson, "The Margin of Appreciation Doctrine...", s.647.

37 Tony Evans, "If Democracy, Then Human Rights?" *Third World Quarterly*, 2001, 22(4), s.623.

38 Jack Donnelly, "Human Rights, Democracy, and Development", *Human Rights Quarterly*, 1999, 21(3), s.609.

39 Katherine A. Wagner, "Identifying and Enforcing Back-End Electoral Rights in International Human Rights Law" *Michigan Journal of International Law*, 2010, 32(1), s. 185.



söz konusu olduğunda devletlerin genel çıkarları ile bireylerin hakları arasında denge kurmaya çalışan bir yaklaşım sergilemişlerdir. Bu nedenle de gerek yazım tekniği açısından gerekse uzun yıllar süren uygulama açısından serbest seçim hakkı, zayıf bir koruma altında bırakılmış ve literatürde bu tercih zaman zaman eleştirilmiştir⁴⁰. Ancak tüm bu engellere rağmen uluslararası insan hakları hukukunda siyasi katılım haklarının süreç içinde bu şekilde gelişebilmesi geleneksel egemenlik anlayışında meydana gelen kırılmayla izah edilebilir⁴¹.

Serbest seçim hakkı, Sözleşme sisteminde ulusal takdir payının geniş bırakıldığı haklar arasında yer alır. Bu hakkın taşıdığı sui generis nitelik, Mahkeme'yi bu türde bir tercih yapmaya zorlamıştır. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin seçim mevzuatındaki çeşitlilik, bu alandaki olasılıkları oldukça çoğaltmaktadır. Seçim sistemlerinden biri için kabul edilemeyecek özellikler, bir diğeri için kabul edilebilir⁴². Bu nedenle P1-3'ün uygulanması yönünden her bir seçim mevzuatı, ilgili ülkenin siyasal gelişimi ışığında değerlendirilmelidir. Her ne kadar İHAM, bir örnek seçim sistemi zorunluluğundan bahsetmemiş olsa da bu konuda temel ilkeleri ortaya koymuştur. Ancak bu ilkeler bilinen ve genel kabul gören demokratik seçim ilkelerinin hepsini içermemektedir⁴³. Buna göre P1-3'ün taraf devletlere yüklediği sorumluluk "halkın görüşlerinin özgürce ifade edilmesini temin eden", "makul aralıklarla" ve "gizli oya dayalı" "serbest" seçimler yapmasıdır⁴⁴. Dolayısıyla İHAM, yapacağı denetimi, seçim sisteminin öznesine değil ürettiği sonuca özgülemiştir.

Serbest seçim hakkı söz konusu olduğunda, ulusal takdir payının geniş tutulduğu bir diğer alan ise Doğu Avrupa demokrasileridir. Özellikle son yıllarda bu ülkelerden, P1-3 ihlâli iddiasıyla gelen bireysel başvurularda adeta bir patlama yaşanmıştır. Demokrasi kültürünü yerleştirme ve demokratik kurumları inşa etme sürecinde olan bu ülkeler için İHAM, farklı bir denetim standardı uygulamakta ve bu devletlerin takdir payını, batı demokrasi havzasında yer alan diğer ülkelere nazaran geniş yorumlamaktadır. İHAM, uzun yıllardır demokratik rejimle yönetilen bir ülke için P1-3 bağlamında kabul edilemeyecek kısıtlamaların, bu ülkeler

40 Serhat Altınkök, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Açısından Serbest Seçim Hakkı" *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, 5, s. 74.

41 Gregory H. Fox, "The Right to Political Participation in International Law" *Yale Journal of International Law*, 1992, 17(2),s.544.

42 Yumak ve Sadak v. Türkiye [BD], no. 10226/03, 08.07. 2008, par.111.

43 Yüksel Metin, "AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı", *Liberal Düşünce*, 2007, 47-48, s.132.

44 Mathieu-Mohin ve Clerefayt v. Belçika, par. 54.



için makul görülebileceğinin altını çizmektedir⁴⁵. Buna ilişkin örneklere ileride değinilecektir.

P1-3 kapsamında üretilen haklar, yukarıdaki bölümde de vurgulandığı üzere içtihadî bir çabanın mahsulüdür. O halde P1-3 metninde bir hak tanımlanmadığına göre bir sınırlama hükmü de yer almamaktadır. P1-3 kapsamında üretilen haklar, nasıl içtihadî bir niteliğe sahipse sınırlandırma gerekçelerine ilişkin ilkeler de içtihadî bir çabanın mahsulüdür.

P1-3'ün sınırlandırma rejimi analiz edilirken ilk olarak akla demokratik toplum konseptiyle yakın ilgisi nedeniyle Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerindeki düzenlemeler gelir. Bu maddelerde ilk olarak hak ve özgürlüğün kapsamına yer verilmiş, ardından bu hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına dayanak olabilecek meşru gerekçeler sıralanmıştır. Son olarak ise sınırlamaların keyfiliğini önlemek için bazı ilkelere yer verilmiştir: sınırlamaların "orantılı" olması, "demokratik bir toplumda gerekli" olması, "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap vermesi" gibi. Ancak İHAM, Sözleşme sistemindeki ayrıksı niteliğini dikkate alarak, 8-11. maddelerdeki sınırlama rejiminin, P1-3 için bütünüyle geçerli olmadığını belirlemiştir.

P1-3'ün, 8-11. maddelerdeki kayıtlardan bağımsız, zımni sınırlamalara tabi olduğu kabul edilmektedir. Taraf devletler, P1-3'ün sınırlandırılmasında, 8-11. maddelerde yazan meşru gerekçelere dayanmak zorunda değildir; bu listenin dışına çıkabilir ve kendi iç hukuk düzenlerinde seçme ve seçimlerde aday olma haklarını çeşitli kısıtlamalara tabi tutabilirler. Yani bu konuda geniş bir takdir payına sahiptirler. Bu, aynı zamanda sözleşmenin 8-11. maddeler kapsamında kullanılan geleneksel testlerin de Mahkeme tarafından göz ardı edilebilmesi anlamına gelmektedir⁴⁶. İHAM, P1-3'e ilişkin sınırlamalarda kendi değerlendirme testini üretmiştir. İHAM, bir davada müdahalenin P1-3'e uygunluğunu denetlerken orantılılık testine başvurmakta ve kısıtlamanın halkın görüşlerinin özgürce ifadesine müdahale teşkil edip etmediğini her olay üzerinde tekil olarak değerlendirmektedir.

III. SERBEST SEÇİM HAKKININ AKTİF VE PASİF BOYUTLARI

İHAM, P1-3'e ilişkin geliştirdiği içtihadta serbest seçim hakkının iki boyutu olduğunu belirlemiştir. Bunlardan ilki, yasama seçimlerinde oy verme, ikincisi ise yasama seçimlerinde aday olma hakkıdır. İHAM'ın seçim sistemleri konusunda sergilediği çekimser tavır, oy kullanma ve seçimlerde aday olma hakkı söz konusu olduğunda yerini daha

45 Zdanoka v. Letonya, Par. 133.

46 Yumak ve Sadak v. Türkiye (BD), Par. 109.



kuvvetli bir koruma rejimine bırakmakta ve ulusal takdir payı burada daha dar tutulmaktadır⁴⁷. Ancak İHAM, bu iki hak arasında da bir nitelik ayırımına gitmektedir. İHAM'a göre oy verme hakkı, serbest seçim hakkının aktif unsurunu, seçimlerde aday olma hakkı ise pasif unsurunu oluşturmaktadır⁴⁸. Oy hakkı bu sebeple daha kuvvetle korunan bir hakır⁴⁹.

Demokratik bir seçimin kuşkusuz en önemli şartı oy hakkının genelliğidir. Genel oy veya oy hakkının genelliği ilkesi, kısıtlı oy ilkesinin tersidir. Kısıtlı oy ilkesi, oy hakkının servet, vergi, cinsiyet ve ırk şartına bağlı olarak tanımlanmasıdır. Avrupa demokrasileri, uzun bir süreç ve mücadelelerden sonra genel oy ilkesine ulaşabilmiştir. 1970'li yıllar itibarıyla bu sürecin büyük ölçüde tamamlandığını ve bu tarihten sonra da Strasbourg organlarının P1-3'e ilişkin içtihadının dönüşüme uğradığını görüyoruz. Genel oy ilkesi, P1-3'ün getirdiği güvence sisteminin temel taşı olarak kabul edilmektedir⁵⁰. Mahkeme'ye göre "genel oy" ilkesinden bir sapma, yasama organının yapısını, işlevini ve demokratik niteliğini zayıflatır⁵¹. Taraf devletler, P1-3'ün öngördüğü amaçlarla çelişecek şekilde, oy hakkından yoksun bırakılan bir küme yaratmamalıdır⁵². Oy kullanma hakkından yoksun bırakma, ancak bunu gerektiren "ciddi bir tedbir" olması halinde mümkündür. Bu halde dahi taraf devletler, bu kısıtlamaya maruz kalan kişinin durumu ve davranışı ile ilgili somut ve yeterli bağlantıları ortaya koymak ve "orantılılık" ilkesine uygun davranmak zorundadır⁵³.

İHAM'ın oy kullanma hakkına ilişkin genel prensipleri bu şekilde olmakla beraber bu hakka bazı istisnaların getirilmesi mümkündür. Genel oy ilkesi, her halükârda herkesin oy hakkına sahip olduğu anlamına gelmez⁵⁴. Seçme yeterliği için aranan koşulların, sınırlı ve dar bir alanda kalması, genel oy ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır⁵⁵. Avrupa Konseyi üyesi devletlerde genel olarak, yaş, ikamet ve vatandaşlık kriterleri bir sınırlama ölçütü olarak kabul görmektedir. İHAM da bu kısıtlamaların meşru bir gerekçeye dayandığını tespit etmiştir. Sözü

47 Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", S. İnceoğlu (ed.) **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** içinde (543-555. ss), 2013, Ankara, Şen Matbaa, s.554.

48 Zdanoka v. Letonya, no. 58278/00, 16.03.2006, par. 105-106.

49 Yumak ve Sadak v. Türkiye (BD), Par. 109

50 Rusya Girişimci Muhafazakârlar Partisi ve Diğerleri v. Rusya, no: 55066/00 ve 55638/00, 11.01.2007, Par. 71-72.

51 Hirst v. Birleşik Krallık, (BD), no. 74025/01, 06.10.2005, Par. 62.

52 Söyler v. Türkiye, no. 29411/07, 17.09.2013, Par. 34.

53 Hirst v. Birleşik Krallık, (BD), par.71.

54 Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Basım Yayın, Bursa, Ekim 2011, s.302.

55 Yılmaz Aliefendioğlu, "Temsili Demokrasinin 'Seçim' Ayağı", **TBB Dergisi**, 2005, 60, s.90.



edilen bu kısıtlamalar, BM İnsan Hakları Komitesi'nin 1996 yılında kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 25. Maddesine ilişkin Genel Yorumu⁵⁶ ve Venedik Komisyonu'nun 2002 yılında kabul edilen "Seçim Konularında İyi Uygulama Kodu"⁵⁷ adlı kılavuzunda belirtilen ilkelerle de büyük ölçüde örtüşmektedir.

P1-3'ün pasif boyutu olarak kabul edilen yasama organı seçimlerinde aday olma hakkının şartları ve sınırlarını belirlemede ise İHAM, taraf devletlere daha geniş bir takdir payı bırakmaktadır. İHAM, bugüne dek önüne gelen başvurularda taraf devletlerin seçimlerde aday olma hakkına getirdikleri bazı zımni sınırlamaları makul bulunmuştur. Yaş kriteri⁵⁸, ikamet etme şartı⁵⁹, resmi dili bilme şartı⁶⁰, belirli bir bedel yatırma zorunluluğu⁶¹, yanıltıcı bilgi vermeme yükümlülüğü⁶², kamu görevi olmanın getirdiği kısıtlamalar⁶³ bunlar arasında sayılabilir. Bunlar taraf devletlerin birçoğunda kabul görmüş ve İHAM içtihadında da meşru kabul edilmiş sınırlandırma gerekçeleridir. Ancak İHAM, bu şartların seçilme hakkının özünü zedelediğine, kısıtlamaların orantılı olduğuna kanaat getirmelidir.

IV. KİŞİNİN SİYASAL ETKİNLİKLERİNİN KISITLANMASI SORUNU

Kişinin siyasal etkinliklerini sürdürebilme hakkı, İHAM'ın P1-3'ün güvence alanına içtihat yoluyla dâhil ettiği bir haktır. Literatürde bu hak genellikle "milletvekilliğini sürdürme hakkı" olarak ele alınmıştır. Çalışma bunu temel almakla beraber İHAM'ın milletvekili olmadığı halde siyasal etkinlikleri kısıtlanan kişilerin yaptığı başvuruları da bu kapsamda değerlendirdiğini göz önünde tutarak konuyu daha geniş bir bağlamda ele alacaktır.

Milletvekilliğini sürdürme hakkı, P1-3'ün pasif boyutu olan yasama seçimlerinde aday olma hakkının bir uzantısı mahiyetindedir ve bu hak sayesinde kişinin siyasal etkinliklerini sürdürebilmesine imkân sağlanır. Bu konuda İHAM'a gelen şikâyetler, kişilerin meclis üyeliğinin düşmesine

56 BM İnsan Hakları Komitesi, **International Covenant on Civil and Political Rights General Comment No. 25 (57)**. GE.96-18094 (E), <https://digitallibrary.un.org/record/221930?ln=en>

57 Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, **Code of Good Practice in Electoral Matters Guidelines and Explanatory Report**, CDL-AD(2002)023rev2-cor, Venice. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-D\(2002\)023rev2-cor-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-D(2002)023rev2-cor-e)

58 W, X, Y and Z v. Belçika, no. 6745-6746/76, 30.05.1975.

59 Melnychenko v. Ukrayna, no. 17707/02, 19.10. 2004.

60 Podkolzina v. Latvia, no. 46726/99, 09.04.2002.

61 Sukhovetsky v. Ukrayna, no. 13716/02, 28.03.2006

62 Krasnov ve Skuratov v. Rusya, no. 17864/04 ve 21396/04, 19.07.2007

63 Gitonas ve Diğerleri v. Yunanistan, no. 18747/91; 19376/92 ; 19379/92, 01.07. 1997.



ya da siyasal etkinliklerinin kısıtlanmasına neden olan müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Mahkeme'nin bu yöndeki içtihadı her ne kadar P1-3'ün pasif boyutu olan seçimlerde aday olma hakkı üzerinde inşa edilmiş olsa da P1-3'ün aktif boyutu olan oy kullanma hakkı ile de ilişkilendirilmiştir. İHAM, bu tür davalarda oy kullananların ortaya koyduğu iradeye ve bu iradenin sürekliliğine güçlü bir vurgu yapmaktadır. Hatta Lykourezos v. Yunanistan kararında "haklı beklenti" (legitimate expectation) kuramına yaslanarak meseleyi sadece seçilen kişi açısından değil; ona oy veren seçmenlerin iradelerinin sürekliliği açısından da ele almıştır.

Sözleşme sisteminde milletvekilliğini sürdürme hakkına, ilk kez Komisyon'un 7 Mart 1984 tarihli M. v. Birleşik Krallık kararında değinilmiştir. Komisyon, bu kararda bu hakkı şu şekilde tanımlar: "Bir kişinin seçimlerde aday olma hakkı tek başına yeterli değildir. Kişi bir kez halk tarafından seçildikten sonra, yasama organı üyesi olarak kalma hakkına da sahip olmalıdır. Bunun aksine bir yaklaşım, seçimlerde aday olma hakkını da anlamsız hale getirecektir."⁶⁴

Milletvekilliğinin düşmesi ya da kişinin siyasal etkinliklerinin süreli/süresiz kısıtlanmasına neden olan ve çoğu Türkiye'den giden başvuruların genelde, siyasal parti kapatma davalarına dayandığını görmekteyiz. Sadak ve Diğerleri v. Türkiye (No.2)⁶⁵, İHAM'ın bu bağlamda ele aldığı bir davadır. 16 Haziran 1994 tarihinde, Demokrasi Partisi (DEP), üniter devlet yapısına karşı faaliyetleri nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştı. O tarihte yürürlükte olan 1982 Anayasası 84. Maddesi, kapatılan bir partiye mensup milletvekillerinin, Meclis üyeliklerinin düşmesini öngörmekteydi. Kuşkusuz bu haliyle düzenleme, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle de bağdaşmamaktaydı⁶⁶. Anayasa Mahkemesi kararı sonrası Meclis üyeliklerini kaybeden Selim Sadak ve beraberindekiler, P1-3'ün ihlal edildiği gerekçesiyle İHAM'a başvurmuşlardır. İHAM, başvuruların Meclis üyeliklerinin bireysel politik eylemleri sebebiyle değil, mensubu oldukları siyasal partinin kapatılması sonucu düştüğünü bu türde bir uygulamanın, seçilme ve milletvekili olma haklarının özü ile bağdaşmadığını ve bu kişileri milletvekili olarak seçen seçmenlerin egemenlik yetkisinin (sovereign power of the electorate) ihlali anlamına geldiğini belirtmektedir⁶⁷.

1982 Anayasası'nın 84. Maddesi'ndeki bu hüküm, 1995 Anayasa değişiklikleri ile yeniden düzenlenmiştir. Anayasa teklif gerekçesinde bir siyasî partinin kapatılmasının esasen ağır bir karar olduğu; bu karara bağlı

64 M. v. Birleşik Krallık, no. 10316/83, of 07.03 tarihli karar, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1975, Martinus Nijhoff. The Hague/La Haye, s.133.

65 Sadak ve Diğerleri v. Türkiye (no. 2), no. 25144/94 vd, 11.06. 2002.

66 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara, 1995, Yetkin Yayınları, s.253.

67 Sadak ve Diğerleri v. Türkiye (no. 2), par.40.



olarak milletvekili sıfatının kaybettirilmesinin olayı daha da ağırlaştırdığı, uygulamanın demokratik olmayan bir sonuç ürettiği belirtilmiştir⁶⁸. Yapılan düzenleme ile partiye üye tüm milletvekillerinin değil, yalnızca partisinin kapatılmasına beyan ve faaliyetleriyle sebep olan ve Anayasa Mahkemesi'nin kapatma kararında adları belirtilen milletvekilinin Meclis üyeliklerinin düşürülmesi uygulamasına geçilmiştir. 2010'da yapılan Anayasa değişikliği ile de parti kapatma ile milletvekilliğinin düşmesi arasında bağlantı kuran bu yaptırıma bütünüyle son verilmiştir. 2010 Anayasa değişikliği teklif gerekçesinde bu uygulamanın, İHAM P1-3 ile bağdaşmadığı ve İHAM'ın bu konuda Türkiye aleyhine hak ihlali kararları verdiği de vurgu yapılmıştır⁶⁹.

Anayasa'nın 84. Maddesi, 2010 yılında P1-3 içtihadına uyum sağlamak amacıyla bu şekilde değiştirilmiş ancak, 1982 Anayasası 69. maddede Siyasal Partilerin Uyacakları Esaslar kenar başlığı altında, parti kapatmanın bir sonucu olarak kişilerin siyasal etkinliklerinin kısıtlanmasını öngören hüküm halen yürürlüktedir. Siyaset yasağı olarak da adlandırılan bu hüküm, bir siyasal partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucular ve üyelerin, beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacağını belirtmektedir. Anayasa'nın 84. Maddesi'ne ilişkin 1995'te değişikliklerinden sonra da İHAM, hem Anayasa 84. Madde hem de yukarıda sözü edilen 69. Madde kapsamında kişilere uygulanan yaptırımları, P1-3 ihlali olarak yorumlamaya devam etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 22 Haziran 2001 tarihinde "laiklik karşıtı faaliyetlerin odağı" haline geldiği gerekçesiyle kapattığı Fazilet Partisi'nin bazı üyelerinden bu yönde başvurular İHAM'a taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla, Nazlı Ilıcak, Merve Kavakçı ve Bekir Sobacı, milletvekilliklerini kaybetmişlerdi. Ayrıca Ilıcak, Kavakçı, Sobacı ve Silay'ın (milletvekili olmayan parti üyesi) Anayasa'nın 69. Maddesi uyarınca 5 yıl boyunca siyasal etkinlikleri kısıtlanmıştır. İHAM, uygulanan yaptırımların, Türk siyasal rejiminin laik yapısını korumak gibi meşru bir amaca dayandığını belirlemiş olmakla beraber, orantılı olmadığı kanaatinde. Çünkü İHAM'a göre Anayasa Mahkemesi, parti üyelerinin laiklik karşıtı eylemlerini irdelerken bir derecelendirme yapmamıştır. Örneğin partinin kapatılması neticesinde parti genel başkanı ya da yardımcısı bu yaptırımlara maruz bırakılmamışlardır⁷⁰.

68 TBMM, 23.07.1995 Tarih ve 4121 nolu Kanunla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Madde Gerekçeleri, (S. Sayısı: 861), <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-3/3-sirasayisi.pdf>.

69 TBMM, 5982 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Madde Gerekçeleri, (S. Sayısı:497), [https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-16/ss497\(Kanun5982\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-16/ss497(Kanun5982).pdf).

70 Kavakçı v. Türkiye, no. 71907/01; Ilıcak v. Türkiye, no:15394/02; Sobacı v. Türkiye, no: 26733/02, 05.04.2007 ve Silay v. Türkiye no:8691/02, 29.11.2007.



Siyasal etkinliklerin kısıtlanmasına neden olan Anayasa 69. Madde hükümünün irdelendiği bir başka dava ise Kılıçgedik ve Diğerleri v. Türkiye davasıdır. Bu davada Türk Hükümeti her ne kadar kısıtlamanın sürekli olmadığını, 5 yılla sınırlı olduğunu, bu kişilerin seçimlerde bağımsız aday olabileceklerini belirtmişse de⁷¹ İHAM, siyasetçilere getirilen bu tip yasakların izlenen meşru amaçlarla orantılı olarak değerlendirilemeyecek kadar geniş kapsamlı olduğu kanaatindedir⁷².

Benzer bir konu, İspanya'da terör örgütü ETA ile organik ilişkileri nedeniyle kapatılan Herri Batasuna ve Batasuna Partileri ile ilişkili oldukları iddia edilen siyasetçiler açısından ele alınmıştır. Bu partilerin İspanya'da kapatılmasından sonra yerel seçimlere katılmak isteyen bazı adaylar, kapatılan partilerin faaliyetlerini devam ettirdikleri gerekçesiyle seçimlere katılmaktan menedilmişlerdi. Bu kişilerin P1-3'e aykırılık gerekçesiyle İspanya aleyhine yaptığı başvuruda İHAM, parti kapatma kararındaki gerekçeleri tekrarlayarak bu partilerin kapatılmasının demokratik bir toplumda orantılı kabul edildiğini ve bu kişilere getirilen yasağın da bu kapsamda Sözleşme ile uyumlu olduğuna karar vermiştir⁷³. Bu kararın yukarıda örneklenen ve çoğunluğu Türkiye'den gelen başvurulardan farklı bir şekilde sonuçlanması dikkate değerdir. Çünkü İHAM bu kişilerin P1-3 kapsamındaki şikâyetlerini parti kapatma davasıyla bitişik yorumlamıştır. İHAM, bu partilerin amaçlarının ve kullandıkları araçların demokrasiyle bağdaşmadığını tespit ettiği⁷⁴ için P1-3 açısından bir ihlal değerlendirmesi yapmamıştır.

İHAM'ın seçimlerde aday olma hakkına ilişkin içtihadının derinleşmesinde, Doğu Avrupa'daki yeni demokrasilerden gelen başvuruların önemli bir yeri vardır. Çalışmanın önceki bölümünde değinildiği gibi İHAM, P1-3 kapsamında takdir payı doktrinini bu ülkeler için farklı bir standartta uygulamakta ve devletlerin takdir payını daha geniş tutmaktadır. İHAM, yeni bir siyasal düzen inşa etme çabasında olan bu devletlerin bu çabasına saygı duyarak denetleme yapmak gibi zorlu bir görev üstlenmiştir⁷⁵. Özellikle iç savaş veya etnik çatışmalar yaşamış ve ardından çatışma sonrası siyasal bir düzen inşa etmek için seçimlere giden bu ülkeler açısından uluslararası denetim organlarının ve gözlemcilerin öncelikli kaygısı da genellikle siyasal istikrarı sağlamak ve çatışmaların önlenmesi olmuştur⁷⁶.

71 Kılıçgedik ve Diğerleri v. Türkiye no. 4517/04, 14.12. 2010, par.41.

72 Kılıçgedik ve Diğerleri v. Türkiye, par.48-49.

73 Etxebarria ve Diğerleri v. İspanya, no.35579/03 vd., Herritarren Zerrenda v. İspanya, no. 43518/04, 30.06.2009.

74 Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, no. 25803/04 ve 25817/04, 30.06.2009, par.89-91.

75 D.J.Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, *a.g.e.*,s.744.

76 Roberts ve Carroll, "International Election Observer...", s.314.



Bu tür ülkelerden gelen bazı başvurularda İHAM, militan demokrasi konseptine dayanmıştır. İHAM'a göre, demokrasinin bütünlüğünü korumak için var olan tarihi nedenler hakların sınırlandırmasını belli koşullarda meşru kılabilir. Mahkemenin bu tür başvurularda, ulusal düzenlemelerdeki kısıtlama gerekçelerini neredeyse otomatikman meşru varsayması da ayrı bir eleştiri konusu olagelmıştır⁷⁷. İHAM, demokrasi karşıtı siyasal akımlara karşı devletlerin bu türde önleyici tedbirler alabileceğini kabul etmektedir. Özellikle Sözleşme'nin 9,10 ve 11. Maddelerinin yorumunda İHAM, bu yönde bir içtihat geliştirmiştir. Bu içtihadın zaman içinde P1-3'e de belli yönde yansımaları olmuştur. İHAM, bir kişinin geçmişteki demokrasi karşıtı siyasal tutum ve davranışlarını seçimlerde aday olma hakkını kısıtlayabilecek meşru bir neden olarak kabul etmektedir.

Bu çerçevede İHAM'ın Zdanoka v. Letonya kararı (2006), ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Dava hem Daire'de hem de sonrasında Büyük Daire'de görülmüştür. Zdanoka, 1998 ve 2002 yıllarında yapılan parlamento seçimlerinde aday olmak istemiş ancak Letonya'da, 25 Mayıs 1995 tarihinde kabul edilen seçim yasası nedeniyle adaylık başvurusu reddedilmiştir. İlgili yasa, 13 Ocak 1991 tarihi itibarıyla komünist ideolojiye dayalı eski örgütlerde, kişinin siyasal etkinliklerini halen sürdürüyor olmasını seçimlerde aday olma hakkına bir engel olarak düzenlemiştir⁷⁸. Zdanoka'nın başvurusu, bu engelleme ile ilgili olup önce bir İHAM Dairesi'nde ele alınmış ve Daire, Zdanoka'nın siyasal etkinliklerinin seçilme hakkından yoksun bırakılmayı gerektirecek ağırlıkta olmadığı kanaatine varmıştır⁷⁹. Ancak dava daha sonra Büyük Daire'ye intikal etmiş ve Büyük Daire P1-3 açısından bir hak ihlali olmadığı yönünde karar vermiştir.

Büyük Daire, 13 Ocak 1991 tarihli yasanın öngördüğü kısıtlamayı cezalandırma amacı taşıyan bir düzenleme değil, önleyici bir tedbir olarak değerlendirmiştir. Büyük Daire'ye göre demokratik bir rejimi şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya teşebbüs eden bir partinin mensuplarının bu türde bir kısıtlamaya maruz bırakılması, demokratik sürecin bütünlüğünü korumayı amaçlamaktadır⁸⁰. Büyük Daireye göre bu sınırlama, Letonya'nın özel istisnai koşullarıyla ilgilidir. Letonya, totaliter bir rejimden demokrasiye yakın zamanlarda geçmiştir ve tekrar totaliter bir rejime geri dönüş riski demokrasi için bir tehdit oluşturmaktadır. Uzun yıllardır demokratik bir rejimle yönetilen bir ülke için kabul edilemeyecek

77 Altınkök, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi...", s.74.

78 Zdanoka v. Letonya, par.58.

79 Zdanoka v. Letonya, par.75.

80 Zdanoka v. Letonya, par.122.



olan bu kısıtlama, Letonya için kabul edilebilir bulunmuştur⁸¹. Ancak Büyük Daire, yasanın öngördüğü kısıtlamanın geçici olması gerektiğini, kısıtlamayı meşrulaştıran tehditlerin güncelliğini yitirmesi durumunda mevzuatın gözden geçirilmesi gerektiğini, aksi takdirde Sözleşme'ye aykırılık oluşacağını da altını çizmiştir⁸².

Milletvekilliği sıfatının kazanılması ve bu görevin sürdürülebilmesi konusunun incelendiği, Tănase v. Moldova(2010) davasına konu olayda, birden fazla vatandaşlığı bulunan kişilerin milletvekili seçildikten sonra diğer ülkelerin vatandaşlıklarından çıkmalarını ya da vatandaşlıktan çıkma prosedürünü başlatmaları halinde ancak milletvekilliklerinin onaylanabileceğini öngören yasa hükmünün⁸³ orantılılığı ele alınmıştır. Tănase hem Romanya hem de Moldova vatandaşlığına sahip bir kişi olarak 5 Nisan 2009'da yapılan meclis seçimlerinde aday olmuş ve seçilmiştir. Tănase yukarıda sözü edilen yasa hükmü gereği milletvekilliğinin onaylanması için Romen vatandaşlığından çıkma prosedürünü başlattığına dair belgeleri Anayasa Mahkemesi'ne sunmuştur. Eğer bu prosedürü başlatmayı reddetseydi milletvekili olamayacaktı. Bu uygulama nedeniyle Tănase söz konusu mevzuatın mağduru olduğunu iddia etmektedir⁸⁴. Zdanoka v. Letonya davasındaki ilkelere gönderme yapan İHAM, demokratik sürecin bütünlüğünü korumak için var olan tarihi nedenlerin, hakları sınırlandırmayı belli koşullar altında meşru kılabileceğini vurgulamıştır. Ancak Mahkeme, demokratik bir rejime yönelik bu gibi tehditlerin güncelliğini yitirmesi durumunda uzun yıllardan sonra hala yürürlükte bulunan bu tür sınırlamaların Sözleşme ile uyumsuz olacağını belirtmektedir⁸⁵. Bu çerçevede İHAM, az sayıda Avrupa Konseyi üyesi devletin çifte vatandaşlara, milletvekili olma hakkını yasakladığını gözlemlediğini, Moldova'daki bu yasağın Moldova'nın bağımsızlığının ilan edildiği 1991 yılından çok sonra 2008 yılında, yani Moldova'nın bağımsızlığını ilan etmesinden on yedi sene sonra ve çifte vatandaşlık hakkını kabul etmesinden yaklaşık olarak beş sene sonra yapıldığını, bu şartlarda bu tedbirin, Moldova'nın yasalarını, kurumlarını ve ulusal güvenliğini korumak amacıyla yapıldığı konusundaki Hükümet argümanının ikna edici olmadığını, seçimler ile ilgili haklara getirilen sınırlamaların, bazı şahısları veya grupları, ülkenin politik yaşamına katılmasını engelleme amacıyla olmaması gerektiğini belirtmektedir. İHAM, ayrıca bu düzenlemenin seçimden önce, yani iktidar partisinin

81 Zdanoka v. Letonya, par. 133.

82 Zdanoka v. Letonya, par.135.

83 Tănase v. Moldova (BD), no. 7/08, 27.04.2010, par.42.

84 Tănase v. Moldova (BD),par.101.

85 Tănase v. Moldova (BD), par.159.



oylarında gerileme olduğu bir dönemde getirilmiş olmasını da dikkat çekici bulmuş ve yasanın öngördüğü tedbirin orantısız olduğuna kanaat getirmiştir⁸⁶.

Kişinin siyasal etkinliklerinin kısıtlanmasının değerlendirildiği Paksas v. Litvanya (2011) davasına konu bir başka olayda ise, başvuru Rolandas Paksas, impeachment usulüyle Parlamento tarafından görevinden alınmış eski bir cumhurbaşkanıdır. Litvanya'da 15 Temmuz 2004 tarihinde seçim kanununa eklenen bir madde ile bu şekilde kamu görevinden alınan kişilerin milletvekili seçilme yeterliliğinin de olmadığını öngören bir hüküm eklemiştir. Bu hükmün sonucunda ilgili kişinin seçilemezliği sürekli bir nitelik kazanmıştır⁸⁷. İHAM, impeachment usulünün Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin çoğunluğunda yer aldığı ancak Litvanya'da olduğu gibi yasama seçimlerinde aday olma hakkının kullanılması üzerinde doğrudan bir etkisi olmadığını altını çizmiştir⁸⁸. İHAM, başvuru konusunun görevden alınmasına neden olan iddiaları küçümsemediğini ve tartışma konusu yapıldığını belirterek görevden alınanın meşru nedenlere dayandığını belirtmiştir⁸⁹. Fakat İHAM, kişilere getirilen kısıtlamaya süre sınırının konmamış olmasını orantısız bulmuştur⁹⁰. Zira İHAM'a göre bu türde bir yasanın öngördüğü genel yasağı meşrulaştıran gerekçeler zamanla etkisini kaybedebilir⁹¹ ve seçmenler bu kişiye olan güveni tazelemek isteyebilirler. Dolayısıyla bu kişinin tekrar milletvekili seçilip seçilemeyeceğine ilişkin takdirin seçmenlere bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir⁹².

15.09.2006 tarihli Lykourazos v. Yunanistan kararı, milletvekilliğini sürdürme hakkının İHAM içtihadınca güçlü bir şekilde teyit edildiği önemli bir karardır. Dava konusu olayda, bir kişinin milletvekili seçildikten sonra Meclis üyeliğinin düşürülmesi meselesi ele alınmıştır. Lykourazos, Yunanistan'da 9 Nisan 2000 tarihinde yapılan parlamento seçimlerine katılmış ve milletvekili seçilmiştir. Ancak 18 Şubat 2003 tarihinde Lykourazos'un seçim bölgesindeki bir seçmen, Lykourazos'un milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görevi sürdürmekte olduğunu iddia etmiş ve meclis üyeliğinin düşürülmesi için bir başvuru yapmıştır. Lykourazos, 1960 yılından bu yana Atina barosuna kayıtlı bir avukattır. İtiraza konu olayda avukatlık mesleğinin, Anayasa'nın 57. Maddesi uyarınca milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler kapsamında olduğu

86 Tănase v. Moldova (BD), par.171-179.

87 Paksas v. Litvanya (BD), no. 34932/04, 06.01.2011, par.110.

88 Paksas v. Litvanya (BD), par.106.

89 Paksas v. Litvanya (BD), par. 100.

90 Paksas v. Litvanya (BD), par.112.

91 Paksas v. Litvanya (BD), par.109.

92 Paksas v. Litvanya (BD), par.104.



iddia edilmiştir⁹³. Lykourazos yaptığı savunmada seçildiği dönemde Anayasa'nın 57. Maddesi'ne ilişkin uygulama hükmünün henüz yürürlüğe girmediğini ve kendisinin de 01.01.2003 tarihinden itibaren avukatlık faaliyetlerinden ötürü ücret almadığını belirtmiştir. Ancak bu savunma dikkate alınmamış ve Yunan Yüksek Mahkemesi, Lykourazos'un milletvekilliğinin düşmesine karar vermiştir⁹⁴. Lykourazos, bu karara karşı İHAM P1-3'e aykırılık iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur. İHAM, bu konuda ülkelerin takdir payına gönderme yaparak milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler hakkında görüş bildirmenin yetkisinde olmadığını ancak bu türde bir yasağın çok az sayıda Avrupa Konseyi üyesi devletçe benimsendiğinin altını çizmiştir⁹⁵.

"Yasama uyumsuzluğu" olarak da adlandırılan bu müessesenin esasen tarihsel kökenleri bulunmaktadır. Bu müessese, temsili demokrasilerde milletvekillerinin herhangi bir yürütme görevi kabul etmelerini önlemek suretiyle yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını korumayı amaçlamaktadır. Ancak çoğunluk partisinin yürütme organı ile milletvekilleri arasında yarattığı siyasal bağ zaman içinde bu müessesenin anlamının kısmen yitmesine neden olmuştur. Ayrıca devletler bu müessesenin kapsamını da farklı yönlerde genişletmişlerdir⁹⁶.

Lykourazos v. Yunanistan davasında İHAM, Yunan Hükümeti'nin Anayasası'nın 57. maddesi hükmünün 9 Nisan 2000 tarihli Parlamento seçimlerinden önce de yürürlükte olduğu yönündeki savunmasını ikna edici bulmamıştır. İHAM, başvurucunun seçilmesinin hukuka uygun olduğunu Yunan Yüksek Mahkemesi'nin sonradan yürürlüğe konulan Anayasası'nın 57. Maddesi'ne dayanarak karar verdiğini belirtmiştir⁹⁷. İHAM, seçilme hakkının engellenmesine ilişkin hükümlerin öngörülebilir olması gerektiğini, seçimlerin yapıldığı zaman diliminde ne seçmenlerin ne de seçilenlerin bu türde bir kuralın varlığı hakkında bilgi sahibi olmadığını, bu kararın hem başvurucu hem de seçmenler açısından şaşırtıcı olduğunu, Yunan Yüksek Mahkemesi'nin aldığı karar nedeniyle Lykourazos'u, Parlamento'da temsilci olarak görmek isteyen seçmen iradesinin, yok sayıldığını ve bu türde bir kararın halkın temsilcilerinin seçimindeki, doğruluk ve güven ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. İHAM, halkın tercihlerini özgürce ortaya koyduğu bir seçimden sonra demokratik düzen için zorlayıcı bir sebep olmadığı sürece, seçim sisteminin tartışma konusu yapılmaması gerektiğini, aksi

93 Lykourazos v. Yunanistan, no. 33554/03, 15.06.2006, par.9-10.

94 Lykourazos v. Yunanistan, par.11-12.

95 Lykourazos v. Yunanistan, par.53.

96 Özbudun, a.g.e., a.248.

97 Lykourazos v. Yunanistan, par.54-55.



yorum ve uygulamaların haklı beklenti (legitimate expectation) ilkesinin de ihlali anlamına geleceğini vurgulamaktadır⁹⁸.

Bu kararın dikkate değer önemli yönlerinden biri, haklı beklenti kuramına yapmış olduğu göndermedir. P1-3 kapsamında bu ilkeye ilk kez değinilmektedir. Haklı beklenti doktrini, Anglo-Sakson hukuk öğretisinin ürettiği bir ilke olarak kabul edilmektedir. 1969 yılına ait *Scmhid v. Secretary of State for Home Affairs* kararı bu ilkenin temeli olarak kabul görmüştür⁹⁹. Hukuk devletinin alt bileşenlerinden biri olarak kabul edilen bu ilkeye, Venedik Komisyonu, 2016'da kabul ettiği hukuk devletinin kriterleri (Rule of Law Checklist) arasında yer vermiştir. Hukuki kesinlik (legal certainty) ilkesinin, sekiz alt bileşeninden biri olarak kabul edilen haklı beklenti doktrini, Venedik Komisyonu'na göre AB hukukunun hukuki kesinliğe dair genel ilkesinin bir parçası olup ulusal hukuklardan türemiştir. Bu doktrine göre, hukuk temelinde iyi niyetle hareket eden kişilerin, haklı beklentileri boşa çıkarılmamalıdır. Bu doktrin, yalnızca yasama işlemleri değil aynı zamanda kamu otoritelerinin birel idari işlemler için de geçerlidir¹⁰⁰.

Bu doktrin ışığında düşünüldüğünde seçmenler, hukuk temelinde hareket eden iyi niyetli kişilerdir ve seçtikleri kişinin yasama dönemi boyunca kendilerini temsil edeceğine dair haklı bir beklenti içine girmişlerdir. Kamu makamlarının sonradan yaptıkları haksız müdahaleler, yalnızca seçilen kişinin milletvekilliğini sürdürme hakkını değil aynı zamanda temsil hakkının ve seçmen iradesinin sürekliliği ilkesini de ihlal etmiş olacaktır.

Yakın tarihli *Selahattin Demirtaş v. Türkiye* kararı (No.2), milletvekili sıfatı sürmekteyken tutuklu yargılanan ve bu nedenle milletvekilliği görevini sürdüremeyen kişinin durumu ile ilgilidir. Bu çerçevede İHAM'ın tutuklu bir milletvekilinin durumunu tartıştığı ilk başvuru¹⁰¹ olması açısından önemlidir. 1 Kasım 2015 seçimlerinde Demirtaş, milletvekili olarak parlamentoya girmiştir. Aynı zamanda Parlamentoda 3. sırada çoğunluğa sahip olan Halkların Demokratik Partisi (HDP) genel başkanıdır. İlgili yasama döneminde 12.04.2016 tarihinde TBMM Başkanlığı'na bir Anayasa değişikliği teklifi sunulmuş ve bu önerge kabul edilerek 08.06.2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yapılan düzenleme ile Anayasa'ya geçici bir madde

98 Lykourazos v. Yunanistan, par.54-57.

99 Christopher F. Forsyth, C.F., "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", *The Cambridge Law Journal*, 1988, 47(2),s.238.

100 Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, Venice, s.16.

101 *Selahattin Demirtaş v. Türkiye* (no. 2), no. 14305/17, 20.11.2018, par.232.



eklenmiştir. Geçici madde, milletvekillerinin yasama dokunulmazlığını belirli bir dönem için askıya almıştır. Bu Anayasa değişikliği sonucunda Demirtaş, dokunulmazlık hakkını kaybetmiş ve terör örgütüyle ilişkileri nedeniyle hakkında açılan dava neticesinde ilk derece mahkemesi tutuklu yargılanmasına karar vermiştir. Bu yargılama sürerken Demirtaş'ın milletvekilliği statüsü sürmüştür ancak Meclis çalışmalarına katılamamıştır. Demirtaş, tutuklu yargılamanın P1-3'ün bir uzantısı olan milletvekilliği görevini sürdürme hakkına bir müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir¹⁰².

İHAM, bu başvuruyu temelde Sözleşme'nin 5. Madde düzenlemesi olan kişi hürriyeti ve güvenliği perspektifinden ele almıştır. Tutuklu yargılamaya ilişkin yerleşik içtihadını hatırlatan Mahkeme, tutuklu yargılamanın istisnai ve geçici bir önlem olması gerektiğini; bunun dışındaki diğer tedbirlerinin uygulanabilirliğinin göz önünde tutulması gerektiğini belirterek 5. Madde açısından ihlal kararı vermiştir. İHAM 5. Maddenin ihlal edildiğini tespit ettikten sonra bunun bir neticesi olarak P1-3'ün ihlaline ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre Demirtaş, Parlamento'da üçüncü büyük partinin genel başkanıdır ve seçilmiş bir milletvekilidir ve ulusal mahkemeler kişinin statüsünü göz önünde tutmamıştır ve tutuklu olduğu dönemde kendisini seçmenlerine ve parlamenter sorumluluklarına adanmak için gerekli imkânlardan yoksun kalmıştır. Bu durum İHAM'a göre, milletvekilliği görevini sürdürme hakkına haksız bir müdahale teşkil etmekte ve serbest seçim hakkının özünü zedelemektedir. Mahkeme, milletvekillerinin seçmenleri temsil ettiğini, onların çıkarlarını savunduğunu, buna haksız bir müdahalenin, seçmenlerin parlamentoda egemen olduğu gücü olumsuz etkileyeceğini belirtmiştir¹⁰³.

Bu dava yukarıda da belirtildiği gibi milletvekilliği görevi sürerken tutuklu yargılanan bir kişinin durumunun İHAM tarafından incelendiği ilk dava olma özelliğine sahiptir. Bu davada her ne kadar İHAM, P1-3 açısından ihlal kararı vermişse de bu sonuca büyük oranda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlalinin bir neticesi olarak ulaşmıştır. Mahkeme'nin bu kararda bir milletvekilinin tutuklu olarak yargılanmasının otomatik olarak P1-3 ihlali oluşturmayacağını belirtmiş olması¹⁰⁴, serbest seçim hakkının getirdiği korumanın boyutlarının tespiti açısından yeni bir veri oluşturmaktadır.

SONUÇ

İHAM'ın 2 Mart 1987 tarihli Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika kararı, İHAS sisteminde serbest seçim hakkına yaklaşım konusunda önemli bir paradigma değişimidir. Özellikle Komisyon döneminde

102 Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2), par. 69.

103 Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2), par. 238-240.

104 Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2), par.231.



taraf devletlerin siyasal kurumlarını denetlemek konusunda sergilenen geleneksel çekince, bu davadan sonra belirgin bir kırılma yaşamıştır. Yakın tarihlerde Doğu Avrupa demokrasilerinden gelen başvurularla birlikte İHAS sisteminde seçim hakkının alt unsurlarına dair önemli bir içtihat üretilmiştir. Adeta İHAM, içtihat yoluyla Sözleşme sistemine bu türde bir hakkı enjekte etmiştir.

Çoğul bir hukuk ve siyasal kültür havzasında seçimlere ilişkin ortak ilkeler ve standartlar üretmenin zorluğu ortadadır. İHAM, bu zorlukla karşılaştığı durumlarda takdir payı doktrinini devreye sokmuştur. Hatta kimi zaman da siyasal kültür derinliği ve farklılığını dikkate alarak Doğu Avrupa demokrasileri için farklı bir denetim standardı uygulamıştır. Bu tercih, literatürde çoğu zaman da eleştirilmiştir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarındaki tartışmalarda geleneksel egemenlik kaygılarının ağır bastığını, bu nedenle devletlerin siyasal yapı ve kurumlarının denetlenmesine kapı aralayacak nitelikte bir siyasal hakkın, İHAS sistemine dâhil edilemediğini görüyoruz. Ancak gelinen nokta, bu açıdan bakıldığında dahi önemli bir aşama olarak görülebilir. BM, AB, AGİT, Venedik Komisyonu gibi kurumların, seçimlerle ilgili çalışmalarına, İHAM'ın son dönemde daha sık referanslar verdiğini görüyoruz. Kurumlar arası bu döngü, Avrupa'da seçim ilkelerine ilişkin ortak bir mirasın inşasına önemli katkılar sağlamaktadır.

Seçimlerde aday olma hakkının bir uzantısı olarak İHAM'ın içtihat yoluyla ürettiği milletvekilliğini sürdürme hakkı, her ne kadar kişinin siyasal etkinliklerinin devamına imkân sağlayan, bireysel karakterli bir hak görünümünde ortaya çıkmışsa da İHAM'ın bu meseleyi seçmen iradesinin sürekliliğine, halk egemenliğinin üstünlüğüne ve haklı beklenti doktrinine vurgu yaparak ele alması önemlidir. Zira bu şekilde bir yorum tekniği, konuyu temsili demokrasinin kurumsal güvenceleriyle de irtibatlandırmaya imkân sağlamaktadır. Kişinin siyasal faaliyet hakkına kısıtlama getiren nedenlerden; vatandaşlık şartı, ikamet şartı, resmi dili bilme şartı, belirli bir bedel yatırma şartı, yanıltıcı bilgi vermeme yükümlülüğü, kamu görevi olmanın getirdiği kısıtlamalar hususlarında, bir Avrupa konsensüsü bulunmaktadır. Ancak kişinin geçmişteki siyasal tavır ve tercihlerinin ve parti kapatma kararı neticesinde kişilere getirilen kısıtların, sorunlu uygulamalar olduğu açıktır. Bu iki nedenin, demokratik toplumun değerlerinin korunması açısından meşru bir gerekçeye dayanması ve orantısallığının incelenmesi bu noktada önem arz etmektedir. Kişinin siyasal etkinliklerinin bu nedenlerle mahdut hale getirilmesi konusunda en doğru tercih, genel geçer kurallar barındıran yasal düzenlemeler getirmek yerine, yargı organlarının kişinin durumunu inceleyerek karar verdiği tekil/ bireysel değerlendirme yöntemi olmalıdır.



MAHKEME KARARLARI

- Abdalov and Others v. Azerbaijan, no. 28508/11 11 July 2019.
- Etxeberria and Others v. Spain, nos. 35579/03, 35613/03, 35626/03 and 35634/03, 30.06.2009.
- Gahramanli and Others v. Azerbaijan, no. 36503/11, 8 October 2015.
- Georgian Labour Party v. Georgia, no. 9103/04, 8 July 2008.
- Gitonas and Others v. Greece, no. 18747/91; 19376/92 ; 19379/92, 1 July 1997.
- Grosaru v. Romania, no. 78039/01, 2 March 2010.
- Handyside v. The United Kingdom, no. 5493/72, 7 December 1976.
- Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, nos. 25803/04 and 25817/04, 30.06.2009.
- Herritarren Zerrenda v. Spain, no. 43518/04). 30.06.2009.
- Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, 6 October 2005.
- Ilıcak v. Turkey, no:15394/02, 5 April 2007.
- Informationsverein Lentia and Others v. Austria, no. 13914/88 and four others, 24 Nov.,1993.
- Karimov v. Azerbaijan, no. 12535/06, 25, September 2014.
- Kavakçı v. Turkey, no. 71907/01, 5 April 2007.
- Kılıçgedik and Others v. Turkey, no. 4517/04 and ten others, 14 December 2010.
- Krasnov and Skuratov v. Russia, no. 17864/04 and 21396/04, 19 July 2007.
- Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections, no. 15318/89, 23 March 1995.
- Lykourazos v. Greece, no. 33554/03, 15 June 2006.
- M. v. the United Kingdom, no. 10316/83, Commission decision of 7 March 1984.
- Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, no. 9267/81, 2 March 1987.
- Melnychenko v. Ukraine, no. 17707/02, 19 October 2004.
- Paksas v. Lithuania [GC], no. 34932/04, 6 January 2011.



Podkolzina v. Latvia, no. 46726/99, 9 April 2002.

Rasmussen v. Denmark, no. 8777/79, 28 November 1984.

Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia, nos. 55066/00 and 55638/00, 11 January 2007.

Sadak and Others v. Turkey (no. 2), nos. 25144/94 and 8 others, 11 June 2002.

Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2), no. 14305/17, 20 November 2018.

Silay v. Turkey, no:8691/02, 5 April 2007.

Sobacı v. Turkey, no. 26733/02, 29 November 2007.

Söyler v. Turkey, no. 29411/07, 17 September 2013.

Sukhovetsky v. Ukraine, no. 13716/02, 28 March 2006.

Tănase v. Moldova [GC], no. 7/08, 27 April 2010.

W, X, Y and Z v. Belgium, no. 6745-6746/76, 30 May 1975.

X. v. Belgium, 1028/61, Commission decision 18 September 1961.

X. v. The Federal Republic of Germany, no. 2728/66, Commission decision of 6 October 1967.

Yumak and Sadak v. Turkey [GC], no. 10226/03, 8 July 2008.

Ždanoka v. Latvia [GC], no. 58278/00, 16 March 2006.



KAYNAKLAR

AKBULUT O. (2013). **Serbest Seçim Hakkı**. S. İnceoğlu (ed.) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* içinde (543-555. ss). Ankara: Şen Matbaa.

ALİEFENDİOĞLU, Y. (2005). Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı. **TBB Dergisi**, 60, 71-96.

ALTINKÖK, S. (2015). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Açısından Serbest Seçim Hakkı. **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 5, 37-81.

Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu. (2002). **Code of Good Practice in Electoral Matters Guidelines and Explanatory Report**. Adopted by the Venice Commission at its 52nd Session. CDL-AD(2002)023rev2-cor, Venice. Erişim adresi: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-D\(2002\)023rev2-cor-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-D(2002)023rev2-cor-e)

Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu. (2016). *Rule of Law Checklist*. Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session. CDL-AD(2016)007, Venice. Erişim adresi: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)

Avrupa Konseyi. (1986). Preparatory Work on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. *Travaux Préparatoires to the Convention* içinde. Cour 86 (36). Erişim adresi: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf

Avrupa Konseyi. (1961). **Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961**. Springer Science- Business Media B.V. 1962.

Avrupa Konseyi. (1975). **Yearbook of the European Convention on Human Rights 1975**. Martinus Nijhoff. The Hague/La Haye.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi. (1996). **International Covenant on Civil and Political Rights General Comment No. 25 (57)**. GE.96-18094 (E). Erişim adresi: <https://digitallibrary.un.org/record/221930?ln=en>

DONNELLY, J. (1999). Human Rights, Democracy, and Development. **Human Rights Quarterly**, 21(3), 608-632.

EVANS, T. (2001). If Democracy, Then Human Rights? **Third World Quarterly**, 22(4), 623-642. 2001 DOI: 10.1080/01436590120071812.

FASONE, C. ve PICCIRILLI G. (2017). Towards a Ius Commune on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in “Harmonizing” Electoral Rights. **Election Law Journal**, 16(2), 247-254.



FORSYTH, C.F. (1988). The Provenance and Protection of Legitimate Expectations. **The Cambridge Law Journal**, 47(2), 238-260.

FOX, G.H. (1992). The Right to Political Participation in International Law, **Yale Journal of International Law**, 17(2), 540-607.

GOLUBOK, S. (2009). Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 27(3), 361-390.

GÖZLER, K. (2011). **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. Bursa: Ekin Basım Yayın.

HARRIS, D.J., O'Boyle, M., Bates, E.P. ve Buckley, C.M. (2013). **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**. (Çev. M. Bingöllü Kılıcı, U. Karan), Ankara: Şen Matbaa.

HUTCHINSON, M.R. (1999). The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights. **International and Comparative Law Quarterly**, 48, 638-650 Doi:10.1017/S0020589300063478.

KUMRIĆ, N.M. ve Mijić, V. (2013). Some Aspects of the Right to Free Elections in the Caselaw of the European Court of Human Rights. **Contemporary Legal And Economic Issues**, (IV), 145-180.

MAHONEY, P.(1997). Universality Versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech Explaining Some Recent Judgement. **European Human Rights Law Review**, 4, 364-379.

METİN, Y. (2007). AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı. *Liberal Düşünce*, 47-48, 109-141.

ÖZBUDUN, E. (1995). **Türk Anayasa Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZÇELİK K. F. (2019). **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda ve Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı ve Türkiye**. Ankara: Adalet Yayınevi.

RAINEY, B. , WICKS, E. ve OVEY, C. (2017). **Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.

ROBERTS, A.D. ve CARROLL, D.J. (2017). International Election Observer Recommendations and UN Human Rights Mechanisms: Toward a More Robust System of Global Accountability on Democracy and Human Rights. **Nordic Journal of Human Rights**, 35(4), 311-326. DOI: 10.1080/18918131.2017.1401395



SUKSI, M. (2016) The Use of Election Observation Reports in Regional Human Rights Jurisprudence. **Nordic Journal of Human Rights**, 34(4), 229-246. DOI: 10.1080/18918131.2016.1245857

ŞİRİN, T. (2011). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı. **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 17(1-2), 283-348.

TBMM. (2016). **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**. Kanun No. 6718, Kabul Tarihi: 20.05.2016, Resmî Gazete Sayı: 29736.

TBMM. (S. Sayısı: 861). 23.07.1995 Tarih ve 4121 nolu Kanunla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Madde Gerekçeleri. Erişim adresi. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-3/3-sirasayisi.pdf>

TBMM. (S. Sayısı:497). 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla Kabul Edilen Anayasa Değişikliği Madde Gerekçeleri. Erişim adresi [https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-16/ss497\(Kanun5982\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1982/1982-16/ss497(Kanun5982).pdf).

TÜMAY, M. (2008). The “Margin of Appreciation Doctrine” Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights. **Ankara Law Review**, 5(2), 201-234.

WAGNER, K. A. (2010) Identifying and Enforcing Back-End Electoral Rights in International Human Rights Law. **Michigan Journal of International Law**, 32(1), 166-214.



DEVLET İŞLEMLERİNDE KANUN YOLLARI, MERCİLER VE BAŞVURU SÜRELERİNİ GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (ANAYASA'NIN 40/2. MADDESİ)

*The Obligation to Indicate Legal Remedies, Authorities and the Time Limits of
Applications In State Proceedings (Article 40/2 of the Constitution)*

Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI¹

ÖZ

Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrasında 2001 yılında yapılan değişiklikle Devlete işlemlerinde başvuru süresi ile başvuru yolunu gösterme yükümlülüğü getirilmiştir. Maddenin yansıması Devletin tüm işlemlerinde gerçekleşmiştir. Yasama, yürütme ve yargı işlemlerinde bu düzenleme uygulanmaktadır. Yasamanın ve yargının idare fonksiyonuna ilişkin işlemleri ile yürütmenin işlemlerinde maddenin uygulanmasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yasama organının, yasama fonksiyonundan doğan işlemlerinde örneğin kanun gibi işlemlerde hükmün uygulanması konusunda tartışma bulunmaktadır. Yargı erkinin bir parçası olan mahkemelerin kararlarında, düzenlemeyi uyguladığı gözlemlenmektedir. Mahkeme kararlarında, kişilerin başvuru yapabilecekleri kanun yolları ile başvuru süresinin gösterildiği görülmektedir. Sayılan işlemlerde henüz doğrudan şekil şartı olarak kabul edilmediğini görmekteyiz. Ancak Danıştay bazı kararlarında, 40. maddenin ikinci fıkrasında yer alan hususlara idari işlemde yer verilmemesinin kişilere sınırsız dava hakkı tanıdığını kabul etmektedir. Buna karşın Danıştay, idari işlemde bulunması gereken şekil unsuru olarak görmemektedir. Bu yorumun yapılmasında, müstakil bir İdari Usul Yasasının çıkmamış olması etkilidir. Çalışmamızda 40. maddenin ikinci fıkrasının düzenleme süreciyle birlikte Devlet işlemlerinde ilgililerin başvuru yapacakları merci ile sürenin gösterilmesi konusunun yargılama usulüne ve idari işlemin şekil unsuru olarak değerlendirilmesine çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Başvuru süresi, Merci, Makam, Şekil unsuru, Süre.

ABSTRACT

With the amendment made in the second paragraph of Article 40 of the Constitution in 2001, the State was obliged to show the application period and the legal remedies path in its proceedings. The reflection of the article took place in all proceedings of the State. This regulation is applied

¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, hakimoguzhanbolukbasi@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3683-2776.



in legislative, executive and judicial proceedings. There is no hesitation in the implementation of the article in the procedures regarding the administrative function of the legislative and the judiciary bodies and in the acts of executive organ. There is a debate about the application of the article in the legislative body's acts arising from the legislative function, for example laws. It is observed that the courts, which are part of the judiciary, implement the regulation in their decision. It is seen in the court decisions that the duration of the application in shown by the legal means through which the persons can apply. We see that the administrative acts are not yet accepted as a formal condition. However, in some of its decisions, the Council of State admits that the fact that the elements in the second paragraph of Article 40 are not included in the administrative acts, gives individuals unlimited term of litigation. On the other hand, the Council of State does not see it as an element of form that it should take in administrative action. The fact that a separate Administrative Procedure Law has not been issued is effective in making this comment. In our study, together with the regulation process of the second paragraph of Article 40, it will be tried to evaluate the issue that indication of the limits and authorities in state proceedings in the context of judicial procedure and the formal condition of administrative acts.

Keywords: Application period, Authorities, Public office, Formal condition, the limit.

GİRİŞ

Kişilerin tesis edilen bir işleme veya kendileri hakkında verilmiş bir yargı kararına karşı başvuru yapabilecekleri idari makam ya da yargı mercini bilmeleri, haklarını elde etmelerini kolaylaştıracaktır. Bunun için Avrupa Birliğine uyum sürecinde, Anayasanın 40'inci maddesine ikinci fıkra olarak yeni bir hüküm ilave edilmiştir. Düzenlemenin üzerinden uzun zaman geçmesine karşın kanuni alt yapısı oluşturulmasa da Anayasada yer alan hüküm varlığını muhafaza etmektedir.

Kişilerin başvuru yollarının karmaşıklığı içinde hukuk bilgilerinin yeterli olmayabileceği varsayımıyla, başvuru yapabilecekleri süreleri ve mercileri bilmelerinin sağlanması hukuk devletinin bir gereğidir. Hukuka bağlı idarenin kanuniliği ilkesi, Anayasanın 123'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İdarenin Anayasa hükmünü uygulamaması gibi bir durum kanunla bağlı idarenin yapmaması gereken bir davranıştır. Elbette idarenin tüm eylem ve işlemleri hukuka uygun olamayacaktır. Aksi bir durum, idari yargının varlığının gerekliliğini sorgulamamıza neden olabilir. Ancak ortada hukuka uygun olmayan eylem ya da işlem varsa



bunlara karşı yapılacak başvuru yolları ile süreleri işlemde gösterilmek suretiyle yargının önüne gelmesi sağlanmalıdır.

Çalışmamızın konusunu Anayasa madde 40/2'nin idari işlemde şekil şartı mı yoksa işlemin yargı denetimi sırasında gözetilen usule ilişkin bir hüküm mü olduğunun değerlendirmesi oluşturmaktadır. Birinci bölümde, madde 40/2'nin düzenleme süreci ile mevcut hukuki durum, ikinci bölümde, kanun yolları ve merciler ile başvuru sürelerinin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Son olarak, yasama, yürütme ve yargı işlemlerinde Anayasanın 40/2. maddesinin uygulaması incelenecektir.

I. ANAYASA'NIN 40/2. MADDESİNİN DÜZENLENME SÜRECİ VE HUKUKİ DURUMU

Anayasa'nın 40'ıncı maddesi "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması*" başlığıyla 1982 Anayasasının ilk halinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*" düzenlemesine yer verilerek temel hak ve hürriyetlerin kişiler açısından korumaya alınması amaçlanmıştır. Diğer taraftan, maddenin ikinci fıkrasında da "*Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler maddenin ilk halinde bu şekilde yer almaktaydı.² Sonradan 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla madde yeniden düzenlenmiş ve maddeye "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" düzenlemesi ikinci fıkra olarak eklenmiştir. Eklenen ikinci fıkranın gerekçesi şu şekildedir: "*Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.*"³. 40'ıncı maddenin ilk halinde temel hak ve hürriyetlerin korunması konusunda zararların tazmin edilmesiyle ilgili somut bir düzenleme yer almaktayken ikinci fıkra eklenmek suretiyle temel hak ve hürriyetlerin korunması daha sağlam bir zemine oturtulmuştur.

2 40. Maddenin ilk halinin gerekçesinde, "*Bu madde ile temel hak ve hürriyetlerin korunmasında diğer bir güvence öngörülmüştür. Temel hak ve hürriyetleri ihlal olunan kişi, yetkili makama başvurma hakkına sahiptir; bu ihlalin resmi görevliler tarafından görevlerinin ifası sırasında yapılmış olması görevli için bir mazeret sebebi teşkil etmez. İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır.*" ifadeleri yer almaktadır.

3 Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Ankara, 2019, s.231.



2001 yılında 40'ncı maddede yapılan değişiklikte yer alan, idarenin ve yargı organlarının başvuru süresi ile başvuru yolunu gösterme yükümlülüğü iç hukukumuzun Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu hale getirilmesi amacıyla yapılmış bir düzenlemedir.⁴ (1977) 31 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararında, başvuru yollarının ve süresinin gösterilmesi konusunda üye devletlere tavsiyede bulunulmuştur.⁵ Avrupa Birliği'nin birçok birimi de, mevzuatında personeline yönelik çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. Bu konuda genel bir kanun olarak kabul edilebilecek 6 Eylül 2001 tarihli Avrupa İyi Yönetim Kanununun 19 uncu maddesinde başvuru yolları ile süre gösterme yükümlülüğü düzenlenmiştir.⁶ Tavsiye kararları, Bakanlar Komitesinin Avrupa Konseyi Statüsünün 15/b maddesinde yer alan düzenlemeye dayanan, ulusal kanun koyuculara ve idarelere kriterler getiren ve üye devletlerin yönetimleri için öngörülen kararlardır. Bu kararlar bağlayıcı olmamakla birlikte, uzlaşma sonucu alınması ve hükümetlerin tavsiyeler doğrultusunda karar alıp almadıklarını bildirmeye davet edilmeleri nedeniyle, üye devletleri dikkate almaya zorlamaktadır.⁷

Anayasa'nın 40/2. maddesi, temel hakların korunması ile ilgili olması nedeniyle, bir idari işleme kişilerin haklarını – hukukunu etkileyen bir durum söz konusu olduğunda, idari işleme karşı başvuru yapılabilecek tüm yargısal ve idari başvuru yollarının belirtilmesi gerekmektedir. Bu durum Anayasanın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ile doğrudan ilgilidir.⁸ Kişilerin yargı veya idare mercileri önüne giderek hukukunu etkileyen işlemlere karşı savunma yapma hakkını 40/2. madde güçlendirmektedir. Devlet, kişiler yönünden bu hakların kullanılabilmesi için pozitif yükümlülük altındadır ve bunu sağlayabilmek için önlem alma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁹

Anayasa'nın 40/2. maddesinin yansımaları kanuni düzeyde görememekteyiz. Kanunla düzenlenmemiş olması idarenin başvuru yapılacak makam ile başvuru süresini gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldıracak mıdır? Yahut 2001 yılından bu güne kadar Anayasa hükmünün var olması ve uygulanabilmesi için kanuni düzenleme yapılması şart

4 AKBULUT Emre, "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 81, 2009, s. 5.

5 AKYILMAZ Bahtiyar, "İkibinli Yıllarda Türkiye'de İdari Usul: Yoksa Var mı?", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu*, 2016, s.214.

6 AKYILMAZ Bahtiyar, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, VII, 2003, s.158.

7 KARAHAÑOĞULLARI Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011, s.394.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Anayasanın 36. maddesi.

9 AKBULUT, s. 3.



mıdır? soruları gündeme gelmektedir. Elbette normlar hiyerarşisinde Anayasa kanunların üzerinde bulunmaktadır. Kanunda düzenleme bulunmaması durumunda, Anayasa hükmünün olaya uygulanması ve buna göre hüküm verilmesine Anayasanın doğrudan uygulanması ilkesi denilmektedir.¹⁰ Kanun hükmünün Anayasa ile çelişmesi veya Anayasaya aykırı durumun varlığı halinde, kanun hükmünün yargı mercilerince uygulanmaması gibi bir durum olabilir ancak bunun dışında düzenlemenin iptal müessesisiyle ya da yasama organı işlemi ile ortadan kaldırılması gerekmektedir.¹¹ Anayasanın üstünlüğü ilkesi, Anayasanın içeriğinde de yer almaktadır. Anayasanın 11 inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Görüleceği üzere Anayasa hükmünden, en üst norm olan Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Danıştay bir kararında, *“Anayasal düzenlemeler, kural olarak doğrudan uygulanacak hükümlerden olmayıp, kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılarak yaşama geçirilirler. Ancak, öğretide ve Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında, yürürlüğe konulması gereken yasal düzenlemede yer verilmesi gereken konuların Anayasa metninde açıkça kurala bağlandığı durumlarda, bir özel kanun ya da yürürlükteki kanunlarda uygun değişiklik yapılması gerekmeksizin Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir.”*¹² değerlendirmesinde bulunmuştur. Kararda Danıştay, kural olarak kanun ile düzenleme yapılması gerekliliği olduğunu ancak, istisnaen Anayasa hükmünde açıkça düzenlenen bir konuda kanuni düzenlemeye ihtiyaç olmadan söz konusu hükmün uygulanabileceğini belirtmiştir. Biz de kanuni düzenleme olmasa da Anayasa'da açıkça düzenlenmiş bir konunun kanuni düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın doğrudan uygulanabilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

II. ANAYASA MADDE 40/2'YE GÖRE İŞLEMLERDE GÖSTERİLMESİ GEREKEN KANUN YOLLARI VE MERCIİLER İLE BAŞVURU SÜRELERİ

Anayasanın 40/2. maddesinde Devletin işlemlerinde, kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine başvuracağını ve başvuru sürelerini göstermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Düzenleme kapsamında yer alan *“işlem”* sözcüğünden ne anlamamız gerektiği, söz konusu kuralın uygulanmasını göstermek bağlamında önemli bir yere sahiptir. *“İşlem”* kelimesinin idare yönünden değerlendirilmesinde idari işlemin tanımına bakılmalıdır.

10 TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011, s.123.

11 ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.449.

12 D. 13. D., 11.06.2019 tarih ve E. 2018/3874, K. 2019/1998 sayılı kararı.



İdari işlem, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA idari işlemi, “*idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince ya da yasama veya yargı organınca yasama ve yargı fonksiyonu dışındaki, idare fonksiyonuna ilişkin olarak, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli tek yanlı irade açıklamasıdır*”¹³ şeklinde, GÖZLER ise, “*hukuki sonuç doğurmaya yönelik, kamu gücü ayrıcalığına dayanan irade açıklamasıdır.*”¹⁴ şeklinde, son olarak GÜNDAY idari işlemi, “*idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemleridir.*” şeklinde tanımlamıştır.¹⁵ 40/2. madde devletin sorumluluğunu işlemlere hasretmiştir. Elbette idarenin yükümlülüğü idari işlemler boyutunda olacaktır. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere kişilerin hukukunu etkileyen icrai özellik arz eden işlemlerin, 40/2 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, idari işlem niteliği bulunmayan iç düzen işlemleri, tavsiye işlemleri, danışma işlemleri, bilgi verici nitelikteki işlemler icrai niteliği bulunmadığından idari davaya konu edilemeyecek işlemlerdir.¹⁶ Bu türden işlemlerin kişiler üzerinde bir etkisi yoktur, bu nedenle kanaatimizce bu işlemlerde başvuru yapılacak merci ile başvuru süresinin gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Maddede yer alan ve devletin işlemlerinde göstermekle yükümlü olduğu diğer önemli husus kanun yolları ile mercileridir. Kişiler haklarında tesis edilen bir işleme karşı, eğer başvuru yapılması zarureti bulunan zorunlu bir idari başvuru yolu öngörülmemişse doğrudan dava açabilirler. Ancak dava açma yoluna gitmeden öncelikle ihtiyari bir yol olan idareye başvurmayı da deneyebilirler.¹⁷ Örneğin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 54'üncü maddesinde ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri öngörülmüştür. Ayrıca, şikayet ve itirazın şikayet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu öngörülmüştür. Danıştay bu konuda verdiği bir kararında; “*İdari işlemlere karşı başvuru yollarının ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağıının*

13 AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.312.

14 GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s.660.

15 GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s.109.

16 ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.133.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. 2577 sayılı Kanununun 11. maddesi.



idarelerce işlemde belirtilmesi hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir. Anılan Anayasa hükmü ile de bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve olanak sağlanması amaçlanmış; idareye işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

İdare Mahkemesince, davacının yapmış olduğu itirazın şikayet başvurusunun süresinde olup olmadığının ve Kamu İhale Kurulu kararının bu yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlemin davacı şirkete bildirilmesinde hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilip belirtilmediğinin incelenmesi, bildirim işleminde başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmemiş olması halinde Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenleme gözetilerek karar verileceği açıktır." gerekçesine yer vermiştir.¹⁸ Yüksek Mahkeme, zorunlu idari başvuru yolu bulunan Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı 40/2'nin uygulanması ve kararlarda başvuru süresi ile merciin gösterilmesi şartını aramaktadır.

Zorunlu idari başvuruya verilecek örnekleri çoğaltabiliriz.¹⁹ Bunun gibi yargı yoluna başvurmadan zorunlu olarak başvuru yapılması gereken durumlarda, işlemde başvuru yapılacak merciin gösterilmesi gerekmektedir. İdareye başvurunun ihtiyari olduğu durumlarda da kişilerin hak arama özgürlüğünün zedelenmemesi ve hak kaybına uğramaması bakımından başvurabileceği merciin gösterilmesinde fayda bulunduğu mülahaza edilmektedir.

40/2 düzenlemesi yalnızca başvuru yapılacak mercileri değil aynı zamanda başvuru yapılabilecek kanun yollarının da gösterilmesini zorunlu tutmuştur. Kanun yolunu sadece yargı mercilerinde yargılama usulü kuralı olarak algılanmaması gerekmektedir. Kanun yolu, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların yeniden incelenerek değerlendirilmesini sağlamak üzere davanın taraflarına tanınan hukuki bir haktır.²⁰ Bu yargısal kanun yoludur. Ayrıca idari kanun yolu bulunmaktadır. İdari kanun yolları, hukuk düzeninin kişilere haklarında tesis edilen işleme karşı işlemin iptali veya değiştirilmesi istemiyle üst idare makamlarına başvuru yapmak için sağlanan bir idari denetim

18 D. 13. D., 29.05.2013 tarih ve E. 2013/13, K. 2013/1604 sayılı kararı.

19 SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:57, 4, Ankara, 2008, s.355. 4458 sayılı Gümrük Kanunu 242 ve 243 üncü maddeler, 4081 sayılı Çiftçi Malları Koruma Kanunu 8/3, 10 uncu maddeler, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu 213 üncü maddesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 7,8,20,64,70,74,142,153,157 nci maddeler.

20 KALABALIK Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s.360, GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yöneltilmiş Yargı, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.493.



yoludur.²¹ Ancak idari işlemler tesis edildikten sonra bunlar için başvuru yapılabilecek yargı yolu da kanun yolu olarak anlaşılmalıdır. Hakların korunmasına yönelik bir düzenleme, doğru olarak verilmediği iddia edilen yargı kararına özgülenemeyeceği gibi, yükümlülüğün devlet ve onun işlemleri yönünden kurgulanması da bu sonucu gerektirmektedir.²²

Hukuki olarak başvuru, bir kişinin, herhangi bir istekte bulunmak için devlet makamlarına başvurmasına denir.²³ Başvuru hakkı ile ilgili, Anayasanın 36'ncı maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü, 40'inci maddesinde; "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." düzenlemesi, 74'üncü maddesinde, "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir." şeklinde düzenlemeler yer almaktadır. Bu başvurular, yargısal ve idari başvuruları içinde barındıran kamusal başvurular olarak değerlendirilebilir.²⁴ İlgililerin idari veya yargısal başvuru haklarını zamanında ve doğru makama karşı kullanması sonucunda hak kayıpları önlenir. Böylece hak arama özgürlüğü azami ölçüde sağlanarak hakkın teslimi doğru şekilde gerçekleşmiş olur.

40/2'de Devletin işlemlerinde göstermekle yükümlü olduğu diğer önemli unsur başvuru süreleridir. Bu sürelerin geçirilmesi hakkın kaybıyla neticelenmektedir.²⁵ İdarenin işlemlerinde istikrarın sağlanması, idarenin sürekli bir biçimde dava tehdidi altında kalmasının önlenmesi amacıyla idari başvuru yolları veya dava açma yahut yargı usulüne dair süreler öngörülmektedir.²⁶ Yargıya ilişkin olan süreler ile zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hak düşürücü sürelerdir ve kamu düzenindedir.²⁷ Bu sebeple işlemlerde gösterilmesi hayati önemi haizdir. Özellikle 2577

21 ÖZKAN Gürsel, "İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken İdari Usul İlkeleri", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s.65.

22 ATAY ŞANLI Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 96, 2011, s. 305.

23 DURAN Lütfü, "İdari Müraعاتlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 12, 1, 1946, s.132.

24 SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, s.340.

25 KAPLAN Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.117.

26 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s.285.

27 CANDAN Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.334, MURATOĞLU Tahir, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesi Kapsamındaki Başvurularda Başvuru Gününün Dava Açma Süresinin Hesabında Dikkate Alınmayacağı Sorunu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:21, 34, 2016, s.4.



sayılı Kanunun 7'nci maddesinde düzenlenen genel dava açma süresi dışında farklı bir süre söz konusu ise bunun gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde bu durum hak kayıplarına neden olabilecektir.

Danıştay bir kararında, *“Devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasanın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari veya yargı mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesi zorunludur.*

Bu durum, Anayasanın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmuş ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40'ıncı maddesine açıkça aykırılık yaratmıştır.” gerekçesine yer vererek 60 günlük genel dava açma süresinden farklı 7 günlük dava açma süresinde dava açılmadığı gerekçesiyle davayı süreaşımı nedeniyle reddeden yerel mahkeme kararını hukuka uygun bulmuştur.²⁸ Sadece özel dava açma sürelerinde dava açma süresinin gösterilmesi zorunluluğu aranması hak arama hürriyeti ile bağdaşmamaktadır. 40/2. madde, herhangi bir ayırım yapmadan tüm işlemlerde başvuru süresinin gösterilmesini zorunlu tutmuştur. Bu nedenle kanaatimizce, Danıştay'ca özel dava açma süresi bulunan durumlarda, davanın süresinde açılıp açılmadığı değerlendirmesinden ziyade, 40/2. maddede öngörülmesi nedeniyle işlemde başvuru sürelerinin gösterilmesi zorunluluğu aranmalı ve şekil unsuru kapsamında değerlendirme yapılmalıdır.

İdari usul doktrinde, *“kamu idaresi, kamu kurumları ve kamu kuruluşları ile bunlar adına kamu hizmeti yapan özel hukuk kişilerinin, idari faaliyetin yapılmasında hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü işlemlerin tabi olacağı süreç”* olarak tanımlanmıştır.²⁹ Ülkemizde idari usule ilişkin bir kanun bulunmamaktadır. Bu durum idarenin eylem ve işlemlerinde farklı uygulamaların gerçekleşmesine neden olmaktadır. Hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin uyacağı usul kurallarının bulunmasının hak

28 DVDDK, 19.2.2014 tarih ve E. 2013/222, K. 2014/89 sayılı kararı.

29 ODYAKMAZ Zehra, *“Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, 2, 1998, s.3.



arama özgürlüğünü güçlendirecek bir etkiye sahip olacağına kuşku bulunmamaktadır. Ağırlıklı olarak bireyler için güvence getirirse de idare içinde bir güvencedir.³⁰ Bireylerin güvenliğine yönelik olarak yukarıda bahsedilen (77) 31 sayılı “*Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması*” başlıklı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararında “*işlemlere karşı başvuru yollarının gösterilmesi*” idari usul ilkelerinden birisi olarak sayılmıştır.³¹ Bu husus, inceleme konumuzu oluşturan Anayasanın 40/2. maddesinde değişiklik yapılarak iç hukukumuzda dâhil edilmiştir. Ancak idari usule ilişkin kanun çalışması tamamlanamadığından kanunlarımıza girmemiştir. Kanımızca, idari usulün müstakil bir kanunu çıkmasa dahi Anayasanın 40/2 maddesi açık hükümler ihtiva ettiğinden uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Hatta Danıştay, Anayasanın emredici normu haline gelmiş olan 40/2. maddenin idari işlemlerde bulunması zorunlu şekil şartı olduğu kuralını içtihat edebilir.

III. ANAYASA 40/2'NİN DEVLET İŞLEMLERİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa 40/2. madde, Devleti işlemlerinde başvuru yapılacak makam ile başvuru süresini göstermekle yükümlü tutmuştur. Burada öncelikle yukarıda belirtildiği üzere ilk olarak idari işlemler akla gelebilir. Ancak Anayasa koyucu, “*Devlet*” ibaresiyle idare dışında tüm erkleri yasama ve yargıyı da bu yükümlülük altına sokmuştur. İşlem tabiri ile sadece idari işlemleri mi anlayacağız yoksa yasamanın kanun koyma işlemleri veya yargı kararlarını da mı anlayacağız? Tüm bu hususları yasama – yürütme – yargı işlemleri bölümünde inceleyeceğiz.

A. Yasama İşlemleri

Organik anlamda yasama organınca çıkarılan işlemler yasama işlemidir. İdari işlemlere benzese de yasama organı tarafından çıkarıldığı için bu isim verilmektedir.³² Bu işlemlere en iyi örnek kanundur. Yasama organının kanun, karar gibi işlemleri yasama fonksiyonuna ilişkin işlemlerdir.³³ Bunun dışında yasamanın işlemleri maddi anlamda değerlendirildiğinde, yasamanın idari işlemleri de bulunmaktadır.³⁴ 40/2. madde, “*Devlet*” in tüm işlemlerini kapsadığından kanaatimizce yasama organının, gerek yasama faaliyetinden gerekse idari faaliyetleri dolayısıyla tesis ettiği işlemlerde düzenlemeyi uygulaması gerekmektedir. Anayasa değişikliği sonrasında

30 DURAN Lütfi, “*İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular*”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998 s.32.

31 ÖZKAN, s.58.

32 GÖZLER, s.620.

33 ERKUT, s.73.

34 ATAY Ender E., *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.27.



yasalaşarak yürürlüğe giren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununda mahkemeler, başvuru yolları, mercileri ve süreleri kararda göstermekle yükümlü tutulmuştur.³⁵ Yani yasama organı 40/2'nin yürürlüğe girmesinden sonra çıkan yargılama usulüne ilişkin iki kanunda Anayasanın emredici hükmünü uygulamıştır.

Ancak, yasama organının 40/2'nin yürürlüğe girmesinden sonra çıkardığı bir kanunu inceleyen Anayasa Mahkemesi kararında; *“Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir.”* gerekçesiyle söz konusu maddeyi Anayasaya aykırı görmemiştir.³⁶ Anayasa Mahkemesi, kanunda yapılan bir düzenleme ile uygulanacak bir yaptırım için kanun yolu ve başvuru süresini gösterme zorunluluğu aramamıştır. Elbette bunlarla ilgili bir başvuru veya dava açma süresi söz konusudur. Ancak yukarıda yer alan kararında da belirtildiği üzere bu yaptırımları uygulayacak idare işlem tesis ederken, 40/2. maddede yer alan başvuru süresi ile merciyi gösterecektir. Her kanuna bu konuda bir hüküm yazılması, çok sayıda işleme ilişkin hüküm içeren kanunlarda her işlem için ayrı olarak yasama organına düzenleme yapma sorumluluğu yüklemek olacaktır. Bugün kanun koyucunun tüm kanunların sonuna bir yürürlük bir de yürütme maddesi koyduğunu görmekteyiz. İki madde her kanun için zorunlu görülmektedir. Çünkü kanunun ne zaman yürürlüğe gireceği ve kim tarafından yürütüleceğinin düzenlenmesi gerekmektedir. 40/2. maddenin Anayasal zorunluluk olduğu da gözetildiğinde her işleme karşı 40/2'yi uygulamak kanun tekniği bakımından zor olabilir. Ancak zorunlu olarak eklenen iki maddeye ek olarak üçüncü bir madde ilave edilerek işlemlerde genel olarak idarelere başvuru süresi ile başvuru yapılacak merciyi gösterme yükümlülüğü getirilebilir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, maddede yer alan *“Gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten, ithal ve ihraç eden ve satan işyeri yetkilileri, kontrol ve denetim sonuçları hakkında, ilgili mercilere itiraz edebilir.”* hükmü ile ikinci fıkrada yer alan *“İtiraz hakkında*

35 ATAY ŞANLI, s.302.

36 AYM, 8.12.2004 tarih ve E. 2004/84, K. 2004/124 sayılı kararı, R.G.S. 26011, 02.12.2005.



ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.” düzenlemesini incelemiştir. Yüksek Mahkeme, “ilgili mercilere itiraz edilebileceğine dair bir kural bulunmasa bile Anayasa ve yasalar gereğince ilgililerin kontrol ve denetim sonuçları hakkında yargı yoluna başvurma olanakları vardır. Bu durum karşısında, işyeri yetkililerine tanınan ilgili mercilere itiraz hakkının, yasayla düzenlenmesi ve hatta itiraz hakkı için özel bir düzenleme yapılması da gerekmez. Bu hakka ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle belirlenmesi, asli düzenleme yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlâl etmediğinden Anayasa'nın 2. ve 40. maddelerine aykırı değildir.” gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.³⁷ Ancak, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kanunilik ilkesinin geçerli olması nedeniyle, itiraza ilişkin hükümlerin düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması kanaatimizce uygun olmamıştır. Burada dikkat çeken diğer bir hususta “itiraz hakkı için özel bir düzenleme yapılması da gerekmez.” ifadesidir. Kanaatimizce bu ifadeyle kanun hükümlerinde başvuru yolu öngörülmesi zorunluluğunun aranmayacağı belirtilmektedir. Bu konuda yukarıda yer verilen kısımda belirtildiği üzere, başvuru yapılacak merci ile başvuru süresine ilişkin kanunlarda yer alması zorunlu bir maddeyle bu sorun çözülebilir.

B. Yürütme İşlemleri

Anayasanın 125 inci maddesine göre, idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdari karar ve muamelelere karşı çok sayıda idari ve kazaî başvuru yolları bulunmaktadır.³⁸ Dolayısıyla idarenin, kişilerin hukukunu etkileyen icrai nitelikteki işlemlerinde 40/2. madde hükmünün tartışılması lazım gelir. Elbette idare sadece kişilerin aleyhine olacak şekilde işlemler tesis etmez. Düzenleme tüm idari işlemleri kapsamakta, ancak ilgisine yükümlülük getirmeyen, hak bahşeden olumlu işlemlerde başvuru yapılacak makamın ve başvuru süresinin gösterilmesine gerek bulunmamaktadır.³⁹ Danıştay, 40/2'yi dava açma süresi bağlamında değerlendirmektedir. İdari Usul'de ise başvuru süresi ile başvuru yapılacak merci, işlemin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, başvuru süresi ile başvuru yapılacak kanun yolları ile merciin işlemin şekil unsuru olup olmadığı hususu tartışılmalıdır.

1. İdari İşlemin Şekil unsuru Olarak Başvuru Yolu ile Süresi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinde, idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için dava açılabileceği

37 AYM, 8.12.2004 tarih ve E. 2004/69, K. 2009/6 sayılı karar, R.G.S. 27255, 08.01.2009.

38 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C:1, 3. Baskı, Akgün Matbaa, İstanbul, 1966, s.104.

39 GÖZLER, s.828.



düzenlenmiştir. Maddeden, idari işlemin beş unsurunun yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olduğu anlaşılmaktadır. Bu unsurlardan birisi olan şekil unsurunda sakatlık olması halinde idari işlem iptal edilecektir. Ancak Danıştay kararlarında kabul edilmiş ve doktrinde de benimsenen görüşe göre, şekil unsuru incelenirken ikili bir ayırım yapılmaktadır.⁴⁰ Şekil yönünden eksiklik içeren bir idari işlemdeki aykırılık asli nitelikteyse, işlem idari yargı merciince iptal edilecek, tali bir şekil noksanlığı söz konusuysa eksiklik sonradan tamamlanarak işlem hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.⁴¹

Ülkemizde müstakil bir idari usul kanunu bulunmadığından, idari işlemlerde yer alması gereken şekil kuralları konusunda tam bir belirlilik bulunmamaktadır. Ancak başvuru yapılacak makam ile başvuru süresi doktrinde idari işlemin şekline ilişkin bir unsur olarak kabul edilmektedir.⁴² Buna bağlı olarak idari işlemlerde başvuru yolu ile süresine yer verilmemesi işlemi şekil unsuru bakımından sakatlayacağı ileri sürülmektedir. Ancak İdari Usul Kanunu bulunmadığından Danıştay idari eylem ve işlemlerin denetimini yaparken başvuru süresi ile mercinin gösterilmemesini salt şekle aykırılık olarak görmemektedir. Şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık halinde idari yargı merci uyuşmazlığın esasına girerek karar vermektedir. Danıştay ise 40/2. maddede yer alan hususları, yargılama usulü bağlamında değerlendirmekte ve dava açma süresi açısından incelenmektedir. Danıştay 13'üncü Dairesi kararlarında, 40/2 konusunda herhangi bir ayırım yapılmamakta, uyuşmazlık hakkında genel veya özel dava açma süresinden hangisi söz konusu olursa olsun idarece, başvuru yapılacak merci ile süresinin gösterilmesi gerektiği aksi halde tarafların sınırsız dava açma hakkına sahip olacağı kabul edilmektedir. Bu kararlardan birisinde; "40. maddeye eklenen fıkrayla idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerinin belirtmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dava açma süresini başlatacak olan Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlamaz.

40 GÜNDAY, s.135.

41 BİLGİN Hüseyin, **İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.79.

42 KARAHANOĞULLARI, s.398, ATAY, s.500, aksi yönde görüş için bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011, Seçkin Yayınevi, s.331. Hatta başvuru süresi ile mercinin gösterilmediği işlemlerin yok hükmünde olduğunu savunanlarda bulunmaktadır. Bilgi için bkz. ATİK ÇOBAN Ayşegül, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi ve İdari Yargıda Dava Açma Süresi Çerçevesinde Danıştay 13. Dairesinin 26.11.2014 Günlü ve E.2014/3745, K.2014/3772 Numaralı Kararının İncelenmesi". **5. İdare Hukuku Buluşması "Danıştay Kararları İncelemeleri"**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.128.



Bu itibarla, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, başvuru süresi bildirilmeyen işlemlerin ilgisine tebliği dava açma süresini başlatmayacağından, bu tür davalarda dava açma süresinin geçmesinden sonra açılan davaların süre yönünden reddedilmemesi gerekmektedir.”⁴³ Danıştay bu kararında açıkça Anayasanın 40/2. maddesinde yer alan hususları şekil unsuru bakımından değerlendirdiğini belirtmemekle birlikte, davanın süresinde açılıp açılmadığına ilişkin bir belirlemede yapmamıştır. Kanaatimizce, bu kararda sadece işlemde idari başvuru yolu ile süresine yer verilip verilmediğini denetlemiştir. Açıkça başvuru süresi ile merciye yer verilmemesinin şekil unsuru olduğu söylenmemiş ancak kararın sonucu bizi 40/2. maddede yer alan unsurların şekil unsuru çerçevesinde değerlendirildiğini söylemektedir. Hak arama özgürlüğü bağlamında takdire şayan bir karar olarak değerlendirilebilirse de, idari istikrar ilkesi ile kamu düzeni gereğince bu karar idarenin uzun müddetler dava tehdidi altında kalmasına neden olabilecektir. Aynı zamanda bu kararla Danıştayın, Anayasa 40/2'yi doğrudan uygulamak suretiyle başvuru yapılacak merci ile süreyi idari işlemin şekil unsuru olarak değerlendirdiğini ve işlemde bu hususlara yer verilmemesini asli şekil noksanlığı olarak gördüğünü söyleyebiliriz. Danıştay ilk derce mahkemesince verilen süre ret kararından sonra bu kararı vermektedir. Yüksek Mahkeme, süresinde açılan bir davada ise, işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken başvuru süresi ile merciyi idari işlemin şekil unsuru olarak değerlendirmemektedir. Eğer bu şekilde bir denetim yapsaydı süresinde açılan davada, idari işlemin şekil unsuru bakımından hukuka aykırı olduğuna karar vererek iptal ederdi. Danıştay'ın 40/2 uygulamasında idari işlemin şekil unsuru bakımından bir değerlendirme yaptığına kararlarında rastlamamaktayız.

Danıştay 13'üncü Dairesinin başvuru yolu ile sürenin gösterilmediği uyuşmazlıklarda, ilgili idari işlemin şekil unsuru bakımından sakatlanacağı ve bu nedenle dava açma süresinin sınırsız olarak değerlendirildiği davalardan bir diğerinde, yerel mahkeme süre ret kararında ısrar etmesi üzerine konu İdari Dava Daireleri Kuruluna (İDDK) intikal etmiştir. İDDK, başvuru yolu ve sürenin gösterilmemiş olmasını salt iptal nedeni olarak görmemiş dava açma hakkının sınırsız olmadığını ve kişinin işlemi öğrendiği tarihten itibaren süresinde dava açması gerektiği görüşüyle yerel mahkemenin kararını onamıştır.⁴⁴ Kanımızca kararda İDDK, idari istikrar ilkesi gereğince idari işlemlerin sonsuza kadar dava tehdidi altında kalmaması gerektiği görüşünü benimsediğini düşünmekteyiz. Ancak

43 D. 13. D., 7.3.2019 tarih ve E. 2016/1466, K. 2019/704 sayılı karar, Aynı yönde Danıştay 13 üncü Dairenin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bkz. D.13.D., 31.10.2018 tarih ve E. 2015/2204, K. 2018/3000, D. 13. D., 23.11.2015 tarih ve E.2016/478, K. 2018/2404 sayılı karar.

44 DİDDK., 13.12.2017 tarih ve E. 2015/2783, K. 2017/4274 sayılı karar.



İDDK'nın bu kararlarına karşın, Danıştay 13'üncü Dairesinin görüşünü sürdürdüğü görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu kararlarında, başvuru süresi ile başvuru yapılacak mercinin gösterilmesini idari işlemin şekil unsuru olduğunu değerlendirmesi halinde idareler işlem tesis ederken dikkat edecek ve tesis ettiği her işlemde bu hususlara yer vermeye özen gösterecektir. Kanaatimizce bu durum bireyler için hak arama hürriyeti bakımından olumlu bir adım olacak ancak aynı zamanda mahkemelere verilecek süre ret kararlarının da azalmasını sağlayacaktır.

Başvuru süresinin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi yanında başvuru yapılacak merciinde doğru gösterilmiş olması hak arama özgürlüğünün sağlanmasıyla birlikte kişilerin hak kaybına uğramasını engelleyecektir. Karmaşık mevzuat karşısında ilgililer, başvuru yapacakları makamı belirlemede yanılabilirler. Danıştay bir kararında, *“dava konusu olayda, tütün fonu ve KDV ile gümrük vergisi gibi farklı mevzuata tabi kamu alacağının idarece aynı işlemle tahakkuk ettirildiği, işlemde, dava konusu tütün fonu ve cezai faizine karşı başvurulacak kanun yolları gösterilmediğinden davacı tarafından itiraz usulü uygulanmak suretiyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesindeki itiraz yolunun işletildiği, bu haliyle olayda gümrük mevzuatının uygulanmasına ve davacının bu yönde başvurular yapmasına idarenin işlemlerinin neden olduğu; davacının, idarenin yönlendirmesi sonucu gümrük mevzuatındaki itiraz ve başvuru sürecini işlettiği anlaşılmaktadır.*

İdarelerin, tesis edilen işleme karşı ilgililere, hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracaklarını ve sürelerini bildirmek zorunda oldukları, olayda ise idarece bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmediği ve davacının yanlış yönlendirildiği açıktır.” gerekçesine yer vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁴⁵ Danıştay burada ilgilinin idarenin başvuru sürecini ve merciyi göstermemesi nedeniyle yanlış yönlendirildiğini, böylece zorunlu itiraz prosedürüne tabi olmayan bir uyuşmazlıkta itiraz sürecini işlettiğini belirtmiştir. İdare, başvuruya kapalı olan bir işleme karşı başvuru yolu göstererek kişilerin hak kaybına neden olmaktadır. Kararda, dava açma süresi idarenin yanlış yönlendirmesi sonucu kaçırılmıştır. Ancak bu kararda da Danıştay'ın, idari işlemin şekil unsuru bakımından bir değerlendirme yapmadığını, yargılama usulüne ilişkin dava açma süresi bağlamında değerlendirdiğini görmekteyiz. Yüksek Mahkeme, başvuru yolları ile başvuru yapılacak makamın gösterilmemesini sorun etmemekte, bunu idari işlemi hukuka aykırı hale getiren bir unsur olarak görmemektedir.⁴⁶

45 D. 10. D., 27.10.2008 tarih ve E. 2006/7298, K. 2008/7138 sayılı karar.

46 ÇOBAN ATİK, s.125.



İdarenin işlemleri, sadece belirli kişi ya da kişilerin yahut nesnelere hukuki durumunu değiştiren, başka bir hukuki duruma sokan, hukuki durumdan çıkaran birel işlemler değildir. Genel, soyut, objektif ve sürekli uygulanabilir nitelikte düzenleyici idari işlemler de bulunmaktadır.⁴⁷ 40/2, bir ayrıma gitmeden Devletin tüm işlemlerinde başvuru yolu ile sürenin gösterilmesini mecbur kılmıştır. Bu durumda, düzenleyici işlemlerde de 40/2'nin uygulanması söz konusu olmalıdır. Ancak düzenleyici işlemlerde 40/2'nin uygulanması, kural koyma tekniğine ve sanatına aykırı, garip bir uygulama olacaktır.⁴⁸ Danıştay bir kararında, maden arama ruhsatının iptaline ilişkin Maden İşleri Genel Müdürlüğü işlemi ile dayanağı Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 20'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “İşletme ruhsat talebi ile ilgili olarak tespit edilen teknik eksikliklerin üç ay içinde tamamlanması talep sahibine tebliğ edilir. Verilen sürede istenilen eksikliklerin tam olarak tamamlanmaması halinde ruhsatın teminatı, **talep sahibine ikinci bir bildirim yapılmadan** iki katına çıkarılır ve süre üç ay daha uzatılır. Bu sürede de eksikliklerini tamamlamayanların talepleri reddedilerek mevcut teminatı irat kaydedilir.” hükmünün ikinci cümlesinde geçen “**talep sahibine ikinci bir bildirim yapılmadan**” ibaresinin iptali istemiyle açılan davada; “hukuki güvenlik” ilkesinin ve Anayasa'nın yukarıda aktarılan 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün gereği olarak, tespit edilen yeni eksikliklerin ve ikinci bir süre verildiğinin davacıya bildirilmesi gerektiğinden, “Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği”nin 20. maddesinin 1. fıkrasının 2. tümcesinde geçen “**talep sahibine ikinci bir bildirim yapılmadan**” ibaresinde ve bu düzenleme uyarınca davacı hakkında tesis edilen birel işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.” gerekçesine yer verilerek düzenlemeye dayanak olarak tesis edilen birel işlemde, teminatın iki katına çıkarılacağına 40/2. madde gereğince belirtilmesi gerektiği söylenmiştir.⁴⁹ Kanaatimizce yönetmelik hükmünde birel işlemlerle ilgili de olsa kişilerin hukukunu doğrudan etkileyen hususlara yer verilmesi zorunluluğu aranması 40/2. maddenin düzenleyici işlemlerde de uygulanabileceğini göstermektedir. Yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemlerinde de kanunlar gibi bir yürütme birde yürürlük maddesi yer almaktadır. Kanunlarla ilgili yukarıda yapılan açıklamalar yönetmelikler için de uygulanabilir. Üçüncü ve zorunlu bir madde ihdası ile 40/2. maddenin uygulanması sağlanabilir.

47 YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY Okay, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.407

48 GÖZLER, s.838.

49 DİDDK, 1.12.2014 tarih ve E. 2011/2203, K. 2014/4592 sayılı karar.



2. Anayasa Madde 40/2'nin İ.Y.U.K. Madde 10 ve 11 Kapsamında Değerlendirilmesi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 uncu maddesine⁵⁰ göre, ilgili kişi hakkında, önceden yapılmış olan başvuru ile oluşturulmak istenen eylem veya işlemle aynı nitelikte bir eylem ve işlem olmamalıdır.⁵¹ 40/2 ile söz konusu hüküm bir arada değerlendirildiğinde, başvuru yapılacak merci ile başvuru süresini göstermekle yükümlü olan idarenin sükutu düşünülemez. Ancak 10 uncu madde idarenin sükutunu yani zımni reddi düzenlemektedir. Ortada böyle bir hüküm varken ve hali hazırda yürürlükteyken; öte yandan uygulamada idarenin kişilerin başvuruları karşısında suskun kalabildiği durumlarla karşılaşıldığından, 40/2'nin zımni ret durumunda uygulamasının nasıl olacağına ortaya konması gerekir. Danıştay bir kararında; *“Olayda, mahkemece verilen merciine tevdi kararı sonrasında idarenin cevap vermemesi sonucu oluşan ve dava konusu edilen zımnen ret işleminde, ortada yazılı bir işlem bulunmadığı, dolayısıyla, bu işleme karşı başvurulacak yargı mercii veya idari makam ile başvuru süresinin gösterilmediği açık olduğundan, Anayasanın 40'inci maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı sonuç doğuran zımnen ret işleminin, dava açma süresini başlatan yazılı bildirim olarak kabul edilmesi mümkün bulunmadığından, davanın süresinde açılmadığından söz edilemez.”*⁵² gerekçesiyle idarenin başvuru karşısında susması zımni ret işleminin oluşması durumunda da 40/2'nin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Zımni ret durumunda ortada idarece tesis edilen bir işlem bulunmamaktadır. Dolayısıyla idarenin başvuru yapılacak merci ile süresini göstermesi gibi bir durum da söz konusu olamaz.⁵³ Kanaatimizce, Danıştay'ın kararı 40/2. maddenin uygulanması bağlamında doğru bir karar ancak 40/2'nin idari işlemin zorunlu unsuru olarak kabul edilmesiyle birlikte zımni ret kurumunun ortadan kalkması gerekmektedir. Çünkü idarelerin kişilerin başvurusu karşısında 40/2. maddede yer alan hususlara işlemin şekil unsuru olarak yer vererek işlem tesis etmesi gerekmektedir.

2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde ise; dava açmadan önce, işlemi yapan merciin üstü olan idari mercie, üstü makam yoksa işlemi yapan mercie başvurulmasının işlemeye başlamış olan dava açma süresini

50 Ayrıntılı bilgi için bkz. 2577 sayılı Kanunun 10. maddesi.

51 KAPLAN, s.191.

52 D. 7. D., 24.12.2018 tarih ve E. 2016/9084, K. 2018/6223 sayılı karar.

53 ÇOBAN ATİK, s.124.



durduracağı düzenlenmiştir.⁵⁴ 40/2. maddenin uygulaması bağlamında değerlendirildiğinde kanaatimizce, üst makamın üst makam yoksa işlemi yapan makamın neresi olduğunun işlemde gösterilmesi gerekmektedir. Bu gösterilmediğinde kişi nereye başvuru yapacağını bilemez farklı bir makama başvuru yaptığında hak kaybına uğrayabilir.

İvedi yargılama usulüne tabi davalar, özel dava açma sürelerinin geçerli olduğu önemli davalardır. Bu husus, 2577 sayılı Kanunun 20/A ve 20/B maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan maddelerde, genel dava açma süresinden farklı çok kısa süreler öngörülmüştür.⁵⁵ Bu nedenle, maddelerde düzenlenen uyuşmazlıklarda başvuru süresi ile başvuru yapılacak mercie yer verilmelidir. Örneğin, 20/A ve 20/B maddelerinde 2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin uygulamasının olmayacağı öngörülmüştür. Bu nedenle üst makama başvuru yapan kişilerin hak kaybının önlenmesi sağlanarak hak arama özgürlüğü garanti altına alınmalıdır. Bu maddeye göre tesis edilen işlemlerde 11 inci madde yolunun kapalı olduğu açıkça belirtilmelidir. Bu uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince; *"Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca devlete, tesis edilen idari işlemlerde kanun yolları, başvuru süresi ve başvurulacak mercie ilişkin hususları belirtme yükümlülüğü getirildiği, bu nedenle bilhassa özel Kanun hükümleriyle başvuru yolları, süresi ve mercii daraltılan işlemlerde bir hak kaybı doğmaması açısından idari işlemin tarafı olan kişiler lehine yorum yapılabileceği ve bu sakıncadan bireyleri koruma amacıyla bu hükmün düzenlendiği ve Anayasa gerekçesinde yer alan amaca uygun düşeceği göz önünde bulundurulduğunda, davaya konu kurul kararında Anayasa hükmü uyarınca bir belirleme yapılmaması nedeniyle davacıya yüklenebilecek bir kusur bulunmadığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanunu'nun 20/B maddesinde; dava açma süresi 10 gün olarak öngören ve söz konusu idari işlemlerle ilgili dava açılmadan önce işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem tesis edilmesi talebiyle üst makama yapılabilecek başvuru usulünü düzenleyen 11. maddenin uygulanmayacağını belirten özel düzenlemenin uygulanamayacağı ve dava sürelerinin 7. maddede yer alan 60 günlük genel dava açma süresinin esas alınması ve 11. madde uyarınca üst makama bahsi geçen taleplerle başvurulabileceğinin kabulü gerektiği sonucuna varıldığından"* gerekçesiyle dava açma süresi 60 gün olarak uygulanmış ve 11 inci maddenin uygulamasının olamayacağının işlemde gösterilmemiş olması nedeniyle Danıştay ilk derece mahkemesinin bu kararını onamıştır.⁵⁶ Danıştay bu kararında, ivedi yargılama usulünün uygulandığı davalarda merci ile başvuru süresinin işlemde belirtilmesini aramaktadır. Yüksek Mahkeme şekil unsuru bağlamında değerlendirme yapmamakta yargılama usulüne dair bir inceleme yaparak davanın süresinde açılıp açılmadığını

54 ÇAĞLAYAN, s.204.

55 Bilgi için bkz. 2577 sayılı Kanunun 20/A ve 20/B maddesi.

56 D. 12. D., 25.06.2015 tarih ve E. 2015/2441, K. 2015/4304 sayılı karar.



incelemektedir. Kanaatimizce, işlemde 2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesi kapsamında başvuruya kapalı olup olmadığına yer verilmesi gerekmektedir. Aksi halde başvuru yolu kapalı olan bir işleme başvuru yapılarak hak kaybına neden olunabilir. Bu nedenle, idari işlemlerde bu hususlarda şekil unsuru bağlamında değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan, süresinde Türkiye gümrük bölgesinden çıkış yapıldığı gerekçesiyle verilen idari para cezasına karşı açılan davanın süre aşımından reddedilmesi nedeniyle ilgilinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yolunun kullanılması üzerine, Anayasa Mahkemesince başvuru, Anayasanın 36'ncı maddesinde yer alan hak arama özgürlüğü ile AİHS'in 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Kararda; "İdari işlemlerin sürekli bir biçimde dava açılma tehdidi altında kalmasını engellemek, kamu hizmetinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesi ile idari davaların açılması kanunlarla belli sürelerle bağlanmıştır. Ancak dava açma süresinin başlangıcı, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolunun bulunup bulunmadığı, başvurulacak merci gibi konularda mevzuatta dağınık bir şekilde bulunan hükümlerin özellikle yabancı uyruklu kişilerce bilinebilmesi, süresi içinde ve doğru mercie dava açılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Dava açma sürelerini düzenleyen, son derece karışık ve dağınık olan bir mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumu, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Özellikle başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalarda mahkemelerin usul kurallarını yorumlarken mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde katı yorumdan kaçınmaları gerekir.

Kaldı ki Anayasa'nın 40. maddesine "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. " ilave edilen hükümle, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu vardır ve bu hususlara ilişkin olarak her kanunda özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır." gerekçesine yer verilmiştir.⁵⁷ Yüksek Mahkeme, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirme yapmıştır. Her uyuşmazlığın dayanağı kanunda başvuru yolu ile süresinin gösterilmesi zorunluluğu aranmamış, ancak idari işlemlerde bu zorunluluk haklı olarak vurgulanmıştır. AİHM de benzer şekilde, karmaşık mevzuat nedeniyle dava açma süresinin zorluğuna atıf yaparak AİHS'in 6'ncı maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. (De Geouffre de la Pradelle v. France)⁵⁸

57 AYM, 23.2.2016, Başvuru No: 2013/8896, R.G.S. 29663, 24.3.2016.

58 İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.220.



Danıştay kararlarında görüleceği üzere, başvuru yapılacak merci ile başvuru süresinin idari işlemde gösterilmemesi hali, söz konusu kararlarda açıkça belirtilmese de işlemi şekil unsuru bakımından sakatlamaktadır. Ancak Danıştay, söz konusu hususları işlemin şekil unsuru bakımından değerlendirmekten ziyade, davaların süreden reddedilmesi halinde başvuru süresi ile mercie yer verilip verilmediğini araştırmaktadır. Böylece, doğrudan şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık görmemekte işin esasına girmeden usule ilişkin hükümleri uygulayarak ilk derece yargı mercilerince verilen süre ret kararlarını bozmaktadır. Süre ret kararının bozulmasından sonra idari işlem yargı mercilerince denetlenirken, usule aykırılık ortadan kalktığından esas bakımından denetim yapılmaktadır. Bu kapsamda yapılan denetimde, işlemde başvuru süresine ve mercie yer verilmediği gerekçesiyle şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık görülerek işlemin iptali yoluna gidilmemekte, Anayasanın amir hükmü ihmal edilerek işlemin diğer unsurları bakımından bir değerlendirme yapılmak suretiyle dava sonuçlandırılmaktadır. Bu durum, Anayasa 40/2'nin getiriliş amacıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü idareler işlem tesisinde bu durumun şekil unsuru olarak kabul edilmemesi nedeniyle ihmal etmeye devam etmektedir. Halbuki idari işlemlerin hukuki denetimi yapılırken usulden ziyade esas bakımından şekil unsuru bağlamında iptal kararı verilse, idareler de buna uymak zorunda kalacak ve işlem tesis ederken 40/2. maddeyi uygulayacaktır.

C. Yargı İşlemleri

Anayasanın 9 uncu maddesinde yer alan, “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” düzenlemesiyle yargılama yapacak mercilerin mahkemeler olduğu belirlenmiştir. Mahkemelerin yargı yetkisi dışında herhangi bir işlem yapamayacağına dair bir düzenleme Türk Hukukunda yer almamaktadır. Devletin işlemleri organik kıstas bakımından değerlendirildiğinde idari işlemi yalnızca idarenin tesis edebileceğini söyleyebiliriz. Ancak, maddi açıdan yani işlemin içeriği itibarıyla değerlendirildiğinde yargı tarafından alınan bir karar da olsa muhtevası itibarıyla idari işlem olarak değerlendirme yapılabilir.⁵⁹ Örneğin, yargı mercilerince tesis edilse de yargı mercilerinde görev yapan personelin izin, disiplin, atama gibi işlemleri yargı mensuplarınca tesis edilse de maddi kriter bağlamında değerlendirildiğinde idari işlem olduğunu söyleyebiliriz. Mahkeme veya hâkimlerin, maddi kritere göre idari nitelikteki işlemleri hakkında 40/2. maddenin uygulanmasında yukarıda yürütme işlemleri bölümünde yaptığımız açıklamalar aynı şekilde geçerlidir.

59 GÖZLER, s.626.



Bir olgunun, kanuna ve hukuka göre değerlendirilmesi ve sonrasında bir karara varılması şeklinde iki unsurun bir araya gelmesiyle yargısal işlemler oluşur.⁶⁰ Yargısal işlemlerde 40/2'nin uygulanması idari işlemlere göre farklılık oluşturmaktadır. 40/2. madde yukarıda bahsedildiği üzere yargı mercilerini de kapsamaktadır. Bu nedenle yargısal işlemler sonucu ortaya çıkan ilam adı verilen mahkeme kararlarında istinaf ve temyiz yolunun açık olmasına göre, kararda başvuru yapılacak üst yargı merci ve başvuru süresinin belirtilmesi gerekmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 359 uncu maddesinde kararda bulunacak hususlarda *"kanun yolu ve süresi"* yer almaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 34'üncü maddesinde, kanun yolu süresi ve merciin gösterilmesi gerekmektedir. İlgili düzenlemelerde, kanun koyucu mahkemeleri, 40/2'yi uygulayarak kararlarında başvuru süresi ile merciin gösterilmesi konusunda yükümlü tutmuştur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 24'üncü maddesinde kararda bulunacak hususlar içinde başvuru süresi ile mercie yer verilmemesine karşın Danıştay tarafından ilk derece mahkemelerin kararlarında bu hususlara yer verilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu konuda verdiği bir kararda; *"Temyize konu temyiz edilmemiş sayılması kararında, temyiz edilmemiş sayılması kararları için 30 günlük genel temyiz süresinden daha kısa olmak üzere 7 gün olarak belirlenen temyiz süresinin belirtilmemesi, Anayasa'nın 40/2. maddesinin amir hükmüne aykırı bulunmakta ve temyiz süresinin 30 günlük genel temyiz süresi olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır."* gerekçesiyle genel temyiz süresinin 30 günlük süreden daha kısa olduğu durumlarda bunun gösterilmemesi halinde ilgilinin hak arama özgürlüğünün engellendiği kabul edilerek genel temyiz süresinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.⁶¹ Burada Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını ilamda başvuru süresine yer verilmediği gerekçesiyle bozmaktadır ancak ilgilinin temyiz süresini kaçırdığı için bozmaktadır. Yoksa kararda başvuru süresi şekil unsuru bağlamında görülmemektedir. İlgili temyiz süresine kararda yer verilme ve süresinde temyize gelse bu durum göz ardı edilerek mahkeme kararının diğer hususlar yönünden temyiz incelemesi yapılarak karara bağlanacağını söyleyebiliriz. Ancak mahkemeler zaten 40/2. maddedeki hususları göstermede kanun ile yükümlü tutulmuşlardır. Bu hususları kararlarında göstermeleri konusunda kanuni yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna bağlı olarak Yüksek Mahkemece 40/2'de yer alan hususlara yer verilmemesi bir bozma nedeni olarak görülme de kararı yazan mahkemenin disiplin veya terfi sorunu gündeme gelebilecektir.

60 ERKUT, s.78.

61 DİDDK, 7.5.2014 tarih ve E. 2014/1116, K. 2014/2001 sayılı karar.



Adli yargıda da Anayasa 40/2. maddenin uygulamasına sıkça rastlamaktayız. Yargıtay bir kararında; “Her ne kadar kanun yolu ve süresi, ilgili kanun maddelerinde açıkça belirtilmiş ise de, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararları ile Anayasa'nın 40/2. maddesi ve 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinin “ç.” bendi gereğince yargı organlarının yanlış yönlendirmesi sonucunda ilgililerin hak kaybına uğramayacaklarının kabul edilmesi gerekir.

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları ışığında Mahkemenin kanun yolunu ve süresini taraflara doğru gösterme yükümlülüğü göz önüne alındığında, kararda belirtilen 15 günlük süre içinde yapılan istinaf başvurusunun süresinde yapıldığı kabul edilerek Bölge Adliye Mahkemesi tarafından işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından olan mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğuracak şekilde katı yorumla, süresinde yapılmadığından bahisle başvurunun usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” gerekçesiyle yerel mahkemenin istinaf yoluna başvuru süresini kararında belirtmemesi sebebiyle 15 günlük süre geçirilse dahi istinaf başvurusu, süresinde kabul edilerek işin esasının incelenmesine karar vermiştir.⁶² Yüksek Mahkeme, başvuru süresini ilamda bulunması gereken bir unsur olarak değerlendirmiştir. Süreye yer verilmemesinin karşılığı olarak da, ilgili kişinin istinaf yoluna süresiz başvuru yapabilme hakkının bulunması olarak kabul edilmektedir. Kararın hak arama özgürlüğü bağlamında bireyleri koruyucu yönü ağır basmaktadır. Ancak sınırsız bir süre tanınması da mahkeme kararının kesinleşmesiyle ortaya çıkan kesin hükmün etkisini zayıflatmaktadır. Çünkü, bu durum kesinleştirilen bir karara karşı uzun bir zaman sonra kanun yoluna başvuru hakkı tanımak anlamına gelecektir.

SONUÇ

İdareler, kişilerin hukukunu doğrudan etkileyen işlemler tesis ederler. Bu işlemler, kişiler için yararlandırıcı nitelikteyse çoğunlukla o kişi tarafından dava konusu edilmezler. İdareler bunlar dışında çok sayıda yükümlendirici işlemler de tesis eder ve bu işlemler ilgililerin dava açmasıyla idari yargı mercilerinin önüne gelir. İlgililer bu işlemlere karşı işlemin gözden geçirilmesi için idareye yeniden başvururken ya da yargı mercilerine giderken, başvuru süreleri ve başvuru mercilerinin karmaşıklığı karşısında zorlanırlar. Buna bağlı olarak hak kaybı gerçekleşebilir.

62 Y. 8. H.D., 09.05.2019 tarih ve E. 2017/10911, K. 2019/48041sayılı karar.



Kişilerin bu karmaşık ve dağınık mevzuat sistemi içinde, çok çeşitli sürelerin ve başvuru makamlarının yer alması nedeniyle hak arama özgürlüğünün güvence altına alınması ve başvuru şansının kaçırılmasının önlenmesi amacıyla 2001 yılında en üst norm olan Anayasanın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına yeni bir hüküm ihdas edilmiştir. Bu hükümle birlikte, Devlet organlarına bir yükümlülük yüklenmiş, başvuru süresi ile başvuru yapılacak mercilerin gösterilmesi emredilmiştir. Anayasal hükmün uygulanmasını göstermek üzere kanunda düzenleme yapılmamıştır. İdari Usul Kanun çalışmalarının tamamlanmasıyla 40/2. maddenin tam anlamıyla uygulanması sağlanacaktır.

Ancak bu kanuni düzenlemelerin yapılmamış olması ilgili hükmün uygulanmayacağı anlamına gelmez. Normlar hiyerarşisinde, en üstte bulunan Anayasada düzenlenmiş açık bir hükmün doğrudan uygulanabilmesinin kabulü gerekmektedir. Danıştay kararlarında, 40/2'nin doğrudan uygulandığını görmekteyiz. Danıştay 13'üncü Dairesi başvuru süresi ile başvuru yapılacak merci veya kanun yolunun gösterilmemiş olması halinde sınırsız bir dava açma hakkı tanımaktadır. Bu durum kişiler için hak arama hürriyeti bağlamında olumlu olsa da idari istikrarın sağlanması bağlamında önemli bir konudur. İDDK 40/2'yi kabul etmekte ancak bunu sınırsız görmemektedir. Bu konuda 13'üncü Daire ile İDDK kararları arasında, bir denge kurulması ve İdari Usul Kanunu çıkarılıncaya kadar sınırsız bir dava açma süresi tanınması yerine özel dava açma süresinin öngörülmesi halinde genel dava açma süresi olan 60 günlük süre uygulanması esas kabul edilmelidir. Bunun yanında 13. Daire kararı, hak arama özgürlüğü bağlamında bireyler için sınırsız bir koruma getirmekle birlikte, idari istikrar ve idarenin sürekli dava tehdidi altında kalması bakımından ise kamu düzenini bozucu etkisi gündeme gelecektir. Bu nedenle, idarenin işlevini yerine getirebilmesi kamu hizmetlerini zamanında ve tam olarak yerine getirebilmesi için sınırsız bir dava açma hakkının tanınması yerinde değildir.

40/2. maddenin uygulaması, Yüksek Mahkeme kararlarının tümünde usule ilişkindir. İdari işlemin şekil unsuru bakımında bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. İlgili, dava açma süresini kaçırmışsa ve mahkemece süre ret kararı verilmişse o zaman süre ret kararı bozulmakta ve ilk derece mahkemesinin esasa girmesi sağlanmaktadır. Esas bakımından değerlendirmede ilk derece mahkemesi Anayasa 40/2. maddede yer alan hususları işlemde şekil unsuru bakımından değerlendirmemektedir. Bu durum bize Anayasanın 40/2. maddesiyle getirilen sorumluluğun bertaraf edildiğini, görmezden geldiğini göstermektedir. İdari Usul Kanunu bu konuda idareyi bağlayacağından idare uygulamazsa



idari yargı mercilerince gözetilecektir denilebilir. Ancak illa böyle bir kanunun çıkarılmasının beklenmesi Anayasa hükmünü işlevsiz hale getirmek olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. İdari yargı mercileri 40/2'nin uygulamasında şekil unsuru bakımından hukuka aykırı görse ve iptal etse idareler sonrasında tesis edebilecekleri işlemlerde azami gayret göstereceklerdir. İptal kararı ile karşılaşmamak için işlemlerde 40/2. maddede yer alan hususlara yer vereceklerdir.

Son olarak idareler arasında bir birlik sağlanması böylece, 40/2'nin uygulanmasında standardın oluşması, ayrıca Devlet içinde yer alan tüm erklerin aynı şekil ve usulde 40/2. maddeyi uygulaması gerekmektedir.



KAYNAKLAR

AKBULUT Emre, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 81, 1-21, 2009.

AKYILMAZ Bahtiyar, “İkibinli Yıllarda Türkiye’de İdari Usul: Yoksa Var mı?”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu**, 201-232, 2016.

AKYILMAZ Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, VII, 148-162, 2003.

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku** 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Anayasa Mahkemesi, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara, 2019.

ATAY Ender E., **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2016.

ATAY ŞANLI Yeliz, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 96, 293-318, 2011.

ATİK ÇOBAN Ayşegül, “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi ve İdari Yargıda Dava Açma Süresi Çerçevesinde Danıştay 13. Dairesinin 26.11.2014 Günlü ve E.2014/3745, K.2014/3772 Numaralı Kararının İncelenmesi. 5. İdare Hukuku Buluşması” **Danıştay Kararları İncelemeleri**, , Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

BİLGİN Hüseyin, **İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

CANDAN Turgut, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

DURAN Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında, İdarenin Sükutu Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 12, 1, 1946, s.132.

DURAN Lütfi, “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.



GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011.

MURATOĞLU Tahir, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 11. Maddesi Kapsamındaki Başvurularda Başvuru Gününün Dava Açma Süresinin Hesabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:21, 34, 2016, s.4.

ODYAKMAZ Zehra, “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, 2, 1-21, 1998.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C:1, 3. Baskı, Akgün Matbaa, İstanbul, 1966.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ÖZKAN Gürsel, “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken İdari Usul İlkeleri”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

SEZER Yasin, BİLGİN Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:57, 4, 337-366, Ankara, 2008.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011.

YILDIRIM Turan, YASİN Melikşah, KAMAN Nur, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, TEKİNSOY Okay, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Yayımlanmamış Muhtelif Danıştay Kararları



TÜKETİCİ HUKUKUNDA HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR VE UYGULAMA ÖRNEKLERİ

(*Unfair Commercial Practices and Examples of Practice in Consumer Law*)

Prof. Dr. Ebru CEYLAN¹

ÖZ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun haksız ticari uygulamaları uygulama kapsamına almıştır. Avrupa Birliği Hukukunda ortalama tüketicinin ekonomik davranışını bozan veya bozma ihtimali olan mesleki özene aykırı olan ticari uygulamaların “haksız” olduğu kabul edilmiştir. Türk Tüketici Hukuku da bu gelişmelerden etkilenmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda bir ticari uygulamanın hangi durumlarda haksız kabul edileceği, ispat yükünün hangi tarafın üzerinde olduğu, haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla yapılması durumu düzenlenmiştir. Haksız ticari uygulamanın tespiti ve denetimi ile ilgili hususlar ise Yönetmelikte düzenlenmiştir. Çalışmamızda Avrupa Birliği ve Türk Tüketici Hukukunda ticari uygulamalarla ilgili önemli kavramlar, ticari uygulamalarla ilgili düzenlemeler, aldatıcı ticari uygulamalar, aldatıcı ticari örnek uygulamalar, saldırgan ticari uygulamalar, saldırgan örnek ticari uygulamalar, hukuki yaptırımlar, idari yaptırımlar açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Haksız ticari uygulama, Haksız rekabet, Tüketici, Mesleki özen, Aldatıcı uygulama

ABSTRACT

The Consumer Protection Act No. 6502 has covered unfair commercial practices. In European Union Law, a commercial practice shall be unfair if it is contrary to the requirements of professional diligence, and it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer. The Turkish Consumer Law has also been affected by this development. When a commercial practice will be deemed as “unfair”, who has burden of proof, the situation when the unfair commercial practice has been done by a commercial advertisement, have been regulated by the Consumer Protection Act No. 6502. However, the issues on determination and inspection of unfair commercial practices have been established by the By-Law. In our paper, within the context of European Union and Turkish Consumer Law, important concepts on commercial practices, regulations on commercial practices, examples of

1 İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ebruceylan@aydin.edu.tr, ORCID ID: 0000-002-1618-1618-0128



misleading commercial practices, aggressive commercial practices, legal sanctions, administrative sanctions have been explained.

Keywords: Unfair commercial practice, Unfair competition, Consumer, Professional diligence, Misleading practice

GİRİŞ

Modern toplumlarda yaşanan sanayileşme ve seri üretim teknolojisindeki gelişmeler etkisiyle yoğun mal ve hizmet üretimi gerçekleşmiştir. Bunun sonucunda tüketiciler için önemli hukuki sorunlar doğmuştur. Piyasada hukuka uygun uygulamaların yapılması, tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması bakımından büyük önem arz etmektedir. Güvenli piyasa ortamı, tüketim alışkanlıklarının gelişmesine ve piyasada tüketicilerin kendilerini güvende hissederek talebi canlı tutmalarında etkili olmaktadır.

Tüketiciler ticari uygulamada bulunanlar karşısında her zaman bilgi ve tecrübe bakımlarından daha zayıf konumdadır. Tüketicilerin güvenli bir piyasa ortamında ihtiyaçlarını karşılama, ekonomik çıkarlarının korunması, mal ve hizmetler hakkında tam ve yeterli bilgilendirilerek piyasada hareket etme ve haksız ticari uygulamalar nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararların tazminini talep etme hakları bulunmaktadır. Tüketicilerin hukuki işlemler yaparken etki altında kalmadan serbest iradeleriyle karar vermeleri kendi ihtiyaçlarını gerektiği gibi karşılamaları bakımından çok önemlidir. Aksi takdirde haksız ticari uygulama etkisi altında kalarak ekonomik davranışlarının bozulması söz konusu olabilir. Piyasada satıcılar, sağlayıcılar, kredi verenler, üreticiler, ithalatçılar gibi ticari uygulamalarda bulunan pek çok kişi, mesleki özene aykırı ticari uygulamalar yapabilmektedir. İşte bu türdeki uygulamalar tüketicilerin ekonomik menfaatlerinin zarar görmesine sebep olmaktadır. Haksız ticari uygulamalar aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar olarak tüketicilerin karşısına çıkabilir. Haksız ticari uygulamalar aynı zamanda haksız rekabet hali olarak da kabul edilmektedir. Haksız ticari uygulamalar, tüketicinin sözleşme kurmadan önce, kurduğu sırada veya sonrasında görülebilir. Bu nedenle tüketicilerin ticari faaliyette bulunanla mutlaka bir sözleşme kurmuş olması aranmamaktadır.

I. HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALARLA İLGİLİ HUKUKİ GELİŞMELER

A. Avrupa Birliği Hukukundaki Gelişmeler

Avrupa Birliği ülkelerinde gerçekleşen sanayileşme ve teknolojik ilerlemeler sonucunda tüketicilerin korunma ihtiyacı her alanda



gündeme gelmiştir². Mallarla ve hizmetlerle ilgili reklamlar ve pazarlama stratejilerdeki gelişmelerden tüketiciler de etkilenmiştir. Haksız ticari uygulamalar nedeniyle tüketicinin iradesinin oluşmasına etki edilmekte ve tüketici gerçekte kurmayacağı bir sözleşmeyi kurmak için etki altında kalmaktadır³.

11.05.2005 tarihli 2005/29 EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi Haksız Ticari Uygulamalar ile ilgilidir. Bu Direktif, 84/450 EEC sayılı Konsey Direktifi 97/7/EC, 98/27/EC ve 2002/65 /EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifleri ve 2006/2004 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü ile değiştirilmiştir. Bu Direktif ile tüketicinin korunmasına yönelik bürokratik ve yargısal engeller aşılmıştır⁴. Bu Direktif ile üye ülkelerde tek tip koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Direktifin kapsamına tüketicinin özgür şekilde karar almasına engel olan her türlü ticari uygulamalar girmektedir⁵.

Ticari uygulamalarda haksızlık belirlenirken dikkatli ve tedbirli tüketici model alınmış olsa da zayıf tüketicinin korunması ilkesi (m.5 /III) de önemli bir ilke olarak Direktif'te belirtilmiştir. Ticari uygulama sırasında kullanılan aşırı abartılı ifadeler nedeniyle uygulamanın yalnızca zayıflığı, zihinsel veya fiziksel zaafı, yaşı veya saflığı nedeniyle açıkça incinebilir olarak tanımlanan tüketici grubu ise ayrıca özel olarak korunmaktadır.

Bu Direktif, genel hüküm, aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar olmak üzere üç temel bölümden oluşmaktadır. Direktifin haksız ticari uygulamalarla ilgili genel hükmünde (m.5) ortalama tüketicinin ekonomik davranışını bozan veya bozma ihtimali olan mesleki özene aykırı olan ticari uygulamaların "haksız" olduğu belirtilmektedir. Direktif'in Ekinde 31 adet her durumda haksız kabul edilen haksız ticari uygulamalar listesi bulunmaktadır. Bu uygulamaların 23 adedi aldatıcı, 8 adedi ise saldırgan ticari uygulamadır. Bu Direktif çerçevesinde her ülke kendi iç hukuk sisteminde tüketicileri koruma yöntemleri oluşturacaktır⁶.

2 İNAL, Tamer, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 406 vd.

3 ATAMER, Yeşim M., Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını, **Tüketicinin Korunması Semineri**, Editör : Yrd. Doç. Dr. Ebru CEYLAN, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 25 vd.

4 AKSOY, Mehmet Ali, 2005/29 /AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C.LXXIII**, S. 1,s.280 vd.

5 AKSOY, s.283.

6 AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ankara 2015, s. 90.



B. Türk Tüketici Hukukundaki Gelişmeler

Tüketicilerin genel kanunlardaki koruma eksiklikleri nedeniyle daha geniş korunmaları için özel kanunlar yapılması yoluna gidilmiştir. Bu sebeple 4077 sayılı TKHK. ve daha sonra 6502 sayılı TKHK. yürürlüğe girmiştir. Eski 4077 sayılı TKHK.'da mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemleri kapsama alanına girmektedir. 6502 sayılı TKHK.m.2 hükmünde her türlü tüketici işlemleri yanında tüketiciye yönelik uygulamalar da kapsama girmiştir⁷. Böylece TKHK.'nun tüketiciye yönelik ticari uygulamaları da içeriğine katmasıyla eskiye göre kapsama alanı genişlemiştir.

Türk Tüketici hukukunun kaynağı Avrupa Birliği Hukuku'dur. Avrupa Birliği Hukukundaki gelişmeler, iç hukukumuza yansıtılmıştır.2005/29 EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, Türk Hukuku'nu da etkilemiştir. Böylece 6502 sayılı TKHK.'da haksız ticari uygulamalar ilk defa m.62 hükmü ile düzenlenmiştir. 4077 sayılı TKHK.'da haksız ticari uygulamalar düzenlenmemiştir.

TKHK.m.62/I hükmünde ticari uygulamanın hangi durumlarda haksız kabul edileceği, m.62/II hükmünde ispat yükünün hangi tarafın üzerinde olduğu, m.62/III hükmünde haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla yapılması durumu ve m.62/IV hükmünde ise haksız ticari uygulamanın tespiti ve denetimi ile ilgili hususların ilgili Yönetmelik (Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği -TRHTUY.)⁸ ile belirleneceği düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında mesleki özene uymayan ve ortalama tüketicinin mal ve hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli derecede bozan veya bozma ihtimali olan uygulama "haksız" sayılacaktır. Tüketiciye yönelik her türlü haksız uygulamalar açıkça yasaklanmıştır. Kanımızca tüketicinin korunması bakımından eski TKHK.'dan daha ileri gidilmesi olumlu bir adım olmuştur⁹.

II. TİCARİ UYGULAMALARLA İLGİLİ ÖNEMLİ KAVRAMLAR

A. Tüketiciye Yönelik Ticari Uygulama Kavramı

1. Avrupa Birliği Hukuku'na Göre

Avrupa Birliği Direktifi m. 2 d hükmüne göre "*tüketicilere yönelik ticari uygulamalar*" ifadesi ile, ticari uygulamada bulunanın tüketiciye yönelik

7 ASLAN, İ.Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna göre Tüketici Hukuku**, Bursa 2014, s.29.

8 RG. T. 10.01.2015 S.29232.

9 CEYLAN, Ebru, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler, **İstanbul Barosu Dergisi** Mart- Nisan Sayısı, C.89,2015/2,s.150; CEYLAN, Ebru, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul 2015, s. 130.



promosyon veya satış veya bir ürünün sunuşu şeklinde olabilen her türlü dava, ihmal, davranış, yöntem veya reklam veya pazarlama dahil olmak üzere her türlü ticari iletişim şekli belirtilmektedir. Ticari uygulamalar indirimli satışlar, reklamlar gibi tüketicilerin kararlarını etkileyen uygulamalardır.

2. Türk Tüketici Hukukuna Göre

“Tüketicilere yönelik ticari uygulama” ile bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olarak ticari uygulamada bulunan tarafından gerçekleştirilen eylem, ihmal, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dahil olmak üzere her türlü ticari uygulama anlaşılmalıdır (TRHTUY.m.4p). Bu ticari uygulamalar, işletmelerden tüketicilere yönelik uygulamalardır, işletmelerden işletmelere yönelik uygulamalar kapsama girmemektedir.

B. Tüketici, Ticari Uygulamada Bulunan, Mal ve Hizmet Kavramları

1. Avrupa Birliği Hukuku’na Göre

Avrupa Birliği Direktifi m. 2 a hükmüne göre “tüketici” ticari, endüstriyel, sanat veya mesleki faaliyetinin kapsamı dışında hareket eden gerçek kişidir. Ortalama tüketicinin tanımı AB Direktifi’nde yapılmamıştır.

Avrupa Birliği Direktifi m. 2 b hükmüne göre “ticari uygulamada bulunan” (professional), ticari veya mesleki amaçlarla mal veya hizmet sunan veya ticari uygulamada bulunan adına veya hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Ticari uygulamada bulunan kişinin kusuru olmasa da sorumluluğu doğmaktadır.

Avrupa Birliği Direktifi m. 2 c hükmüne göre ürünün tanımı yapılmıştır, ancak mal veya hizmet ayrı ayrı tanımı yapılmamıştır. Bu hükme göre ürün, taşınmaz mallar dahil olmak üzere her türlü mal veya hizmet ve ilgili haklar ve borçları ifade etmektedir.

2. Türk Tüketici Hukuku’na Göre

Avrupa Birliği Direktifi m.2 a hükmünde sadece gerçek kişiler tüketici kabul edilirken, Türk TKHK.m.3k hükmüne ve TRHTUY.m.4 ö hükmüne göre ise ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi “tüketici” kabul edilmektedir. “Ortalama tüketici” ise ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketicilere yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişidir (TRHTUY.m.4 j). “Ticari uygulamada bulunanlar” ise kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla mal veya hizmet sunan veya bu kişiler adına ya da hesabına hareket eden



gerçek veya tüzel kişilerdir (TRHTUY.m.4 o). Bu kavram, tacirden daha geniş bir gurubu kapsamaktadır. Doğrudan tacir veya mesleki faaliyette bulunanlar yanında bunlar adına veya hesabına hareket eden yardımcıları veya temsilcileri de bu kavrama dahildir¹⁰.

“Hizmet” kavramı ile bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu (TRHTUY.m.4 e) ve “mal” kavramı ile alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar anlaşılmalıdır.

III. HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALARLA İLGİLİ GENEL DÜZENLEME

A. Avrupa Birliği Hukuku’na Göre

AB Direktifi m.5 hükmü, haksız ticari uygulamalarla ilgili genel bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre mesleki özene aykırı olan ve tüketicinin ekonomik davranışını bozan veya bozma ihtimali olan davranışlar haksız ticari uygulama kabul edilmektedir. Açıkça tanımlanabilen bir tüketici grubunun ekonomik davranışını büyük ölçüde altüst etme olasılığı bulunan ticari uygulamalarda bulunanın tüketicilerin çeşitli durumlarını bilerek sonucu öngörmesi beklenir. Burada ticari uygulamada bulunanın piyasada hareket ederken tüketici grubunun ortalama bir üyesinin bakış açısı, ticari uygulamanın haksızlığı belirlenirken esas alınır. Özellikle mesleki standartlara aykırı uygulamalar haksız ticari uygulamadır¹¹. Tüketicinin davranış modeli farazi olarak belirlenmektedir. “Ortalama tüketiciyi” makul şekilde bilgilendirilmiş tüketici olarak bu madde kabul etmektedir¹².

B. Türk Tüketici Hukuku’na Göre

1. Genel Olarak

6502 sayılı TKHK. m.62 hükmünde ve TRHTUY. m. 4 hükmünde bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar

10 ÖZER, Işık, Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Hükümlerin İncelenmesi, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 165, s.4806.

11 AKSOY, s. 287, 288.

12 AKSOY, s.289.



ile Yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Bu hükümle geniş açıdan haksız ticari uygulamalar yasaklanmıştır¹³. Tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalar yasaklanmıştır. 6502 sayılı TKHK.'da, Avrupa Birliği Direktifi'nden esinlenerek haksız ticari uygulamaların tanımı yapılmıştır, diğer hususların düzenlenmesi Yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu şekilde sınırların tam gösterilmeden idareye yetkilerin bırakılmış olması özellikle hukuk devleti bakımından kanımızca haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir. Hükmün tanım kısmının oldukça soyut olduğu, bunu somutlaştıran hükümler olmadığı takdirde hukuki sorunlar yaratabileceği ileri sürülmüştür¹⁴. TKHK. Kanun Gerekçesi'nde tüketicinin özgür iradesiyle karar vermesinin esas alındığı görülmektedir¹⁵.

Bir ticari uygulamanın haksız kabul edilmesi için 6502 sayılı TKHK.m.62 hükmünde düzenlenen önemli kriterlerin gerçekleşmesi gereklidir. Ticari uygulamada bulunan kişinin göstermesi gereken mesleki özen, özen sorumluluğunun¹⁶ yansımadır. Ancak doktrinde mesleki özenin sınırlarının belirsiz olduğu, idarenin böylece çok geniş yetkilere sahip olduğu ileri sürülerek bu hüküm eleştirilmiştir¹⁷. TKHK.'daki haksız ticari uygulama ile ilgili düzenleme emredicidir.

Haksız ticari uygulamalar tehlike sorumluluğuna dayanmaktadır¹⁸. Tehlike sorumluluğu sanayi ve teknoloji devriminin bir ürünü olup¹⁹ bu sorumluluk çok çeşitli alanlarda görülmektedir.

TKHK.m.62/I son hükmünde tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamaların yasak olduğu düzenlenmiştir. TRHTUY m.28 hükmünde ise daha detaylı şekilde bir ticari uygulamanın haksız kabul edilmesinin şartları belirtilmiştir. Tüketicilere yönelik bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin, bir mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Bir mal veya hizmete ilişkin tüketici işleminden önce, işlem sırasında veya işlem sonrasında haksız ticari uygulama yapılamaz. Böylece ticari uygulamada bulunan kişiler ile tüketiciler arasındaki sözleşmesel ilişkiyi başlatacak tüketici işleminden önce veya sözleşmenin ifası sırasında veya sonrasında yapılan ticari

13 KARA, İlhan, **Tüketici Hukuku**, Ankara 2015, s.203.

14 ASLAN, İ. Yılmaz, **Bankacılar İçin Tüketici Hukuku**, İstanbul 2016, s.315, 316.

15 ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2016, s.432.

16 EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler** 24. Bası, Ankara 2019, s.693.

17 ASLAN, bankacılar, s.316.

18 SELİM, Ali, **Haksız Ticari Uygulamalar, Tüketici Hukuku Davaları**, Ankara 2017, s.929.

19 EREN, s.759.



uygulamaların hukuka uygun yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca tüketiciye yönelik ticari uygulamaların, hangi durumda tüketicilerin ekonomik davranışını bozduğu düzenlenmiştir. Ortalama tüketicinin bilinçli olarak karar verme yeteneğini azaltarak normal şartlar altında taraf olmayacağı bir tüketici işlemine taraf olmasına yol açması halinde, tüketicilerin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozduğu kabul edilmiştir. Özellikle korunması gereken tüketici grupları ile ilgili hangi esasın geçerli olacağı belirtilmiştir. Zihinsel veya fiziksel zaafaları, yaşları ya da tecrübesizlikleri nedeniyle belirli mal veya hizmetlere ve bunlara ilişkin ticari uygulamalara karşı özellikle korunması gereken tüketici gruplarının ekonomik davranış biçimlerinin önemli ölçüde etkilenme olasılığının olup olmadığı bu grubun ortalama bir üyesi esas alınarak belirlenir.

TRHTUY. m.29'daki yer alan aldatıcı eylemler, m. 30'daki aldatıcı ihmaller ve m. 31'deki saldırgan ticari uygulamalar ile TRHTUY. ek'te yer alan aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilmektedir.

2. Haksız Rekabet Kavramı İle İlişkisi

Tüketici Hukukunda TKHK. ve TRHTUY., tüketicilerin haksız ticari uygulamalara karşı korunmasını amacını taşımaktadır. TTK.'daki haksız rekabet hükümleri ise hukuka ve dürüstlük kuralına aykırı rekabeti önlemeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle her iki Kanunun koruduğu menfaatler birbirinden farklıdır, ancak hukuka uygun rekabet gerçekleşmesi halinde tüketicilerin de menfaatleri korunacaktır²⁰.

TTK.m.55 hükmüne dahil edilmeyen uygulamaların haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağı konusunda TTK.m.54/II hükmüne göre inceleme yapmak gereklidir. Türk Hukukunda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, TBK m.57 ve TTK. m.54-63 hükümlerinde düzenlenmiştir. TKHK.m.62 hükmünde ise tüketicilere karşı haksız rekabet sayılan haksız ticari uygulamalar belirlenmiştir. 6102 sayılı TTK.'nda tüketiciye karşı işlenen haksız rekabete ilişkin hükümler ile TKHK. içerdiği hükümler paralellik arz etmektedir²¹.

TBK.m.57 hükmüne göre gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilânların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer

20 TOPÇUOĞLU, Metin, Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, S. 24, Ocak 2016, s.19 vd.

21 KOYUNCUOĞLU, Hikmet/ÖZKUL, Zeynep, Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet düzenlemesi ve Tüketici Hukuku, **İstanbul Barosu Dergisi** Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel sayısı, C.88, 2014, S. 1, s.221.



davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır. Bu hüküm sadece ticari olmayan haksız rekabet hallerini düzenlemektedir²². Ayrıca bu hüküm sadece rakipler arası haksız rekabete ilişkin olup, tüketicilere bir hak vermemektedir. Bu durumda tacir olmayan kişilere karşı tüketicinin korunması sadece TKHK hükümlerine tâbi olacaktır.

Türk Ticaret Hukukunda haksız rekabet, TTK. m.54 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK.m.54/I hükmünde haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. TTK.'da iktisadi rekabetin dürüst olması ve bozulmamış olması esas alınmıştır²³. TTK.'nın haksız rekabet hükümleri ile bütün katılanların (rakiplerin, müşterilerin, diğer katılanların ve toplumun) menfaati korunmaktadır²⁴. Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı kabul edilmektedir (TTK.m.54/II). TTK., rekabet düzenine katılan bütün tarafların menfaatlerini kapsamaktadır. Böylece ekonominin, tüketicilerin ve kamunun menfaatlerini de koruma kapsamına girmektedir. Bir davranışın veya uygulamanın haksız rekabet sayılması için bu davranış veya uygulamanın ticari nitelik taşıması²⁵, aldatici veya dürüstlük kuralına aykırı olması ve bunun sonucunda rakipler arasındaki veya tedarik edenler arasındaki ilişkilerin etkilenmesi gerekir. TTK.m.54/II hükmünde haksız rekabete ilişkin genel ilke gereği taraflar arasındaki rekabet ilişkisinin varlığı veya failin yarar sağlaması veya failin kusurlu olması veya haksız rekabete uğrayan kişinin zarar görmesi aranmamaktadır²⁶.

Haksız rekabete ilişkin hükümler rakipler arasındaki ve rakipler veya tedarik edenler ile müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen davranışları ve ticari uygulamaları kapsadığından Tüketici Hukukundaki ticari uygulamalara göre daha geniş kapsamlıdır.

22 ÜLGEN, Hüseyin /HELVACI, Mehmet /KAYA, Arslan /NOMER ERTAN, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış Baskı, İstanbul 2019, s.549.

23 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.554.

24 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN,s.556.

25 Ticari nitelik ile rekabet ortamı, piyasa, kısaca ticari hayatı etkileyen veya etkileme ihtimali olan davranış ve uygulamalar kastedildiğinden haksız rekabet sayılan bir fiilden söz etmek için tarafların mutlaka tacir olması, rekabet etme amacının bulunması veya bir kazanç sağlama amacının bulunması veya TTK.m.3,m. 19 anlamında ticari olması şart değildir. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.560.

26 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN,s.559,560.



TKHK.'da ve TRHTUY.'nde tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamaların esas alınmaktadır. Bununla birlikte dürüst rekabet ortamı doğrudan korunmamaktadır. Ancak tüketicilere yönelik dürüstlük kuralına aykırı olan ve aldatıcı olan uygulamalar, hukuka aykırı olduğundan TTK.m.54/II anlamında “ haksız rekabet “ sayılmalıdır. TKHK.m.62 hükmündeki haksız ticari uygulama konusundaki yasak aynı zamanda bir “haksız rekabet “ hali sayılır²⁷.

C. Avrupa Birliği Hukuku'nda ve Türk Tüketici Hukukunda Bir Ticari Uygulamanın Haksız Olmasının Belirlenme Şartları

1. Mesleki Özen Aykırılık

Avrupa Birliği Direktifi m. 2 h hükmüne göre “mesleki özen” ile dürüst piyasa uygulamalarına ve / veya faaliyet alanına ilişkin genel iyi niyet ilkesine uygun olarak, ticari uygulamada bulunanın tüketiciye karşı göstermesi beklenen makul bir uzmanlık düzeyi ve özen anlaşılmalıdır.

TRHTUY.'de mesleki özenin tanımı yapılmamıştır. Mesleki özenin dayanağı karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü ve dürüstlük kuralıdır²⁸. Ticari uygulama yapanın meslek ve yaptığı işin gerektirdiği mesleki özenin belirlenmesi için meslek kuruluşları ve uluslararası kuruluşlar tarafından belirlenmiş meslek etiği kuralları dikkate alınmalıdır²⁹. Ancak mesleki özen yükümlülüğünün kapsamı dürüstlük kuralından daha geniştir³⁰. Satıcı veya sağlayıcı tacir ise, mesleki özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü esas alınacaktır³¹.

2. Tüketicilerin Ekonomik Davranışlarını Önemli Ölçüde Bozması veya Bozma İhtimali

Avrupa Birliği Direktifi m.2 e hükmüne göre “tüketicinin ekonomik davranışında önemli değişiklik ile anlaşılması gereken “ tüketicinin bilinçli karar verme becerisini tehlikeye atacak ve sonuç olarak almayacağı bir ticari kararı almaya yönlendiren bir ticari uygulamanın kullanılması halidir. Tüketicilerin ekonomik çıkarlarının korunması tüketici politikasının önemli amaçlarından biridir. Haksız ticari uygulamalar nedeniyle tüketicilerin ekonomik çıkarları bozularak zarar gördüğü için yaptırımlar uygulanmaktadır.

27 ÖZER, s.4807 ; KOYUNCUOĞLU /ÖZKUL,s.214.

28 SELİM, s.933.

29 SELİM, s.933.

30 TOPÇUOĞLU, s.30.

31 TOPÇUOĞLU, s.30.



Türk Hukukunda ise TKHK.m.62 hükmünde ve TRHTUY. m.28 hükmünün tanımında bir ticari uygulamanın “haksız kabul edilmesi şartlarından biri olarak tüketicilerin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya bozma ihtimalinin olması aranmıştır.

3. Esas Alınan Ortalama Tüketicilerin Etkilenmesi veya Etkilenme İhtimali

Ticari uygulamada koruma altına alınan kişiler, ortalama düzeyde bilgi sahibi olan dikkatli tüketicilerdir. Ortalama tüketicinin tanımı, AB Direktifinde yer almazken Türk TRHTUY.’de bir tanım yapılmıştır. Özellikle tüketicilerin davranışlarını etkilemesinin belirli bir yoğunluğa ulaşması halinde diğer deyişle önemli olması halinde müdahale edilir³². Tüketiciler belirli özelliklere sahip bir grup değildir. Ortalama tüketicilerin beklentilerinin de ticari uygulamanın haksız olmasında etkisi göz önünde tutulmalıdır³³.

IV. ALDATICI TİCARİ UYGULAMALAR

A. Avrupa Birliği Hukuku’na Göre Aldatıcı Ticari Uygulamalar

1. Aldatıcı Eylemler

Aldatıcı ticari uygulamaların unsurları, ticari uygulamada aldatıcı bilgi bulunması, tüketicinin bu uygulama ile aldatılması veya aldatılma ihtimalinin bulunması ve bu aldatmanın tüketicinin kararını etkileyecek olması ve aldatmanın önemli hususlarda olmasıdır³⁴. AB Direktifi’nde yer alan aldatıcı ticari uygulamalar, yanlış veya aldatıcı ticari uygulamalar ve tüketicinin bilgilendirilme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak incelenmektedir³⁵.

AB Direktifi’nin m. 6/I hükmüne göre bir ticari uygulamanın gerçek dışı bilgiye sahip olması veya içerdiği bilgilerin doğru olsa dahi sunum olarak aldatıcı nitelikteyse bu ticari uygulama “aldatıcı” sayılmaktadır. Tüketiciyi aldatmada önemli sayılan hususlar, ürünün varlığı ve doğası, tacirin taahhütlerinin kapsamı, fiyatlarla ilgili hususlar, kişisel hususlar, tüketicinin hakları, diğer aldatıcı uygulamalardır.

Diğer aldatıcı uygulamalar ise AB Direktifi’nin m.6/II hükmünde düzenlenmiştir. Bir ürünün rakiplerin ürünlerinin, markalarının, ticari isimlerinin veya ayırt edici işaretlerinin karıştırılmasına neden olan karşılaştırmalı reklamlarla pazarlanmasına yönelik ticari uygulama olması

32 SELİM, s.938; TOPÇUOĞLU, s.31.

33 AKSOY, s.292.

34 AKSOY, s.298.

35 AKSOY, s.297.



(m.6/II a) ve ticari uygulamada yer alan yükümlülüğün kanıtlanabilir olmakla beraber amaçsal olmaması ve ticari uygulamada tacirin tabi olduğu kurala atfedilmesine rağmen tacirin bağlı olmayı üstlendiği davranış kuralının içerdiği yükümlülüklerle uymamasını içeren ticari uygulama (m.6/II b) ve ticari uygulamanın tüketicinin gerçekte almayacağı bir sözleşmesel karar almasına neden olması halinde bu uygulama “aldatıcı” kabul edilmektedir.

2. Aldatıcı İhmaller

Avrupa Birliği Direktifi'nin m. 7 hükmünde aldatıcı ihmaller düzenlenmiştir. Ticari ihmalin koşulları, özellikleri ve iletişim araçları dikkate alındığında ortalama tüketicinin ihtiyacı olan bilgilendirmenin ihmal edilmesi hallerinde tüketicilerin olağan şartlarda almayacağı kararları almasına neden olduğu veya neden olma ihtimali olduğu için ticari uygulamanın “aldatıcı nitelik” taşıdığı kabul edilmektedir (m.7/I).

Aldatıcı bilgilendirme ile anlaşılması gereken, ticari uygulamada bulunanın açık olmayan, anlaşılmaz, birden çok anlama gelen m.7/I'de önemli olduğu kabul edilen bilgilerden biri veya kimliği konusunda tüketiciyi aldatan veya söz konusu bilgileri veya ticari uygulamanın niyetini gizlemesi, tüketicinin almaya düşünmediği bir kararı almasına sebep olan veya olma ihtimali olan bilgilendirmelerdir (m.7/II).

Ticari uygulamada kullanılan iletişim araçlarının ticari uygulamada bulunanın yer veya zaman sınırlamasına zorlaması halinde, tüketicinin bilgilendirilmesi ile ilgili yükümlülüğün ihmal edilip edilmediği konusunda ticari uygulamada bulunanın aldığı gerekli önlemlere göre değerlendirme yapılır (m.7/III).

Ticari uygulamada bulunan tüketiciye yönelik satın alma çağrısında önemli bilgileri tüketicilere vermek durumundadır: Bu bilgiler, a- ürünün temel özellikleri, b-ticari uygulamada bulunanın ticaret unvanı, adresi, kimliği c- vergileri de içeren fiyatı gibi veya ürünün doğası gereği fiyatı önceden hesaplanamazsa fiyatın hesap edilmesi şekli, d- ticari uygulamada bulunanın mesleki özenden ayrılması halinde ödemelerin düzenlenmesi, dağıtım, ifası ve şikayetlerin incelenmesi şekilleri e- iptal veya geri çekme hakkını içeren ürünler ve işlemler için bu hakların varlığıdır (m.7/IV).

B. Türk Tüketici Hukukuna Göre Aldatıcı Ticari Uygulamalar

Türk Tüketici hukukunda ise TRHTUY.'nde aldatıcı ticari uygulamalar, aldatıcı eylemler ve aldatıcı ihmaller olarak ikiye ayrılmaktadır.



1. Aldatıcı Eylemler

Aldatıcı eylemler, TRHTUY. m.29 hükmünde aldatıcı eylemin tanımı ve aldatıcı eylem sayılan haller düzenlenmiştir.

Yanlış bilgi içeren veya verilen bilgiler esasen doğru olsa bile sunulduğuna dair bütün koşullar değerlendirildiğinde, ortalama tüketiciyi aldatan ya da aldatmaya elverişli olan ve bu suretle tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan ticari uygulamalar aldatıcı olarak kabul edilir (m.29/I). Yönetmelik düzenlemesindeki kriterlerde uygulamayı tereddütte bırakacak ifadeler yer alması AB Direktifi m.6/I hükmünden daha farklı şekilde düzenlenmiş olması doktrinde³⁶ kanımızca haklı olarak eleştirilmiştir. Yapılan bu tanımda aldatıcı eylemin tek başına ancak bütün koşullar değerlendirildiği takdirde “aldatıcı nitelik” taşıyacağı belirtilmektedir. İşte bilginin doğruluğunda şüphe yoksa hangi şartlar içinde değerlendirileceği tartışmaya açıktır. Hukuki güvenlik bakımından “aldatıcı olma” değerlendirilmesi yapılırken sınırlarının açıkça belirlenmesi kanımızca isabetli olacaktır.

Tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali olan şu eylemler: a) Bir mal ya da hizmetin varlığı, mahiyeti, tedariki, faydası, riski, uygulaması, içeriği, aksesuarları, satış sonrası hizmetleri, üretim yöntemi ve tarihi, ifası, amaca uygunluğu, miktarı, teknik özellikleri, menşei, kullanımından beklenen sonuçları, üzerlerinde yapılan test ve kontrollerin sonuçları, çevreye olan etkileri ve diğer önemli özellikleri, b) Ticari uygulamada bulunanın taahhütlerinin kapsamı, pazarlama sürecinin mahiyeti, sponsor desteği, yetkili otoriteler tarafından mal veya hizmetin onaylandığına ilişkin ifade veya sembolleri, c) Bir mal veya hizmetin fiyatı, fiyatının hesaplanma yöntemi, ödeme koşulları ya da belirli bir fiyat avantajı, ç) Tüketicinin sahip olduğu yasal haklar veya karşılaşılabileceği riskler, d) Bir mal veya hizmete ilişkin servis, yedek parça, değiştirme veya tamir hizmetleri, e) Ticari uygulamada bulunanın veya temsilcisinin; kimliği, mal varlığı, yetenekleri, statüsü, kurum veya kuruluşlara üyelik bilgileri, sahip olduğu ticari haklar, fikri ve sınai mülkiyet hakları, yetkili otoritelerden ödül ve nişan kazanmış olması gibi nitelikleri, sıfatları, unvanları ve diğer haklarının “aldatıcı eylem” olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir (TRHTUY.m.29/II).

Bir ticari uygulamanın, ortalama tüketicinin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya bozma ihtimali bulunması ve ayrıca a) rakibinin malı, hizmeti, markası veya diğer bir ayırt edici özelliği ile

36 SELİM, s.942.



karişıklığa sebep olması, b) ticari uygulamada bulunanın, bağlı olduğu meslek odaları ve benzeri kuruluşların ve varsa bunların üst kuruluşlarının, ilgili faaliyet alanına veya belirli bir ticari uygulamaya ilişkin düzenlemiş oldukları davranış kurallarında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi olasılıklarını içermesi hallerinde aldatıcı olduğu kabul edilmiştir (TRHTUY.m.29/III).

Doktrinde, Yönetmeliğin düzenlenişinde kriterler bakımından uygulamayı tereddütte bırakacak ifadeler içermesi kanımızca isabetli olarak eleştirilmiştir³⁷.

2. Aldatıcı İhmaller

Aldatıcı ihmaller TRHTUY.m.30 hükmünde aldatıcı ticari uygulamanın tanımı ve şartları düzenlenmiştir.

Bir ticari uygulamada bulunanın bir hukuki ilişki kurmak amacıyla tüketiciye yönelmiş olduğu öneride önemli bir bilgiyi gizlemesi, öneriyi tüketiciye anlaşılabilir bir şekilde veya uygun olmayan bir zamanda sunması, amacı açıkça belli olan ticari uygulamanın amacını tüketiciye bildirmemesi ve bu durumların ortalama bir tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açması ya da yol açma olasılığının bulunması halinde aldatıcı ihmalin mevcut olduğu kabul edilmektedir (TRHTUY.m.30/I). Bir önerinin aldatıcı ihmal olarak değerlendirilmesi için ticari uygulamayı yapan kişinin önemli bir bilgiyi gizlemesi veya önerinin tüketiciye anlaşılabilir şekilde sunulması veya önerinin tüketiciye uygun olmayan zamanda sunulması veya amacı açıkça belli olan uygulamanın amacının tüketiciye bildirilmemesi şartlarından birinin gerçekleşmesi halleri mevcut olmalıdır³⁸.

Bir ticari uygulamanın içerik ve şartlarının tüketiciye aktarılması için kullanılan iletişim aracının zamansal veya mekânsal sınırlamaları nedeniyle gerekli bilgilerin verilemediği hallerde, aldatıcı ihmalin var olup olmadığının değerlendirmesinin nasıl yapılacağı TRHTUY.m.30/II hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre söz konusu sınırlamalar ve ticari uygulamada bulunanın bilgiyi tüketicilere diğer araçlarla sunmak için aldığı önlemler dikkate alınarak aldatıcı ihmal olup olmadığı değerlendirilir (TRHTUY. m.30/II). Burada doğrudan iletişim aracının sağladığı imkanlarla ilgili bir düzenleme vardır. Bir ticari uygulamanın m.30/II anlamında haksız ticari uygulama olarak değerlendirilmesi için ticari uygulamanın içeriğinin ve şartlarının tüketiciye aktarılmış olması, bu aktarmada bir iletişim aracının kullanılmış olması ve bu aracın zaman

37 SELİM, s.943.

38 SELİM, s.944.



ve yer bakımından sınırlamaların olması ve bu sınırlamalar nedeniyle gerekli bilgilerin tüketiciye aktarılamaması şartları gerçekleşmelidir. Burada değerlendirme sürecine ilişkin yeterli hukuki belirliliğin olmaması doktrinde kanımızca da isabetli olarak eleştirilmiştir³⁹.

V. ALDATICI TİCARİ ÖRNEK UYGULAMALAR

A. Avrupa Birliği Hukukunda Aldatıcı Ticari Örnek Uygulamalar

Direktifin Ek I kısmında aldatıcı ticari uygulamalara 23 adet örnek uygulama belirtilmiştir. Bu listede belirtilen örnek uygulamalar, tüketicileri aldatma şekilleridir. Bunlar, tüketicilere ürünle ilgili gerçeğe aykırı iddiada bulunma, aldatıcı reklamlar ile piyasada bulunma, göstermelik satışlar yapma, sınırlı teklifle aldatma, satış sonrası gerçeğe aykırı servis diliyle aldatma, yasal olarak satılmayan ürünün reklamıyla aldatma, tüketicilerin kanuni haklarıyla ilgili yanlış bilgiler vererek aldatma, tüketicilerden ürünün reklamının gizlenmesi şeklinde aldatma, tüketicilerin güvenliğinin bozulacağı endişesi yaratarak aldatma, ürünün taklit olarak sunulması şeklinde aldatma, piramit hissesi oluşturarak aldatma, ticarete devam ettiği halde ticaretini durdurduğu veya başka yerde devam edeceği baskısıyla tüketicileri aldatma, ürünün şans oyunlarında kazandırdığını iddia ederek aldatma, ürünün gerçek olmadığı halde hastalıkları iyileştirdiği ve yararlı olduğu konusunda aldatma, piyasa şartları hakkında yanlış bilgiler vererek aldatma, ödüller vererek veya ödül olmasa da ticari uygulamada yarışma teklif edilerek tüketiciyi aldatma, ürünü kabul etmede, teslim almada, dağıtımda bedel ödemesinde ürünü bedava veya ücretsiz veya hediye olarak tanıtarak aldatma, aldatıcı sipariş formlarıyla aldatma, tacirin sözleşmeye aykırı olarak gerçeğe aykırı olarak işi, mesleği sanatı ile ilgili olmadığını belirtmesi, gerçeğe aykırı olarak satış sonrası servis hizmetinin yalnızca satışın yapıldığı ülkede değil tüm üye ülkelerde elde edileceği izlenimi yaratma gibi aldatma şekilleridir⁴⁰.

B. Türk Tüketici Hukukunda Aldatıcı Ticari Örnek Uygulamalar

Avrupa Birliği Direktifinde Ek I kısmında 23 adet sayılan aldatıcı ticari uygulamalardan 18 adedi aynen iç hukukumuza aktarılmıştır. TRHTUY.'nin ekinde haksız ticari uygulama kabul edilen örnek uygulamalar olarak aldatıcı ticari uygulamaların bir listesi sunulmuştur⁴¹. Bu listeye göre örnek uygulamalar şunlardır:

39 SELİM, s.945.

40 AKSOY, s. 303 vd.

41 SELİM, s.948.



- Ekonomik birliklere, meslek odaları ve kuruluşlarına, borsalara ve varsa bunların üst kuruluşlarına üye olunmamasına rağmen, kendini üye gibi tanıtmak ve bu tür kuruluşların düzenlemiş olduğu davranış kurallarına tabi olunduğunu iddia etmek.
- Yetkili otoritelerden gerekli izinleri almaksızın bir kalite işareti, güven işareti, çevresel işaret ya da benzerini kullanmak.
- Gerçeğe aykırı olarak bir davranış kuralının kurum veya kuruluşlarca onaylandığını iddia etmek.
- Gerçeğe aykırı olarak ticari uygulamaların veya bir mal ya da hizmetin kurum veya kuruluşlarca onaylandığını ya da bunlar için izin alındığını iddia etmek.
- Mal veya hizmetin özellikleri ve teklif edilen fiyat dikkate alındığında, ticari uygulamada bulunanın makul sayılabilecek bir süre ve miktarda söz konusu mal veya hizmeti ya da bunların muadillerini belirtilen fiyattan sunamayacağına veya başka bir yerden tedarik edemeyeceğine ilişkin yeterli bilgi sahibi olmasına rağmen, tüketiciyi bu konuda uyarmaksızın mal veya hizmetleri o fiyattan edinmeye davet etmek.
- Mal veya hizmetleri belirli bir fiyattan edinmeye davet ettikten sonra, başka bir mal veya hizmeti pazarlamak amacıyla; a) Davete konu olan mal veya hizmeti tüketiciye göstermeyi reddetmek, b) Söz konusu mal veya hizmete ilişkin siparişleri almayı ya da makul bir süre içinde ifa etmeyi reddetmek, c) Mal veya hizmetin ayıplı bir örneğini göstermek.
- Tüketicinin ani bir karar vermesini sağlamak ve bilinçli bir tercih yapması için gerekli fırsat veya zamandan mahrum bırakmak amacıyla, gerçeğe aykırı olarak bir mal veya hizmetin sadece çok kısıtlı bir süre içerisinde belirli şartlar altında sunulacağını belirtmek.
- Gerçeğe aykırı olarak bir mal veya hizmetin sunulmasının yasal olduğunu belirtmek ya da böyle bir izlenim oluşturmak.
- Kanunun tüketiciye tanıdığı hakları ticari uygulamada bulunanın önerisinin ayırt edici bir niteliği olarak göstermek.
- Tüketicinin mal veya hizmeti edinmemesi halinde kendisine ya da ailesine yönelecek olası bir tehlikenin varlığı, niteliği ve kapsamına ilişkin gerçek dışı bir iddiada bulunmak.
- Gerçeğe aykırı olarak, ticareti bırakmak, işyerini taşımak veya faaliyet konusunu değiştirmek üzere olduğunu iddia etmek.
- Belirli bir mal veya hizmetin şans oyunlarında kazanmayı kolaylaştırdığını iddia etmek.



- İlgili mevzuatına aykırı olarak bir mal veya hizmet hakkında sağlık beyanında bulunmak.
- Tüketiciyi, bir mal veya hizmeti normal piyasa şartlarından daha elverişsiz koşullarda almaya ikna etmek amacıyla mal ya da hizmetin piyasa koşulları veya piyasada bulunma olasılığı hakkında yanlış bilgilendirmek.
- Bir ticari uygulamada tanımlanmış bir ödül veya muadili belirtilemeksizin yarışma yapılacağını veya ödül verileceğini iddia etmek.
- Teslimat için yapılması gereken zorunlu ve makul masraflar haricinde tüketicinin bir malı edinebilmesi için ödeme yapması gerektiği durumlarda o mal için bedelsiz, bedava, ücretsiz veya bunun gibi tanımlamalarda bulunmak.
- Gerçeğe aykırı olarak kendi ticareti, işletmesi, zanaatı ya da mesleği ile ilgili olarak hareket etmediğini iddia etmek, bu doğrultuda izlenim oluşturmak veya kendisini tüketici olarak tanıtmak.
- Bir mala ilişkin satış sonrası servis hizmetlerinin Türkiye dışında başka ülkelerde de mevcut olduğuna ve bunlardan yararlanılabileceğine dair yanlış izlenim oluşturmak.
- (Ek:RG-31/8/2018-30521) Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak.

VI. SALDIRGAN TİCARİ UYGULAMALAR

A. Avrupa Birliği Hukukuna Göre Saldırgan Ticari Uygulamalar

AB Direktifim.8 hükmüne göre saldırgan ticari uygulamalar, bütün durumlar dikkate alındığında tacizle, baskıyla fiziksel güçle veya aşırı etki kullanarak ortalama tüketicinin seçme özgürlüğünü veya davranışını önemli ölçüde bozan veya bozma ihtimali olan ticari uygulamalar tüketiciye gerçekte almayacağı bir kararı almaya iten veya aldatma olasılığı taşıyan uygulamalardır. Bir uygulamanın saldırgan uygulama olması için saldırgan öğeler içermesi gereklidir. Özellikle tacirin tüketici karşısındaki güçlü konumunu kötüye kullanarak baskı yapması veya güçlü durumunu kötüye kullanmasa da tüketiciyi tehdit ederek bilinçli karar vermesini engelleyen uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır⁴². Bir uygulamanın saldırgan olmasında sindirme (harcelèment), zorlama (contrainte) ve aşırı etki (influence injustifié) içermesi gereklidir. Bu ciddi etki altında kalan tüketicinin seçme özgürlüğü veya davranışı bozulmalıdır.

42 AKSOY, s.310.



B. Türk Tüketici Hukukuna Göre Saldırgan Ticari Uygulamalar

TRHTUY. m.31 hükmünde saldırgan ticari uygulamanın tanımı ve şartları düzenlenmiştir.

Bir ticari uygulama, taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yoluyla ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozması halinde veya bozma olasılığı taşınması halinde ve tüketicinin bu sebeple normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması halinde saldırgan uygulama olarak kabul edilmektedir (TRHTUY.m.31/I). Böylece bir ticari uygulamanın “saldırgan” nitelik taşınması için taciz, fiziksel şiddet dahil cebir veya haksız tesir yoluyla gerçekleşmesi ve ortalama tüketicinin bir mal veya hizmetle ilgili davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozması veya bozma ihtimali taşınması ve tüketicinin bu sebeple normal şartlarda taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması şartları mevcut olmalıdır⁴³.

Bir ticari uygulamanın saldırgan olup olmadığı belirlenirken dikkate alınacak hususlar;

- ticari uygulamanın zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığı,
- ticari uygulamanın tehdit ya da hakaret içeren söz veya davranışlar içerip içermediği,
- tüketicinin muhakeme yeteneğini bozduğu bilinen doğal afet gibi bir felaket ya da aynı derecede bir başka durumun ticari uygulamada bulunan tarafından, tüketicinin mal veya hizmete ilişkin kararını etkilemek için kötüye kullanılıp kullanılmadığı,
- tüketicinin, sözleşmeyi feshetme ya da başka bir mala, hizmete veya ticari uygulamada bulunana yönelme gibi haklarını kullanmak istemesi karşısında, ticari uygulamada bulunan tarafından getirilen ağır veya orantısız sözleşme dışı bir engelin bulunup bulunmadığı,
- hukuka aykırı bir eylemde bulunulacağı tehdidinin olup olmadığı hususlarıdır (TRHTUY.m.31/II). Bu hükümle bir ticari uygulamanın saldırgan olup olmadığını belirlerken önem arz eden hususlar düzenlenmiştir.

43 SELİM, s.946.



VII. SALDIRGAN ÖRNEK TİCARİ UYGULAMALAR

A. Avrupa Birliği Hukukuna Göre Saldırgan Örnek Ticari Uygulamalar

Avrupa Birliği Direktifi m.24-31 hükümleri arasında her durumda haksız kabul edilen 8 adet saldırıgan ticari uygulama düzenlenmiştir. Bunlar, tacirin tüketicinin sözleşme kurulana kadar ayrılmayacağı izlenimi oluşturma, saldırıgan kapıdan satış yöntemleri, telefon, faks, e-mail, uzaktan medya araçlarıyla ısrarlı ve davetsiz tacizlerde bulunma, tüketicilerden makul olmayan taleplerde bulunma, çocuklara ilan edilen ürünleri almaları veya anne babalarını almaya ikna etme yönünde ilanlar yapma, tacirin acilen ödemeleri talep etmesi veya ertelemese veya ürünü geri istemesi, tüketicilere duygusal baskı yapılması ödül veya eşdeğer bir menfaat olmadığı halde tüketiciyi ödül kazanacağı yönünde izlenim uyandırma şeklinde görünebilir⁴⁴.

B. Türk Tüketici Hukukuna Göre Saldırgan Örnek Ticari Uygulamalar

TRHTUY ekinde haksız ticari uygulama kabul edilen saldırıgan ticari uygulamalar örnekleri liste halinde verilmiştir⁴⁵. Bu listeye göre örnek uygulamalar şunlardır:

- Ticari uygulamada bulunan ile tüketici arasında amaçlanan hukuki ilişki kurulana kadar tüketicinin işyerinden ayrılamayacağı izlenimini oluşturmak.
- Sözleşme yükümlülüğünü yerine getirme hali dışında, tüketicinin meskenini terk etme ve geri gelmeme yönündeki ikazlarına aldırmadan tüketicinin evine ziyaretler yapmaya devam etmek.
- Taraf olduğu bir hukuki ilişkiye dayanarak herhangi bir talepte bulunan tüketiciden, talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz etmesini istemek, ücret ödemesini talep etmek ya da sistematik olarak konuyla ilgili görüşmekten kaçınmak ve bu yollarla onu hukuki haklarını kullanmaktan caydırmaya çalışmak.
- Tüketiciyeye, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek.
- Ödül veya benzeri bir menfaat söz konusu olmamasına rağmen, tüketicinin bunları talep edebilmek için para ödemesi ya da bir masrafta bulunması gerektiği hallerde, bu ödül veya menfaati kazandığı, kazanacağı veya belirli bir eylemde bulunması halinde kazanacağı doğrultusunda yanlış izlenim oluşturmak.

44 AKSOY, s.314 vd.

45 SELİM, s.948.



VIII. TÜRK TÜKETİCİ HUKUKUNDA HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALARDA İSPAT YÜKÜ

TKHK.m.62/II hükmünde tüketiciler, haksız ticari uygulamayı ispatla yükümlü değildir. Tüketici, satıcı veya sağlayıcının mal veya hizmetin piyasada sunumu sürecinde iradesini etkileyen bilseydi kabul etmeyeceği bir ticari uygulamanın mevcut olduğunu ispat edecektir. Bununla birlikte tüketiciyi aldatan veya saldırgan ticari uygulamalar potansiyel olarak mesleki özene aykırılık sayıldığından bunları tüketici ispatla yükümlü değildir⁴⁶. Böylece ispat yükü yer değiştirmiştir. Haksız rekabette ispat yükü iddia edene ait iken, TKHK. m.62/II hükmü gereği satıcı veya sağlayıcı, uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispat etmek zorundadır⁴⁷. Satıcı veya sağlayıcı, iddia edilen eylem veya ihmalin hiç olmadığını veya kendisine atfedilmeyeceğini ispatlamalıdır. Kanımızca, ticari uygulamada bulunanın haksız ticari uygulamada bulunmadığının ispat yükü altında olması tüketici lehine olmuştur⁴⁸.

Satıcı veya sağlayıcı, bir ticari uygulamada TRHTUY.m.28 hükmündeki şartlar var ise ticari uygulamanın mesleki özene uygun olduğunu ve ortalama tüketicinin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozmadığını veya bozma ihtimalinin olmadığını ispatla yükümlüdür. Ancak TKHK.m.62/IV hükmünde ve TRHTUY. m.29, m.30, m.31 hükümlerinde her halükarda "haksız" kabul edilen ticari uygulamaların aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz⁴⁹. Bu türdeki ticari uygulamaların tüketicinin ekonomik davranışını önemli ölçüde bozmadığını veya bozma ihtimali olmadığını kanıtlanması kabul edilmemektedir.

IX. TÜRK TÜKETİCİ HUKUKUNDA HAKSIZ TİCARİ UYGULAMA HALİNDE YAPTIRIMLAR

Haksız ticari uygulamaların hukuki sonuçları TKHK.'da idari ve hukuki yaptırımlar olarak düzenlemelere bağlanmıştır. TKHK.'da haksız ticari uygulama yasağına aykırılık halinde hukuki sonuçları düzenleyen ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. TKHK.'da sadece idari yaptırımların düzenlenmiş olması nedeniyle haksız ticari uygulama yasağının tam olarak tüketicilerin korunmasında etkili olmayacağı görüşü⁵⁰ ileri sürülmüştür.

46 TOPÇUOĞLU, s. 39; ÖZER, s.4835.

47 ÖZER, s.4835; TOPÇUOĞLU, s. 39.

48 CEYLAN, yenilikler, s.150; CEYLAN, 6502, s.133.

49 ÖZER, s.4835; TOPÇUOĞLU, s. 40.

50 ÖZER, s.4841.



A. Hukuki Yaptırımlar

TKHK.m.62'de düzenlenen haksız ticari uygulama yasağı aynı zamanda TTK.m.54/II hükmündeki haksız rekabet hali olarak kabul edilmektedir⁵¹. Ayrıca TRHTUY.'nin ekinde sayılan örnekler de TTK.m.55'de belirtilen haksız rekabet hallerindedir.

Tüketiciler, haksız ticari uygulama ile karşılaştığında bu uygulamanın haksız rekabet olup olmadığının tespitini, önlenmesini, ortadan kaldırılmasını isteyebilir (TTK.m.56/I a, b, c). Haksız rekabetin tespiti davasında haksız rekabet failinin kusuru aranmaz⁵². Haksız rekabeti oluşturan fiilin veya halen devam eden fiilin sona erdirilmesi talep edilebilir veya gerçekleşmesi veya tekrarı muhtemel bir haksız rekabet fiilinin önlenmesi için de talepte bulunmak mümkündür⁵³. Haksız rekabet sebebiyle haksız rekabetin sonucu olan durumun ortadan kaldırılması, yanlış beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi ve tecavüzün önlenmesi için, haksız rekabetin işlenmesinde etkili araçların imhası için de eski hale iade davası açılabilir⁵⁴. Ayrıca tüketiciler haksız ticari uygulama sonucunda bir zarar görmüşlerse ticari uygulamada bulunan kusurlu olması şartıyla maddi tazminat ve /veya manevi tazminat da talep edebilirler (TTK.m.56/ I d, e). Haksız rekabet sayılan bir fiil veya davranış veya uygulama ile maddi zarar arasında uygun illiyet bağı var ise maddi tazminat talep edebilirler. Önemli bir özellik ise maddi tazminat olarak haksız rekabet sonucunda davalının elde ettiği menfaatin karşılığının elde edilme imkanı bulunmaktadır⁵⁵. Haksız rekabet fiili veya uygulaması nedeniyle tüketicilerin kişilik hakları zedelenmesi halinde manevi tazminat talep etmek de mümkündür. Tespit davası, önleme davası ve eski hale iade talepleri zamanaşımına tabi değildir⁵⁶. Ancak maddi tazminat ve manevi tazminat talepleri bir ve üç yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir (TTK.m.60). Haksız rekabet fiili aynı zamanda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur.

Tüketiciler haksız ticari uygulama nedeniyle görevli mahkeme olan tüketici mahkemesinde dava açabilirler (TKHK.m.73/I).

51 ÖZER, s.4838.

52 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER, ERTAN, s.603.

53 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER, ERTAN, s.605.

54 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER, ERTAN,s.606.

55 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER, ERTAN,s.608.

56 ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER, ERTAN,s.618.



Bir ticari uygulamada gerçeğe aykırı olarak bir malın veya hizmetin belirli özelliklere sahip olduğu ve ya olmadığı ve bu nedenle malın veya hizmetin ayıplı olması halinde tüketiciler, ayıplı mal veya ayıplı hizmet hallerinde sahip oldukları hakları haksız ticari uygulamada bulunana karşı ileri sürebilirler.

TBK. m.36'da düzenlenen aldatma ve m.37'de düzenlenen korkutma hükümleri tüketicilerin iradelerinin aldatılma veya korkutulma altında vermeleri hallerinde başvurulabilecek diğer koruyucu hükümlerdir⁵⁷. Eğer tüketicinin kurduğu sözleşme aldatılma veya korkutulma etkisi altında yapılmışsa -diğer bir deyişle uygun illiyet bağının varlığı halinde - TBK.m.39 hükmü gereği tüketicinin kurulan sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmesi ve doğan zararının karşılanmasını talep etmesi imkânı vardır. Bu hükümlerin uygulanması için, aldatıcı davranışların kasten yapılmış olması ve tüketicilerin bir sözleşme kurmuş olmaları gereklidir.

B. İdari Yaptırımlar

Reklam Kurulu, TKHK.m.63/İ hükmüne göre haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi koruyan düzenlemeler yapmaya, bu hususlar çerçevesinde inceleme yapmaya ve gerektiğinde denetim yapmaya yetkili mercidir. Reklam Kurulunun idari yapısı, çalışma usul ve esasları Reklam Kurulu Yönetmeliği'nde⁵⁸ düzenlenmiştir.

Reklam Kurulu bu görevini re'sen veya tüketicilerin başvurusu üzerine yerine getirebilir. Reklam Kurulu, TKHK.m.77/XIII hükmü gereği ticari uygulamanın hukuka aykırılığını tespit ederse bu uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulmasını, durdurulmasını ve /veya haksız ticari uygulamada bulunan kişiye idari para cezası verilmesine karar verebilir. İdari yaptırım kararlarına karşı idari yargı yoluna işlemin tebliğinden itibaren 30 gün içinde dava açılır. Ancak iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz (TKHK.m.78/II).

TRHTUY.m.32 hükmüne göre, bu Yönetmeliğe uygun olmayan ticari uygulamanın daha sonra telafi edilmesi, ticari uygulamada bulunanın tespit edilen aykırılığa ilişkin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu hükmün katıldığı görüşe göre⁵⁹ ticari uygulamada bulunanın sorumluluğu hakkında bir düzenleme olduğu için Yönetmelik yerine TKHK.'da yer alması daha isabetli olurdu. Yaptırım kararı Reklam Kurulu tarafından verilmekte, Ticaret Bakanlığı tarafından uygulanmaktadır.

57 NÖMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Onbeşinci Bası, İstanbul 2017, s. 96 vd.

58 RG. T. 03.07.2014 S.29049.

59 ÖZER, s.4838; BIÇAKÇI, Levent, Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bilgi Notu, <http://www.leventbicakci.com/ticari.pdf> (erişim tarihi : 19.12.2019)



SONUÇ

Haksız ticari uygulamalar, malların veya hizmetlerin tedarik edilmesi, satılması veya sunumu sırasında tüketicinin özgürce karar verme iradesini etkileyen dürüstlük kuralına aykırı eylemlerdir. Haksız ticari uygulamalar nedeniyle tüketiciler büyük zarar görmektedir. Bu nedenle tüketicilerin bu eylemlere karşı korunmaları için tüketicileri koruyacak tedbirlerin alınması gereklidir. Aldatıcı veya saldırgan nitelik taşıyan ticari uygulamalar “ haksız” ticari uygulama olarak gerek Avrupa Birliği Hukukunda gerekse Türk Hukukunda kabul edilmektedir. Ticari uygulamada bulunanların tüketicinin kararını etkileyecek haksız olan her türlü uygulaması TKHK. ve TRHTUY.’de yasaklanmıştır. Uygulamada Yönetmelik hükümlerinin temel ilkelerin kısa ve öz şekilde ifade edilmesi yolu yerine çok detaylı şekilde belirtilmiş olması çeşitli zorluklara ve farklı yorumlara neden olmaktadır.

Ticari uygulama ile ilgili kurallar emredici nitelik taşımaktadır. Ticari uygulamada bulunan kişinin kusuru olmasa da sorumluluğu doğmaktadır. Mesleki özen yükümlülüğünün gereği olarak ticari uygulamada bulunanların mal ve hizmet ile ilişkiye geçen tüketicinin iradesini etkileyecek konularda doğru bilgi vererek tüketiciyi aydınlatmaları gerekir.

Ticari uygulamada bulunanların piyasada mal satarken veya hizmet sunarken mesleki özene uygun şekilde hareket etmeleri gerekir. Ticari uygulamaların, ortalama tüketicinin mal ve hizmete ilişkin ekonomik davranış şeklini bozmaması gerekir. Ticari uygulamaların yasaklanmasının sebebi, tüketicilerin piyasada özgür şekilde ve hiçbir etki altında kalmadan karar vermesini sağlamaktır. Tüketicilerin ekonomik çıkarlarının korunması tüketici politikasının önemli amaçlarındandır.

Haksız ticari uygulamalar nedeniyle tüketicilerin ekonomik çıkarları bozularak zarar gördüğü için idari ve hukuki çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır. Satıcı veya sağlayıcı, bu yaptırımlardan kurtulabilmek için iddia edilen eylem veya ihmalin hiç olmadığını veya kendisine atfedilmeyeceğini ispatlamalıdır. Kanımızca, ticari uygulamada bulunanın haksız ticari uygulamada bulunmadığını ispat yükü altında olması tüketici lehine olmuştur.



KAYNAKLAR

AKSOY Mehmet Ali, 2005/29 /AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C.LXXIII**, S. 1, s.279-318.

ASLAN İ. Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, Bursa 2014.

ASLAN İ. Yılmaz, **Bankacılar İçin Tüketici Hukuku**, İstanbul 2016 ("bankacılar")

ATAMER Yeşim M., Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını, **Tüketicinin Korunması Semineri**, Editör : Yrd. Doç. Dr. Ebru CEYLAN, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 21-32.

AYDOĞDU Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ankara 2015.

BIÇAKÇI Levent, Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bilgi Notu, <http://www.leventbicakci.com/ticari.pdf> (erişim tarihi: 19.12.2019).

CEYLAN Ebru, **6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler**, İstanbul 2015. ("6502").

CEYLAN Ebru, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler, **İstanbul Barosu Dergisi**, Mart- Nisan Sayısı, C.89,2015/2, s. 76-178 ("yenilikler").

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara 2019.

IŞIK Özer, Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Hükümlerin İncelenmesi, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 165 s. 4744 vd.

İNAL Tamer, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2014.

KARA İlhan, **Tüketici Hukuku**, Ankara 2015.

KOYUNCUOĞLU Hikmet/ÖZKUL Zeynep, Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku, **İstanbul Barosu Dergisi** Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel sayı, C.88, 2014, S. 1, s.211-221.

NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş On beşinci Bası, İstanbul 2017.



SELİM Ali, Haksız Ticari Uygulamalar, **Tüketici Hukuku Davaları**, Ankara 2017, s. 925-948.

TOPÇUOĞLU Metin, Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, S. 24, Ocak 2016, s. 15-57.

ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış Bası, İstanbul 2019.

ZEVKLİLER Aydın / ÖZEL Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2016.



UAD İRAN/ABD DAVASI İHTİYATİ TEDBİRLER KARARININ PRIMA FACIE YETKİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(*The Analysis of the ICJ's Order on Provisional Measures in Iran v.
USA Case in Terms of Prima Facie Jurisdiction*)

Prof. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN¹

ÖZ

1979 Devriminden sonra ABD-İran ilişkilerine ihtilaf ve çatışmalar damga vurmuştur. ABD, siyasi ve askeri tedbirlerin yanında ambargo uygulayarak İran'ı nükleer programı ve Orta Doğu politikasından vazgeçmeye zorlamıştır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarına rağmen ABD'nin 2018 Mayıs'ında ambargo uygulamasını yeniden başlatması üzerine İran 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşmasına dayanarak Uluslararası Adalet Divanına başvurmuş ve Divandan esasla ilgili karar almadan önce Amerikan ambargosunun kaldırılmasına yönelik ihtiyati tedbirler almasını talep etmiştir. Divan 3 Ekim 2018'de verdiği kararda İran'ın ihtiyati tedbirler talebini büyük ölçüde haklı bularak ABD'den tıbbi malzemeler, yiyecek ve tarım ürünleri ve sivil uçakların bakımı ve yedek parçalarının satışı ve bunlarla ilgili mali muameleleri kısıtlayan veya yasaklayan tedbirleri kaldırmasını istemiştir. Divan ihtiyati tedbirler kararı alırken birtakım kıstasları dikkate almaktadır. Bunlar arasında öncelikli ve en önemlisi davanın esasıyla ilgili *prima facie* yetkisinin bulunmasıdır. Divanın bu davada verdiği *prima facie* yetki kararı önceki kararlarına nazaran daha fazla tartışmalı noktalar ihtiva etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası yargı, UAD, İhtiyati tedbirler, Prima facie yetki, İran/ABD 1955 Andlaşmasının İhlali Davası.

ABSTRACT

US-Iran relations after the 1979 Revolution have been tainted by disputes and conflicts. The US has enforced Iran to give up its nuclear program as well as its policy towards Middle East by imposing embargo along with political and military measures. Following the US decision in May 2018 to resume embargo, Iran brought the matter to the ICJ on the basis of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights and requested to indicate provisional measures before the judgment on the merits. The Court delivered its decision on 3 October 2018 mostly in favor of Iran's requests and required the US to remove the measures regarding

1 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, mehmet.cagiran@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4961-4436.



the export of medicines and medical devices, foodstuffs and agricultural commodities, and spare parts and associated services necessary for civil aviation and financial transactions thereof. The ICJ indicates provisional measures on the basis of some criteria the most important and primary of which is the *prima facie* jurisdiction to rule on the merits of the case. The Court's conclusion in this case that, *prima facie*, it has jurisdiction pursuant to the 1955 Treaty includes more controversial points as compared to its previous decisions on the same matter.

Keywords: International jurisdiction, ICJ, Provisional measures, Prima facie jurisdiction, Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. USA)

GİRİŞ VE MAKALENİN KONUSU

ABD-İnan ilişkileri 1979 İnan Devriminden sonra ihtilaf ve çatışmaların damga vurduğu bir seyir izlemeye devam etmektedir. İki devlet arasındaki sürekli kriz durumu siyasi, diplomatik hatta zaman zaman askeri çatışmalardan ibaret kalmamış, bunların çoğunlukla hukuki plana yansımaları da olmuştur. Uluslararası hukukta meselelerin yargı yoluyla çözümü ilgili tarafların rızasına bağlı olduğundan nadiren devreye girebilen bir usul olmasına rağmen İnan-ABD arasındaki ihtilaflar Cezayir Anlaşmasıyla (1981) kurulan Tazminat Mahkemesinde olduğu gibi başka türlü bir çözüm yolu bulunamadığından veya çoğunlukla da daha önce verilmiş taahhütlerin bir sonucu olarak Uluslararası Adalet Divanının (UAD) önüne götürülmüştür. 1979 Devriminden hemen sonra başlayan rehinelere krizini ele alan Tahran'daki Amerikan Diplomatik ve Konsolosluk Personeli Davası, İnan yolcu uçağının Amerikan füzeleriyle düşürülmesiyle ilgili 3 Temmuz 1988 Hava Olayı Davası (1989), ABD'nin Basra Körfezindeki İnan petrol tesislerine yönelik hava saldırısının sonuçlarını konu edinen Petrol Platformları Davası (1992), Bazı İnan Varlıkları Davası (2016) ve son olarak 2018 yılında iki devlet arasında akdedilmiş olan 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşmasının (1955 Andlaşması)² ihlali iddiasının görüldüğü dava bunların başlıcalarıdır.

Ambargo³ teknik olarak bir devletin başka bir devlete veya devletlere mal satmaktan imtina etmesi veya kısıtlamalar getirmesidir. Geniş

2 İncelediğimiz davanın konusunu ve hukuki çerçevesini teşkil eden bu andlaşma yazının devamında 1955 Andlaşması şeklinde anılacaktır.

3 ABD'nin İnan'a (ve diğer ülkelere) karşı uyguladığı tek taraflı tedbirler yaygın olarak "yaptırım" (müeyyide/sanction) terimiyle ifade edilmektedir. Müeyyide teriminin Amerikan tedbirlerinin meşruluğunu ima etmesi, hukuken yerinde bir kullanım olmaması ve de bu tür tedbirleri daha iyi tanımlaması dolayısıyla "ambargo" terimini tercih ediyoruz.



anlamda ise alım-satım dâhil her türlü ticari ve mali ilişkiyi kesen veya kısıtlayan tedbirleri ifade etmektedir.⁴ Ambargo ve benzeri tedbirlerin dostça uygulamalar olmadıkları ve devletler arasındaki ilişkilerin müspet yönde gelişmesine zarar verdikleri açıktır. Fakat bu tür tedbirlerin mutlaka hukuka aykırı oldukları da söylenemez. Andlaşma veya başka bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan bir yükümlülük söz konusu değilse, bir devletin diğerleriyle siyasi, iktisadi, ticari veya diğer alanlarda ilişki kurmak veya sürdürmek zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ambargo ABD'nin en önemli ve en fazla başvurduğu dış politika araçlarından birisidir. BM Genel Kurulunun 1997 yılında hazırladığı bir rapora göre ABD 75 devlete karşı ambargo tedbirleri uygulamaktadır.⁵ Dolayısıyla, ABD'nin düşman devletler arasında ilk sırada saydığı İran'ın söz konusu tedbirlerin sürekli hedeflerinden birisi olması şaşırtıcı değildir.⁶ İran'a karşı ambargonun kapsamı ilişkilerin durumuna göre genişleyip daralmaktadır. ABD ambargo tedbirlerine çoğu zaman müttefiklerinin ve diğer bazı devletlerin katılımını da sağlayarak tek taraflı uygulamasına kolektif bir görünüm kazandırmaktadır. Kimi zaman ise, 2000'li yılların başında İran'ın nükleer enerji programıyla ilgili taahhütlerini aksatması sonucu alınan kararlarda olduğu gibi hukuku ve tabii ki dönemin siyasi şartlarını kullanarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyini (BMGK) devreye sokmakta, böylece her halükarda tek taraflı uygulayabilmekte olduğu tedbirleri hukuki planda daha sağlam temelli, pratik açıdan da bütün devletlerin zorunlu katılımıyla daha etkili hale getirmiş olmaktadır.

4 Uluslararası hukukta ambargo teriminin anlamı ve kapsamı üzerine bk. L. Dubouis, "L'embargo dans la pratique contemporaine, *Annuaire française de droit international*, 1967, s. 101; R.B. Lillich (Ed.), *Economic Coercition and the New International Economic Order*, Charlottesville, 1976; Actes du Colloque de 1984 de la Société Belge de Droit International, *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985.

5 Bu devletlerde yaşayan insan sayısı dünya nüfusunun yaklaşık yarısını oluşturmaktadır. Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, Report of the Secretary-General, A/54/486, 21 Ekim 1999. x Bu rapor Genel Kurulun 18 Aralık 1997 tarihli 52/181 sayılı kararına istinaden hazırlanmıştır. (A/RES/52/181, 4 Şubat 1998) Amerikan ambargosuna hedef olan ülkelerin sayısı dönemlere göre değişmekle birlikte 1997 rakamlarından büyük sapmalar söz konusu değildir.

6 İran ambargosunun kapsamı bilhassa 1984 yılından itibaren aşamalarla genişletilmiş ve 1995 yılındaki Başkanlık Kararnamesini (*Executive Order*) takiben 1996 yılında Kongrenin kabul ettiği kanunla uygulama esasları belirlenmiştir. (**Iran and Libya Sanctions Act of 1996**, Public Law 104-172 Aug. 5, 1996, 110 Stat. 1541-1551). 1996 Kanununda ambargo tedbirlerinin gerekçesi olarak İran'ın kitle imha silahları ve fırlatma araçlarına sahip olma çabalarının ve uluslararası terörizme verdiği desteğin Amerikan ulusal güvenliğine ve dış politika menfaatlerine aykırı olduğu belirtilmektedir.



Nitekim 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşmasının İhlali İddiaları Davasına (İnan/ABD)⁷ konu olan tedbirlerin başlangıcı da BMGK'nın 2006 yılından itibaren aldığı bir dizi karara dayanmaktadır.⁸ BMGK kararlarında İnan'ın nükleer programı uluslararası barış ve güvenlik için tehdit kabul edilmekte ve bu tehdidi ortadan kaldırmak için doğrudan veya dolaylı olarak İnan'ın nükleer kapasitesine ve savunma sanayiine katkıda bulunacak başta enerji sektörü olmak üzere mal ve hizmet ticaretini, teknoloji transferini, mali ilişkileri kısıtlayan tedbirler alınmaktadır. Bu şekilde BMGK ABD'nin tek taraflı uygulamakta olduğu ambargoyu birtakım insani konularda istisnalar getirerek teyit etmiş olmaktadır. Ambargo uygulaması 2015 yılına kadar devam etmiştir. Bu yılda BMGK daimi üyesi 5 devlet ve bunlara katılan Almanya ve AB temsilcisiyle İnan arasında yapılan görüşmeler sonuç vermiş ve kabul edilen Kapsamlı Ortak Eylem Planı (Plan) ile durumun normalleşmesi kararlaştırılmıştır. Plan bir yandan İnan'ın nükleer programının barışçı amaçlar taşıdığından tamamen emin olunmasını sağlayacak şekilde Uluslararası Atom Enerjisi Ajansının nezaretinde sıkı denetim tedbirleri öngörmekte, öte yandan İnan'ın denetim altına girme taahhüdü karşılığında BMGK'nin almış olduğu ve bunun yanında BMGK dışında da münferiden veya kolektif olarak uygulanan zorlama tedbirlerinin kaldırılacağını beyan etmektedir. İnan ile P5+2 arasındaki mutabakat BMGK tarafından zaman geçirmeden 2231 (2015) sayılı kararla teyit edilmiştir. Anılan karar önceki kararlardaki zorlama tedbirlerine şartlı olarak son verirken İnan'dan Planı tamamen ve zamanında uygulamasını talep etmektedir. Keza ABD 2016 başında 16 Ocak 2016 tarih ve 13716 sayılı Başkanlık Kararnamesiyle İnan'a nükleer programı dolayısıyla uygulanan tedbirleri büyük ölçüde kaldırmıştır.

Aradan iki yıl geçtikten sonra Başkan Trump 8 Mayıs 2018 tarihinde yaptığı açıklamayla İnan'ın taahhütlerini yerine getirmediğini gerekçe göstererek ABD'nin Plana katılmaktan vazgeçtiğini ve Plan çerçevesinde kaldırdığı ambargo tedbirlerini en geç 180 gün içerisinde tekrar yürürlüğe koyacağını belirtmiştir.⁹ OFAC¹⁰ Başkan Trump'ın talimatı doğrultusunda

7 Bu dava yazının devamında kolaylık sağlaması açısından İnan/ABD Davası olarak anılacaktır.

8 S/RES/1696 (2006), S/RES/1737 (2006), S/RES/1747 (2007), S/RES/1803 (2008), S/RES/1835 (2008), S/RES/1929 (2010).

9 İnan'ın iddiasına göre bazı tedbirler (mesela, yolcu uçakları ve yedek parçalarının İnan'a satışının yasaklanması) 6 Ağustostan önce uygulamaya konulmuştur. *Application instituting proceedings* (bundan sonra "Application" olarak anılacaktır), 16 July 2018, § 21-26. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20180716-APP-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 9 Kasım 2018).

10 *Office of Foreign Assets Control*. ABD Hazinesinde ambargo uygulamalarının idaresiyle görevli birimdir.



iki aşamalı bir uygulama planı yapmıştır. Buna göre 90 gün sonra (6 Ağustos 2018) mali ilişkiler başta olmak üzere yolcu uçağı, otomotiv sektörü, bunlarla ilgili yedek parçalar ve hizmetler dâhil olmak İran'la yapılacak ticarete yasaklar getirilmektedir. 6 Kasım 2018'de biten 180 günlük mühletin sonunda ise tedbirler hemen her türlü ticari ilişkiyi kapsayacak şekilde genişletilmektedir. İkinci grup tedbirlerle birlikte sadece daha önceden Plan vesilesiyle kaldırılan tedbirlerin yeniden uygulamaya konulmasıyla yetinilmemiş, Amerikan yetkililerin beyanıyla tarihin en kapsamlı ambargosu devreye sokulmuştur.¹¹

ABD bu tedbirleri almaya hazırlanırken İran ABD ile aralarındaki 1955 Andlaşmasına dayanarak 16 Temmuz 2018'de UAD'ye başvurmuştur. İran başvurusunda ABD'nin kararlaştırdığı tedbirlerin 1955 Andlaşmasına aykırı olduğunun tespit edilmesini talep etmiştir.¹² İran aynı gün verdiği bir başka dilekçede Divandan ihtiyati tedbirler¹³ almasını istemiştir.¹⁴ Divan İç Tüzüğü gereği¹⁵ öncelikle ihtiyati tedbir talebini ele almış, tarafların yazılı ve sözlü mütalaasını değerlendirdikten sonra 3 Ekim

11 6 Ağustos ve 6 Kasım 2018 tarihlerinde iki aşamalı olarak yürürlüğe konulan ambargo tedbirlerinin hukuki çerçevesi ve kapsamı 6 Ağustos 2018 tarih ve 13846 sayılı Başkanlık Kararnamesinde düzenlenmektedir.

12 *Application*, § 50. İran'ın başvurusunda bunun yanında kararın geri alınması, gelecekte benzer ihlallerin tekrarlanmayacağına karşı garanti verilmesi ve tazminat talebi yer almaktadır.

13 "İhtiyati tedbirler" terimini Divan Statüsünde geçen "provisional measures" (İng.) ve "mesures conservatoires" (Fr.) karşılığı olarak kullanıyoruz. Türkçe literatürde aynı tedbirler için "Geçici tedbirler" ifadesi de kullanılmaktadır.

14 *Request for the indication of provisional measures*. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20180716-REQ-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 9 Kasım 2018). Divan İç Tüzüğüne göre ihtiyati tedbirler başvurusunda talebin sebepleri, tedbirlerin alınmaması halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar ve talep edilen tedbirler belirtilmelidir (Madde 73, § 2). İran Divandan dava sonuçlanana kadar şu tedbirlerin alınmasını talep etmiştir (Request for the indication of provisional measures, § 42): "a- ABD, ülke dışı müeyyideler de dâhil olmak üzere 8 Mayıs tarihli bütün müeyyidelerin uygulanmasının askıya alınmasını sağlamak amacıyla kendi tasarrufundaki bütün tedbirleri almalı ve Divana sunulan ihtilafın ağırlaşmasına veya uzamasına yol açabilecek daha sonra alacağını beyan ettiği müeyyide ve tedbirleri tatbik etmek veya tatbik etmek tehdidinden kaçınmalıdır; b- ABD, bilhassa yolcu uçağı, uçak yedek parçaları ve donanımlarının satışı veya kiralanması için hâlihazırda genel olarak veya özel lisans verilmiş muamelelerin tam olarak yerine getirilmesine derhal izin vermelidir; c- ABD, yukarıdaki a ve b paragrafları gereğince yaptıklarıyla ilgili Divana 3 ay içerisinde rapor vermelidir; d- ABD, Divanın ihtiyati tedbir kararına uyacağına dair İran, ABD ve ABD dışındaki diğer devlet vatandaşlarına ve şirketlerine garanti vermesi; İran'la ve İran vatandaşları veya şirketleriyle ekonomik ilişkileri bulunan Amerikalı veya Amerikalı olmayan şahıslar ve birimleri caydıracak her türlü beyan ve davranışı durdurmalıdır; e- ABD, Divanın esasla ilgili vereceği kararla bağlantılı olarak İran ve İran vatandaşları veya şirketlerinin 1955 andlaşmasından kaynaklanan haklarına zarar verebilecek herhangi başka tedbiri almaktan imtina etmelidir."

15 Madde 74, § 1: "İhtiyati tedbirler alınması talebinin diğer bütün davalara göre önceliği vardır".



2018’de bu husustaki kararını açıklamıştır.¹⁶ Kararda Divan oybirliğiyle İnan’ın talebini yerinde görerek 1955 Andlaşmasından kaynaklanan yükümlülükleri gereği ABD’nin 8 Mayıs kararıyla İnan’a ilaç ve tıbbi araçlar, yiyecek maddeleri ve tarım ürünleri, sivil havacılığın güvenliği için gerekli olan yedek parçalar, ekipman ve ilgili servisler sağlanmasına getirdiği kısıtlamaları kaldırmasını; ve bu sayılan mal ve hizmetlerle ilgili lisans ve izinlerin verilmesini, keza ödemeler ve diğer fon transferlerinin kısıtlanmamasını öngörmektedir. ABD Divanının kararına rağmen ambargo tedbirlerini önceden ilan ettiği şekilde uygulamaya koymuştur. Öte yandan İnan-ABD Davasının esasıyla ilgili süreç başlamış ve devam etmektedir.

ABD’nin ambargo uygulaması İnan’la ikili ilişkilerinin ötesinde diğer devletler ve BM, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı gibi değişik aktörler ile BMGK kararları, “soft law” enstrümanı (Plan)¹⁷, ikili ve çok taraflı taahhütler gibi çok farklı hukuki düzenlemenin işin içerisine girdiği karmaşık ve halen süregiden bir durumun parçasını oluşturmaktadır. Keza bu tür durumlarda sıklıkla olduğu gibi siyasetle hukuk iç içe geçmiştir. Söz konusu durumu bütün unsurlarıyla ele alıp incelemek takdir edileceği üzere birden fazla geniş kapsamlı çalışmayı gerektirmektedir. Makalemizin konusu UAD’nin 3 Ekim 2018 tarihli ihtiyati tedbirler kararı (Karar) ile sınırlıdır. Kararın İnan-Amerikan ilişkilerinde belirleyici rol oynadığını söylemek abartılı bir değerlendirme olacaktır; fakat konusu itibariyle (tek taraflı ambargo tedbirleri ilk kez ihtiyati tedbir talebine konu olmuştur) ve Divanın tartışmaya açık yorumları bakımından dikkat çekicidir.

Divanın ihtiyati tedbirler alma yetkisi Statünün 41. maddesi ile İç Tüzüğü’nün 73-78. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁸ Ancak, anılan

16 *Alleged Violations of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, Order, ICJ Reports 2018*. Bundan sonra kısaca Karar olarak anılacaktır.

17 Divan önündeki duruşmalarda taraflar Planı “soft law” olarak nitelendirmiştir.

18 Aslında UAD (ve diğer uluslararası yargı organları) yargılamaya işlevlerinin bir parçası olarak Statü veya bir başka belgede belirtilmese de zımnen ihtiyati tedbirler alma yetkisine sahiptir. C. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, s. 348; K. Oellers-Frahm, “Article 41”, *The Statute of International Court of Justice – A Commentary*, 2nd edition, (Eds) A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C.J. Tams, Oxford University Press, 2012, s. 1212. Collins de ihtiyati tedbir alma yetkisinin kaynağının genel hukuk ilkesi olduğunu söylemektedir: “The interim protection of rights is no doubt one of those general principles of law common to all legal systems”. L. Collins, “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *Hague Recueil* (1992), s. 23 ve 214-216. UAD ve selefi USAD değişik vesilelerle ihtiyati tedbirlere başvurmuştur. Oellers-Frahm’ın 2011 yılına kadarki uygulamayı kapsayan tablosunu (*ibid*, s. 1249-1255) güncelleyerek belirtecek olursak, USAD döneminde 6 ayrı davada ihtiyati tedbirler talebi olmuş ve bunlardan ikisinde Divan tedbir uygulamaya karar vermiştir. UAD döneminde ise ihtiyati tedbirler 38 davada gündeme gelmiş, bunlardan 14’ünde talep reddedilmiştir. İhtiyati tedbir taleplerinin 2000’li yıllarda geçmişle kıyaslanmayacak şekilde artış göstermesi dikkat çekicidir (Taleplerin yarısı – 19 adet – bu döneme aittir).



maddeler genel ifadelerle Divanın ihtiyati tedbir alabileceğini söylemekle yetinmektedir: “Divan, durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi ihtiyati tedbirlerin alınması gerektiğini belirtme yetkisine sahiptir”. İhtiyati tedbirlere hangi şartlarda veya hangi kıstaslara göre karar verileceği zaman içerisinde Divanın değişik vesilelerle aldığı kararlarla belirlenmiştir ve belirlenmeye de devam etmektedir. Devam eden bir süreç söz konusudur, zira Divanın bu hususta artık yerleşmiş kıstasların (mesela, *prima facie* yetki) yanında, bilhassa son yirmi yıldır sayısı önceki döneme nazaran bariz bir şekilde artan ihtiyati tedbir kararlarıyla bazı yeni ölçülerin de (mesela, kabul edilebilirlik) ortaya çıkmaya başladığı görülmektedir. Keza pratiğin bolluğu ve çeşitliliği şimdiye dek ihtiyati tedbirler kararlarına yön veren genel kabul görmüş kavramların da yeni durumlara göre sorgulanmasına ve yorumlanmasına yol açmıştır. Kısacası, ihtiyati tedbirlere karar verirken Divanın dayandığı zemin görüldüğü kadar veya olması gerektiği kadar istikrar bulmuş değildir. Bu durumun en önemli sonuçlarından birisi incelediğimiz İran/ ABD Kararında da görüleceği üzere ihtiyati tedbir kararlarının Divanın yetki ve esasla ilgili kararlarına göre çok daha fazla tartışmaya açık nokta ihtiva etmesidir. Zeminin kayganlığına rağmen genel olarak şunu söyleyebiliriz ki bütün ihtiyati tedbir taleplerinin incelenmesi esas itibarıyla şu 3 kıstas üzerinden yapılmaktadır: i – davayı esastan görme hususunda Divanın *prima facie* yetkili olması; ii – alınacak ihtiyati tedbirlerin dava konusu haklarla bağlantılı olması; iii – telafisi imkânsız bir zarar riskinin bulunması ve acil bir durumun söz konusu olması.¹⁹

Bu üç kıstas sadece ihtiyati tedbirler yargılamasını değil, aynı zamanda doktrinde ihtiyati tedbirler analizini de yönetmektedir. Biz bu makalede anılan kıstaslardan ilki ve en belirleyici olan *prima facie* yetki kıstasının Divan tarafından İran/ABD Davasında nasıl uygulandığını ele alıp değerlendireceğiz. Birbirleriyle bağlantılı olmakla birlikte kıstasların olayın farklı yönleriyle ilgili olması ve Divanın ihtiyati tedbirleri kararlarında her birini ayrı incelemesi içlerinden bir tanesinin münferit bir çalışma konusu olmasına imkân vermektedir.

19 Lando 5 şart saymakta ve bunların gerçekleşmesi halinde Divanın kendisine tanınan ihtiyati tedbir alma yetkisini kullandığını belirtmektedir: i- *prima facie* yetki; ii- telafisi imkânsız bir zarar riski; iii- acil bir durum; iv- talep edilen tedbirlerle korunmak istenen haklar arasında bir bağlantının bulunması; v- korunması istenen hakların kabul edilebilir olması. (Son dönemlerde gündeme gelen kabul edilebilirlik şartı veya kıstasını biz tedbirlerle dava konusu haklar arasındaki ilişki bağlamında değerlendiriyoruz.) M. Lando, “Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice”, **Leiden Journal of International Law** (2018), 31, s. 641-2. Aynı zamanda bk. S. Oda, “Provisional measures – The Practice of International Court of Justice”, **Fifty years of the International Court of Justice – Essays in honor of Sir Robert Jennings**, Cambridge University Press 1996, s. 551.



I. DİVANIN PRIMA FACIE YETKİSİNİN TEMELLERİ

İhtiyati tedbirlerin sebebi tarafların dava konusu olan haklarının içeriğinin dava sonuçlanıncaya kadar çığnenip ortadan kalkmasına engel olarak Divanın vereceği nihai kararın boşa çıkmamasını sağlamaktır.²⁰ Önceki Divan Başkanlarından Hâkim Elias Divanın geçmiş kararlarından hareketle ihtiyati tedbirlerin konu ve kapsamını şu şekilde özetlemektedir:

“(a) Durumun kötüleşmesi veya uzamasını önlemek için *status quo ante*’in korunması – bu tedbirler ‘Divana sunulan ihtilafın konusunu oluşturan hakları korumaya yöneliktir’.²¹

(b) Divanın kararına kadar tarafların haklarını korumak.²²

(c) Tedbirler nihai kararın etkili olmasını sağlamada kesinlikle gerekli olmanın ötesinde başka bir şey ihtiva etmemelidir; bir başka ifadeyle geçici dönemde kararı hükümsüz kılabilecek hiçbir şey yapılmamalıdır.

(d) Şüphesiz ki Divan herhangi bir tarafın teklifinin dışında en uygun gördüğü kararı verebilir.”²³

Divan ihtiyati tedbirlere resen veya tarafların talebi üzerine başvurabilir. Her halükarda tedbirlerin alınıp alınmaması ve muhtevası Divanın takdirine bağlıdır. Ancak, bu hususta Divan oldukça hassas bir konumda bulunmaktadır. Zira incelemekte olduğumuz İnan/ABD Davasında olduğu gibi ihtiyati tedbir talebi genellikle davanın başlangıç aşamasında yapılmaktadır ve Divan davaya esastan bakmaya yetkili olduğuna henüz karar vermemiştir. *Anglo-Iranian Oil Company* Davasında alınan ihtiyati tedbir kararına muhalefet şerhi koyan hâkimlerin belirttiği gibi “Divan yetkisini tarafların rızasından almaktadır; Divan sadece tarafların kabul ettiği ölçüde yetkilidir. Madde 41’in Divana verdiği yetki şartsız değildir; davanın yürütülmesi amacıyla verilmiştir ve bununla sınırlıdır. Davanın esasıyla ilgili yetki yoksa, geçici koruma tedbirleri almak için de yetki olamaz.”²⁴ Divanın davaya bakmaya yetkili olup olmadığı henüz belli değildir, fakat öte yandan acil bir durum söz konusudur, dolayısıyla esasla ilgili aşamaya geçmeden öncelikle ihtiyati tedbirler talebinin

20 **Bosnia Genocide Convention**, Order, ICJ Reports 1993, § 34; **LaGrand**, Order, ICJ Reports 1999, § 22.

21 *The Polish Agrarian Reform and the German minority* (Application for the indication of interim measures of protection), Order, PCIJ Series A/B, No 58, 1933, s. 177.

22 *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, Order, PCIJ Series A, No 8, 1927, s. 6.

23 T.O. Elias, **The International Court of Justice and some contemporary problems**, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 70-71.

24 *Anglo-Iranian Oil Company*, Order (Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha), ICJ Reports 1951, s. 97.



değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda Divanın esasla ilgili yetki kararının ne olacağına bağlı olarak taraflardan birisinin (veya bazı durumlarda her ikisinin) alınan tedbirler sebebiyle mağdur olma riski vardır, çünkü daha sonra yetkisizlik kararı verilmesi halinde Divan ilgili tarafın veya tarafların rızası olmadan hareket etmiş ve onların egemenlik alanlarına müdahale etmiş olmaktadır.²⁵ Riski tamamen değilse bile, bir ölçüde ortadan kaldırmanın yolu olarak Divan içtihadında *prima facie* yetki kıstası geliştirilmiştir. Buna göre, Divan bir davada ihtiyati tedbirler kararı almadan önce o davaya esastan bakmaya *prima facie* yetkili olduğunu ortaya koymalıdır.²⁶ Tersinden söyleyecek olursak, “yetkili olduğunu gösteren hiçbir temel yoksa veya dava açıkça kabul edilemez nitelikteyse, Divan geçici tedbirlerle ilgili yetkisini kullanamaz”.²⁷ Nitekim Divanın *prima facie* yetkili olmadığı gerekçesiyle ihtiyati tedbir talebini reddettiği örnekler bulunmaktadır.²⁸

Divan *prima facie* yetki kıstasını ilk kez İzlanda Balıkçılık Davası (1972) ve hemen ertesi yıl Nükleer Denemeler Davasında (1973) kullanmıştır. Bu davalarda verilen kararlarda *prima facie* yetki kıstası şöyle tanımlanmıştır:

“İhtiyati tedbirler almadan önce Divan davanın esasıyla ilgili yetkisi konusunda kesin kanaat getirmek zorunda değildir; fakat başvuruçunun ileri sürdüğü hükümlerin Divanın yetkisine *prima facie* temel teşkil edebileceği belli olmadan bu tedbirleri almamalıdır”.²⁹

Prima facie kıstası müteakip davalarda aynı veya benzer ifadelerle bir ön şart olarak tekrarlanmıştır. Son yıllardan birkaç örnekle hatırlatacak olursak, Divan Belirli Belge ve Verilere El Konulması ve Tutulmasına Dair Meseleler Davasında (Doğu Timor v. Avustralya) (2014), Muafiyetler ve Cezai Takibat Davasında (Ekvator Ginesi v. France) (2016), 2017 yılında

25 Institut de Droit International, *Provisional Measures – Preparatory Work*, Yearbook 2017, s. 297-298. Gerçi Divanın uygulamalarına bakıldığında ihtiyati tedbirlerin uygulanmasını istedikten sonra esasla ilgili yetkisizlik kararı verdiği tek örnek bulunmaktadır. Divan *Anglo-Iranian Oil Company* Davasında ihtiyati tedbir kararı almış (Order, ICJ Reports 1951, s. 93-94), fakat bir yıl sonra 1952’de davaya bakmaya yetkili olmadığına hükmetmiştir (Judgment, ICJ Reports 1952, s. 115).

26 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Order, ICJ Reports 1984, § 24; *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*, Order, ICJ Reports 2014, § 18.

27 C. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, op. cit., s. 352. Yazar, ihtiyati tedbirler için *prima facie* yetkinin gerekliliği konusunda diğer uluslararası yargı organlarının da aynı görüşte olduğundan hareketle bunun bir genel hukuk ilkesi olduğunu söylemektedir. *Ibid*, s. 357.

28 *Legality of Use of Force*, ICJ Reports 1999, § 45; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*, Order, ICJ Reports 2002, §§ 89 ve 94.

29 *Icelandic Fisheries*, Jurisdiction, Order, ICJ Reports 1972, § 18; *Nuclear Tests*, Order, ICJ Reports 1973, § 13.



Jadhav Davasında (Hindistan v. Pakistan) ve bir yıl sonra İnan-ABD Davasında ihtiyati tedbirlere karar verirken başlangıç noktası olarak artık klasikleşen bu formüle müracaat etmiştir:

“Divan ihtiyati tedbirlere yalnızca, başvuruçunun dayandığı hükümlerin yetkisine temel teşkil edebileceği *prima facie* belli olması halinde karar verebilir, fakat bunu yaparken davanın esasıyla ilgili yetkili olduğuna dair kesin bir şekilde kanaat getirmesi gerekmez.”³⁰

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere *prima facie* kıstası başvuruçunun esasla ilgili yetkinin temeli olarak gösterdiği hukuki dayanakların genel olarak incelenmesini gerektirmektedir. İnan başvurusuna dayanak olarak Statü madde 36 (1) ile 1955 Andlaşması madde XXI (2)’yi göstermiştir.³¹ Statünün anılan hükmü akdedilen bir andlaşmayla ilgili ihtilafların o andlaşmanın içinde yer alan özel hüküm (*compromissory clause*) gereği Divana sunulabileceğine dairdir. 1955 Andlaşması Divanı yetkilendiren böyle bir hüküm ihtiva ettiğinden Statü madde 36 (1)’in sağlam bir dayanak olduğu kolaylıkla söylenebilir. Bu sebeple Divan *prima facie* yetki incelemesini başvuruda yetkiye özel dayanak olarak gösterilen 1955 Andlaşması madde XXI (2) üzerinden yapmıştır. Söz konusu paragraf (2) şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Yüksek akit taraflar arasında işbu andlaşmanın yorumu veya uygulanmasına dair diplomasi yoluyla tatmin edici bir şekilde halledilmeyen herhangi bir ihtilaf, taraflar başka barışçı yollarla çözüm için anlaşmazlarsa, UAD’ye sunulacaktır”.

Buna göre tarafların Divan önüne gelebilmeleri için aralarında bir ihtilafın olması, bu ihtilafın 1955 Andlaşmasıyla ilgili olması ve diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilememiş olması gerekir. Nitekim anılan hükmün Divanın yargılama yetkisine temel oluşturup oluşturmadığı yazılı ve sözlü aşamalarda ve Kararda bu üç nokta üzerinden tartışılmıştır. İlk iki nokta tek bir soru altında birleştirilebilir: Taraflar arasında 1955 Andlaşmasının yorum veya uygulanmasına dair bir ihtilaf var mıdır? Dolayısıyla 1955 Andlaşması madde XXI (2)’nin Divana *prima facie* yetki verip vermediğiyle ilgili tarafların ve Divanın görüşlerini bu soru ve diplomatik çözüm şartı çerçevesinde iki başlık altında değerlendirebiliriz.

30 Jadhav, Order, ICJ Reports 2017, § 15; İnan-ABD Davası, § 24. Buradaki ifadeler Divanın ihtiyati tedbirlere alma yetkisini davaya taraf olanların talebiyle irtibatlandırmakla birlikte, Statünün 41. maddesinde yer alan “durumun gerektirdiğine hükmederse” ibaresi ve İç Tüzüğü’nün bu husustaki ilgili hükmüne (madde 75, § 1) göre Divan tarafların talebi olmadan da herhangi bir zamanda kendiliğinden (*proprio motu*) karar verebilir. LaGrand, Order, ICJ Reports 1999, § 21.

31 Application, § 3.



II. İHTİLAFIN VARLIĞI VE KONUSU

UAD Statüsünün “Divanın Yetkisi” başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 38. madde Divanın görevini “kendisine sunulan ihtilafları” çözmek olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla bir ihtilafın varlığı yargılama yetkisinin ilk şartını oluşturmaktadır. Bu sebeple Divan verdiği ilk kararlarından birisinde ihtilafтан ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Sonraki kararlarda teyit edilen tanıma göre “ihtilaf iki şahıs arasında hukuki veya fiili (olaylarla ilgili) bir nokta üzerinde anlaşmazlık, hukuki görüşlere veya menfaatlere dair fikir ayrılığıdır”.³² Bir ihtilafın varlığı objektif olarak tespit edilebilir. Mesela bir andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği üzerine iki taraf açıkça zıt fikirlere sahipse, böyle bir durumda Divan bir uluslararası ihtilafın ortaya çıkmış olduğu sonucuna varır.³³ İncelediğimiz davada taraflar aralarında bir ihtilafın bulunduğu hususunda hemfikirdir, fakat mevcut ihtilafın konusu üzerinde farklı görüşlere sahiptir.³⁴

UAD yargılamasında benzer bir durum Güç Kullanmanın Meşruiyeti Davasında söz konusu olmuştu. Yugoslavya Divana yaptığı başvuruda ve bunu müteakip ihtiyati tedbirler talebinde NATO üyesi 10 devletin 1999’da ülkesine yönelik hava bombardımanını halkını kısmen veya tamamen yok edecek kasıtlı bir saldırı olarak nitelendirerek Soykırım Sözleşmesi (1948) bağlamında anılan devletlerle arasında bir ihtilafın olduğunu ileri sürmüştü. Buna karşılık Divan, *prima facie* bir değerlendirmede bile, bir ihtilafın var olduğunu söylemek için bir tarafın 1948 Sözleşmesinin uygulanacağını, diğer tarafın ise bunun tersini iddia etmesinin yeterli olmadığını belirtmiş; karşılıklı iddiaların ötesinde var olduğu iddia edilen ihtilafın konusunu belirlemenin önemli olduğuna işaret ederek ihtilafın varlığına karar vermek için şu iki soruya cevap aramıştır: Yugoslavya’nın şikâyet ettiği ihlaller 1948 Sözleşmesinin kapsamına giriyor mu? İlk sorunun cevabına bağlı olarak, bu Sözleşmenin Divana yargı yetkisi veren IX. maddesi uyarınca Divan bu ihtilaf üzerinde *ratione materiae* yetkili mi?³⁵ Aynı sorular *mutatis mutandis* İran/ABD Davasında da sorulmuştur: ambargo tedbirleri 1955 Andlaşması kapsamına giriyor mu ve konu itibarıyla Divanın bu hususta yargı yetkisi var mı? İhtilafın konusuyla ilgili tartışmalar bu iki soru etrafında gelişmiştir.

Tartışmalara geçmeden yukarıda verilen bilgilerden hareketle “ihtilafın konusu” ifadesiyle ilgili kısa bir açıklama yapmak faydalı olacaktır.

32 *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Series A, No. 2, s. 11.

33 *Interpretation of Peace Treaties*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, s. 74.

34 Karar, § 29.

35 *Legality of Use of Force*, Order, ICJ Reports 1999, § 38.



İhtilaf bir tarafın tutum veya davranışlarının diğer tarafça hukuka aykırı, yani belirli yükümlülüklerin ihlali olarak nitelenmesinden doğmaktadır. Dolayısıyla ihtilafın konusu denilince içine zincirleme olarak şikâyet edilen davranış, bu davranışın hukuka aykırılığını (veya uygunluğunu) belirleyen yükümlülükler, bu yükümlülüklerin kaynağını oluşturan akdi veya genel hukuk kuralları girmektedir. İhlalin varlığı ve bundan doğan sorumlulukların tespitinde hukuki çerçeveyi yükümlülüklerin kaynağını oluşturan akdi veya genel hukuk kuralları oluşturmaktadır. Davranışlar hangi hukuki çerçeveye göre ihlal olarak nitelendirilebiliyorsa o hukuki çerçeve temel ihtilafın konusunu ve kapsamını da belirler. O yüzden Güç Kullanmanın Meşruiyeti Davasında ihtilafın konusu ve kapsamını belirlemek için şikâyet edilen fiiller 1948 Sözleşmesine, İran/ABD Davasında da 1955 Sözleşmesine göre değerlendirilmiştir. Güç Kullanmanın Meşruiyeti Davasında şikâyet konusu eylemler 1948 Sözleşmesine göre ihlal teşkil etmediğinden (soykırım suçu oluşturmadığından) Divan önüne getirilen ihtilafın konusu 1948 Sözleşmesi değildir. NATO üyesi devletlerin hava bombardımanı başka akdi veya genel uluslararası hukuk kurallarına aykırı olabilir; bu hususta taraflar arasındaki görüş ayrılığı da bir ihtilafdır, fakat bu, Divan önüne getirilenden başka bir ihtilafdır. Aynı şekilde, İran/ABD Davasında taraflardan birisi diğerinin eylemlerini (ambargo uygulaması) 1955 Andlaşmasının ihlali olarak nitelendirmekte, diğeri ise aşağıda değerlendireceğimiz değişik gerekçelerle aksini savunmaktadır. Divanın yargı yetkisi 1955 Andlaşmasına dayandığından ihtilafın gerçek konusunun tespiti “Şikâyet edilen eylemler bu Andlaşmaya göre ihlal oluşturuyor mu?” sorusunun cevabına bağlıdır.

İran, ABD'nin 8 Mayıs 2018 tarihli kararla önceden uygulamakta olduğu ve Planın kabulüyle askıya aldığı ambargo tedbirlerini kapsamını genişleterek yeniden yürürlüğe koymakla 1955 Andlaşmasının muhtelif hükümlerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İran'a göre ABD 1955 Andlaşmasının şu hükümlerini ihlal etmektedir:

- diğer tarafın vatandaşlarına ve şirketlerine karşı adil muamelede bulunmak; İran vatandaşlarının ve şirketlerinin kazanılmış hak ve menfaatlerine zarar verecek ayrımcı muamelelerin yasaklanması (madde IV, § 1);
- tarafların arasında ödemelere, para havalelerine ve diğer fon transferlerine kısıtlama getirilmesinin yasaklanması (madde VII, § 1);
- taraflar arasındaki ihracat ve ithalata konu olan mallarla ilgili gümrük vergisi ve diğer tür formaliteler bakımından üçüncü ülkelere aynı mallarla ilgili yapılan muameleden daha az elverişli muamele yapılmaması (madde VIII, §§ 1-2);



- tarafların karşılıklı olarak vatandaşları ve şirketlerine üçüncü ülkelerin vatandaşları ve şirketlerinden daha az elverişli muamele yapılmaması (madde IX, §§ 2-3);
- tarafların ülkeleri arasında ticaret ve seyrüsefer serbestliğinin garanti edilmesi (madde X, § 1).³⁶

Dolayısıyla, İran'a göre ihtilaf "1955 Andlaşmasının ihlalini oluşturan 8 Mayıs 2018 tarihli kararıyla İran'ı, İranlı şirketleri ve/veya İran vatandaşlarını doğrudan veya dolaylı hedef alan kapsamlı sözde 'müeyyidelerin' ve kısıtlayıcı tedbirlerin ABD tarafından yeniden konulması ve ağırlaştırılacağı ilan edilmesiyle ilgilidir".³⁷ İran ihtilafın konusunu bu şekilde tanımlarken Divan Statüsü madde 40 ve İç Tüzük madde 38'e atıfta bulunarak bir davada "ihtilafın konu ve kapsamının sadece başvuru dilekçesiyle belirlendiğini" ileri sürmektedir.³⁸ Bu hususta dilekçenin tek belirleyici olduğunu söylemesine rağmen, tartışmaya açık noktaların bulunması halinde ihtilafın sınırlarının çizilmesi ve konusunun tam olarak belirlenmesinde Divanın gerekli müdahalelerde bulunabileceğini de kabul etmektedir. Yine de İran'a göre Divan bunu yaparken, önceki kararlarında kabul ettiği üzere, dilekçedeki formülasyonu özellikle dikkate almalıdır. Fakat burada ihtilafın konusu net olarak tanımlandığından Divanın müdahalesine gerek yoktur.³⁹

Amerikan tarafı ise İran'la olan ihtilafını tamamen farklı bir zemine oturtmaktadır. ABD'ye göre, duruşmalar başlamadan Divana yetki itirazında bulunmak için gönderilen mektupta belirtildiği gibi, "İran'ın başvurusu ve ihtiyati tedbirler talebindeki bütün unsurlar Plandan kaynaklanmaktadır".⁴⁰ İran ihtiyati tedbir talebi dilekçesinde Divandan 8 Mayıs müeyyidelerinin uygulanmasının askıya alınmasına karar vermesini talep ederken⁴¹ amacı ABD'nin Plana taraf olduğu dönemdeki durumun yeniden tesis edilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla, İran'ın iddiaları münhasıran Planla ilgilidir ve iki devlet arasındaki ihtilaf da Planın uygulanması üzerinedir. Plan yargı yoluyla çözüm şartı

36 *Application*, §§ 40-49.

37 *Application*, § 1 (Subject of the dispute). İran başvuru dilekçesinin ikinci paragrafında ilk parafında tanımladığı ihtilafın konusuna açıklama getirmektedir: "Bu başvuru [İran'ın Divan'a başvurusu] münhasıran ABD'nin daha önce Planla bağlantılı olarak kaldırmaya karar verdiği 8 Mayıs müeyyidelerini tam olarak yeniden yürürlüğe koymasından ve ilave müeyyideler de koyacağını ilan etmesinden kaynaklanan uluslararası hukuka aykırı fiilleriyle ilgilidir."

38 Söz konusu maddelerin ilk paragraflarında kısaca başvuru dilekçesinde ihtilafın konusunun ve ihtilafın taraflarının gösterilmesinin gerektiği yer almaktadır.

39 CR 2018/16 (Verbatim Record), s. 30-32, §§ 5-10.

40 Karar, § 12.

41 *Request for the indication of provisional measures*, § 42, a.



öngörmediğinden İnan ihtilafı başka bir bağlama taşıyarak Divanın yargı yetkisi için temel oluşturmaya çalışmaktadır.⁴²

İhtilafın konusunun belirlenmesi tartışmasında İnan'ın iddiası Divanın yargı yetkisinin temeli ve sınırlarının ilgili tarafların rızasına bağlı olmasını öngören temel kural ve geçmiş kararlarda yapılan değerlendirmeler ışığında esas itibarıyla yerinde görünmektedir. Ancak, kendi dilekçesindeki tanımlamanın netliğinden hareketle Divanın bu tanıma sadık kalması gerektiği görüşü eksiktir. Divan belirsizlikler veya görüş farklılıkları olması halinde dava konusunun belirlenmesine müdahale ederken İnan'ın ileri sürdüğünün ötesinde "ne sadece dilekçedeki şartlarla kendini sınırlandırmak ne de daha genel olarak başvuru konusunun iddialarıyla kendini bağlı görmek" durumunda değildir. "Tarafların ihtilafın nasıl tanımlanacağı üzerine anlaşamadıkları durumlarda, özel anlaşmayla açılan davalarda bile Divan bütün ilgili enstrümanları inceledikten sonra önüne getirilen uyuşmazlığın konusunu kendisi için belirlemiştir. [...] Daha önce verdiği kararlar göstermektedir ki Divan ihtilafın konusunu belirlerken kendisini başvuru konusunun formülasyonu ile sınırlamaz."⁴³ Yukarıda belirttiğimiz üzere taraflar ihtilafın konusu hakkında tamamen farklı düşünmektedir. Bu durumda Divanın Amerikan iddialarını bir tarafa bırakarak sadece İnan'ın tanımını dikkate alması kendi uygulamasına ters düşer. Zaten Divan da İnan'ın iddia ettiği ihlallerin, yani ambargo tedbirlerinin 1955 Andlaşmasının kapsamına girip girmediğini tespit ederken her iki tarafın iddialarını göz önünde tutarak değerlendirme yapmıştır.

Tarafların iddialarına bakıldığında ihtilafın konusunun belirlenmesi meselesi uygulanan (ve Ekim 2019'dan sonra uygulanacak⁴⁴ ilave) ambargo tedbirlerinin 1955 Andlaşmasına aykırı olup olmadığı sorusunda düğümlenmektedir. ABD'nin Planı ihtilafın konusu olarak göstermek istemesi Planın bağlayıcı bir belge olmaması ve yargı yoluyla çözümü devre dışı bırakmasındandır. Fakat ABD'nin Plan argümanının ikna edici olabilmesi için İnan'ın şikâyet ettiği tedbirlerin *sadece ve sadece* Planla ilgili olduğunun ortaya konulması gerekir. Aksi takdirde, İnan'ın iddiaları ile Plan arasında doğrudan bir bağlantının varlığı kabul edilse dahi,⁴⁵

42 CR 2018/17, s. 13-14, §§ 14-18.

43 *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Judgment (Jurisdiction), *ICJ Reports 1998*, §§ 29-30.

44 Divanda İnan'ın ihtiyati tedbirler talebi görüldüğü tarihte (Sözlü duruşmalar 27 Ağustos 2019'da başlamış ve Divan ihtiyati tedbirler kararını 3 Ekim 2019'da açıklamıştır.) ABD ikinci grup ambargo tedbirlerini henüz yürürlüğe sokmadığından gelecek zaman kipi kullanılmaktadır.

45 Ki İnan da böyle bir bağlantının bulunduğunu kabul etmektedir: "Bu olayla Planın ilgisiz olduğu söylenemez. Fakat bu ilgi ABD'nin ileri sürdüğü şekilde değildir: Plan sadece itiraz edilen müeyyidelerin alındığı bağlamdır; ABD'nin [Plandan] çekilmesi [...] hiçbir şekilde



ambargo uygulamasının yeniden başlatılması Planda varılan mutabakat dışında aynı zamanda başka belgelerde yer alan yükümlülükleri de ihlal edebilir. Ambargonun Plan veya başka bir şekilde öngörülen yükümlülükleri ihlal etmesi ayrı, 1955 Andlaşmasını ihlal etmesi ayrı şeylerdir. Bu ihlallerin hepsi birlikte tek bir davaya konu olabileceği gibi, ayrı ayrı da değerlendirilebilir. Burada da İran ambargonun sebep olduğu diğer tür ihlalleri tamamen bir tarafa bırakarak yalnızca 1955 Andlaşmasından doğan haklarını korumak için hareket ettiğini hem dava dilekçesinde hem duruşmalarda açık bir şekilde belirtmektedir.⁴⁶ Nitekim Divan, Amerikan tarafının bu hususta yeterli açıklama getiremediğini de dikkate alarak şikâyet konusu ambargo tedbirlerinin Planla bağlantılı olmasının 1955 Andlaşmasının kapsamına girmesine engel teşkil etmediği tespitinde bulunmuştur.⁴⁷

A. Nükleer Maddeler İstisnası

Ancak, ihtilafın 1955 Andlaşmasının yorum ve uygulamasına dair olduğunu söyleyebilmek için Andlaşmada tarafların yükümlüklerini belirli durumlarda sınırlandıran veya tamamen ortadan kaldıran özel hükümler varsa onların da dikkate alınması gerekir. 1955 Andlaşması madde XX (1)'de bu tür hükümler vardır ve ABD birincisine nazaran daha sağlam görünen ikinci argümanını bu hükümlere dayandırmaktadır. ABD'ye göre İran'ın iddialarına konu olan ambargo tedbirleri 1955 Andlaşması madde XX (1) uyarınca Andlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. ABD paragraf (1)'in özellikle (b) ve (d) bentlerine atıfta bulunmaktadır. Söz konusu bentlere göre

“İşbu Andlaşma şu tedbirlerin uygulanmasını engellemez: (b) atomları bölünebilir maddeler (*fissionable materials*), bunların radyoaktif yan ürünleri veya kaynaklarıyla ilgili olanlar; (d) taraflardan birisinin

İran'ın size sunduğu ihtilafın konusu değildir”. CR 2018/16, s. 30, § 6. Yine İran başvuru dilekçesinde açıkça belirtmektedir ki “işbu başvuru münhasıran ABD'nin daha önce Planla bağlantılı olarak kaldırdığı 8 Mayıs müeyyidelerinin yeniden tam etkili bir şekilde yürürlüğe koyma kararının sonucu olan haksız fiillerle ilgilidir”. Application, § 2.

46 İran temsilcisi duruşmaların ikinci aşamasında bu hususu bir kez daha vurgulama ihtiyacı duymuştur: “Sayın hâkimler, rakibimiz ne pahasına olursa sizi, bizim Divana Planın uygulanmasına (veya daha ziyade uygulanmamasına) dair bir ihtilaf sunduğumuz hususunda ikna etmek istemekte ve haklı olarak sizin [Planla ilgili ihtilafa] bakma yetkiniz olmadığını savunmaktadır. İstiyorlar ki biz size ABD'nin bu belgeden çekilmesinin meşruiyetiyle ilgili başvurmuş olalım. Oysa durum böyle değil; çekilmelerinin bu davayla bir ilgisi yok: davalı devletin 8 Mayıs'ta verdiği müeyyideleri tekrar uygulama kararını haklı göstermek için bu belgenin belirli hükümlerine dayanabilmesi veya dayanamaması ister meşru isterse gayrimeşru olsun bu durum önümüzdeki davanın görülmesi ve halli bakımından önemli değildir, zira bu davanın konusu yeniden uygulamaya konulan müeyyidelerin 1955 Andlaşmasıyla bağdaşıp bağdaşmadığıdır”. CR 2018/18, s. 10, § 1.

47 Karar, §§ 38-39.



uluslararası barış ve güvenliğin idamesi veya yeniden tesisiyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli olanlar veya güvenliğiyle ilgili temel menfaatlerini korumak için gerekli olanlar”.

Madde XX (1)'in bir istisna hükmü olduğu ve bazı tedbirleri 1955 Andlaşmasının uygulama alanından çıkardığı açıktır. Ancak, ABD'nin yaptığı gibi buradan hareketle ambargo tedbirlerinin Andlaşmanın dışında kaldığı ve dolayısıyla onun yorum ve uygulanmasıyla ilgili ihtilaflarda Divanı yetkilendiren madde XXI (2)'in devreye girmeyeceği sonucu çıkarmak için öncelikle ambargo tedbirlerinin (b) fıkrasında belirtilen tedbirlerden ibaret olup olmadığını tespit etmek gerekir. 8 Mayıs 2018 tarihli Başkanlık Kararıyla Ağustos 2018'den itibaren uygulamaya konulan ve Kasım 2018'de ağırlaştırılarak devam ettirilen ambargo tedbirleri daha önce zikrettiğimiz üzere nükleer faaliyetler dışında sivil havacılık, serbest ticaret ve fon transferleri gibi farklı alanları da hedeflemektedir. Dolayısıyla, kapsam itibarıyla ambargo tedbirleri en azından kısmen istisna sınırlarının dışında kalmaktadır, diğer deyişle 1955 Andlaşmasının uygulama alanına girmektedir.

B. Ulusal Güvenlik İstisnası (1955 Andlaşmasında)

Amerikan argümanı asıl gücünü (d) fıkrasından almaktadır. Bu fıkra öncekinden farklı olarak belirli tedbirleri istisna olarak sıralamak yerine taraflara takdir yetkisi tanımaktadır. Bilhassa takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde temel alınacak kıstaslardan “ulusal güvenlikle ilgili temel menfaatler” veya kısaca ulusal güvenlik kavramı potansiyel olarak her türlü tedbiri istisna kapsamına sokacak şekilde geniş tanımlanmaya müsaittir. ABD duruşmalarda Nikaragua kararını hatırlatarak Divanın da aynı görüşte olduğunu belirtmektedir. Gerçekten de Divan 1986'da esasla ilgili kararında ABD-Nikaragua arasında akdedilmiş olan 1956 Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşmasının 1955 Andlaşmasının (d) fıkrasıyla tamamen aynı şekilde kaleme alınmış olan istisna hükmünü yorumlarken şunları söylemektedir: “Bir silahlı saldırıya karşı meşru müdafaanın güvenlikle ilgili temel menfaatleri korumak için gerekli tedbirlerden olduğunu inkâr etmek güçtür. Fakat temel güvenlik menfaatleri kavramı kesinlikle silahlı saldırı kavramının ötesine uzanır ve geçmişte çok geniş yorumlanmıştır”.⁴⁸

Bu değerlendirmelere göre iki devlet arasındaki açık düşmanlık, sürekli kriz durumu ve Ortadoğu'daki siyasi ortam dikkate alındığında, ilk bakışta, statüko ve güç dengesi üzerinde etkisi olan hemen her olayın ABD gibi bir

48 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, ICJ Reports 1986, § 224; CR 2018/17, s. 37, § 17.*



küresel gücün ulusal menfaatini doğrudan ilgilendirebileceğini söylemek abartılı bir tespit olmayacaktır. Fakat öte yandan bir tedbirin temel ulusal güvenlik menfaatlerini korumak için gerekli olup olmadığının tek taraflı subjektif bir değerlendirmeyele belirlenmeyeceği de açıktır. Aksi takdirde takdir yetkisi dileyen tarafa Andlaşma yükümlülüklerinden kurtulma fırsatı veren keyfiliğe dönüşmüş olacaktır. Bu sebeple Divan yukarıda alıntıladığımız Nikaragua Kararındaki – ABD'nin duruşmalarda sadece ilk kısmına atıfta bulunduğu – yorumunun devamında ulusal güvenlik istisnasının ileri sürülebilmesi için öncelikle ortada ulusal güvenliğe karşı bir riskin bulunması gerektiğini söylemektedir. Ayrıca, ulusal güvenliği koruma amaçlı olduğu iddia edilen tedbirlerin yalnızca faydalı değil, aynı zamanda zaruri olması gerekir. Bu hususlarda nihai tespiti yapacak merci ise Divandır.⁴⁹

ABD İran'ın davranışlarının ulusal güvenlik menfaatlerine zarar verme riski bulunduğunu göstermek amacıyla bir dizi iddiada bulunmakta ve bunlara karşılık aldığı tedbirlerin zaruri olduğunu söylemektedir: İran bilhassa Amerikan hedeflerine yönelik eylemler yapan terörist örgütleri desteklemektedir; bazı Amerikan vatandaşlarını İran'da zorla tutmaktadır; yeni füzeler geliştirmektedir; nükleer silahlar üretme kapasitesi devam etmektedir; bölgede istikrarı bozucu müdahalelerde bulunmaktadır.⁵⁰ ABD bu şekilde tedbirlerin güvenlik açısından gerekli olduğunu (kendi açısından) ortaya koyduktan sonra 1955 Andlaşmasındaki güvenlik istisnasına dayanarak Divanın yetkili olmadığını ileri sürmüştür. ABD'ye göre madde XX (1) ambargo tedbirlerini 1955 Andlaşmasının uygulama alanı dışında tutmakta, dolayısıyla 1955 Andlaşmasının yorum ve uygulanması konusunda Divana yargı yetkisi veren madde XXI (2) (*compromissory clause*) bu durumda işlerlik kazanmamaktadır:

“Sözlerime Madde XX (1)'nin giriş cümlesi ile başlıyorum: ‘işbu andlaşma’ listelenen hususlarla ilgili istisnalar dâhilinde olan ‘tedbirlerin uygulanmasını engellemez’. Madde XX (1) yoluyla taraflar bentlerde (a-d) öngörülen tedbirlerle ilgili olarak [Divanın] yetkisini kesin olarak hariç tutmuşlardır. Taraflar Divanın bu tedbirleri, Andlaşmanın asli yükümlülükleriyle bağlantılı olarak, ne geçici ne de nihai aşamada esastan yargılaması üzerine anlaşmamışlardır. Andlaşma metni bu konuda açıktır. Madde XX (1) Andlaşmanın sayılan tedbirlerin ‘uygulanmasını’ engellemediğini belirtmektedir. Sonuç olarak, Anlaşmanın ‘yorum ve uygulanmasına’ dair ihtilaflarda [Divana] yargı yetkisi veren madde XXI (2) hariç tutulan bu tedbirler bakımından uygulanmaz.”⁵¹

49 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, ICJ Reports 1986, § 224.*

50 CR 2018/17, s. 38-40, §§ 22-27.

51 CR 2018/17, s. 33, § 4.



Divan Amerikan iddialarının yerindeliğini tartışmamış, sadece daha sonra bir başka vesileyle (korunması istenen hakların kabul edilebilir olması) ambargo tedbirlerinin en azından bir kısmının güvenlik istisnası kapsamına girebileceğini dolaylı bir ifadeyle kabul etmiştir: "... İran'ın şikâyetçi olduğu tedbirler 'bölünebilir maddeler, bunların radyoaktif yan ürünleri veya kaynaklarıyla ilgili olanlar' veya ABD'nin 'güvenliğiyle ilgili temel menfaatlerini korumak için gerekli olanlar' ile bağlantılı olduğu ölçüde, madde XX (1) (b) ve (d)'nin uygulanması İran'ın 1955 Andlaşmasına dayanarak ileri sürdüğü hakların en azından bir kısmını etkileyebilir".⁵² İşin nükleer ürünlerle ilgili yönü bir tarafa, Divan burada (d) bendindeki güvenlik kaydının bazı Amerikan tedbirleri için hukuki gerekçe oluşturduğunu söylemektedir. Divan "bazı tedbirlerin" hangileri olduğunu açıklamasa da Kararın hüküm kısmından anlaşıldığı kadarıyla⁵³ burada sayılanlar dışında alınacak tedbirler güvenlik kaydı içerisine girmektedir. Bundan daha önemlisi, Divan bazı tedbirler ve diğerleri ayrımı yaparken güvenlik kaydını uygulamakta, fakat bunu nasıl yaptığını belirtmeden, Amerikan iddialarını mesela Nikaragua Davasında işaret ettiği gibi risk ve zaruret testlerine tabi tutmadan sadece sonucu belirtmekle yetinmektedir. Oysa bu incelemenin sonucu *prima facie* yetkinin varlığının belirlenmesine olmasa da, İran'ın korunmasını istediği haklarla 1955 Andlaşmasının bağlantısının tespitine yarayacak, dolayısıyla ihtiyati tedbirler kararına doğrudan tesir edecek mahiyettedir.

Öyle görünüyor ki söz konusu (d) bendindeki güvenlik kaydının değerlendirilmesinde Divan kendi koyduğu ölçülere gerektiği gibi uymamaktan dolayı verdiği kararı tartışmalı hale getirmekle kalmamakta, bu konuda tutarlı bir içtihat oluşmasına da engel olmaktadır. Zira aynı kayıt yine İran-ABD arasındaki Petrol Platformları Davasında da gündeme gelmiş⁵⁴ ve Divan ikna edici olmayan bir gerekçeyi kullanarak güvenlik kaydını hiç tartışmadan devre dışı bırakmış idi. Petrol Platformları Davasında ABD platformlara yaptığı silahlı müdahaleyi incelemekte olduğumuz davada olduğu gibi temel güvenlik menfaatleriyle ilgili tedbir olarak savunmuştur. İran ise Amerikan gemileri ve mürettebatın güvenliğinin ve Basra Körfezinde deniz ticaretinin kesintisiz devam etmesinin bu devletin makul güvenlik menfaatleri arasında sayılabileceğini kabul etmiş, fakat platformlara yapılan saldırının zaruri bir tedbir şeklinde nitelendirilmesine karşı çıkmıştır. Buna

52 Karar, § 68.

53 Karar, § 102. Divan burada ABD'nin tıbbi malzemeler, yiyecek ve tarım ürünleri ve sivil uçakların bakım ve yedek parçaların satışı ve bunlarla ilgili mali muameleleri kısıtlayan veya yasaklayan tedbirler almamasına hükmetmiştir.

54 Bu davada da İran'ın başvurusunun temeli 1955 Andlaşmasıdır.



karşılık Divan (d) bendine dair ABD'nin yaptığı yorumun doğru olup olmadığına karar vermesi gerekmediğini, çünkü alınan tedbirlerin meşru müdafaa kapsamında olduğundan onları meşru müdafaaı düzenleyen uluslararası hukuk kurallarına göre gereklilik ve orantılılık kısıtları açısından değerlendireceğini belirtmiştir.⁵⁵ Tarafların 1955 Andlaşmasının yorum ve uygulanmasıyla ilgili ihtilaflar çerçevesinde yargı yetkisi tanıdıkları Divanın yetkisine temel teşkil eden ve ihtilafın konusunu oluşturan Andlaşmayı bir tarafa bırakıp yetkilendirilmediği bir konuda karar vermesi doktrinde sert tenkitlere hedef olmuştur.⁵⁶ Her halükarda, bizi ilgilendiren yönü itibarıyla, güvenlik kaydı değerlendirilmeden adeta yok sayılmıştır. İncelediğimiz davada da Divan benzer tutum içerisinde olmuştur.

Önceki paragraflarda ele aldığımız üzere ABD'nin güvenlik istisnası argümanı Divan tarafından bütün yönleriyle değerlendirilmemiş, yine de Divan bu istisnanın kısmen de olsa uygulanabileceğini kabul etmiştir. İstisnanın kısmen uygulanabileceğini söylemek ambargo tedbirlerinin bazılarının 1955 Andlaşmasını ihlal etmediği anlamına gelmektedir; fakat aynı zamanda bunların dışında kalan diğer bazı ambargo tedbirlerinin ise Andlaşmanın kapsamına girdiğini ve dolayısıyla Divanın ihtilafa bakmaya *ratione materia* yetkili olduğunu kabul etmek demektir.

Bu hususta belirtmek gerekir ki güvenlik istisnasıyla ilgili Divan ne kadar üstünkörü hareket etmiş olursa olsun, ABD'nin bu istisna ile Divanın davaya bakma yetkisi arasında doğrudan bir bağlantı kurması hatalıdır. Çünkü Divanın davayı esastan görme hususundaki yargı yetkisi istisna hükmünün kapsamının belirlenmesinden bağımsızdır; yani 1955 Andlaşması madde XXI (2)'nin devreye girmesi madde XX (1)'in yorumuna bağlı değildir. Dolayısıyla ABD'nin güvenlik istisnası bağlamındaki iddiası/yorumu tamamen geçerli kabul edilse dahi buradan Divanın yetkisiz olduğu sonucu çıkmaz. Zira Divanın Nikaragua ve Petrol Platformları Davalarında belirttiği gibi, "madde XX (1) tarafların Andlaşma hükümlerine rağmen belirli tedbirler uygulayabileceği sınırlı sayıdaki durumu tanımlamaktadır. Hâlihazırdaki davada davalının haklı olarak bu istisnalara dayanıp dayanamayacağı veya ne ölçüde dayanacağı kazai incelemenin konusudur ve bu cihetle madde XXI (2)'ye göre maddi olarak Divanın Andlaşmayı 'yorumlama ve uygulama' yetki alanına girer".⁵⁷ Zaten her halükarda ambargo tedbirlerinin istisna kapsamına

55 *Oil Platforms, Judgment, ICJ Reports 2003*, § 73.

56 P. Weil, D. Richemond, "The Oil Platforms Case before the International Court of Justice: A Non-case of International Responsibility", *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 329-340.

57 Karar, § 42.



giriş girmediği üzerine taraflar arasındaki görüş farklılıkları Andlaşmanın yorum ve uygulanmasına dair bir ihtilaf oluşturacağından madde XXI (2) gereği bu ihtilafın ele alınmasında Divan yetkili olacaktır. Aslında bu husus iki devlet arasındaki Petrol Platformları Davasında da tartışılmış ve kararda son nokta konulmuş idi. Divan aynı değerlendirmeyi 2018'de de yapmıştır: 1955 Andlaşması belirli konuları Divanın yetkisinden çıkararak hiçbir hüküm ihtiva etmemektedir. Madde XX (1) (d)'nin işlevi Divanın yargı yetkisini sınırlandırmak değildir; söz konusu bent (b) davanın esasıyla ilgili (Divanın yargı yetkisiyle ilgili değil) tarafların iddialarında dayanacakları temellerden birisini oluşturmaktadır.⁵⁸ Bu sebeple de 1955 Andlaşmasında düzenlendiği haliyle güvenlik istisnası ihtiyati tedbirler aşamasında Divanın prima facie yetkisine itiraz gerekçesi olarak değil de alınacak ihtiyati tedbirlerin kapsamının belirleneceği tedbirler-esasla ilgili haklar ilişkisi tartışmasında kullanılmaya daha fazla elverişlidir.

C. Ulusal Güvenlik İstisnası (Genel Olarak)

Kazai çözüm şartı içeren ikili ve çok taraflı andlaşmalarda güvenlik istisnasına sıklıkla rastlanmaktadır ve yine bu istisna bu davada olduğu gibi diğer davalarda da istisnanın kapsamıyla ilgili belirsizlikler dolayısıyla tartışmalara yol açmaktadır. Divan meseleyi yargı yetkisiyle değil de esasla ilişkilendirerek en azından yetki aşamasında pratik bir çözüm üretmiştir. Ancak, bu durum davalar bağlamında yapılan tartışmaların teorik planda devam etmesini engellemiştir. Görev yaptığı son 10 yıllık dönemde verilen ihtiyati tedbir kararlarının çoğuna şahsi veya muhalif mütalaalarla şerh düşen Hâkim Trindade bu davada da "geleceği" sürdürmüş ve Divan kararına şahsi mütalaasını (*separate opinion*) eklemiştir. Divandaki görevinden önce ihtiyati tedbirler konusu üzerine önemli çalışmalar yapmış olan Trindade'in Divan hâkimi olarak sistematize ettiği ve belirli bir uluslararası hukuk anlayışına göre yaptığı değerlendirmeler konunun ve dolayısıyla Divanın ihtiyati tedbirler kararlarının daha iyi anlaşılması bakımından önemlidir. Bu sebeple Trindade'in şahsi mütalaasında ortaya attığı bilhassa güvenlik istisnası ile ilgili görüşlere yakından bakmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Trindade'in şahsi mütalaasında belirttiği görüşlerinde iki nokta dikkat çekmektedir. Birinci nokta spesifik bir tespit olarak görülebilir. Trindade, bizim yukarıda belirttiğimiz aksine Divanın önceki kararlarında (ve bu Kararda da) ulusal güvenlik defisine itibar etmediğini ileri sürmektedir. Birincinin devamı olan ikinci nokta ise ulusal güvenlik istisnasının bir uluslararası mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerektiğine

58 Karar, § 41.



dairdir. Hâkim bu gerekliliği uluslararası hukukla ilgili genel bir görüş çerçevesinde temellendirmeye çalışmaktadır. Bu iki noktayı sırasıyla ele alacağız.

İlk olarak, Trindade'in tespitine göre Divan kararlarında ulusal güvenlik istisnası dikkate alınmamaktadır. Hâkim bu iddiasıyla ilgili olarak şahsi mütalaasında son dönemde ihtiyati tedbir talebi görülen üç davayı örnek olarak göstermektedir: “Şu gözden kaçırılmamalıdır ki *Seizure and Detention of Certain Documents and Data* Davasında UAD davalı devletin ‘ulusal güvenlik’ mülahazalarını dikkate almadan ihtiyati tedbirlere karar vermiştir (§§ 45-46 ve 55). Akabinde bir başka davada, *Application of the ICSFT Convention and of the CERD Convention* Davasında aynı şeyi yapmıştır (§§ 93 ve 106). Bundan kısa süre sonra *Jadhav* Davasında da ‘ulusal güvenlik’ itirazını hesaba katmadan bir kez daha aynı şekilde karar vermiştir (§§ 23 ve 61). Görüldüğü üzere UAD'nin bu davadaki [İran/ABD Davası] ihtiyati tedbir kararı ihtiyati tedbirlerle ilgili istikrarlı içtihadıyla uyum içerisindedir: bu tedbirlerin sağladığı geçici koruma zorunluluğu ulusal menfaat veya güvenlik iddiaları veya stratejilerine baskın çıkmaktadır”.⁵⁹

Aşağıda değineceğimiz üzere Trindade ilke olarak ihtiyati tedbir kararlarında ulusal güvenlik istisnasının kullanılmasına karşı çıktığından bu davada Divanın ABD'nin ulusal güvenlik itirazını reddetmesini yerinde görmüştür. Fakat Divanın bu davada yaptığı değerlendirme verilen örneklerle şeklen uyumlu görünmekle birlikte, ulusal güvenlik istisnasının dikkate alınmadığı yönünde bir içtihat oluştuğunu söylemek doğru değildir. Zira her şeyden önce ulusal güvenlik gerekçesi incelediğimiz İran/ABD Davasını da katarsak anılan davalarda farklı bağlamlarda kullanılmıştır. Yazarın andığı ilk dava olan Belirli Belge ve Verilere El Konulması ve Tutulmasına Dair Meseleler Davasında (ihtiyati tedbirler) Avustralya, gizli servis görevlilerinin el koyduğu Doğu Timor'a ait belgeleri iade etmeyi tutmaya devam etmesinin gerekçesi olarak ulusal güvenlik amaçlarını göstermiştir. Divan kararında teyit edildiği üzere belgeler iki devlet arasındaki Timor Denizi Andlaşması Hakemlik Davasının ve deniz alanları konusunda gelecekte yapılacak görüşmelerin gidişatını Doğu Timor aleyhine etkileyecek çok önemli bilgiler ihtiva etmektedir. Bu bilgilerden anılan hakemlik davasına veya deniz alanlarıyla ilgili görüşmelere Avustralya adına katılacak olan şahısların haberdar olması Doğu Timor'a telafi edilemez zararlar açabilecektir. Bu hususta, belgelerdeki bilgilerin ulusal güvenlik dışında başka bir

59 Karar, Separate opinion of Judge Cañado Trindade, §§ 17-18.



amaçla kullanılmayacağına Avustralya Başsavcısı⁶⁰ tarafından yazılı taahhüt verilmesini Divan bilgilerin ifşa olma riskini tamamen ortadan kaldırmadığından kabul etmemiştir.⁶¹ Divan bu davada ulusal güvenlik gerekçesini reddederken iki devlet arasında hâlihazırda devam etmekte olan hakemlik sürecini ve görüşmelerde taraflardan birisinin uğrayacağı telafi edilmez (Divanın ifadesiyle “önceki statüye dönüşü imkânsız kılablecek”) zararları dikkate almıştır. Yani Divan ulusal güvenlik gerekçesini ilke olarak bir tarafa bırakmamıştır; tersine, bilgilerin ifşa riski ve bunun geri döndürülemez muhtemel sonuçları üzerine teferruatlı değerlendirmeler yapması ulusal güvenliğin belirli şartlarda gerekçe olarak kullanılabileceğini kabul etmek demektir.

Yazarın verdiği ikinci örnek *Application of the CERD*⁶² Davasında (ihtiyati tedbirler) Rusya, Kırım Yüksek Mahkemesinin Kırım Meclisini yasaklama kararını ve bu kararı teyit eden Rus Yüksek Mahkemesinin kararının kamu düzeni ve güvenlik gerekçelerine dayandığını ileri sürmüştür. Rusya’ya göre kararlarla Meclisi oluşturan üyelerin etnik kökenleri arasında bir bağlantı bulunmamaktadır.⁶³ Divan ihtiyati tedbirler kararında Rusya’nın Kırım’da CERD’den doğan yükümlülüklerine uygun olarak Kırım Tatarlarının temsili kurumlarını muhafaza etmelerine kısıtlamalar getirmekten kaçınmasını ve Ukrayna dilinde eğitim yapılmasına imkân tanınmasını istemiştir.⁶⁴ Divan bu sonuca varırken kararının hiçbir yerinde Rusya’nın güvenlik gerekçesini tartışmamıştır. Esasen davanın konusu Rusya’nın Kırım’da Rus olmayanlara karşı izlediği politikanın CERD’nin muhtelif hükümlerini ihlal eden ayrımcı uygulamalar olduğu iddiasıdır.⁶⁵ Rusya bu iddialara cevap verirken yukarıda belirttiğimiz üzere Meclisi yasaklayan ilgili mahkeme kararlarında güvenlik endişesinin de rol oynadığını belirtmiştir. Güvenlik Rusya’nın savunmalarında ayrımcılığı mazur gösteren bir gerekçe olarak kullanılmamıştır. Zaten Rusya savunmasını Kırım’da uyguladığı politikaların ayrımcılık olmadığı görüşü üzerine kurmuştur. Ezcümle bu davada güvenlik tali bir unsur olarak zikredilmiş, asıl konu olan ayrımcılık tartışmasında Divan karar verirken

60 Avustralya istihbarat servisi Başsavcılığa bağlı bir birimdir.

61 *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data, Order, ICJ Reports 2014*, §§ 39-48. Bilgilerin mühürlü zarfta saklanacağına dair taahhüt Divanın ihtiyati tedbirler kararı almasına kadarki süreyi kapsamaktadır. Divanın ifşa riski kararında bu hususun da etkisi olmuştur.

62 *Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Her Türlü Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi)*. Sözleşme UAD önündeki bir başka davanın Gürcistan/Rusya ihtilafının konusu olmuştur.

63 *Application of the CERD, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2017*, §§ 36, 93.

64 *Ibid*, § 106.

65 *Application instituting proceedings, Terrorism Financing and Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, 16 January 2017, §§ 131-133.



haklı olarak bu tali unsur üzerinde durmamıştır. Şunu da ilave etmek gerekir ki ayrımcılık tartışmalarının temeli olan CERD ulusal güvenlik dâhil hiçbir gerekçeyle Sözleşmedeki hakların – diğer deyişle taraf devletlerin yükümlülüklerinin sınırlandırılması veya askıya alınmasını kabul etmemektedir. Yazarın ilk iki örneğinde güvenlik veya ulusal güvenlik davaya temel teşkil eden hukuki belgelerde yükümlülükleri sınırlayabilecek istisna olarak yer almamaktadır; savunmacı devletler dayandıkları asıl gerekçeler yanında bunu da kullanmışlardır. Son örnek olan Jadhav Davasında (ihtiyati tedbirler) ise İran/ABD Davasına şekli benzerlik önceliklere nazaran daha fazladır. Jadhav Davasında *prima facie* yetki tartışmasında Pakistan Divan Statüsünün madde 36, § 2'ye göre yaptığı tek taraflı bildirim⁶⁶ koyduğu ihtirazi kaydı hatırlatmaktadır: “Pakistan İslam Cumhuriyetinin ulusal güvenliğiyle ilgili bütün meseleler” Divanın zorunlu yargı yetkisinin dışındadır.⁶⁷ Buna karşılık Divan söz konusu bildirim bu davada yargı yetkisinin temellerinden olmadığı gerekçesiyle Pakistan’ın ulusal güvenlik itirazını tartışmayı reddetmiştir: “Divan, başvuru devletinin [Hindistan] Divanın yargı yetkisini tarafların Statü madde 36, § 2’ye göre yaptığı bildirimlere değil, Statü madde 36, § 1 ve İhtiyari Protokol, madde I’e dayandırmak istediğini hatırlatır. Divanın yetkisi Statü madde 36, § 1 uyarınca yürürlükteki özel anlaşmalar ve sözleşmelere dayandığı zaman, ‘yargı yetkisinin diğer muhtemel temellerine yapılan itirazı değerlendirmek konu dışı olmaktadır’. [...] Bu sebeple, tarafların Statü madde 36, § 2 çerçevesinde yaptığı bildirimlerde yer alan herhangi bir ihtirazi kayıt İhtiyari Protokolde özel olarak öngörülmüş Divanın yetkisini engelleyemez. Dolayısıyla Divanın bu ihtirazi kayıtlar üzerinde daha fazla durması gerekmez”.⁶⁸ İfadelerden anlaşılacağı üzere Divanın yargı yetkisinin temelleri arasında tek taraflı kabul bildirimi olsaydı, bildirimdeki kayıtları, böylece ulusal güvenlik istisnasını incelemek durumunda olduğunu belirtmektedir. Örnek olarak verilen üç kararın hiçbirisinde Divan ulusal güvenlik itirazını esastan ele alarak reddetmiş değildir. Buna göre Trindade’in “Jadhav Davasında da ‘ulusal güvenlik’ itirazını hesaba katmadan bir kez daha aynı şekilde karar vermiştir” ifadesi – ki burada Divan ulusal güvenlik istisnasını kendisinden dolayı değil de bu istisnanın yer aldığı hukuki işlemin yetki tartışmasıyla ilgisinin bulunmaması sebebiyle “hesaba katılmadığını” açıkça beyan etmektedir – ve buradan hareketle Divanın bu hususta

66 Anılan hükme göre “İşbu Statüye taraf olan devletler, herhangi bir zaman, aynı yükümlülüğü kabul eden bir başka devlete karşı [...] Divanın yargı yetkisini *ipso facto* ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını beyan edebilir. Devletler bu beyanlara Divanın yargı yetkisini sınırlandıran kayıtlar koyabilir (§ 3).

67 *Jadhav, Order, ICJ Reports 2017*, § 23.

68 *Ibid*, § 26.



“istikrarlı bir içtihadının” olduğu sonucuna varması temelsizdir. Yazarın örnek aldığı kararlar ve ilgili diğer kararlar incelendiğinde sonuç iddia edildiğinin tam tersidir.

Genel bir görüş olarak, Trindade bir uluslararası mahkemenin güvenlik istisnasını ilke olarak dikkate almaması gerektiğini ileri sürmektedir. Trindade şahsi mütalaasında “Adaletin gerçekleşmesi zorunluluğunun ulusal güvenlik menfaatleri itirazına üstünlüğü” başlıklı bir bölümü bu konuya ayırmıştır.⁶⁹ Yazar burada Divanda görev aldığı 2009 yılından bu yana ihtiyati tedbir kararlarında verdiği şahsi veya muhalif mütalaalarda savunduğu genel görüşü tekrarlayarak bu görüş temelinde güvenlik istisnasına karşı çıkmaktadır. Yazarın değerlendirmelerini şöyle özetleyebiliriz: Objektif adalet ve insani değerler olayların üzerindedir. Adalet hissi ve adaletin gerçekleştirilmesi zorunluluğu bir devletin irade açıklamalarının üstündedir. “Divan yetkisini kendisi belirler. İhtiyati tedbirlerin otonom hukuki rejimi içerisinde ve devletlerin kazai eşitliği ilkesinin ışığında Divan böylece bu tedbirlerin hukuki mahiyeti ve sonuçlarına dikkat ederek daha proaktif bir tutum takınabilir (İç Tüzüğü’nün madde 75 (1) ve (2)’sine göre). [...] Bu alandaki ilerlemeler genel olarak uluslararası hukukun, özel olarak uluslararası hukuki prosedürün iradeci (*voluntarist*) anlayışını izleyerek başarılabilir. Ve Divan çekişen taraf devletin ‘rızasını’ göstermesini beklemeden ihtiyati tedbirler kararı almaya tamamen yetkilidir. Uluslararası hukukun tedrici gelişmesini sağlayan şey iradenin üstünde olan insan vicdanıdır”.⁷⁰ Keza BM Antlaşması madde 2, § 1’de ifade edilen devletlerin eşitliği aynı zamanda devletlerin kazai haklar bakımından eşit olmasıdır. Bu da silahların eşitliği, usulüne uygun yargılanmayı, kısaca adalet düşüncesini içine alır. Ulusal güvenlik iddialarıyla bunların altının oyulmaması gerekir.⁷¹ Dolayısıyla Divan önünde uluslararası hukukun genel ilkeleri dururken ulusal güvenlik iddiasıyla ilgilenmemeli ve bununla kafasını karıştırmamalıdır; her halükarda “tarafardan birisinin duruşmalarda gündeme getirdiği ‘ulusal güvenlik’ iddialarını destekler görüntüsü vermemelidir”.⁷² Trindade iradeci görüşün tenkidinden ve insanı ön plana çıkaran uluslararası hukuk anlayışından ulusal güvenlik iddialarının Divan önünde ileri sürülemez sonucuna nasıl geldiğini açıklamamaktadır. Yazarın uluslararası hukuka bakışı konumuzu doğrudan ilgilendirmemektedir. Fakat ihtiyati tedbirler ve güvenlik istisnası hususunda vardığı sonuçlar ikna edicilikten uzaktır. Zira her şeyden önce, yargı yetkisinin temelinde ve sınırlarının çizilmesinde

69 Karar, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, §§ 21-27.

70 *Ibid*, §§ 26-27.

71 *Ibid*, § 25.

72 *Ibid*, §§ 23-24.



taraf devletlerin rızası bulunan ve birçok davada ilk aşama olarak yetki itirazlarını halletmek için söz konusu rızanın varlığını araştırmakla işe başlayan Divan yargılama sürecinin sonraki aşamalarında tarafların rızasını bir tarafa bırakarak hareket etmemektedir. Yazarın “Divan çekişen taraf devletin ‘rızasını’ göstermesini beklemeden ihtiyati tedbirler kararı almaya tamamen yetkilidir” ifadesi ihtiyati tedbirler prosedürüyle ilgili olup hiçbir şekilde Divanın karar verirken taraf devletlerin rızasından bağımsız hareket etme şeklinde yorumlanamaz. Yazar bu cümlesiyle İç Tüzükte Divana tanınan *proprio motu* hareket etme yetkisini doğru olmayan bir şekilde iradecilik tartışmalarıyla ilişkilendirerek kendi anlayışı lehine sonuç çıkarmaya çalışmaktadır. İç Tüzüğe göre “Divan taraflardan herhangi birisi veya tamamınca uygulanması veya uyulması gereken ihtiyati tedbirlerin alınmasına davanın şartlarına göre gerek olup olmadığını incelemeye herhangi bir zamanda kendiliğinden (*proprio motu*) karar verebilir”.⁷³ Divan İç Tüzüğü’nün bu hükmünü şimdiye kadar sadece bir kez kullanmıştır.⁷⁴ Bu da göstermektedir ki Divan bu hususta kendisine tanınan yetkiyi “*non ultra petita* (tarafların talebinin ötesine geçmeme) kuralından sapmayı haklı kılan oldukça istisnai durumlarda esasla ilgili kararın etkililiği hatırına kullanmaktadır”.⁷⁵

Trindade’in değerlendirmelerinde bir diğer tartışmalı nokta ulusal güvenlik istisnası ile ilgili düşünceleridir. Ulusal güvenlikle adalet, insani mülahazalar ve hukukun genel ilkeleri arasında zorunlu bir çatışma varsayımının ne kadar tutarlı olduğunu bir tarafa bırakarak belirtelim ki ulusal güvenlik veya başka bir menfaat bir hukuk kuralının konusu olduğu takdirde hukukun koruması altındadır ve hukuku uygulamakla görevli organlar görevlerine uygun davrandığı yani yetkilerini aşip hukuku çiğneyerek kural koyucu gibi hareket etmediği sürece insani ve sair açılardan ne kadar yerinde olursa olsun hukukun öngörmediği gerekçelerle o menfaati yok sayamaz. Kaldı ki ulusal güvenlik ulus devletlerin asli sükreleri olduğu uluslararası hukukun en temel kavramlarından birisidir. Zaten bu yüzden devletler hakemlik veya UAD’ye gitmeyi öngören andlaşma hükümlerine çoğunlukla ulusal güvenlikle ilgili kayıtlar koymaktadır. İran/ABD Davasında olduğu gibi bir andlaşmanın yorum

73 UAD İç Tüzüğü, madde 75, § 1.

74 *LaGrand, Order, ICJ Reports 1999*, §§ 19-21. Aslında bu davada Almanya ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş olduğundan Divanın *proprio motu* karar verdiği söylenemez. Fakat çok acil bir durum söz konusu olduğundan Divan sözlü duruşma aşamasını geçiştirmek için biraz da tartışmalı bir şekilde kendisine sözlü duruşmalar yapılmadan ihtiyati tedbir alma imkânı veren İç Tüzük madde 75, § 1’e dayanmıştır. Kararın usul yönünden tenkiti için Divan Başkanı Schwebel’in Şahsi Mütalaasına bakılabilir (Separate Opinion of President Schwebel, *ICJ Reports 1999*, s. 21-22)

75 K. Oellers-Frahm, “**Article 41**”, *loc. cit.*, s. 1229.



ve uygulamasıyla ilgili ihtilaflarda yetkili kılınan Divanın ihtilaf konusu andlaşmayı yorumlarken yerleşmiş yorum kuralları ve ilkelerine aykırı hareket etmesi düşünülemez. Yorumla ilgili kurallar ve ilkelerin tamamı tarafların niyetini (iradesini) tam olarak anlamayı ve ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, tarafların iradesini dikkate almamak veya geri plana atmak uluslararası yargının sadece varlık sebebine (*raison d'être*) değil, aynı zamanda işleyiş mantığına da aykırıdır.

III. HÜKÜMSÜZLÜK ARGÜMANI

A. Andlaşmalar Hukuku Çerçevesinde

İhtilafın hukuki çerçevesi olarak 1955 Andlaşmasıyla ilgili tartışmalarda üzerinde durulmadan Amerikan tarafının şöyle bir değindiği – fakat herhangi bir hukuki sonuç çıkarmadığı bir husus kanaatimizce tarafların (bilhassa ABD'nin) dile getirdikleri diğer argümanlar kadar önem arz etmektedir.⁷⁶ ABD temsilcisi 1955 Andlaşması-Plan tartışmaları bağlamında diğer şeyler arasında şunları ifade etmiştir: “İran temel amacı ABD ile dostluk olan bir andlaşmayı kendine dayanak yapmaktadır; oysa 1979'dan beri Amerikan vatandaşlarına ve menfaatlerine karşı terörizmi ve diğer habis faaliyetleri destekleyerek sözleriyle ve eylemleriyle [bu temel amacı] açıkça ve defaatle inkâr etmiştir. Diğer deyişle, tarafların bugün içinde buldukları durum Andlaşma 1955'de yapıldığı zaman düşünüldenden oldukça uzaktır. Buna rağmen, İran ABD'yi tamamen ayrı ve bağlayıcı olmayan bir düzenlemeyi – Plan – uygulamaya zorlamak için Andlaşmadan medet ummaktadır. Planın kendisiyle ilgili ihtilafları çözme mekanizması vardır ve Divana başvurmayı kasıtlı olarak dışlamaktadır. Bu ihtiyati tedbirler için uygun bir rol değildir.”⁷⁷

ABD'nin İran'ı terörizm ve diğer zararlı fiillerle ithamı ne ölçüde doğru (veya yalan) olursa olsun, şurası açıktır ki iki devlet kırk yıldan beri siyasi, askeri, iktisadi kısaca hemen her alanda çatışma halindedir. Günümüzde düşmanca ikili ilişkiler için verilecek ilk örneklerden birisi herhalde ABD-İran ilişkileridir. Bu ilişkilerin İran'ın Şahlık rejiminde ABD'nin “stratejik dostu” olduğu bir dönemde yapılan Dostluk Andlaşmasıyla düzenlenmeye devam etmesi tuhaftır. Elbette devletler akdi taahhütlerine sadık kalmakla mükelleftir, ancak taahhütlerin de her hal ve kârda geçerliliğini sürdürmesi beklenemez. İki devletin içinde bulunduğu durum ve aralarındaki ilişkilerin seyri ABD'nin ima ettiği ve her nedense

76 Biz burada Divanın ihtiyati tedbirler kararını incelerken duruşmalarda veya karar metninde yer alan hususların yanında ihtilafın bütün yönleriyle anlaşılıp değerlendirilmesi açısından davanın konusu itibarıyla söz konusu olabilecek diğer noktaları da ele alıp tartışmayı gerekli görüyoruz.

77 CR 2018/17, s. 12, § 8.



üzerinde durmadığı şöyle bir soruyu haklı olarak akla getirmektedir: 1979'dan beri yaşanan gelişmeler sonucu 1955 Andlaşmasının zımnen değiştiği veya hükümsüz kaldığı ileri sürülebilir mi?

Andlaşmaların tamamen veya öngördüğü bazı yükümlülüklerin hükümsüz kalmasını veya yürürlükten kalkmasını ifade etmek için uluslararası hukuk doktrininde “desuetude”, “obsolescence” ve “caducity” terimleri kullanılmaktadır. Çoğu kez birbirinin yerine kullanılan bu terimlerden “caducity” daha ziyade iç hukukta kanun tasarılarının aynı dönem içinde kabul edilmemesinden dolayı hükümsüz kalmasını ifade etmekle birlikte aynı zamanda andlaşmaların ve diğer tür uluslararası kuralların çeşitli sebeplerle hükümsüz kalmasını da anlatmaktadır. “Desuetude” andlaşma kurallarını uygulamama veya onlara uygun davranmamak suretiyle reddetmek demektir. Öncekine nazaran daha spesifik anlamı olan “obsolescence” ise andlaşma yapıldıktan sonra meydana gelen olayların uygulamayı haksız, zararlı veya anlamsız hale getirmesidir.⁷⁸ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin hazırlanması sürecinde Uluslararası Hukuk Komisyonunda bu kavramlar gündeme gelmiş, fakat Komisyon andlaşmaların değiştirilmesi, sona ermesi veya askıya alınmasında taraf devletlerin açık veya zımni rızasını esas alan uygulamayı esnetebileceği ve akdi teminatlara güveni sarsabileceği düşünceleriyle nihai taslakta bu kavramlara yer vermemiştir. Teamül hukukunu büyük ölçüde yansıttığı düşünülen 1969 Sözleşmesi bir andlaşmanın değişme veya sona ermesini o andlaşmadaki özel hüküm dışında tamamıyla Sözleşmede öngörülen şartlara bağlamıştır. Dolayısıyla, Divanın *Gabcikovo-Nagymaros* kararındaki ifadeleriyle belirtecek olursak “1977 Andlaşmasında [Macaristan-Çekoslovakya] sona ermesine dair bir hüküm veya tarafların fesih veya çekilmeyi kabul etme niyeti taşıdığını gösteren bir emare bulunmamaktadır. Tersine, Andlaşma uzun süreli ve kalıcı bir [işbirliği] rejimi kurmaktadır. Sonuç olarak, taraflar başka türlü anlaşmadıkça, Andlaşma yalnızca Viyana Sözleşmesinde sayılan sınırlı gerekçelere dayanarak sona erdirilebilir”.⁷⁹ Aşağıda değineceğimiz üzere 1955 Andlaşması sona ermesine dair açık bir hüküm ihtiva etmektedir, fakat tarafların bu hükümde kendilerine tanınan hakkı hiç kullanmamaları ve Andlaşmanın karşılıklı ilişkileri düzenleyen başlıca hukuki temellerden birisi olarak devamına itiraz etmemelerini dikkate aldığımızda Divanın 1977 Andlaşmasıyla ilgili değerlendirmesinin burada da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla 1955 Andlaşmasının hükümsüz kaldığı

78 J. Wouters, S. Verhoeven, “Desuetudo”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2011; F. Capotorti, “L’extinction et la suspension des traités”, *Hague Recueil* (1971), s. 517 vd.

79 *Gabcikovo-Nagymaros Project*, Judgment, *ICJ Reports* 1997, § 100.



iddiasına dayanak olabilecek gerekçeler 1969 Viyana Sözleşmesinde sayıldığı şekliyle şartların esaslı şekilde değişmiş olması (*clausula rebus sic stantibus*), uygulanmama sonucu andlaşma hükümlerinin kısmen veya tamamen yürürlükten kalkması ve diğer tarafın andlaşmayı esaslı bir şekilde ihlal etmesidir. Bu gerekçeler yukarıda anılan terimlere tam olarak tekabül etmese de aralarında yakın ilişki bulunmaktadır.

Söz konusu gerekçelerden *rebus sic stantibus* şartı⁸⁰ – ki özel bir “*obsolescence*” durumu olarak nitelendirilebilir – uygulamada istisnai durumlarda kabul görmüştür. Divan *Gabcikovo-Nagyymaros Davasında* bu konuda değerlendirmeler yapma fırsatı bulmuştur. Bu davada Macaristan 1977 yılında Çekoslovakya ile imzaladığı Tuna Nehrinde baraj ve sulama kompleksi yapılmasını öngören andlaşmanın, içinde birlikte yer aldıkları sosyalist Doğu Blokunun yıkılması ve çevreyle ilgili yeni uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkması üzerine *rebus sic stantibus* şartı gereği hükümsüz olduğunu ileri sürmüştür. Divan bu iddiayı kabul etmemiştir. Zira Divana göre tarafların rızasının temelini söz konusu andlaşmanın konu ve amacı oluşturur; dönemin siyasi ve iktisadi şartları Andlaşmanın konu ve amacıyla çok yakından bağlantılı değildir ve bu şartların değişimleri tarafların yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerin kapsamını radikal bir şekilde değiştirmemiştir. Keza çevreyle ilgili bilgilerde ve çevre hukukundaki değişiklikler de öngörülemez nitelikte değildir. Ezcümle “şartların esaslı şekilde değişmesi öngörülememiş olmalıdır. Andlaşmanın yapıldığı zamanın şartları tarafların Andlaşmayla bağlanma rızasının asli temelini oluşturmalıdır. Üstelik Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 62’nin olumsuz ve şartlı ifadesi açıkça göstermektedir ki andlaşma ilişkilerinin istikrarı şartlarda esaslı değişiklik iddiasının sadece istisnai durumlarda geçerli olmasını gerektirmektedir.”⁸¹ Divanın kararında andlaşmanın konu ve amacı ile yükümlülüklerin kapsamı şartların esaslı şekilde değişmesinin belirleyici unsurları olarak öne çıkmaktadır.

1955 Andlaşmasını bu unsurlardan hareketle değerlendirdiğimizde, Andlaşmanın konusu ve amacı Giriş kısmında şöyle ifade edilmektedir: “ABD ve İran, halkları arasında uzun süredir devam eden dostça ilişkileri vurgulamak, insani ilişkilerin düzenlenmesinde bağlı oldukları yüksek

80 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 62.

81 *Gabcikovo-Nagyymaros Project*, § 104. Divan burada 1969 Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 62, § 1’de öngörülen beş kümülatif şartı hatırlatmaktadır: i- şartlarda değişiklik meydana gelmesi; ii- değişikliğin temel nitelikte olması; iii- taraflarca öngörülmemiş olması; iv- şartların varlığının tarafların rızasının temel dayanağı olması; v- yükümlülüklerin kapsamında radikal değişim olması. Bu hususta bk. T. Giegerich, “Article 62 – Fundamental Change of Circumstances”, O. Dörr, K. Schmalenbach (Editors), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Springer, 2012, s. 1077 vd.



ilkeleri yeniden teyit etmek, genel olarak halkları arasında karşılıklı faydalı ticaret ve yatırımları ve daha yakın iktisadi ilişkileri teşvik etmek arzusuyla karşılıklı eşit muameleye dayalı bir Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşması yapmaya karar vermişlerdir". Keza Andlaşmanın 1. maddesi işbirliğinin detaylarına girilmeden önce taraflar "aralarında sağlam ve kalıcı barış ve samimi dostluk olacağını" beyan etmektedir. Bu ifadenin Andlaşmanın Giriş kısmında değil de ilk maddesinde yer alması sadece bir temenni veya amaç olarak düşünülmediğini, bunun ötesinde Andlaşmada öngörülen sıkı işbirliğinin çerçevesini oluşturan siyasi şartları tanımladığını göstermektedir. İran'daki rejim değişikliği sonucu siyasi şartlarda meydana gelen değişimlerin 1955 Andlaşmasının yapıldığı dönemde öngörülmesinin mümkün olmadığı açıktır. Tarafların rızasının temeli, Divanın açıkladığı üzere, andlaşmanın konu ve amacı ile yapıldığı dönemin şartlarına göre belirleniyorsa, andlaşma metninin altına atılan imza dışında tarafların 1979 sonrası ilişkilerinde Andlaşmada ifade edilen dostluk ve işbirliği içinde olma rızasını gösteren hiçbir emare bulunmamaktadır. Andlaşmanın konusu ve amacıyla ilgili bu tespitten hareketle tarafların yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin kapsamının da radikal bir şekilde değiştiğini kolaylıkla söyleyebiliriz.⁸² Zira 1955 Andlaşması esas itibarıyla "teknik" bir konuda işbirliği öngören Macaristan-Çekoslovakya 1977 Andlaşmasından farklı olarak genel nitelikli bir andlaşmadır. İşbirliğinin konu ve amacını belirleyen genel şartların değişmesine rağmen bu husustaki özel yükümlülüklerin muhtevasında değişiklikler olmadan devam etmesi mümkün değildir. Divanın *Gabcikovo-Nagyymaros* kararı da bu sonucu desteklemektedir. Nitekim *Gabcikovo-Nagyymaros* kararının 104. paragrafında Divan 1977 Andlaşmasının yapıldığı dönemde "hüküm süren siyasi şartlarla Andlaşmanın konu ve amacı arasındaki bağlantı tarafların rızasının başlıca temelini oluşturacak ölçüde yakın değildi" demektedir. Bir başka ifadeyle, "bir andlaşmanın yapıldığı zamandaki siyasi şartlar [...] andlaşmanın konu ve amacıyla o kadar yakından bağlantılı olabilir ki 'bu durumda tarafların rızasının başlıca temelini oluşturur ve [bu şartların] değişmesi halen icra edilmesi gereken yükümlülüklerin kapsamını radikal bir şekilde değiştirir'".⁸³ 1955 Andlaşmasında söz konusu olan da budur.

82 Yükümlülüklerin kapsamında radikal değişiklik ifadesini Divan *Balkçılık Davasında* (Almanya v. İzlanda) şöyle tanımlamıştır: "Değişiklik yerine getirilecek yükümlülüklerin performansını başlangıçta üstlenilenden esaslı şekilde farklılaştıracak ölçüde artırmış olmalıdır". Judgment (Jurisdiction), *ICJ Reports 1973*, § 43. Öyle ki değişiklikten etkilenen tarafın onları uygulaması makul olarak beklenemez. Değişiklik Divanın belirttiği gibi doğrudan olabileceği gibi dolaylı da, yani sonraki uygulamadan elde edilecek faydanın azalması şeklinde de olabilir. T. Giegerich, "Article 62 – Fundamental Change of Circumstances", *loc. cit.*, s. 1089.

83 *Ibid.*, s. 1082.



Hatta 1955 Andlaşmasında yükümlülüklerin kapsamında değişiklikten öte bazı yükümlülüklerin kısmen veya tamamen uygulanamaz hale geldiği görülmektedir. Buradan 1969 Sözleşmesinde sayılan değişiklik veya sona erdirme gerekçelerinden ikincisine geçiyoruz. 1955 Andlaşmasının kimi hükümleri yaklaşık kırk yıldır uygulanmamaktadır. Diğer deyişle, *de jure* olmasa da *de facto* yürürlükten kalkmış durumdadır. Mesela, madde XII'de "Her bir akit tarafın diğerine konsolosluk temsilcileri gönderme hakkı vardır. Bu temsilcilere, itimatnamelerini sunduktan ve konsolosluk ehliyetleri tanındıktan sonra konsolosluk beratı ve diğer ruhsatlar bedelsiz sağlanacaktır." denmektedir. İki tarafın diplomatik nota teatisini dahi üçüncü devletler aracılığıyla gerçekleştirdiği dikkate alındığında madde XII'nin yürürlük imkânının bulunmadığı aşikârdır. Burada bir tür *obsolescence* söz konusudur. Benzer değerlendirmeyi Andlaşmada öngörülen diğer yükümlülükler açısından da yapabiliriz. İran'da rejim değişikliğinden sonra gelinen noktada 1955 Andlaşmasının bir *instrumentum* olarak devam ettiği, fakat *negotium* olarak anlamsız hale geldiği görülmektedir.

Buradan hangi hukuki sonuçların çıkabileceği sorusuna cevap vermek için öncelikle andlaşmalar hukukunun ilgili kurallarına bakmak gerekir. 1969 Sözleşmesi 54-59. maddelerinde andlaşmaların sona ermesi veya askıya alınmasını düzenlerken tarafların rızasını temel belirleyici olarak almaktadır. Ayrıca 4. bölümünde (madde 65-68) çekilme, sona erme, askıya alma işlemleri için belirli bir prosedür öngörülmesi bu sonuçların kendiliğinden ortaya çıkmayacağına veya tek taraflı bir tasarrufla gerçekleşmeyeceğine işaret etmektedir. Genel kabul gören bu kurallara göre, ABD'nin (aynı zamanda İran'ın da) 1955 Andlaşmasındaki yükümlülüklerle bağlı olmadığını, dolayısıyla 1955 Andlaşmasının Divanın *ratione materiae* yargı yetkisine temel oluşturmadığını ileri sürebilmesi için uzun süreli uygulamamanın sonucu olarak yükümlülüklerin sona erdiğine dair bir tür zımnî anlaşma meydana geldiğini şüpheden uzak bir kesinlikte ortaya koyması gerekir. Bunu yapmak genellikle zor bir iş olmakla birlikte,⁸⁴ burada tarafların 1955 Andlaşmasına karşı tutumlarından bazı sonuçlar çıkarmak mümkün görünmektedir. Mesela, yukarıda geçen ve konsolosluk ilişkilerinin kurulması ve konsolosluk açılmasını öngören madde bu hususta tipik bir örnektir. Keza İran'ın ambargo kararıyla ihlal edildiğini öne sürdüğü karşılıklı ticari ve mali ilişkilerde en fazla gözetilen ulus kaydının artık hiçbir hüküm ifade etmediği veya en azından iki ülke arasındaki ilişkiler normalleşene

84 T. Giegerich, "Article 54 – Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties", *loc. cit.*, s. 958.



kadar askıya alındığına dair tarafların aynı niyeti taşıdıklarını ve bu uyuşan niyetlerini (zımni anlaşmayı) pratiğe geçirdiklerini söyleyebiliriz. *Obsolescence* lehine ileri sürülebilecek bütün bu iddiaları zayıflatan, hatta bertaraf eden şey bir zımni anlaşmanın varlığını göstermenin zorluğundan ziyade 1955 Andlaşmasının son maddesinde (madde XXIII) yer alan sona erdirme kayıdır. Anılan maddenin 3. paragrafında taraf devletlere ilk on yıllık dönemden sonra istedikleri takdirde bir yıl önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla Andlaşmayı münferiden sonlandırma yetkisi tanınmaktadır. Bu kayıt karşısında Andlaşmanın uygulanmaması ve birçok hükmünün anlamsız hale gelmesinden hareketle ortaya atılacak hükümsüzlük iddiaları askıda kalmaktadır. Zira bir devlet tamamen tek taraflı bir tasarrufla son verebileceği akdi yükümlülükleri uygulamaktan *obsolescence* gerekçesiyle imtina edemez.

Bir andlaşmanın askıya alınması veya sona erdirilmesi gerekçelerinden üçüncüsü diğer tarafın andlaşmayı esaslı bir şekilde ihlal etmesidir.⁸⁵ ABD İran'ın davranışlarının diğer uluslararası hukuk kuralları yanında 1955 Andlaşmasının konu ve amacına tamamen aykırı olduğunu iddia etmektedir. Divan da Rehineler Davasında verdiği kararda İran'ın uluslararası hukukun en temel kurallarından olan diplomatik temsilciliklerin ve temsilcilerin dokunulmazlığını ihlal ettiğini belirtmiştir: "İran İslam Cumhuriyeti Divanın bu kararda ortaya koyduğu davranışıyla iki ülke arasındaki sözleşmeler ve genel uluslararası hukukun yerleşmiş kuralları uyarınca ABD'ye karşı olan yükümlülüklerini birçok bakımlardan ihlal etmiştir ve etmeye devam etmektedir".⁸⁶ Anılan kararın birçok yerinde işaret edildiği üzere İran'ın ihlal ettiği akdi taahhütleri arasında 1961 ve 1963 Sözleşmeleri⁸⁷ yanında 1955 Andlaşması da bulunmaktadır.⁸⁸ Öte yandan İran da ABD'nin davranışlarıyla ve en son olarak da 8 Mayıs ambargo kararıyla diğer uluslararası hukuk kuralları yanında 1955 Andlaşmasını defalarca ihlal ettiğini ileri sürmektedir.⁸⁹ Tarafların karşılıklı

85 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 60.

86 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980*, § 95.

87 1961 Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi ve 1963 Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi.

88 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, §§ 50-54, 77, 80, 90.

89 İran'ın ihlal iddiaları sadece 1979 sonrası döneme ait değildir. İran'a göre Devrim öncesinde de ABD sürekli bir ihlal içerisinde olmuştur: "Bu mesele [rehineler meselesi] genel bir problemin marjinal ve ikincil yönünü gösterdiğinden bağımsız olarak ele alınamaz. Genel problem *inter alia* ABD'nin bütün uluslararası ve insancıl normlara aykırı olarak 25 yıldan daha fazla İran'ın iç işlerine sürekli müdahalesini, ülkemizin hayasızca sömürülmesini ve İranlılara karşı işlenmiş çok sayıda suçu kapsamaktadır. Dolayısıyla İran ve ABD arasındaki çekişmenin konusu olan problem Amerikan [Divan] müracaatının dayandığı andlaşmaların yorum ve uygulanması değildir, fakat çok daha fazla temel ve karmaşık unsurları ihtiva eden genel bir durumdan kaynaklanan bir problemdir." *United States*



ithamlarına konu olan davranışlar 1969 Sözleşmesi madde 60'daki bütün unsurları karşılayan nerdeyse “örnek” ihlal oluşturmalarına rağmen hiçbiri bu durumu 1955 Andlaşmasını askıya alma veya sona erdirme gerekçesi olarak söz konusu etmemiştir. Yine, önceki paragrafta değindiğimiz tek taraflı fesih hakkını hiçbir taraf kullanmamıştır. Buradan tarafların adeta 1955 Andlaşmasını her halükarda ilişkilerinin hukuki temellerinden birisi olarak muhafaza etmekte ısrarlı oldukları sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Nitekim 1980'den beri Divan önündeki davalarda da –ki 1955 Andlaşmasını her iki taraf da başvurularında dayanak olarak kullanmıştır – ne İran ne de ABD Andlaşmanın yürürlüğünü sorgulamıştır.

Andlaşmalar hukuku çerçevesinde yapılan bu değerlendirmelerde görüldüğü üzere 1955 Andlaşmasının hükümsüzlüğü (*obsolescence*) iddiasına temel olabilecek tek gerekçe ilk sırada ele aldığımız şartların esaslı bir şekilde değişmesi şartıdır. Ancak, Andlaşmayı devre dışı bırakmak için ikna edicilikten uzak Plan argümanına sığınan ABD bu gerekçeyi kullanmamıştır. Gerçi kullanmış olsaydı bile hemen sonuç doğurmayacaktı, çünkü *rebus sic stantibus* ve diğer şartların varlığı ispatlansa bile değişiklik, askıya alma veya sona erme sonuçları otomatik olarak ortaya çıkmamakta, sadece andlaşmanın taraflarına bu sonuçlar için talepte bulunma gerekçesi oluşturmaktadır. Kanaatimizce ABD'nin bu tartışmalara girmekten kaçınmasının en önemli sebebi budur. Bu konuda ileri sürülecek iddiaların ne kadar sağlam olursa olsun Divanın yetkisi ve karşılıklı ilişkilerin hukuki çerçevesini hemen değiştirici etkide bulunmayacağı doğrudur, fakat iddiaların ikna edici şekilde ortaya konulmaları halinde en azından prima facie yetki tartışmalarında Amerikan tarafının elini güçlendireceği muhakkaktır.

B. Tek Taraflı İşlemler Hukuku Çerçevesinde

1955 Andlaşmasının hukuki etkileriyle (dolayısıyla Divanın prima facie yetkisiyle) ilgili tartışmanın andlaşmalar hukuku dışında başka bir zeminde yapılabilirliği ve bunun sonuçları üzerine birkaç söz söylemek yukarıda ifade edilen görüşleri tamamlayıcı olacaktır. İlk olarak, tek taraflı işlemler hukuku bu konuyu tartışmak için gerekli normatif temeller sağlıyor mu? Tartışma konusunun bir andlaşma olması tabii olarak andlaşmalar hukukunu ilk başvurulacak kaynak yapmaktadır, fakat bu durum konunun başka kurallar açısından değerlendirilmesini engellemez. Nihayetinde söz konusu olan devletlerin uluslararası taahhütleri/yükümlülükleridir. Kaldı ki andlaşmadan doğan kuralların değişmesi veya sona ermesi için mutlaka aynı nitelikte bir işlem, yani açık veya zımni

Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, § 10 (İran'ın Divana gönderdiği 16 Mart 1980 tarihli mektubu).



bir anlaşma gerekmez.⁹⁰ Mesela, bir devlet taraf olduğu bir andlaşmadan dolayı sahip olduğu haktan feragat edebilir. Bunun en sık rastlanan şekli andlaşmaya koyduğu ihtirazi kaydı geri çekmesidir. Böylece devlet yükümlülüklerinin kapsamını genişletmekte, yani andlaşmanın hukuki tesirlerini değiştirmektedir.⁹¹ Devletlerin bir andlaşmadan veya başka bir kaynaktan doğan haklarından tek taraflı olarak, yani bir anlaşma olmadan vazgeçmeleri mümkün olduğuna ve bu vazgeçme yazılı veya sözlü beyan, davranış ve sair şekillerde yapılabileceğine göre, İran ve ABD'nin 1955 Andlaşmasıyla ilgili uygulama ve tutumlarından Andlaşmanın bütünü veya haklarının bazılarında feragat ettikleri sonucu çıkarılabilir mi?

Soruya İran'ın başvurusunda ve ihtiyati tedbirler talebinde çiğnendiğini iddia ettiği haklar açısından cevap aradığımızda, öncelikle belirtmek gerekir ki ihlal olarak nitelendirilen eylemler, yani ABD'nin 8 Mayıs 20018 sonrası ambargo uygulaması ilk defa gerçekleşen fiiller değildir, bilakis 2015 öncesi uygulanan tedbirlerin yeniden başlatılmasıdır. Esasen ABD bu ülkeye karşı 1980'den itibaren ambargo uygulamaktadır. Tedbirlerin kapsamı 1995 ve 1996 yıllarında başkanlık kararnameleriyle ikili ticari ilişkileri ve enerji sektörünü tamamen içine alacak şekilde genişletilmiştir. Bunun yanında üçüncü ülkelerin ve onların vatandaşlarının da ambargoya katılmasını sağlamaya yönelik tedbirler alınmıştır. 2000'li yıllara gelindiğinde terörizme destek olma gerekçesi yanında kitle imha silahları üretecek şekilde nükleer kapasitesini artırma iddiası ön plana çıkarılarak ambargo uygulaması devam etmiştir. Uluslararası hukuk

90 Uluslararası Hukuk Komisyonu anlaşmalar hukukuyla ilgili nihai taslakta 51. maddenin (1969 Sözleşmesinde 54. madde olarak kabul edilen hüküm) yorumunda "bir andlaşmayı sona erdiren anlaşmanın sona erdirilecek andlaşmayla aynı şekilde olması veya en azından onunla aynı ağırlıkta bir andlaşma şeklinde olması" yönündeki görüşün ("acte contraire" teorisi) uluslararası hukukta kabul görmediğini belirtmektedir. Komisyona göre devletler andlaşmayı sonlandırmak için yapacakları mutabakatın şeklini istedikleri gibi seçebilir; önemli olan, andlaşma kendi hükümlerinde öngörülenden farklı şekilde sona erdirildiğinde bütün tarafların rızasının bulunmasıdır. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, **Yearbook of the International Law Commission**, 1966, vol. II, s. 249.

91 Bir diğer misal alacakların silinmesidir. Uygulamada zaman zaman gelişmiş ülkelerin az gelişmiş ülkelere verdikleri borcun bir kısmından veya tamamından feragat ettiği görülmektedir. Devletlerarasında borç-alacak ilişkilerinin genellikle bir anlaşmayla kurulduğunu göz önüne aldığımızda, burada taraflardan birisi beyan veya başka türlü bir ifadeyle kendisine ait bir hakkı ve karşı tarafın yükümlülüğünü kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu tür işlemler çoğunlukla yeni bir anlaşmayla yapılmakla birlikte tamamen tek taraflı da olabilir. Mesela, İspanya 1999 yılında yakın ilişkiler içinde olduğu Orta Amerika ülkelerinin bölgede meydana gelen Mitch kasırgasından dolayı önemli zararlara uğraması üzerine bu ülkelerin kendisine olan borçları sildiğini beyan etmiştir. Keza İtalya 2000 yılında 62 gelişmekte olan ülkenin kendisine olan 6 milyar dolarlık borcunu sileceğini açıklamıştır. (Örnekler M.E. Çağiran, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri** kitabından (s. 247-248) alınmıştır.)



genel olarak devletlerin bir olay, durum veya iddia karşısındaki tavırlarını dikkate almakta ve buna çeşitli hukuki sonuçlar atfetmektedir. Bu yüzden devletler sahip olduğu haklar veya menfaatlara hanel getirebileceğini düşündükleri bir davranışı protesto etmektedir. Protesto “devletin bir durumu tanıma, kabul etme veya hakkından vazgeçme yönünde bir karine oluşmasını engellemektedir”.⁹² Diğer deyişle, resmi bir itiraz olan protesto ile devlet “protestosunun yöneldiği işlemlerin hukukiliğini tanımadığını ve ifadesinde belirttiği kendi haklarını terk etme niyeti bulunmadığını bildirir”.⁹³ Böylece hak sahibi devlet kendisine yönelik bir davranışın doğurabileceği fiili değişikliğin hukuki planda geçerlilik kazanmasının veya en azından hakkının tartışmalı hale gelmesinin önüne geçmiş olmaktadır.

Buradan şöyle bir sonuç çıkmaktadır: 2018’de Divana yaptığı başvuruda ambargo tedbirlerinin hukuka (1955 Andlaşmasına) aykırı olduğunu ileri süren İran’ın aynı ihlaller (ambargo uygulaması) on yıllarca devam ederken tepkide bulunmaması ve sessiz kalması hakkın kaybedilmesine (1955 Andlaşmasının ilgili maddelerinin hükümsüzlüğüne) kadar gidebilecek birtakım hukuki sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilecekken, tepkide bulunması ise bunu engelleyici rol oynayacaktır. Bu hususta yapılacak değerlendirme İran’ın uzun yıllardır devam eden Amerikan ambargosu karşısındaki tutumuna bağlıdır. ABD’nin duruşmalardaki ifadesine göre İran 1996’dan 2018 yılına kadar İsviçre kanalıyla yüzlerce diplomatik nota göndermiştir, fakat bunların hiçbirisinde ambargo uygulamasının 1955 Andlaşmasını ihlal ettiğine dair bir ibare yoktur.⁹⁴ İran duruşmalarda cevap hakkını kullanırken bu konuya değinmemiş, dolayısıyla Amerikan iddiasını yalanlamamıştır. Gerçi nihayetinde İran’ın Divana başvurması ambargo uygulamasına karşı bir tepkidir, fakat aradan bu kadar zaman geçtikten sonra bunun gecikmiş bir tepki olduğunu kabul etmek gerekir. Divan 1992 yılında Kara, Ada ve Deniz Sınırı Anlaşmazlığı Davasında verdiği kararda aidiyeti üzerinde ihtilaf olan Meanguera Adasında El Salvador’un uzun süreden beri egemenlik yetkileri kullanmasına karşı Honduras’ın çok geç protestoda bulunmasını zımni mutabakat (*acquiescence*) olarak yorumlamıştır. Divana göre Honduras’ın daha

92 M.E. Çağırın, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri**, Platin, 2005, s. 224. Zaten protesto “bir uluslararası hukuk kişinin belirli bir durumu, bir davranışı ya da bir iddiayı yasal bulmadığını belirten ve *bu yolla kendi çiğnenen ve tehdit edilen haklarını saklı tutmayı amaçlayan* bir işlem” olarak tanımlanmaktadır (İtalikler bize ait). H. Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 3. baskı, Turhan Kitabevi, 1992, s. 270.

93 I.C. McGibbon, “Some Observation on the Part of Protest in International Law”, **BYIL**, 1953, s. 298.

94 CR 2018/17, s. 30, § 25.



önce gerçekleşen olaylar karşısındaki davranışı mevcut durumla ilgili “kabul, tanıma, zımnî mutabakat veya diğer tür zımnî rızanın varlığını göstermektedir”.⁹⁵

Tek taraflı işlemler hukuku temelinde ABD tarafı lehine çıkarılabilecek bu sonuçlara mukabil İran lehine her şeyden önce şu söylenebilir ki uluslararası hukukta protesto işlemi için belirli bir şekil şartı yoktur. Uygulamada protestolar genellikle yazılı bir nota veya sözlü bir deklarasyonla yapılmaktadır, fakat bunun yanında devlet yetkililerinden gelen ve ihlale tepkiyi gösteren diğer her türlü irade açıklaması da aynı işlevi yerine getirmektedir. Dolayısıyla İran’ın mutlaka diplomatik kanalları kullanarak ambargoyu protesto etmesi gerekli değildir. Temsilcilerinin uluslararası alanda, hatta ülke içerisinde, mesela mecliste yaptığı bir konuşmada, basın toplantısında veya halka hitap ederken ambargonun haklarını çiğnediğinden şikâyet etmesi yeterlidir. Hal böyle olunca protesto veya karşı çıkma yokluğundan dolayı kabul, zımnî mutabakat veya zımnî vazgeçme gibi sonuçların çıkarılması mümkün değildir.⁹⁶

C. Sorumluluk Hukuku Çerçevesinde

Tek taraflı işlemler hukuku dışında konunun tartışılabileceği bir başka zemin sorumluluk hukukudur. “Günümüz uluslararası hukuk kuralları uyarınca ve belirli andlaşmalardan – özellikle uluslararası örgütler çerçevesinde oluşturulan mekanizmalardan doğan özel yükümlülükler bunun tersini öngörmüyorsa, her devlet diğer devletler karşısındaki hukuki durumunu kendisi belirler. Devletin kanaatine göre bir diğer devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesinden dolayı bir durum ortaya çıkmışsa, devlet uluslararası hukukun genel kurallarının silahlı kuvvet kullanmakla ilgili koyduğu sınırlar içerisinde haklarını ‘karşı tedbirler’ yoluyla teyit etmek yetkisine sahiptir.”⁹⁷ Karşı tedbirler kavramı ve hukuki mahiyeti hakkında başlıca referanslardan birisi olan Hava Hizmetleri Davasında hakemlik mahkemesinin yaptığı bu tespitten yola çıkarak Amerikan ambargo tedbirleri, İran’ın ABD’ye karşı terörist faaliyetleri desteklemek, nükleer taahhütlere aykırı davranmak, Amerikan temsilcilikleri ve vatandaşlarına karşı düşmanca faaliyetlerde bulunmak gibi bir kısmı 1955 Andlaşmasının kapsamına da giren uluslararası

95 *Land, Island and Maritime Frontier Dispute, Judgment, ICJ Reports 1992, § 364.*

96 Dolayısıyla, ambargonun daha önce uzun süre Divan önüne getirilmemiş olmasının bir tür *estoppel* etkisi doğurarak İran’ın Divana artık müracaat edemeyeceği gibi bir sonuç çıkarmak mümkün görünmemektedir.

97 *Case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, Decision of 9 December 1978, Reports of International Arbitral Awards, vol. XVIII, s. 443, § 81.*



yükümlülüklerini ihlal etmesine cevap olarak alınmış karşı tedbirlerdir denilebilir mi? Soruya müspet cevap verilmesi halinde, karşı tedbirler tanımı gereği ambargo 1955 Andlaşmasına aykırı olsa bile, mevcut bir hukuk ihlaline karşı yapıldığından hukuka uygun bir uygulama olarak kabul edilecektir. Böyle bir sonuç İran'ın Divana yaptığı başvuruyu temelsiz bırakacağından yargı yetkisi üzerine alınacak kararı doğrudan etkileyecektir.

ABD ambargosunun karşı tedbir niteliğine sahip olması için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Divanın *Gabcikovo-Nagyymaros* kararında belirttiğine göre karşı tedbirler daha önce meydana gelmiş bir haksız fiile cevap olarak fail devlete karşı, haksız fiile son verme veya sonuçlandıysa onarımda bulunma çağrısının akim kalması üzerine faili yükümlülüklerine uymaya zorlama amacıyla alınan orantılı ve tersinir (*reversible*) tedbirlerdir.⁹⁸ Buna UHK'nın devletlerin sorumluluğuna dair hazırladığı andlaşma taslağında yer alan karşı tedbirlerin kuvvet kullanma veya kullanma tehdidi içermemesi, temel insan haklarını ve insancıl hukuk kurallarını ihlal etmemesi ve uluslararası amir hükümlere (*jus cogens*) aykırı olmaması şartlarını da eklemek gerekir.⁹⁹ Amerikan ambargosunu bu şartlara göre değerlendirdiğimizde, öncelikle belirtmeliyiz ki ambargo tedbirlerinin tepki gösterdiği ihlallerle kapsam itibarıyla örtüşmemesi karşı tedbirler olma niteliğini belirleyen bir unsur değildir. Orantılılık ilkesine uygun olması kaydıyla karşı tedbirlere başvuran bir devlet ihlaline tepki gösterdiği yükümlülüklerin aynı veya benzeriyle mukabele etmek zorunda değildir. Diğer deyişle, ambargo tedbirleri çiğnendiği ileri sürülen andlaşma hükümleri ve diğer uluslararası kurallardan kapsam olarak farklı olabilir.¹⁰⁰ Ancak, karşı tedbirlerin kapsamı sınırsız değildir; insan hakları ve insancıl hukukun koruma alanına müdahale edemez. Bu sınırlama açısından bakıldığında ambargonun uygulamada temel ihtiyaç maddeleri ve tıbbi ürünleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, yolcu uçaklarının bakımı ve yedek parça teminini zora sokması, bunlara ilaveten İran'ın ABD ve bir ölçüde diğer ülkelerle mali muamelelerinin kesilmesiyle dışarıdan her türlü mal ve hizmet tedarikinin imkânsız olmasa bile oldukça zor ve pahalı hale gelmesi insani açıdan zararlı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu sonuçların aynı zamanda geri döndürülemez, daha sonra telafi edilemez etkiler doğurma riski yüksektir. Bütün bunlar ambargo

98 *Gabcikovo-Nagyymaros Project*, §§ 83-87.

99 Article, 50, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), s. 128 vd.

100 J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, s. 282.



tedbirlerinin meşruiyetini tartışmalı hale getirmektedir. Dolayısıyla ABD'nin İran'la ilgili iddialarının doğru olduğu- yani ambargonun bir dizi ihlale cevap olarak uygulandığı - varsayımında bile karşı tedbirler argümanının en azından bazı ambargo tedbirleri bakımından sağlam bir dayanak olmadığı söylenebilir.

Karşı tedbirler ve Divanın yargı yetkisi ilişkisi yine İran-ABD arasında Rehineler Davası vesilesiyle ele alınmıştı. O davada İran kendisine yönelik karşı tedbirler uygulayan ABD'nin 1955 Andlaşmasına dayanarak Divana müracaat etmesini tenkit etmişti. Divan İran'ın bu husustaki itirazını reddetmiştir. Divana göre "ABD söz konusu olan bütün tedbirleri [ABD karşı tedbirleri] Büyükelçiliğin silahlı bir grup tarafından ele geçirilip diplomatik ve konsolosluk görevlilerinin rehin tutulmasından sonra almıştır. ABD bu tedbirleri İran'ın 1955 Andlaşması da içinde olmak üzere uluslararası hukukun ağır ve açık ihlallerine cevap olarak aldığını düşünmektedir. Her halükarda bir tarafın [iddiaya göre 1955] Andlaşmanın ihlal etmiş olması onun Andlaşmanın ihtilafların barışçı yollarla çözümünüyle ilgili hükümlerine başvurmasını engellemez."¹⁰¹

Divanın bu değerlendirmelerinden hareketle, karşı tedbirler uygulayan devlet eş zamanlı olarak kazai çözüm yolunu da kullanabiliyorsa, aynı çözüm yolunun yani ihtilafı Divana götürme hakkının karşı tedbirlerin hedefi olan devlete haydi haydi açık olması gerekir. Sonuç itibariyle, ABD ambargo tedbirleri tam manasıyla karşı tedbirler kabul edilse bile, 1955 Andlaşmasının yorumu ve uygulanmasıyla ilgili Divanı yetkili kılan hükmü işlerliğini korumaya devam etmektedir. Dolayısıyla, karşı tedbirler argümanı daha önce ele aldığımız ulusal menfaatler istisnasında olduğu gibi, belki de ondan daha fazla Divanın davaya bakma yetkisinden çok esasla ilgili tartışmalarda kullanılmaya uygundur.

IV. DİPLOMATİK ÇÖZÜM YOLLARI ŞARTI

İran-ABD Davasında Divanın yargı yetkisinin temelini oluşturan madde XXI (2)'nin işlerlik kazanması için Andlaşmanın yorum ve uygulanmasına dair bir ihtilafın varlığına ilaveten gereken bir diğer şart "bu ihtilafın diplomasi yoluyla tatmin edici bir şekilde halledilememesi ve "başka barışçı yollarla çözülmesi hususunda tarafların anlaşamamış

101 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, § 53. Zaten UHK sorumluluk hukukunu kodifiye ettiği taslakta devletin kendisi ile sorumlu tuttuğu devlet arasında uygulanabilecek çözüm prosedürlerinin karşı tedbirlerin konusu olamayacağını belirtmiştir. Article, 50, § 2, a, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *loc. cit.* Yani bir andlaşmadaki yükümlülükler karşı tedbirler olarak kısmen veya tamamen askıya alınabilir, fakat o andlaşmanın içinde ihtilaf halinde çözüm için mesela Divana gitmeyi öngören bir hüküm bulunuyorsa, her halükarda bu hüküm etki doğurmaya devam edecektir.



olmasıdır". Andlaşmalarda Divan veya hakemlik mahkemesine gidilmesi kaydını düzenleyen hükümlerde sıkça rastlanan bu şart yargı mekanizmalarını harekete geçirmeden önce tarafların kendilerinin belirleyeceği başta görüşme olmak üzere diplomatik çözüm yollarını kullanmasını öngörmektedir. İhtilaf diplomasiyle halledilmediği takdirde yargı yolu devreye girecektir.

Yargıdan önce diplomasiye başvuru şartı 1955 Andlaşmasında düzenlendiği haliyle oldukça geniş yorumlanmaya müsait gibi görünmektedir. Zira bu hususta referans hüküm olan BM Antlaşmasının 33. maddesinde sayıldığı üzere görüşme, arabuluculuk, uzlaşma, soruşturma veya ilgili tarafların kendilerinin belirleyeceği diğer usuller gibi birden fazla diplomatik çözüm yolu bulunmaktadır. Tarafların bunlardan hangisi veya hangilerini kullanacakları, bu hususta anlaşamamaları durumunda diplomatik çözüm şartının ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışmaya açıktır. Keza bir tarafın herhangi bir yolu tercih etme zorunluluğu bulunmadığını da dikkate aldığımızda, o taraf mutlaka meseleyi Divana götürmek istiyorsa diğer tarafın teklif ettiği diplomatik yolu kabul etmemek veya gerektiği gibi işlemesine engel olmak suretiyle diplomatik çözüm şartını bertaraf edebilir. Divanın bu davada diplomasi şartıyla ilgili değerlendirmesi ve kararı daha ziyade taraflara serbestlik tanıyan geniş yorum paralelindedir. Ancak, diplomasi şartı Andlaşmada ne kadar da geniş yorumla müsait olarak ifade edilmiş olursa olsun, bir andlaşma hükmünün hukuki tesirlerini tamamen ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması genel kabul gören ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde (1969) genel olarak kodifiye edilen ilkelerle ters düşmektedir.¹⁰² Dolayısıyla taraflar iyi niyetle diplomatik çözümleri tatbik etmeye gayret etme yükümlülüğü altındadır; iyi niyet ilkesinin ihlal edilmesi durumunda diplomatik çözüm arayışı ön şartı gerçekleşmediğinden Divanın yargı yetkisi tartışmalı hale gelmektedir.

Tarafların bu husustaki iddialarına geçmeden önce Divanın incelediğimiz davayla mukayese yapabileceğimiz geçmiş kararlarına göz atmakta fayda vardır. Gürcistan-Rusya Davasında ihtilafın konusunu teşkil eden CERD benzer şekilde kaleme alınmış bir kayıt ihtiva etmektedir. Anılan Sözleşmenin 22. maddesinde yer alan kayda göre

102 "Bir ihtilafı Divana götürmeyi öngören özel anlaşmanın hükümleri, eğer böyle bir yaklaşım anlaşmanın terimlerinin manasını bozmuyorsa, hükümlerin uygun etkiler doğurmasını mümkün kılacak şekilde yorumlanmalıdır". *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, PCIJ, Series A, No. 22, s. 13. Etki doğurma ilkesi Divanın sonraki kararlarında da teyit edilmektedir: "Özel bir anlaşmada yer alan bu şekilde bir hükmün anlam veya etkiden mahrum olmasını kabul etmek genel kabul gören yorum kurallarıyla gerçekten bağdaşmaz olacaktır". *Corfu Channel, Merits, Judgment, ICJ Reports 1949*, s. 24.



“görüşmelerle (*negotiation*) veya Sözleşmede açıkça öngörülen usullerle çözümlenemeyen” ihtilaflar Divana sunulacaktır. Gürcistan Abhazy ve Güney Osetya meselesinin her iki tarafın temsilcilerinin de katıldığı BM, AGİT, Bağımsız Devletler Topluluğu gibi uluslararası forumların özel toplantılarında ele alındığını, ikili çerçevede de üst seviyede görüşmeler yapıldığını, daha sonra Rusya’nın tutumu yüzünden ikili görüşmelerin kesildiğini hatırlattıktan sonra, Rusya’nın etnik temizlik kampanyasını yürütürken görüşme talebini reddetmesiyle de diplomatik çözüm şartının yerine gelmiş olduğunu ileri sürmüştür. Buna mukabil Rusya tarafı ne çok taraflı forumlarda ne de ikili görüşmelerde Gürcistan’ın Abhazy ve Güney Osetya kaynaklı olaylarda ırk ayrımcılığına maruz kaldığına dair bir iddiada bulunmadığını, dolayısıyla Gürcü tarafının CERD’nin uygulanmasına dair var olduğunu iddia ettiği ihtilafı konu alan bir görüşme yapılmadığını belirtmiştir.

Divan öncelikle tarafların BM Güvenlik Konseyinde veya basın toplantılarında birbirini suçlayıcı beyanlarını bir ihtilafın varlığının göstergesi olarak kabul etmiştir. Fakat, devamla, hakiki (*genuine*) görüşme teşebbüsü yoksa görüşme ön şartının gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir. Hakiki görüşme teşebbüsünden bahsedebilmek için, Divanın geçmiş kararlarında birçok kez vurguladığı üzere görüşmelerin başarısız olması, faydasız veya akim hale geldiğinin ortaya çıkması gerekir.¹⁰³ Divan buradan hareketle Gürcistan’ın Rusya ile CERD’den doğan yükümlülükler dair ihtilafını çözme amacıyla hakikaten görüşme teşebbüsünde bulunup bulunmadığını,¹⁰⁴ bulundu ise görüşmelere mümkün olduğu ölçüde devam edip etmediğini ve Gürcistan meseleyi Divana sunmadan önce görüşmelerin başarısız, faydasız veya çıkmaza girdiğini gösteren delillerin olup olmadığını sorgulamıştır.¹⁰⁵ Sonuç olarak, Divan tarafların 9 Ağustos 2008’de olaylar başladıktan sonra Gürcistan’ın çağrısıyla toplanan

103 *Application of the CERD, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011*, § 159. Divan referans olarak şu geçmiş kararlarını anmaktadır: *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2*, s. 13; *South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1962*, s. 345-346; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980*, § 51; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, ICJ Reports 1988*, § 55; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998*, § 20.

104 Burada işaret etmek gerekir ki eski Sovyetler Birliğine mensup iki devlet arasında Abhazy ve Güney Osetya bölgeleriyle bağlantılı meseleler Sovyetler Birliğinin dağılmasından itibaren süregelmektedir. Bu davanın konusu olan CERD’le ilgili ihtilaf ise Rusya’nın anılan bölgelerde 9 Ağustos 2008’de başlattığı ve Gürcistan’ın Divana müracaat ettiği 12 Ağustos 2008 tarihine kadar süren üç günlük dönemdeki operasyonları kapsamaktadır. Dolayısıyla Divan görüşmelerin varlığı ve niteliği üzerine değerlendirme yaparken sadece bu birkaç günlük kısa dönemdeki teşebbüslere dikkate almaktadır.

105 *Application of the CERD, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011*, § 162.



Güvenlik Konseyinde karşılıklı suçlamaları ve yaptığı değerlendirmeleri, Rusya'nın "bundan sonra iki devlet arasında temas kurulmasının imkânsız olduğu", "Gürcistan Devlet Başkanına güvenilemeyeceği ve görevden gitmediği sürece karşılıklı görüşmelerin çok zor olduğu" şeklindeki açıklamaları gerçek görüşme teşebbüsü veya görüşmelerin akim kalması olarak kabul etmemiş ve CERD madde 22'deki şartın gerçekleşmediğine karar vermiştir.¹⁰⁶

Yargıdan önce diplomatik yolla çözüm aranması şartıyla ilgili bir diğer örnek Petrol Platformları Davasıdır. Bu davada İran ABD'nin karşı iddialarının Divan tarafından değerlendirilmeye alınmasına itiraz ederken gerekçe olarak karşı iddiaların taraflar arasında bu hususta görüşme yapılmadan Divana sunulduğunu, dolayısıyla 1955 Andlaşması madde XXI (2)'de öngörülen diplomasi yoluyla çözüm şartının yerine gelmediğini ileri sürmüştür. Divan İran'ın itirazını reddederken Gürcistan-Rusya Davasında olduğu gibi teferruatlı inceleme yapmadan kısaca ihtilafın önüne gelmeden önce diplomatik yollarla halledilememesini tespit etmesinin yeterli olduğunu, bu bakımdan görüşmelerin devam etmemesinde hangi tarafın sorumluluğu bulunduğunu araştırmasının gerekmediğini belirtmiştir.¹⁰⁷

Hâlihazırdaki İran-ABD Davasında bu kez madde XXI (2)'yi kullanan taraf ABD olmuştur. ABD'ye göre yargıya gitmeden önce diplomatik çözümün denenmesi sadece bir formaliten ibaret değildir; ihtilafın konusunu ilgilendiren çözüm amaçlı hakiki bir müzakere teşebbüsünün yapılması gerekir.¹⁰⁸ Öte yandan İran ise Divanın daha önce baktığı davalarda değişik andlaşmalarda öngörülen diplomatik çözüm ön şartının tam olarak yerine getirilmemesinden dolayı yargı yolunun işletemeyeceği yönünde kararlar verdiğini, fakat burada durumun farklı olduğu görüşünü savunmaktadır. İran'a göre madde XXI (2) diğerlerinden, mesela CERD'in 22. maddesinden farklı kaleme alınmıştır. Madde XXI (2) ön şartın yerine gelmesini tamamen objektif bir sonuca yani ihtilafın diplomatik yollarla çözülmemiş olmasına bağlamaktadır ki bu sonuç da gerçekleşmiştir.¹⁰⁹ Buna ilaveten İran ön şart engelini her halükarda ortadan kalktığını göstermek için Divana müracaat etmeden önce diplomatik çözüm yollarını kullandığına delil olarak ambargo kararının alınmasından sonra 11 ve 19 Haziran 2018 tarihlerinde Tahran'daki İsviçre Büyükelçiliği kanalıyla ABD'ye gönderdiği ve cevap alamadığı iki notayı sunmaktadır. Notaların ilkinde 8 Mayıs ambargo kararını protesto etmekte ve ihtilafın diplomatik

106 *Ibid*, §§ 167-184.

107 *Oil Platforms, Judgment, ICJ Reports 2003*, §§ 106-107.

108 CR 2018/17, s. 28, § 19.

109 CR 2018/18, s. 13, § 6.



yollarla çözülmemesi halinde aralarındaki andlaşmalara uygun olarak diğer çözüm yollarını kullanma hakkını saklı tuttuğunu belirtmektedir. İkinci notada ise ambargo kararıyla ABD'nin 1955 Andlaşmasından doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.¹¹⁰ Buna karşılık ABD bu notaların diplomatik çözüm teşebbüsü sayılamayacağını, zira herhangi bir şekilde görüşme teklifi içermediklerini, üstelik ikinci notanın İran tarafından Divana başvuru yapıldıktan sonra ellerine geçtiğini söylemektedir. Ayrıca, aralarındaki meseleleri ele almak amacıyla İran tarafından gerçek bir teşebbüs gelirse kendilerinin en üst seviyede görüşmeye hazır olduklarını beyan etmektedir.¹¹¹

Bu hususta Divan İran'ın tezini haklı bulmuş ve ihtilafın diplomatik yollarla halledilememiş olması ön şartının gerçekleştiğine karar vermiştir. Karar şöyle bir değerlendirmenin sonucu ortaya çıkmıştır: 1955 Andlaşması madde XXI (2)'nin formülasyonu önceki kararlarda ele alınan tahkim şartlarından farklıdır. Anılan paragrafta mesela CERD'in yargıya gitme şartını düzenleyen hükmündekinden farklı terimler kullanılmıştır. CERD "Divana müracaattan önce görüşmeler yapılmasını bir hukuki yükümlülük olarak empoze etmektedir. Buna karşılık madde XXI (2) tasviri niteliktedir ve ihtilafın diplomasi yoluyla tatmin edici bir şekilde çözülmemiş olması üzerine odaklanmaktadır. Bu sebeple Divan resmi görüşmelere girilip girilmediğini veya diplomatik çözümsüzlüğün taraflardan hangisinin davranışından kaynaklandığını incelemek zorunda değildir. Divanın tatmin olması için yeterli olan şey ihtilafın kendisine sunulmadan önce diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilmemiş olmasıdır". Devamla, İran'ın gönderdiği notalar cevapsız kalmıştır. Dava dosyasında taraflar arasında doğrudan görüş alışverişi yapıldığını gösteren başka bir belge de bulunmamaktadır. Sonuç itibariyle, ihtilaf diplomasi yoluyla çözülmemiştir.¹¹²

Divanın yorumu ve buradan çıkardığı sonuçlar tartışmaya açıktır. Geçmiş kararlara baktığımızda Divan Petrol Platformları Davasında Amerikan tarafının itirazını reddederken de aynı sonuca varmış, fakat gerekçesini açıklamamıştı. Burada Gürcistan-Rusya Davasına atıfta bulunarak CERD madde 22 ile mukayese yapmıştır. Divana göre CERD madde 22 taraflara görüşme yükümlülüğü getirmektedir, oysa 1955 Andlaşması madde XXI (2) herhangi bir yükümlülük öngörmemektedir. Divan iki yargıya başvuru maddesinin hukuki tesirlerinin farklı olmasını kullanılan terimlerin farklılığına bağlamaktadır. Ancak, iki madde

110 CR 2018/16, s. 28-29, § 2.

111 CR 2018/17, s. 31, § 27.

112 Karar, §§ 50-51.



arasındaki terim farklılığı sadece muhtevayla ilgilidir. CERD’de “görüşme yoluyla çözümlenmeyen” (*not settled by negotiation*) geçerken, 1955 Andlaşmasında “diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilmeyen” (*not satisfactorily adjusted by diplomacy*) ibaresi vardır. Diğer deyişle, birincisinde diplomatik çözüm yollarından birisi olan görüşme özel olarak anılırken, ikincisinde diplomatik çözüm yollarına – ki görüşme bunların başta geleni ve en sık başvurulandır – genel olarak gönderme yapılmaktadır. Buradan ilki için “görüşme yükümlülüğü vardır” sonucuna, ikincisi için ise hukuken ne anlama geldiği belli olmayan “tasviri” nitelemesi yaparak “ tarafların diplomatik yolları kullanma yükümlülüğü yoktur” sonucuna varmanın hiçbir şekilde izah edilir yanı bulunmamaktadır. Bir andlaşma maddesinin hükmünü “tasviri” gerekçesiyle ortadan kaldıran bu sonuç her şeyden önce yukarıda değindiğimiz Divanın kendisinin teyit ettiği yerleşmiş yorum kurallarına aykırıdır. Divanın vardığı sonuca göre 1955 Andlaşmasını yapan devletler ihtilaf halinde diplomatik ve kazai çözüm yollarını öngörmüşler, fakat diplomatik çözüm yolunu kullanmak bir yükümlülük oluşturmadığından kazai çözümün ön şartını oluşturmadığı gibi, isteyen tarafın tamamen devre dışı bırakacağı gereksiz bir fazlalık olmaktadır. Oysa bu sonuç bizzat Andlaşmanın taraflarınca reddedilmektedir. Zira iki devlet arasındaki Petrol Platformları Davasında ve bu davada her ikisi de farklı vesilelerle karşı tarafın madde XXI (2)’deki diplomatik çözüm ön şartını yerine getirmeden Divana başvurduğunu iddia etmişlerdir. Yani Andlaşmayı yapan ve yorumlama yetkisine sahip olanlar madde XXI (2)’deki ibareyi tasviri olarak görmemekte, tam tersine bir yükümlülük olarak anlamaktadır. Bu sebeptendir ki bu davanın sözlü duruşmalarında taraflar iddia ve savunmaları arasında diplomatik görüşme ön şartına özel önem vermişlerdir. Mesela, İran tarafı “madde XXI (2)’deki ön şart objektif bir sonuca yani ihtilafın diplomatik yollarla çözülmemiş olmasına bağlıdır” iddiasında bulunurken paragraf (2)’nin taraflara davranış yükümlülüğü getirdiğini, tarafların belirli bir sonucu gerçekleştirmek (ihtilafa diplomatik yollarla çözüm bulmak) zorunda olmadıklarını, fakat diplomasi yolunu işletmeleri gerektiğini kabul etmektedir. Aslında Divan da kararında “tatmin olması için yeterli olan şey ihtilafın kendisine sunulmadan önce diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilmemiş olmasıdır”¹¹³ derken İran’ın ifadesinde savunduğu görüşü teyit etmiş olmaktadır. Zira diplomatik çözüm arayışı aşamasını kat edilmesi gereken bir aşama olarak görmek hemen bir cümle önce yokluğunu ima ettiği yükümlülüğün varlığını zımnen onaylamaktır.¹¹⁴

113 Karar, § 50.

114 Bu değerlendirmemiz dışında, herhangi bir açıklama yapmamakla birlikte “Divan diplomatik çözüm şartıyla ilgili ibarenin terim farklılığından dolayı CERD’de bağlayıcı,



Öyle görülüyor ki Divan paragraf (2)'yi yorumlarken hükmün açık ifadesine rağmen kullanılan terimlerin normal anlamlarını ve tarafların önünde beyan ettiği ortak iradesini bir tarafa bırakmakla kalmamakta, aynı zamanda kendi içerisinde çelişkili bir karar vermektedir.

Divan diplomatik çözüm konusunda madde XXI (2) yükümlülük öngörmez dedikten sonra tabiatıyla diplomatik yolların denenip denenmediğini inceleme dışı bırakmaktadır: “Divan *resmi* görüşmelere girilip girilmediğini veya diplomatik çözümsüzlüğün taraflardan hangisinin davranışından kaynaklandığını incelemek zorunda değildir”.¹¹⁵ Ortada bir yükümlülük bulunmuyorsa tarafların tutumunu incelemek ve ondan sonuç çıkarmak elbette gerekli değildir. Şunu da ilave edebiliriz ki bir yükümlülük mevcut olsaydı bile, *prima facie* yetki kararı aşamasında *teferruatlı* bir inceleme gerekli olmazdı. Ancak, Divanın kendi tespitine uygun olarak vardığı bu sonuçta kullandığı “resmi” nitelemesi diplomatik çözüm şartı konusundaki kurgusundan emin olmadığını göstermektedir. Ne madde XXI (2)'nin ne de CERD madde 22'nin hiçbir yerinde “resmi” kelimesi geçmektedir. Dolayısıyla Divan kararının tamamını alıntıladığımız 50. paragrafında yükümlülük vardır/yoktur tespitlerini resmi-gayri resmi bütün diplomatik çözüm teşebbüsleri için yapmaktadır. Bunu yaptıktan sonra (madde XXI (2)'de bu hususta yükümlülük bulunmadığını dikkate alarak) tarafların diplomatik çözümle ilgili davranışlarını bir tarafa bırakması yukarıda işaret ettiğimiz üzere gayet normaldir. Ancak, Divan tarafların diplomatik çözümle ilgili bütün davranışlarının değil, *resmi görüşmelerin* incelenmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Resmi olmayan görüşmeler ve diğer resmi-gayri resmi diplomatik yollarla ilgili teşebbüslerin ne olacağını ise belirsiz bırakmaktadır.

Divanın diplomasi şartı konusundaki değerlendirmelerindeki belirsizliklere yeni bir tanesini ekleyen bu ayrımın kökeni 2008 yılında Gürcistan-Rusya Davasının ihtiyati tedbirler aşamasında verdiği karara dayanmaktadır. Orada Divan “Görüşmeler yoluyla veya bu Sözleşmede [CERD] açıkça belirtilen usulle halledilmeyen her ihtilaf’ ifadesinin açık anlamından Sözleşme çerçevesinde resmi görüşmeler veya madde 22’de anılan usule müracaat, Divana gitmeden önce yerine getirilmesi gerekli ön şarttır sonucu çıkmaz”¹¹⁶ demektedir. Bununla birlikte Divan aynı

1955 Andlaşmasında ise “tasviri” olduğu kanaatini ibarelerde çözümü ifade etmek için kullanılan “settled” ve “adjusted” terimlerine yüklediği farklı anlamlara mı dayandırıyor?” sorusu akla gelebilir. Divanın geçmiş kararlarında bu terimlerden hareketle değerlendirme yaptığı örnek bulunmamaktadır.

115 Karar, § 50. İtalikler bize ait.

116 *Application of the CERD, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2008, § 114.*



yerde hemen şu cümleyi de ilave etmektedir: “Fakat madde 22 şikâyetçi tarafın davalıyla CERD’le ilgili konularda görüşmeler başlatmak için birtakım teşebbüslerde bulunması gerektiğini de ima eder”. Divan İnan-ABD kararında ilk alıntıladığımız cümledeki düşüncüyü farklı kelimelerle tekrarlamakta, fakat belirsizlik pahasına bunu takip eden alıntıladığımız cümleyi anmamaktadır.¹¹⁷ Çünkü aksitakdirde 8 Mayıs ambargo kararından sonra taraflar arasında diplomatik çözüm bulmak için en azından gerçek bir teşebbüste bulunulup bulunmadığını sorgulaması gerekecekti. Divan böylece işin kolayına kaçmış, İnan’ın gönderdiği notaların cevapsız kaldığını ve dava dosyasında taraflar arasında doğrudan görüş alışverişi yapıldığını gösteren başka bir belge de bulunmadığını belirterek ihtilafın diplomasi yoluyla çözülmemiş olduğuna karar vermiştir.¹¹⁸

SONUÇ

Bir davada Divanın yetkileriyle ilgili görüş ayrılığı çıkması halinde nihai karar verme yetkisi ilke olarak Divana aittir (*Kompetenz-Kompetenz*).¹¹⁹ Ancak, her halükarda Divanın “yetkisi tarafların rızasına dayalıdır ve tarafların kabul ettiğiyle sınırlıdır. Bu rıza bir uluslararası anlaşmanın tahkim maddesinde ifade edilmişse, tabii olduğu bütün şartlar onun sınırlarını oluşturuyor olarak görülmelidir”.¹²⁰ O halde madde XXI (2) ve madde XX (1)’deki şartların her birisinin *prima facie* bir incelemede dahi titizlikle ele alınması Divanın bu davadaki genel ve *ratione materiae* yetkisinin sınırlarının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Tersinden söyleyecek olursak, tarafların egemenlik haklarının korunması ve rızaları hilafına bir işleme tabii tutulmamaları ancak bu şekilde sağlanmış olur. Bu sebeple Divanın verdiği kararlarda muğlak noktalar bırakmaması hem adaletin selameti hem de uluslararası ilişkilerde hukukun ve yargının istikrar sağlayıcı rolünü bihakkın oynayabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

117 Gürcistan da davanın esasla ilgili aşamasında CERD madde 22 üzerine yaptığı yoruma destek olarak Divanın ihtiyati tedbir aşamasında yaptığı bu tespitin ilk cümlesini kullanmıştır. Divan karar verirken bu hususta bir açıklama yaparak aynı yerde onun devamı olarak kullandığı ikinci cümleyi hatırlatmaktadır. *Application of the CERD, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011*, § 129.

118 Karar, § 51.

119 UAD Statüsü, madde 36, § 6. C. Tomuschat, “Article 36”, *The Statute of International Court of Justice – A Commentary*, 2nd edition, (several editors), s. 867.

120 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *ICJ Reports 2006*, § 88.



KAYNAKLAR

Actes du Colloque de 1984 de la Société Belge de Droit International, **Les moyens de pression économiques et le droit international**, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985.

C. Amerasinghe, **Jurisdiction of International Tribunals**, Kluwer Law International, 2003, s. 348;

C. Tomuschat, "Article 36", **The Statute of International Court of Justice – A Commentary**, 2nd edition

Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, **Yearbook of the International Law Commission**, 1966, vol. II, s. 249.

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, **Yearbook of the International Law Commission**, 2001, vol. II (Part Two), s. 128 vd.

F. Capotorti, "L'extinction et la suspension des traités", **Hague Recueil** (1971), s. 517 vd.

H. Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 3. baskı, Turhan Kitabevi, 1992, s. 270.

I.C. McGibbon, "Some Observation on the Part of Protest in International Law", **BYIL**, 1953, s. 298.

Institut de Droit International, **Provisional Measures – Preparatory Work**, Yearbook 2017, s. 297-298.

J. Crawford, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility**, Cambridge University Press, 2002, s. 282.

J. Wouters, S. Verhoeven, "Desuetudo", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Heidelberg and Oxford University Press, 2011;

K. Oellers-Frahm, "Article 41", **The Statute of International Court of Justice – A Commentary**, 2nd edition, (Eds) A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C.J. Tams, Oxford University Press, 2012, s. 1212.

L. Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", **Hague Recueil** (1992)

L. Dubouis, "L'embargo dans la pratique contemporaine", **Annuaire française de droit international**, 1967

M. Lando, "Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice", **Leiden Journal of International Law** (2018), 31, s. 641-2.



M.E. Çağırın, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri**, Platin, 2005, s. 224.

P. Weil, D. Richemond, "The Oil Platforms Case before the International Court of Justice: A Non-case of International Responsibility", **International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter**, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 329-340.

R.B. Lillich (Ed.), **Economic Coercition and the New International Economic Order**, Charlotesville, 1976;

S. Oda, "Provisional measures – The Practice of International Court of Justice", **Fifty years of the International Court of Justice – Essays in honor of Sir Robert Jennings**, Cambridge University Press 1996, s. 551.

T. Giegerich, "Article 54 – Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties", *loc. cit.*, s. 958.

T. Giegerich, "Article 62 – Fundamental Change of Circumstances", O. Dörr, K. Schmalenbach (Editors), **Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary**, Springer, 2012, s. 1077 vd.

T.O. Elias, **The International Court of Justice and some contemporary problems**, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 70-71.



KIRGIZ CUMHURİYETİ YARGI SİSTEMİ

(Judicial System of the Republic of Kyrgyz)

Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDEM¹
Dr. Öğr. Üyesi Ülgen ASLAN DÜZGÜN²

ÖZ

Türk Konseyi (Türk Keneşi) üyesi olan kardeş ve dost Kırgızistan'ın yargı sistemini mevzuat çerçevesinde incelediğimiz bu çalışmada amaç, Türkiye'de Kırgızistan ile ilgili literatüre ve karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına katkı sağlamaktır.

Yargı birliğini benimseyen Kırgız Cumhuriyeti'nde yargı yetkisi, anayasa, medeni kanun, ceza kanunu, idare kanunu ile diğer kanunlarda öngörülen yargılama usulleri aracılığıyla yerine getirilir. Mahkeme sistemi yüksek mahkeme ve yerel mahkeme (iki dereceli) şeklinde iki ana parçadan oluşmaktadır. "Aksakal Heyetleri" kanunen öngörülen durumlarda davanın ilk derece mahkemesinde kesinleşmesinden önce dava taraflarını sulhe teşvik amacı taşıyan kamu organıdır. Yargı öz yönetimi, hâkimlerin yer aldığı ve hâkimlerin haklarının korunması ve seçiminde etkin olan organlardan oluşur. Savcılık, yargı kapsamında görev yapan kamu otoritesidir. Kırgızistan'da Anayasa gereği, herkesin kanunda belirlenen durumlarda, jürinin katılımı ile oluşan ceza mahkemesinde davasının görülmesini isteme hakkına sahiptir. Tahkim ve arabuluculuk kurumları uluslararası standartlarda mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak sistem içerisinde yerini almıştır.

Anahtar Kelimeler: Kırgızistan, Kırgız Cumhuriyeti yargı sistemi, Kırgızistan mahkemeleri, Tahkim, Arabuluculuk.

ABSTRACT

Turkish Council (Turkish Kenes) and fellow member of the brothers examined in accordance with the legislation of Kyrgyzstan's judicial system aim in this study, the relations between Turkey and Kyrgyzstan in civil and commercial area is to provide a positive contribution.

Judicial power in the Kyrgyz Republic, which adopts the unity of the judiciary, is carried out through the procedures set forth in the constitutional, civil, criminal, administrative and other laws. The court

1 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, murat.erdem@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7285-270X

2 Polis Akademisi Başkanlığı, Trafik Enstitüsü Öğretim Üyesi, ulgenaslan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3266-7778



system consists of two main parts, the high court and the local court (two-degree). “Aksakal Delegations” are the public bodies that aim to encourage the parties to peace before the case is finalized in the first instance local court in cases stipulated by law. Judicial self-management consists of bodies composed of judges and active in protecting and selecting judges’ rights. The prosecution is the public authority working under the judiciary. In Kyrgyzstan, in accordance with the Constitution, everyone has the right to demand a trial in the Criminal Court, which is formed with the participation of the jury, in cases specified in the law. Arbitration and mediation institutions have taken their place in the judicial system as an out-of-court dispute resolution method at international standards.

Keywords: Kirghizistan, Judicial system the Republic of Kirghizistan, Courts of Kirghizistan, Arbitration, Mediation.

GİRİŞ

Kırgız Cumhuriyeti³ (Kırgızistan) bağımsız, demokratik, laik, üniter ve sosyal hukuk devletidir (AY m. 1/1,7). Devlet dili Kırgızca, resmi dil Rusça’dır ⁴(AY m. 10/1,2). Başkenti Bişkek’tir. Bişkek ve Oş şehirlerinin statüleri kanunla belirlenir⁵ (AY m. 8/3,11/2). Kırgızistan da halk egemenliği, kuvvetler ayrılığı ve normlar hiyerarşisi ilkeleri doğrultusunda Meclis (Jogorku Keneş⁶) ile Cumhurbaşkanlığı tarafından temsil edilir (AY m. 3/1,2, 6/1,2). Kırgızistan Anayasasında; anayasanın üstünlüğü ve doğrudan uygulanabilirliği ilkesi (AY m. 6), kanun ve mahkeme önünde eşitlik (AY m. 16), kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve ceza hukukunda kıyas yasağı (AY m. 28), masumiyet karinesi ve ispat hakkı

3 “Kırgız Cumhuriyeti” ve “Kırgızistan” ifadeleri eş anlamlıdır (AY m. 1/1). Kırgızistan Anayasası IX. Kısım ve 114 madde içermektedir. 27 Haziran 2010 tarihli Kırgızistan Anayasası (AY) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202913?cl=ru-ru>; Türk Cumhuriyetleri Anayasaları için bkz. <https://www.turk-pa.org/>; EREN Abdurrahman/ASKER Ali, **Türk Cumhuriyetleri Anayasaları**, TÜRKPA Yayınları: 4, Ankara 2012, s.101-142.

4 Kırgız Cumhuriyeti Anayasasında devlet dili (Государственным языком) ve resmi dil (официальный язык) kavramları kullanılmaktadır (AY m. 10/1,2), Kırgız Cumhuriyeti Anayasası için bkz. <https://www.gov.kg/ru/p/constitution> ET: 13.05.2020.

5 Kırgızistan idari yapısında, 7 bölge, 7 merkez şehir ve 40 bölge ilçesi mevcuttur. Bu bölgeler (область), merkez şehirler (центральные города) ve bölge ilçeleri (районы) şunlardır: 1. BATKEN/ BATKEN/Batken, Kadamjay ve Leylek ilçeleri 2. ÇUY/BİŞKEK/ Panfilov, Jayıl, Moskova, Sokuluk, Alamedin, Çuy, Issık-Ata ve Kemin ilçeleri 3. CELAL-ABAD/ CELAL-ABAD/ Aksi, Ala-Bukin, Bazar-Korgon, Nooken, Suzak, Toguz-Torou, Toktogul ve Çatkal ilçeleri 4. NARIN/ NARIN/Ak-Talin, Başın, Jumgal, Koçkor ve Narın ilçeleri 5. OŞ/ OŞ/ Alay, Aravan, Kara-Kuldjin, Kara- Suy, Nookat, Uzgen ve Çon-Alay ilçeleri 6. TALAS/TALAS/ Bakay-Atin, Kara Buurin, Manas ve Talas ilçeleri 7. İSSİK-KUL/ KARAKOL/ Ak-Suy, Djeti-Oğuz, Ton, Tyup ve Issık-Kul ilçeleridir. Kırgızistan idari yapısı için bkz. http://www.president.kg/ru/kyrgyzstan/administrativno_territorialnoe_delenie ET: 15.03.2020.

6 Bu konuda bkz. İBA Şeref, Kırgızistan’ın Anayasa Serüveni ve Jogorku Keneş, T.C. **Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Avrasya Etüdleri**, C. 36, Y. 2009, S. 2, s. 47-62.



ile herkesin kanunla belirlenen durumlarda, jürinin katılımıyla oluşan bir mahkemede davasının görülmesini isteme hakkı (AY m. 26), idare ve görevlilerinin sorumluluğu (AY m. 39), dava hakkı (AY m. 40), dilekçe hakkı (AY m. 41), baronun kuruluş ve faaliyeti ile avukatların hakları, sorumlulukları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği (AY m. 57), tahkime başvuru (AY m. 58), vatandaşların Aksakal Heyetine seçilmesi ve heyetin yetki ve faaliyetinin kanunla düzenleneceği hükmü (AY m. 59) ile "VI. Kısım- Yargı Erki başlığında 93 ila 103'üncü maddeler arasında ise sırasıyla"; yargı sistemini oluşturan mahkemeler, hakimlik mesleği, Yüksek Mahkeme, Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi, mahkemelerin finansmanı, yargılamada alenilik ve kanunilik ilkesi ile tarafların eşitliği ve çekişme ilkesi, mahkeme kararlarının kesin hüküm gücü ve bağlayıcılığı, mahkemelerin uygulanacak kanun hükmünün anayasa aykırılığı iddiası (itiraz yolu), mahkeme özyönetim organları ve adli yardım ile "VII. Kısım- Diğer Devlet Organları başlığında 104. maddede ise Savcılık kurumu düzenlenmiştir.

Çalışmamızın kapsamını; Kırgızistan Mahkemeleri, Yargı Özyönetimi ve organları, Aksakal Heyetleri, yargılamada görev alan kişiler ile mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri oluşturmaktadır.

I. MAHKEMELER

A. Genel Olarak

Kırgız Cumhuriyetinde yargılama yetkisi mahkemelerin tekelindedir. Kırgız Cumhuriyeti'nde adalet, hukuk ve mahkeme önünde herkesin eşitliği temelinde gerçekleştirilir. Mahkemeler bağımsız ve tarafsızdır. Yargılamalar kanunda öngörülen istisna dışında alenidir. Yargılamada kanunen öngörüldüğü şekilde ses ve görüntü alınabilir. Mahkemelerde yargılama işlemleri devlet veya resmi dilde yapılır. Kırgız Cumhuriyeti vatandaşları kanunla öngörülen durum ve usulde yargılama sürecine katılma hakkına sahiptir. Yargı yetkisi, anayasa ve medeni, ceza, idare kanunları ile diğer kanunlarda öngörülen yargılama usulleri ile yerine getirilir. Kırgız Cumhuriyeti yargılama makamları, anayasa ve kanunlarla oluşturulan Yüksek Mahkeme ve yerel mahkemelerden oluşur. Yüksek Mahkeme ve yerel mahkemeler; medeni, ceza, idare, ticaret kanunları ile diğer kanunlarda öngörülen davalarda görev yapan mahkemeler sistemidir⁷. Anayasaya aykırılık başvurularını ise Yüksek Mahkeme

7 Mahkeme sisteminin ilkeleri şunlardır: 1. Yargı kararlarının Kırgızistan topraklarında anayasa ve kanunlarla belirlendiği şekliyle genel ve tek olması 2. Mahkemeye başvurunun anayasa ve uluslararası anlaşmalar gereği olması 3. Hakim statüsünün kanunla düzenlenmesi ve eşit olması 4. Mahkeme sisteminin kanunla belirlenmesi 5. Mahkemelerin finansmanının hazineden karşılanması (MK m. 3/2).



bünyesinde oluşturulan Anayasa Dairesi yerine getirir. Kanunla özel (uzmanlık) mahkemeleri kurulabilir. Olağanüstü mahkemelerin kurulması yasaktır. Mahkemelerin kuruluşu ve çalışma şekli kanunla belirlenir⁸ (AY m. 93, MK⁹ m. 1,4,5,6,7).

B. Yüksek Mahkeme

Yüksek Mahkeme; medeni, ceza, ticari¹⁰, idari ve diğer davalarda tarafların başvurusu üzerine yerel mahkeme kararlarının hukuki denetimini yapan, içtihat oluşturan en yüksek yargı organı sıfatıyla temyiz¹¹ başvurularını inceler¹². Yüksek Mahkeme bünyesinde; genel kurul, ceza ve idari dava daireleri, medeni dava daireleri, idari ve ticari dava daireleri bulunur. Daireler, davaları üç hakimden oluşan heyet halinde görüşür ve karara bağlar. Yüksek Mahkemede başkan, 3 başkan yardımcısı ve 31 hakim görev yapar. Başkan yardımcıları ayrıca görev yaptıkları dairelerin de başkanları olarak görev yaparlar. Yüksek Mahkemede hakimlerin sayısının değiştirilmesine sadece Kırgız Cumhuriyeti Hakimler Konseyi'nin önerisi ile izin verilebilir. Başkan tarafından yılda en az iki defa ve üyelerin en az üçte ikisi ile toplanarak salt çoğunlukla ve açık oyla karar veren genel kurulun başlıca görevleri; içtihat oluşturma, dairelerde görev yapacak hâkimleri belirleme, başkanın önerisi ile Bilimsel Danışma Konseyi'nin yapısını belirleme, mahkemenin iç faaliyet kurallarını belirleme ve mahkemenin faaliyeti ile ilgili rapor hazırlamaktır. Yüksek Mahkeme Genel Kurulunun kararları başkan ve sekreter tarafından imza edilir. Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi Başkanı, Kırgız Cumhuriyeti Başsavcısı ve Kırgız Cumhuriyeti Adalet Bakanı davet olmaksızın; yerel mahkemelerin hâkimleri, Yüksek Mahkeme Bilimsel Danışma Konseyi üyeleri ve diğer kişiler ise başkanın davetiyle Genel Kurulun toplantılarına

8 Türk yargı örgütünün genel yapısı için bkz. ARSLAN Ramazan / TANRIVER Süha, **Yargı Örgütü Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 49 vd; ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ ÜNAL KAYA Hilal, **Yargı Örgütü**, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 21-23; ERDEM Murat, The Turkish Judicial System, **Themis Revista Da Faculdade De Direito Da UNL**, Ano XVII, Nos 30/31, 2016, p. 281-297; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemeleri için bkz. KAYA Abdullah, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yargı Sistemi**, ASBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış YL Tezi), Ankara 2019 s. 42-55.

9 18 Temmuz 2003 tarih ve 153 no'lu Mahkemeler Kanunu (MK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1279> ET: 10.01.2020.

10 Anayasa'da ve Hukuk Muhakemeleri Kanununda geçen "ЭКОНОМИЧЕСКИМ-Экономик" kelimesi yerine çalışmamızda "ticari" kelimesini tercih ettik (AY m. 96, HMK m. 255-261). 25 Ocak 2017 Tarih ve 14 no'lu Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111521?cl=ru-ru> ET: 10.03.2020.

11 Temyiz (кассация) kanun yolu ile Yüksek Mahkemeye başvuru süresi, kanunda aksi belirtilmedikçe, ikinci derece mahkeme kararının taraflara tebliğinden itibaren 3 ay, esasa ilişkin olmayan sebepler için temyiz süresi ise 1 aydır. (HMK m. 353/1,2).

12 Türk hukuku için bkz. AY m.154, m.155; 2797 sayılı Yargıtay Kanunu (RG, 08.02.1983, S. 17953); 2575 sayılı Danıştay Kanunu (RG. 20.01.1982, S. 17580).



oy hakkı olmaksızın katılma hakkına sahiptirler. Yüksek Mahkeme, derdest olan davada verdiği karar zamanı ile eşzamanlı olarak kamu yararı gerekçesiyle özel bir karar ile devlet organlarının başkanları, yerel yönetim organları, tüzel kişiler ve diğer yetkililerden ilgili davaya konu ihlal ile ilgili önlem almalarını isteyebilir. Bildirim yapılan kişi ve kurumlar aldıkları önlemleri Yüksek Mahkeme'ye bildirmekle yükümlüdür. Yüksek Mahkeme kararları kesin ve bağlayıcıdır. Mahkemenin kararları, mahkeme bülteninde yayınlanır ve arşivde depolanır. Ayrıca Adalet Akademisi, Yüksek Mahkeme bünyesinde faaliyet gösteren kamu kurumudur. Akademi, Yüksek Öğrenim Kanununa tabi olmayıp eğitim sürecinin kalite kontrolü ise Hâkimler Konseyi tarafından yapılır (AY m. 96, MK m. 12,13,14,15,19,24,24/2,24/4).

C. Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi

Kırgızistan'da ayrıca Anayasa Mahkemesi veya Anayasa Konseyi bulunmamaktadır. Anayasa denetim organı işlevini Yüksek Mahkeme bünyesinde görev yapan Anayasa Dairesi yerine getirir¹³. Yüksek Mahkemenin Anayasa Dairesine herkes anayasal şikayet yoluyla başvurabileceği gibi itiraz yoluyla mahkemelerde, davada uygulayacağı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı için tarafların talebiyle veya re'sen başvurabilir. Yüksek Mahkemenin Anayasa Dairesi, kanunların ve diğer normatif düzenlemelerin anayasaya aykırılığını tespit eder, Kırgız Cumhuriyetinin taraf olduğu yürürlüğe girmemiş uluslararası antlaşmaların Anayasaya uygunluğu konusunda görüş bildirir, Anayasa değişikliği kanun tasarısıyla ilgili görüş bildirir. Anayasa Dairesinin kararları kesin ve bağlayıcıdır (AY m. 97, MK m. 10). Anayasa Dairesi başkan, başkan yardımcısı ve hâkimleri ile ilgili bilgiler aşağıda "hâkim" başlığında incelenecektir.

D. Yerel Mahkemeler

Yerel Mahkeme sistemi iki dereceden oluşur. İlk derece mahkemeler¹⁴ (İlçe, Şehirdeki İlçe, Şehir ve İlçelerarası Mahkemeler¹⁵) ve İkinci derece

13 Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi için bkz. AY m. 146, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (RG. 03.04.2011, S. 27894).

14 суды первой инстанции (районные суды, районные суды в городе, городские суды, межрайонные суды). (MK m. 1/1).

15 İdari davalarda ilk derece mahkemesi olarak İlçelerarası mahkemeler görevlidir. Diğer ilk derece mahkemeleri medeni, ticari ve ceza davalarında görevlidir. İdari davalar da medeni ve ticari davalarda olduğu gibi HMK'da belirtilen yargılama usulüne tabidir. İdari suç, kamu otoritesini kullanan gerçek veya tüzel kişinin kasten veya ihmal şeklinde işlediği görevin kötüye kullanması (hukuka uygunluk hali istisna) ve gerçek ve tüzel kişilerin idareye karşı bu kanun kapsamında işlediği fiilleri içerir. İdari bir suç işleyen kişi, idari suçun gerçekleştiği sırada ve yerde yürürlükte olan mevzuata göre sorumludur. On altı



mahkemeler¹⁶ diğer ifadeyle Bölge ve eşdeğer mahkemeler (Bölge Mahkemeleri, Askeri Mahkeme ve Bişkek Şehir Mahkemesi) şeklinde kurulmuştur¹⁷. Yerel mahkemelerin oluşturulması, yeniden düzenlenmesi, kaldırılması ve hâkim sayısındaki değişiklik kanunla yapılabilir. Yerel mahkemelerin hâkimlerinin sayısındaki değişiklikler için ayrıca Hâkimler Konseyi'nin önerisi gerekir. İkinci derece mahkemeleri, başkan, başkan yardımcısı ve hâkimlerden oluşur. Yüksek mahkemede olduğu gibi ceza ve idari dava daireleri, medeni dava daireleri, idari ve ticari dava daireleri bulunur. Daireler heyet halinde toplanır ve karar verir. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar vakıa ve hukuki denetim gerçekleştirir (MK m. 25-36/2).

II. YARGI ÖZYÖNETİMİ (TOPLULUĞU) VE ORGANLARI

Yargı Özyönetimi, anayasa ve kanunla düzenleme altına alınmış olup mahkemelerin iç işleyişi ve hâkimlerle ilgili konularda yetkilidir. Yargı Özyönetimi, Kırgız Cumhuriyetinde görev yapan hâkimlerin tamamını kapsar. Hâkimler yemin ettikleri tarihten itibaren yargı özyönetiminin üyesi olurlar. Emekli olan hâkimin Yargı Özyönetimine üyeliği devam eder ve Yargı Özyönetimi organlarının çalışmalarına katılabilir. Yargı Özyönetimi; hâkimlerin statü birliği, katılım, yargı bağımsızlığı, seçim, şeffaflık ve organlarda görev yapanların sorumluluğu ilkelerine dayanır.

yaşın altındaki kişiler idari suçtan sorumlu tutulamaz. On altı ila on sekiz yaşları arasında idari suç işlemiş kişiler için, İSK m. 38/3 ve 27/ 1-2, 5-8, 13. paragraflarında öngörülen önlemler uygulanabilir. İdari suçlara ilişkin verilecek idari cezalar geriye yürümez. İdari sorumluluk mevzuatı; kanunilik, kanun önünde vatandaşların eşitliği, demokrasi, insan hakları, adalet, masumiyet karnesi, şahsi sorumluluk ve idari suçtan dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyeceği ilkelerine dayanmaktadır. İdari sorumluluk mahkeme veya idari organ tarafından verilen kararlar ve icrasını içerir. İdari suçun cezası, bu Kanunda öngörülen şekilde uygulanır.

İdari cezalar uygulanırken; suçun niteliği, suçlunun kimliği, suçluluk derecesi, medeni ve malvarlığı durumu, suçun hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepleri dikkate alınır. İdari suçtan dolayı para, gözaltı (üç saate kadar) ve kısa süreli hapis cezalarından (yedi güne kadar) birinin verilmesi, suçta konu işlemin yapılmasını engellemez. İdari sorumluluğa esas bazı idari suçlar şunlardır: Hak ve özgürlüklere tecavüz, işgücü ve sosyal hayatın korunmasına ilişkin, vatandaşın sağlığına zarar veren idari suçlar, yeraltı zenginlikleri ve ormanlara ilişkin, yasadışı avcılık vb. suçlardır. Maddi hasar, ihlal eden tarafından kararın verildiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde ve böyle bir karara itiraz edilmesi durumunda, itirazın reddinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde telafi edilmelidir. Aksi takdirde icraya ilişkin HMK m. 131 hükümleri uygulanır (İSK m. 3,4,5,7,8,9,12,15,20,21,41,261,635,636; HMK m. 2,10,116,131,259,288). 04 Ağustos 1998 tarihli 114 sayılı İdari Sorumluluk Kanunu (İSK) için bkz. <http://minjust.gov.kg/ru/content/315> ET: 15.03.2020.

16 İstinaf (апелляция) kanun yolu başvurusunun yapıldığı mahkemelerdir. İstinaf kanun yoluna başvuru süresi, kanunda aksi belirtilmedikçe, ilk derece mahkemesinin kararının taraflara tebliğinden itibaren 30 gündür (HMK m. 324/2).

17 Türk Hukuku için bkz. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (RG. 7.10.2004, S. 25606).



Kırgız Cumhuriyetinde Yargı Özyönetiminin organları¹⁸; Hâkimler Kurultayı, Hâkimler Konseyi ve Hâkimler Meclisidir. Yargı Özyönetim organlarına seçilen kişiler, faaliyetlerini gönüllü olarak yürütür ve bu organlar yargıya müdahale edemez.

Hâkimler Kurultayı, Kırgızistan'da görev yapan ve emekli olmuş tüm hâkimlerden oluşan Yargı Özyönetiminin en yüksek organıdır. Hâkimler Kurultayı, kurultay tarihi, saati ve yerini belirleyen Hâkimler Konseyi kararıyla üç yılda bir toplanır. Olağanüstü toplantı Hâkimler Konseyinin kararı veya Kırgız Cumhuriyeti hâkimlerinin en az üçte birinin teklifi ile toplanır. Hâkimler Kurultayı için toplantı yeter sayısı, Kırgız Cumhuriyeti hâkimlerinin toplam sayısının en az yarısıdır. Hâkimler Konseyi Başkanı, Hâkimler Kurultayına başkanlık eder. Kurultay da aksi kararlaştırılmamışsa, karar yeter sayısı oy hakkı bulunanların salt çoğunluğudur. Hâkimler Kurultayı, Yargı Özyönetim organlarının faaliyetlerini düzenleyen ilke ve kurallar ile iktidarın yargı politikasını belirler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin hak ve menfaatlerini korumak için Hâkimler Konseyine uygun görevler verir, adli reform taslaklarını ve mevzuat değişikliklerini görüşür, hâkimlik mesleğinin etik ilkelerini belirler. Bunlara ek olarak, Hâkimler Konseyinin üyelerini seçer, yargı topluluğunu kamu ve yerel organlar ile vatandaşlar karşısında temsil eder. Hâkimler Kurultayının kararları yargı topluluğunun üyeleri için bağlayıcıdır.

Hâkimler Konseyi, kurultaya katılan hâkimlerin oyçokluğu ile 3 yıl için seçilen 15 üyeden oluşur. Yılda en az 4 kez toplanır. Hâkimler Konseyi başkan ve başkan yardımcılığı görevi aynı kişiler tarafından birden fazla yapılamaz. Yüksek Mahkeme, Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi ve yerel mahkeme başkan ve yardımcıları ile Konsey üyeliği için aday belirleme kurulunda yer alan hâkimler Konsey üyesi olamaz. Hâkimler Konseyi, üyelerinin en az üçte ikisi ile toplanır ve üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Hâkimler Konseyinin başlıca görevleri şunlardır; hâkimlerin haklarını korumak, mahkemelerin bütçelerini belirlemek ve denetlemek, hâkimlerin ve hâkim adaylarının eğitimi ile hâkimlerin meslek içi eğitimlerini organize etmek, hâkimlerin disiplin soruşturmalarını yürütmek, Yüksek mahkeme hâkimlerinin görevden alınması için Meclise (Jogorku Kenes) teklifte bulunmaktır. Bunlara ek olarak Hâkimler Konseyi, Adalet Akademisi başkanını atar ve görevden alır, akademide görev yapan öğretim üyelerinin ücretlerini belirler, eğitim sürecinin denetimi, Hâkim

18 Mahkeme ve yargı kurultayları için bkz. PAMİR Aybars, Eski Orta Asya Türk Devletlerinde Törenin Oluşmasında Kurultayların Rolü, *AD*, S. 62-63, C. 1,2, Y. 2019, s. 233, 234, www.edb.adalet.gov.tr/adaletdergisi ET: 17.03.2020; Türk hukuku için bkz. AY m. 159; 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu (RG. 18.12.2010, S. 27789).



atamalarında Cumhurbaşkanı'na aday teklifinde bulunur, Hâkimler Kurultayını toplantıya çağırır ve görevleri kapsamına giren faaliyetler hakkında Hâkimler Kurultayına rapor verir. Hâkimler Konseyi Başkanı bütçe konularında Kırgız Cumhuriyeti Meclisinde ve Kırgız Cumhuriyeti Hükümeti'nde Yargı Özyönetim organlarını temsil eder.

Hâkimler Meclisi, Kırgızistan'da her bir yargı çevresinde (adliye binasında) bulunan mahkemede görev yapan hâkimlerin oluşturduğu, yargı özyönetiminin ilk basamağı ve temel organıdır. Mahkeme hâkimlerinin toplamının en az üçte ikisi ile toplanır ve oy çoğunluğu ile karar alır. Başlıca görevleri; hâkimlerin bağımsızlığını sağlama, mahkeme çalışma düzenini geliştirme ve hâkimlerin meşru çıkarlarını savunma, mahkeme bütçesinin oluşturulması, dağıtımı ve hâkim ve mahkeme personelinin eğitim konusunda Hâkimler Konseyine teklif sunmaktır. Ayrıca, Yüksek Mahkeme, Anayasa Dairesi ve yerel mahkeme başkan yardımcılarını seçerler.

Yargı Özyönetim organlarının faaliyetleri Hazine tarafından finanse edilir (AY m. 102, YÖOK¹⁹ m.1-11).

III. AKSAKAL HEYETLERİ

Aksakal heyetleri²⁰, iradilik, seçim ve özyönetim temelinde oluşturulan mahkeme, savcı ve diğer kanun uygulayıcı kurumlar tarafından karara bağlanmamış hukuk ve ceza dava (basit suçlarda) dosyalarında yer alan belge ve delilleri, ilgili kanunlara uygun olarak inceleyip karara bağlayan bir kamu organıdır. Ayrıca Aksakal heyetleri, Kırgızistan gelenek ve görenekleri ile oluşan kişi vicdanı ve ahlak uygulanmasına rehberlik eder, tüzel kişilikleri vardır, adli organ olarak sicil kaydı bulunmaz ve adına mühür ile pul bulunur. Aksakal heyetlerinin ihlal edilen veya çekişmeli olan kanuni hakların korunması, hukukun üstünlüğü ve bölge ve şehirlerindeki suçların önlenmesine yönelik görevleri vardır. Aksakal heyetleri; ikna, halkın etkisi, tarafların uzlaşmasını sağlamak amacıyla eşya²¹ ve aile²²

19 20 Mart 2008 tarih ve 35 no'lu Yargı Özyönetim Organları Kanunu (YÖOK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202245> ET: 04.01.2020.

20 Tüzel kişiliği ve adli organların kaydının yapıldığı sicil kaydının olmaması dolayısıyla kanun metninde “Суды аксакалов- Aksakal Mahkemeleri” şeklinde ifade edilen “Mahkemeleri” kelimesi yerine “Heyetleri” ifadesini kullanmayı tercih ettik (AHK m. 1).

21 Emlak borcu, müdahalenin men'i, kira bedeli, depolama amacıyla transfere konu taşınır mal iadesi, bina hasar bedeli, iş sözleşmesi kapsamında alacaklar ve arazi sulaması dolayısıyla ortaya çıkan uyumsuzluklar (AHK m. 16). Eşya kavramının unsurları için bkz. AKSOY DURSUN, Sanem, **Eşya Kavramı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 24 vd.

22 Ortak mülkiyet (aile konutu) uyumsuzlukları, evlilik ilişkilerinden kaynaklanan uyumsuzlukların geleneklere göre çözümü, ebeveynlerin ve diğer aile üyelerinin çocuk yetiştirme ve bakım görevlerini yerine getirmemesi (AHK m. 16). Aile mahkemelerinin görevleri ve yetkisi için bkz. TANRIVER, Süha, **Türk Aile Mahkemeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.35 vd.



hukukundan doğan uyuşmazlıklarını çözmek için tarafların talebiyle kanun ve diğer düzenleyici işlemlere aykırı olmayan adil kararlar vermesi için oluşturulmuştur. Heyete başvuru ücretsizdir. Aksakal heyetleri, kesin hükme bağlanmış mahkeme kararlarının konusu bilgi ve belgeler ile uygulanan idari cezalar ve yetkisi dâhilinde heyet olarak önceden verdiği kararlar üzerinde söz sahibi değildir. Nüfusu 25.000' den az olan yerlerde bir Aksakal Heyeti, 25.000-50.000 arası olan yerlerde ise iki Aksakal Heyeti oluşturulur. Elli yaşını tamamlamış, ortaöğretim diplomasına sahip, görev yapacağı bölgede en az beş yıl ikamet etmiş, sabıka kaydı ve sağlık sorunu bulunmayan, saygı duyulan Kırgız Cumhuriyeti vatandaşları, bölge sakinleri veya vatandaşlar tarafından aday gösterilmek şartıyla Aksakal Heyetine seçilebilir. Heyet üyeleri, yerel yönetim meclisi veya en az elli vatandaşın hazır bulunduğu toplantı ile açık oylama ile üç yıl için seçilir. Süresi dolan üye tekrar seçilebilir²³. Heyet sayısı en az beş en fazla dokuz kişiden oluşur. Heyet kurulduktan sonra yerel meclislere kaydedilir. Heyete başvuru ücretsizdir. Taraf veya tarafların başvurusundan itibaren 15 gün içinde heyet tarafından oy çoğunluğu ile karar verilir. Tarafların ek bilgi ve belge sunmaları durumunda karar verme süresi bir defaya mahsus 15 gün uzatılabilir. Heyet, aile ve eşya hukukundan doğan uyuşmazlıklarda tarafların sulh olmaması durumunda uyuşmazlığın esası hakkında karar verir. Heyet, hafif suçlarda ise uyarı, kınama, özür dileme, tazmin veya para cezasına hükmeder. Para cezalarının yüzde 70'i heyetin işleyiş masrafları için yerel bütçeye aktarılır. Heyetin verdiği kararlara karşı taraflar heyetin yetki alanı içindeki mahkemeye 10 gün içinde itiraz edebilir. Mahkeme itiraz tarihinden itibaren 10 gün içinde hukuki denetim yaparak karar verir. Heyetin verdiği kararların taraflarca icra edilmemesi durumunda itiraz üzerine görevli mahkeme icra emri gönderir. İcra emrinin taraflarca yerine getirilme süresi 1 aydır. Heyet yılda en az bir kez iş istatistiklerini ve kararlarını ekleri ile birlikte yerel organla paylaşır ve bunlar arşivlenir (AHK²⁴ m. 1,2,3,4,8,9,10,11,12,16,25,29,32,35; HMK m. 423-427).

IV. YARGILAMADA GÖREV ALANLAR

A. Hâkim

Hâkim, Anayasa ve kanunda öngörülen şekilde adaleti idare etme ve mesleğinin gereği olan görevlerini yerine getirmekle yükümlü olan

23 Heyet üyeliği sıfatı ölüm, red (taraflarla akrabalık ilişkisi nedeniyle), sağlık nedenleri, mahkumiyet, üyelikle bağdaşmayan davranışlar ve üyenin yerleşim yerinin değişmesi gibi nedenlerle sona erer (AHK m. 14).

24 5 Temmuz 2002 Tarih ve 113 no'lu Aksakal Heyeti Kanunu (AHK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1070> ET: 10. 01.2020.



kişidir²⁵. Hâkimlik mesleğinin temel ilkelerini sıralayacak olursak, yargının mahkeme tekelinde olması, kanunen öngörülen davalarda ücretsiz başvuru, mahkemelerin, hâkimlerin ve jüri üyelerinin bağımsızlığı²⁶, kanun ve mahkeme önünde herkesin eşitliği ilkesi; ayrıca, hâkimlerin sorumluluğu, hâkimlik statüsünün teklifi ve atandığı mahkemeye göre yetki farklılığı, mahkemelerde yargılamanın aleniliği, kanunilik ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, vatandaşların kanunların öngördüğü şekilde yargılama faaliyetine jüri sıfatıyla katılımıdır.

Yerel mahkemede hâkim olabilmek için bazı şartları taşımak gereklidir. Bu şartlar, sabıka kaydı bulunmaması, hâkimliğe engeli ve sağlık sorunu olmayan en az 30 en fazla 65 yaşında Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, en az beş yıl hukuk alanında mesleki tecrübeye sahip olmak, Hâkimler Konseyi tarafından yapılacak sınavdan başarılı olmak, devlet ve resmi dili bilmek gerekir. Yerel mahkeme hâkimleri, beş yıllık bir başlangıç dönemi ve sonrasında kanunda belirlenen yaş sınırına ulaşıncaya kadar Hâkimler Seçim Konseyi'nin²⁷ teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanır, görevden uzaklaştırılır ve görevden alınır. Yerel mahkeme Hâkimler Meclisi, mahkeme başkanını ve başkan yardımcısını üç yıl için mahkemede görev yapan hâkimler arasından seçer. Aynı kişi, aynı mahkemede iki kez kesintisiz yerel mahkeme başkanı ve başkan yardımcısı olarak seçilemez.

Yüksek Mahkemede hâkim olabilmenin şartlarına bakacak olursak, sabıka kaydı bulunmaması, hâkimliğe engeli ve sağlık sorunu olmayan en az 40 en fazla 70 yaşında Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, en az 10 yıl hukuk alanında mesleki tecrübeye sahip olmak, devlet ve resmi dili bilmek gerekir. Yüksek Mahkeme hâkimleri, yaş sınırına kadar seçilebilir. Yüksek Mahkeme hâkimleri, üyeleri arasından üç yıl için Yüksek Mahkeme başkanını ve yardımcılarını seçer. Aynı kişi, iki dönem kesintisiz Yüksek Mahkeme Başkanı ve yardımcısı seçilemez.

Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesinde hâkim olabilmenin şartları ise; sabıka kaydı bulunmaması, hâkimliğe engeli ve sağlık sorunu olmayan en az 40 en fazla 70 yaşında Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk

25 Türk Hukukunda Hâkimlik ve Savcılık mesleği için bkz. AY m. 140; 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu (RG. 26.02.1983, S. 17971).

26 Hâkimlerin bağımsızlığı; kanunilik, kararlarına müdahale edilememesi, dokunulmazlık, teminat (azledilmeme), yargı özyönetim organlarına katılım, dereceye uygun sosyal haklar ve istifa hakkını kapsar. Bu haklar hiçbir koşul altında azaltılamaz ve kaldırılamaz (HK m. 11).

27 Hâkimler Seçim Konseyi, hâkimler ve sivil toplum temsilcilerinden oluşur. Hâkimler Konseyi ve Meclis (Jogorku Keneş), Hâkimler Seçim Konseyi üyelerinin üçte birini seçer. Hâkimler Seçim Konseyinin yapısı, faaliyeti ve yetkileri kanunla belirlenir (AY m. 95/7,8).



fakültesi mezunu olmak (tercihen hukuk alanında lisansüstü çalışma yapmış olma) en az 15 yıl hukuk alanında mesleki tecrübeye sahip olmak, devlet ve resmi dili bilmek gerekir. Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi hâkimleri, yaş sınırına kadar seçilebilir. Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi hâkimleri, üyeleri arasından üç yıl için Yüksek Mahkeme başkanını ve yardımcılarını seçer. Aynı kişi, iki dönem kesintisiz Yüksek Mahkeme Başkanı ve yardımcısı seçilemez.

Yüksek Mahkeme ve Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi hâkimleri, 7 yıl için Hâkimler Konseyi'nin teklifi ile Meclis (Jogorku Kenes) tarafından seçilir. Süresi dolan hâkim yaş sınırına kadar ve aynı usulle tekrar seçilebilir. Yüksek Mahkemenin ve Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi hâkimleri, Hâkimler Konseyinin izni ve Cumhurbaşkanının talebiyle Meclis (Jogorku Kenes) tarafından milletvekillerinin üye tamsayısının üçte iki oy çoğunluğuyla görev süresi dolmadan görevden uzaklaştırılabilir.

Hâkimler, yemin ettiği andan itibaren göreve başlamış sayılır²⁸. Hâkimlere, hizmet süresine ve kanunla öngörülen diğer şartlara bağlı olarak yeterlilik dersleri verilir. Hâkimler, en az üç yılda bir Yüksek Mahkeme Başkanı ve Hâkimler Konseyi tarafından belirlendiği şekliyle hizmet içi eğitimlere katılmak zorundadır. Hâkimler, bilimsel toplantı dışında herhangi bir toplantıya katılamaz ve resmi ya da özel kurum ve kuruluşlarla organik bağ içerisinde olamaz. Hâkimlik mesleği, beş sınıf ve en yüksek derece olmak üzere altı derece şeklinde düzenlenmiştir²⁹. Göreve yeni atanan ve derece sahibi olmayan yerel mahkeme hâkimi, atanma tarihinden itibaren en az altı ay görev yapmak kaydıyla beşinci dereceye atanır. Bir sonraki dereceye geçiş için en az üç yıl görev yapmak gerekir. Bu üç yıllık süre hâkimin yetkilerinin kullanılmadığı süreyi de kapsamamaktadır. Hâkime karşı disiplin cezası verilmişse, üç yıllık süre disiplin cezasının sona ereceği güne kadar askıya alınır. Hâkim hakkında ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı bulunmuyorsa verilen derece müktesep hak oluşturur. Bir sonraki dereceye atanırken, önceki derece hakkı kendiliğinden sona erer. Kırgız Cumhuriyetinin tüm mahkemelerde görev yapan hâkimlerinin cezai ve idari yönden soruşturulmaları Hâkimler Konseyinin iznine tabidir (AY m. 94-100, HK³⁰ m. 1-5,5/1,5/3,8,10,12,15).

28 Yüksek Mahkeme ve Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi hâkimleri seçtikleri gün Meclis'te, yerel mahkeme hâkimleri ise atandıkları tarihten itibaren en geç beş gün içinde Yüksek Mahkeme'de yemin ederek göreve başlarlar (HK m. 5).

29 Yerel mahkeme hâkimliği için beş ve ikinci derece, Yüksek Mahkeme ve Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesi hâkimliği için ise birinci ve en yüksek dereceye sahip olmak gerekir (HK m. 8).

30 9 Temmuz 2008 tarih ve 141 no'lu Hâkimlerin Statüsü Kanunu (HK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202352?cl=ru-ru> ET: 05.02.2020.



B. Savcı

Savcılık kurumu anayasal kurum olup Kırgızistan Cumhuriyeti mevzuatının uygulanmasını denetleyen kamu otoritesidir³¹. Savcılık kademe sırasıyla; Kırgız Cumhuriyeti Başsavcılığı, Askeri Savcılık, Bölge ve Bişkek ile Oş şehirleri savcıları, şehir ve bunlara eşdeğer olan ihtisas savcıları ile garnizonların askeri savcılarında oluşur. Savcılık kurumu Kırgız Cumhuriyeti Başsavcılığına tabi olan birleşik bir organ ve kurumlar sistemidir³². İhtisas savcılığı, garnizon askeri savcılığı ve ilçe savcılığının kurulmasına Kırgız Cumhuriyeti Hükümeti, yeniden düzenlenmesi ve kapatılmasına ise Cumhuriyet Başsavcılığı karar verir. Askeri Savcılık, bölge, Bişkek ve Oş şehirlerinin savcılıklarının kurulması ve kaldırılmasına Cumhuriyet Başsavcısının önerisi ile Cumhurbaşkanı karar verir. Savcılık sistemini yöneten ve denetleyen Cumhuriyet Başsavcısını ise Meclis (Jogorku Keneş) milletvekillerinin onayı ile Cumhurbaşkanı atar. Diğer savcıları ve savcılık çalışanlarını ise Başsavcı belirler. Cumhurbaşkanı, milletvekilleri, hâkim ve savcılar ile kanunda belirtilen diğer kişiler hakkında anayasa ve kanunlarda öngörülen durumlarda Cumhuriyet Başsavcısı tarafından cezai soruşturma başlatılabilir. Cumhuriyet Başsavcısının Meclise kanun teklifi verme, kanun yararına temyiz ve medeni, ticaret, ceza, idare ve diğer davalardaki adli uygulama konusunda Yüksek Mahkeme Genel Kuruluna katılma ve görüş bildirme hakları bulunmaktadır. Başsavcı, Cumhurbaşkanı ve Meclise karşı (Jogorku Keneş) sorumlu olup bu iki makama faaliyetleri ile ilgili yıllık rapor verir. Savcılar Kurulu Cumhuriyet Başsavcısı, Askeri Savcı ve bölge savcıları ile Bişkek, Oş şehirlerinin savcılarında oluşan karar organıdır. Başsavcının görev süresi yedi yıl diğer savcıların ise beş yıldır. Bölge, şehir ve ilçe savcıları bir idari bölgede üst üste ikiden fazla süre görev yapamazlar. Savcı olabilmek için ortak şartlar; vatandaş olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, 35 yaşından küçük ve 65 yaşından büyük olmamak, sabıka kaydı olmaması, fiziksel ve ruhsal engeli bulunmaması, kısıtlı olmamaktır. Bu şartlara ilaveten Başsavcı ve Askeri savcı ile bunların yardımcılığı için hukuk alanında 10 yıl, bölge ve Bişkek ile Oş şehirleri savcılığı için yedi yıl, diğer savcılıklar için ise beş yıl deneyime

31 Savcılığın hukuki statüsü için bkz. ŞIK Hüseyin, Bazı Ülkelerde Savcılık Kurumu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 14, Aralık 2019, s. 405-411; "Savcının hukuk davasına katılması da kamu yararındandır". Bu konuda bkz. HANAĞASI Emel, **Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 225-228.

32 Kırgızistan'da Savcılık kurumunun (AY m. 104) görevleri; 1. İdare ve görevlilerinin kanunları uygulamasının denetimi 2. Ceza davalarında ve mahkeme kararlarının infazı aşamasında kişi hak ve özgürlüklerinin ihlalini engelleyici denetim 3. Kanunda öngörülen durumlarda mahkemede, vatandaşların ve kamunun menfaatlerini temsil ve savunma 4. Kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunda soruşturma yapmaktır.



sahip olmak şarttır. Savcılık çalışanları üç yılda bir hizmet içi eğitime tabi tutulur. Savcıların ve savcılık çalışanların özlük hakları hazine tarafından karşılanır (AY m. 104; SK³³ m. 1,4,10,11,13,18,19,21,43,51,52,53).

C. Jüri

Kırgızistan'da Anayasa gereği, herkesin kanunla belirlenen durumlarda, jürinin katılımıyla oluşan bir mahkemede davasının görülmesini isteme hakkı mevcuttur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda³⁴ öngörülen şekilde, ceza davası süresince yılda bir defadan fazla olmamak üzere 25 yaşından küçük ve 65 yaşından büyük olmayan, jüri aday listesine dâhil edilen ve bir ceza davasında görev yapmak isteyen Kırgız Cumhuriyeti vatandaşları yemin ederek jüri olarak görev yapabilir. Sabıka kaydı olanlar, mahkeme kararı ile kısıtlı sayılanlar, alkol, uyuşturucu ve madde bağımlısı olanlar, ceza davasına katılan tanık, bilirkişi, çevirmen, avukat, kamu görevlisi, şüpheli veya sanık sıfatı olanlar, yargılama dilini konuşamayanlar, fiziksel veya ruhsal engeli bulunanlar jüri olarak görev yapamaz. İlgili idari bölge biriminin yerel yönetim organı her iki yılda olmak üzere ikinci yılın 15 Eylül tarihine kadar ilgili idari bölge biriminde sürekli olarak yaşayan vatandaşların listesini çıkarır ve bu listelerde yer alan vatandaşlara jüri aday listelerini bildirir. Jüri aday listelerine dâhil edilmeyen vatandaşlar nihai listelerin yayınlanmasından itibaren 15 gün içinde mahkemeye itiraz edebilirler. Vatandaşlar bildirimden itibaren bir ay içinde yerel yönetim organına jüri üyeliğini kabul veya mazeret nedeniyle reddettiklerini bildirir. 1 Aralık'a kadar belediye ve ilgili kurum en az 100 kişiden oluşan jüri ön listesini Bişkek Bölge Mahkemesine sunar. Bölge mahkemesi aday listelerini yerel mahkemelere gönderir. Yerel ceza mahkemeleri itiraz ve çekilme durumlarını görüştüktan sonra kesin listeye göre yetki belgesi ile görevlendirme yapar. Jüri üyeleri heyet halinde adalet idaresine katılır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen şekilde mahkeme tarafından dokuz asil ve dokuz yedek jüri üyesinden oluşan bir heyet kurulur. Mahkemeye çağrılan ancak jüri üyesi olarak seçilmeyen vatandaşlar diğer bir mahkemenin davetiyle jüri üyesi olarak görev yapabilirler. Jüri üyelerinin faaliyetlerine müdahale edilemez. Aksi durum hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirir. Jüri üyesinin görevinden dolayı cezai ve idari sorumluluğu söz konusudur. Jüri üyelerinin hazırladığı raporlar taraf ve vekilleri tarafından talep edilemez. Görev yapan jüri üyesi hakkında idari soruşturma yapılıyorsa görevden çekilmeli ve bu üye veya üyelere soruşturma süresince yeni görev verilemez. Jüri üyelerine hâkim maaşının

33 17 Temmuz 2009 Tarih ve 224 no'lu Savcılık Kanunu (SK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202597> ET: 05.02.2020.

34 2 Şubat 2017 tarih ve 20 no'lu Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111530> ET: 15.03.2020.



dörtte üçü oranında görev yaptığı gün sayısı kadar ücret ödenir. Ücret ve seyahat masrafları hazine tarafından karşılanır. Jüri üyeliği diğer görevler ile bağdaşır (AY m. 26; JK³⁵ m. 1,5,6,7,8,10,11,13; HMK m. 258/1; CMK m. 4, 32,95, 359-388).

D. Avukat

Kırgız Cumhuriyetinde Avukatlık faaliyeti; ruhsatname sahibi Kırgızistan vatandaşları tarafından gerçek ve tüzel kişileri, devlet kurumları ve yerel yönetimlerde temsil eden ticari olmayan, meslek şeklinde yapılan, yazılı vekâlet sözleşmesi ile sağlanan hukuki yardımdır³⁶. Bu bağlamda Avukatlık mesleğinin ilkeleri; bağımsızlık, savunma dokunulmazlığı, kanunilik, adalet, insan haklarına saygı, meslek etik kurallarına uygunluk ve sır saklama yükümlülüğüdür. Adli yardım³⁷ dolayısıyla avukata ödenecek ücret hazine tarafından karşılanır ve adli yardımdan faydalanan kişi, kanunda aksi belirtilmedikçe avukat seçimini serbestçe belirler. Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı, kısıtlı olmayan, sabıka kaydı bulunmayan, hukuk fakültesi mezunu, en az bir yıl hukuk alanında meslek tecrübesine³⁸ sahip gerçek kişi, avukatlık yeterlilik sınavını³⁹ başarmak şartıyla Avukatlık ruhsatnamesi alma hakkına sahip olur. Adalet Bakanlığında Avukatlık ruhsatnamesi alan avukatlar bir ay içinde baroya kaydolmak şartıyla avukatlık yapma hakkına sahip olurlar⁴⁰. Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı, kısıtlı, mahkûmiyeti ve sabıka kaydı olmayan gerçek kişiler, sözleşme ile ücretli olarak Avukat Yardımcısı olarak istihdam edilebilirler. Avukat

35 15 Temmuz 2009 tarih ve 215 no'lu Jüri Kanunu (JK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202673?cl=ru-ru> ET: 01.03.2020. Türk Hukukunda ise jüri kurumu bulunmamaktadır.

36 Türk hukukunda Avukatlık mesleği için bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (RG. 07.04.1969, S. 13168).

37 Yabancı devlet avukatları, Kırgız Cumhuriyeti'nin devlet sırları ile ilgili konularda adli yardım sağlayamaz (AK m. 24).

38 Avukatlık ruhsatnamesi alabilmek için gerekli en az bir yıllık hukuk alanında meslek tecrübesinin kapsamını; hâkimlik, hukuk müşavirliği, hukuk fakültesi öğretim üyeliği, avukat yardımcılığı ve noterlik oluşturmaktadır (AK m. 19).

39 Yeterlilik sınavı Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan yedi kişilik komisyon tarafından yapılır. Komisyon, en az beş yıl mesleki tecrübesi olan dört avukat ile Adalet Bakanlığında üç temsilciden oluşur. Sınav başarı notu 70 puandır. Sınavda başarılı olamayanlar altı ay sonra tekrar sınava katılabilirler. Sınav sonuçlarına karşı bir ay içinde mahkemede dava açılabilir. Bakanlık sınavı başaran avukat adaylarına bir ay içinde ruhsatname verir ve bu durumu on iş günü içinde Baro'ya bildirir. Hâkimlik, kolluk kuvvetlerinde soruşturmacı, Cumhurbaşkanlığı ve Meclis hukuk müşavirliği, hukuk fakültesi mezunu milletvekili sıfatıyla asgari beş yıllık iş tecrübesi bulunanlar yeterlilik sınavından muaf olarak avukatlık ruhsatnamesi alma hakkına sahip olurlar (AK. m. 19,21). Avukatlık Sınavının gerekliliği için bkz. AKKAN Mine, **Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Yetkin Yayınları**, Ankara 2010, s. 47-51.

40 Avukatlık mesleğinin yapılış şekli ile ilgili bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **Avukatlık Mesleği Avukat Hak ve Yükümlülükleri**, İzmir 2012, s. 162-201.



yardımcıları vekâlet alamaz sadece mahkeme ve devlet kurumlarından yanında staj yaptığı avukata yardımcı olmak üzere belge fotokopisi ve davanın durumu hakkında bilgi alabilirler. Bir yıl avukat yardımcısı olarak çalışanlar (staj süresi) avukatlık yeterlilik sınavına katılmaya hak kazanırlar. Avukatlık sicili Adalet Bakanlığı tarafından tutulur ve sicil bilgileri Barolar Birliği ve barolar ile paylaşılır. Kırgız Cumhuriyeti Barolar Birliği, avukatların üyelik zorunluluğu bulunan, mesleki gelişmelerine katkı sağlayan ve haklarını koruyan, kanunla kurulan ve ticari bir faaliyet olmayan tüzel kişiliğe sahip kamu kuruluşudur. Barolar Birliğinin organları; Avukatlar Kongresi⁴¹ (Genel Kurul), Konsey⁴² (Yönetim Kurulu), Etik Komisyonu⁴³, Denetim Komisyonu⁴⁴ ve Avukat Eğitim Merkezidir⁴⁵. Bölgeler ve Bişkek ile Oş şehirlerinde barolar (Barolar Birliğinin şubeleri sıfatıyla) bulunur. Barolar Birliğinin gelir kaynakları; üye aidatları, faaliyetlerinden elde ettiği gelirler ve kanunen yasaklanmayan diğer gelirlerden oluşmaktadır. Avukatlık ruhsatnamesi kanunda sayılan hallerde Adalet Bakanlığı tarafından askıya alınabilir, iptal edilebilir. Ülkenin nüfus yoğunluğunun az olduğu yerlerde faaliyette bulunan avukatlara vergi indirimini sağlanmaktadır. Avukat, vekâlet aldığı dosya ile ilgili tanık olarak mahkemeye çağrılmaz ve sorgulanamaz. Mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak avukat aleyhine soruşturma başlatma ve dava

-
- 41 Avukatlar Kongresi, Barolar Birliğinin en yüksek idari organıdır. Avukatlar Kongresi üç yılda bir Konsey kararı veya avukatların üçte birinin kararıyla Barolar Birliği Başkanı yokluğunda ise yardımcısının başkanlığında toplanır. Kayıtlı üyelerin yarısı ile karar alır. Başlıca görevleri; ana faaliyetlerin belirlenmesi, tüzüğün onaylanması veya değiştirilmesi, meslek etik kurallarının kabulü, Konsey ve Etik ve Denetim komisyon üyelerinin seçimi, Kırgız Cumhuriyeti mevzuatına aykırı olmayan diğer yetkiler (AK m. 6).
- 42 Yürütme organı olup Avukatlar Kongresi tarafından gizli oyla üç yıllığına seçilir ve en fazla dokuz üyeden oluşur. Başlıca görevleri; kurumu temsil, komisyonların çalışma kurallarını belirleme, baroların meslek kurallarını belirleme, avukatlık üyelik aidatlarının belirlenmesi ve onaylanması, meslek içi eğitimleri organize etme, avukatların sosyal ve mesleki haklarının korunması, Avukat eğitim merkezi Müdürünü atamak, Etik Komisyonu'nun görüşünü alarak avukatın ruhsatnamesinin askıya alınması veya iptal edilmesi için Adalet Bakanlığına başvuruda bulunmak (AK m. 7).
- 43 Konsey tarafından üç yıl için en az beş yıllık deneyime sahip dokuz üye avukattan oluşur. Etik komisyonu başkanı, üyeler arasından üç yıllığına seçilir. Komisyonun toplantı yeter sayısı üyelerin üçte iki, karar yeter sayısı ise oy çokluğudur. Komisyon üyeliği avukatlıkla bağdaşır. Etik Komisyonu üyeleri, aynı anda Konseyi üyesi olamazlar. Etik Komisyonu yılda en az dört defa toplanır. Başkan komisyonu olağanüstü toplantıya çağırabilir (AK m. 8).
- 44 Denetim Komisyonu, Barolar Birliğinin finansal ve ekonomik faaliyetlerini denetleyen ve Avukatlar Kongresi'ne karşı sorumlu organdır. Denetim Komisyonunun üyeliği avukatlık ile birleşen işlerdendir. Denetim Komisyonunun üyeleri aynı anda Konsey üyesi olamazlar (AK m. 9).
- 45 Barolar Birliğinden ayrı tüzel kişiliğe sahip avukatların mesleki eğitim ve gelişimini sağlamak üzere faaliyetleri ve finansmanı Avukatlar Kongresi tarafından onaylanan tüzüğü ile belirlenen organdır. Eğitim Merkezi Müdürü Konsey tarafından atanır. Avukatlar en az üç yılda bir Eğitim Merkezinde hizmet içi eğitime katılmak zorundadır (AK m. 7, 10,26).



açma yetkisi sadece Kırgız Cumhuriyeti Başsavcısı veya yardımcısına aittir (AK⁴⁶ m. 2,3,6,7,8,9,10,15,16,17,18,19,21,23,24,25,26,27,29,30).

E. Noter

Kırgız Cumhuriyeti'nde noterlik işlemleri, kamu kurumları (resmi) ve özel noterler tarafından yerine getirilir. Özel noterlikte sayı sınırı bulunmamaktadır. Noterlik yetki çevresi idari sınırlara göre belirlenir. Noter bulunmayan yerlerde, noterlik yetkisi bulunan kamu kurumu tarafından belirli yetkiler, mevzuata uygun olarak yerel otoritelere devredilebilir. Yabancı devlet topraklarındaki noterlik işlemleri konsolosluk görevlileri tarafından gerçekleştirilir. Adalet Bakanlığı, özel noter sicil kaydını tutar, mesleki denetim yapar⁴⁷ ve noterlik yetki çevresini değiştirebilir. Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı, kısıtlı, mahkûmiyet ve sabıka kaydı olmayan, hukuk fakültesi mezunu, hukuk alanında asgari üç yıl mesleki deneyimi olan, resmi veya özel noterde altı aylık staj süresini tamamlayan, yılda bir defa katılma hakkı sağlanan yeterlilik sınavında başarılı olan gerçek kişiler özel noter olabilir. Özel noter, kamu görevlisidir. Asgari beş yıl boyunca kamu noteri olarak çalışan kişiler, Adalet Bakanlığı bünyesinde Noter odalarının temsilcilerinden oluşan Yeterlilik Komisyonunun kararı gereğince, noter yeterlilik sınavından muaf olarak özel noterlik faaliyetlerinde bulunmak için Adalet Bakanlığında beş yıl süre ile geçerli olmak kaydıyla ruhsatname alabilirler. Bu süre dolduktan sonra beş yıllık süreler halinde (askıya alma ve iptal durumları hariç) ruhsatname süresi uzatılabilir. Noterler işlemlerinde gizlilik (suç teşkil eden işlemler hariç), bağımsızlık, tarafsızlık, eşit hak ve sorumluluğa sahip olma ilkeleri ile hareket eder. Resmi ve özel noterler tarafından hazırlanan belgeler kanunen aynıdır. Noterlerin, noter odaları kurma hakkı vardır. Noter yardımcılığı 4 Mart 2010 tarih ve 45 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Noterler bilimsel faaliyet dışındaki diğer işleri, ticari faaliyet ve aracılık hizmetlerini yapamaz. Ayrıca kendisinin, eşinin, kardeşlerinin, alt ve üst soy ile noterlik çalışanlarının işlerini göremez. Noter belgeleri devlet ve resmi dilde ve iki nüsha halinde hazırlanır. Noter belgelerinin hazırlanmasında "birleşik elektronik veri tabanı", noterlik faaliyetleri için bilgi toplama ve alma, arama, iletme, işleme, saklama, kullanma ve (veya) işlemleri otomatikleştirme ve her türlü bilgi etkileşimini sağlamak için tasarlanmış yazılım ve donanım mevcuttur. Noterlerin gizliliğin ihlali, kanundan kaynaklanan görevlerini yapmama ve bünyesinde bulunan belgeleri yetkili kurumun talebine rağmen belirlenen zamandan sonra iade etmeme

46 14 Temmuz 2014 Tarih ve 135 no'lu Avukatlık Kanunu (AK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/205356?cl=ru-ru> ET: 05.01.2020.

47 Noterlerin göreve başlamasından sonra ilk denetim bir yıl sonra diğer denetimler ise dört yılda bir yapılır (NK m. 26).



dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan dolayı hukuki ve cezai sorumluluğu vardır. Noterler, faaliyete başlamadan önce kanunda belirtilen göstergenin asgari 500 katı oranında hukuki sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdür⁴⁸ (NK⁴⁹ m. 3,4, 4/1, 6,11,12,13,14,18,22,22/1,26, 54).

F. Bilirkişi

Kırgız Cumhuriyetinde bilirkişilik, ceza, hukuk ve idari davalarda mahkemenin karar vermesi için bilim, teknoloji, sanat veya zanaat alanında özel bilgi⁵⁰ gerektiren durumların çözümünde yazılı rapor için başvuru yoldur. Mahkeme tarafından dava dosyası kendisine iletilen bilirkişi, özel bilgisi ile incelemeye konu dava malzemelerinin analizi sonucunda raporunu yazılı olarak mahkemeye sunar. Bilirkişinin vardığı sonuçlar kategorik ve muhtemel olabilir. Bilirkişilik faaliyetine hâkim olan ilkeler; kanunilik, temel hak ve özgürlüklerinin korunması, bilirkişinin bağımsızlığı, objektiflik, bilirkişi raporunun kapsamlılığı ve bütünlüğü, meslek etiği ve hukuka uygun bilimsel ve teknik araç ile yöntemlerin kullanılmasıdır. Kamu görevlileri tarafından resmi bilirkişilik⁵¹ belli alanlarda⁵² mümkündür. Bu alanların dışındaki bilirkişilik faaliyeti kamu görevlisi olmayanlar tarafından yerine getirilir. Kamu görevlisi olmayan bilirkişi olabilmenin şartları; Kırgızistan Cumhuriyeti vatandaşı olmak, sabıka kaydı ve mesleğe engel hali bulunmaması, üniversite mezunu olmak, bilirkişilik uzmanlık alanı ile ilgili eğitim almış olmak ve sicile kaydolmaktır⁵³. Bilirkişi sicile kaydolduktan sonra her beş yılda bir yenileme eğitimi almak zorundadır. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi

48 Noter mesleki sorumluluk sigortası için bkz. ASLAN DÜZGÜN Ülgen, **Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17 S. 1, Y. 2013, s. 492 vd. Noterlik Kanunu'nda 162. madde hükmünde kusurdan söz edilmemiştir. Bu sebeple noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda, Türk Hukukunda, Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi sebebiyle noterin ve zarar görebilecek diğer kişilerin korunması ve güvence altına alınması için en uygun yol noter mesleki sorumluluk sigortasının yapılmasıdır (ASLAN DÜZGÜN, s. 492, 501).

49 20 Nisan 2011 Tarih ve 179 no'lu Noterlik Kanunu (NK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/95038 ET: 15.01.2020>; Türk hukukunda Noterlik mesleği için bkz. 1512 sayılı Noterlik Kanunu (RG. 05.02.1972, S. 14090).

50 Özel bilgidir, kasit, hukuki konular dışında kalan bilim alanlarındaki teorik bilgi ve uygulama yeteneğidir (BK m. 2).

51 Bilirkişinin yapmış olduğu görevin hukuki statüsü için bkz. TANRIVER Süha, **Hukukumuzda Bilirkişilik**, Yetkin yayınları, Ankara 2017, s. 69-78.

52 Resmi bilirkişilik kapsamına dâhil alanlar; 1. Balistik inceleme 2. İnsan izlerinin incelenmesi 3. Patlayıcı madde teknik uzmanlığı; 4. Yangın teknik uzmanlığı 5. Narkotik ilaçların, psikoaktif maddelerin ve öncüllerin incelenmesi; 6. Fosforların incelenmesi 7. Adli psikiyatrik muayene 8. Ceset muayenesi; 9. Doktorların mesleki faaliyetlerine yönelik ihlallerin incelenmesi 10. Otomotiv teknik uzmanlığı - ceza davalarında 11. Taşımacılık-ceza davalarında 12. İnşaat ve teknik uzmanlık - ceza davalarında (BK m. 13/3).

53 Kamu görevlisi olan ve olmayan bilirkişilerin sicil kaydı ayrı tutulmaktadır (BK m. 13/3).



sayısı tek olmalıdır. Bilirkişi raporu iki nüsha olarak hazırlanır. Bilirkişi raporunda tutarsızlık veya taraflarca itiraz olursa mahkeme ek rapor talep edebilir. Bilirkişinin ücret ve masrafları, bütçe fonu ve diğer fonlardan karşılanır. Bilirkişilik alanında mesleki eğitim ve gelişim ile metodoloji konularında kanunun öngördüğü usul ve esaslarda uluslararası yardımlaşma mümkündür (BK⁵⁴ m. 1-4,11,13,14,15,21,29,36).

V. MAHKEME DIŞI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. Tahkim

1. Genel Olarak

Kırgız Cumhuriyetinde tahkim⁵⁵, Anayasa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁶, Tahkim Kanunu ve uluslararası anlaşmalar ile düzenlenmiştir. Uyuşmazlık tarafları tahkim sözleşmesi veya Kanuna göre aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için kalıcı ve/veya geçici hakem heyetine başvurabilir. Kalıcı hakem heyeti, tahkim usulünün uygulanmasını sağlayan tüzel kişiliğe sahip, kâr amacı taşımayan kuruluştur. Geçici hakem heyeti ise tahkime elverişli uyuşmazlığı çözmek için tarafların seçtikleri hakem heyetidir. Hakem heyetlerinin tahkim yargılaması ile ilgili faaliyetleri ticari bir faaliyet değildir (TK⁵⁷ m.1,3,4).

2. Tahkime Elverişlilik

Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacağı özel hukuk uyuşmazlıkları ile yabancı yatırım uyuşmazlıkları tahkime elverişlidir (TK m. 1). Yabancı yatırımcı ile Kırgız Cumhuriyeti arasındaki

54 24 Haziran 2013 tarih ve 100 no'lu Bilirkişilik Kanunu (BK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/203908> ET: 10.02.2020; Türk hukukunda bilirkişilik için bkz. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (RG. 24.10.2016, S. 29898); Bilirkişilik Yönetmeliği (RG. 03.08.2017, S. 30143).

55 Kırgızistan Tahkim Kanununda “третейский суд- Tahkim mahkemesi” yerine çalışmamızda “tahkim” kelimesini kullanmayı tercih ettik (TK m. 1); Türk hukukunda iç tahkim için bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.407-444 (RG. 04.02.2011, S. 27836); Milletlerarası tahkim için bkz. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (RG. 05.07.2001, S. 24453); Rusya Federasyonu ve Kazakistan Cumhuriyetinde tahkim için bkz. ABDULLAHZADE Cavid/HÜSEYİNOĞLU Emin/ERDEM Murat, Rusya Federasyonu Yargı Sistemi, ABD, Y. 77, S. 2, Y. 2019, s. 137-139; ERDEM Murat/ HÜSEYİNOĞLU Emin, Kazakistan Cumhuriyeti Yargı Sistemi, **Terazi Dergisi**, Seçkin Yayıncılık, C. 13, S. 148, Aralık 2018, s. 25-27.

56 Bkz. HMK m. 428-439 (Milletlerarası mahkeme ve tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi). Yabancı tahkim kararları Kırgız Cumhuriyeti Tahkim Kanununa göre tahkime elverişli konu değilse veya kamu düzenine aykırılık söz konusu ise Kırgız Cumhuriyeti Mahkemeleri yabancı ülkede verilen hakem kararına karşı Kırgızistan da yapılan tanuma ve tenfiz başvuru talebini reddeder (HMK m. 418).

57 30 Temmuz 2002 Tarih ve 135 no'lu Tahkim Kanunu (TK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1092> ET: 03.02.2020.



sözleşmede tahkim anlaşması bulunmuyorsa, yabancı yatırımcının uyuşmazlığı tahkim yoluna taşıyabilmesi için Kırgız Cumhuriyeti'nin izni aranır. Bu durumda, yabancı yatırımcı uyuşmazlığın çözümü için hakem seçme hakkına sahip olur. Kırgızistan Cumhuriyeti'nin yatırım uyuşmazlığında görev yapacak hakemler, yabancı yatırımcıdan başlangıç bildirimini alındıktan sonra Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir. Kırgız Cumhuriyeti'nin uyuşmazlığı tahkime taşıma işlemini ise ilgili bildirim alınmasından itibaren 90 gün içinde ilgili organlardan görüş aldıktan sonra Adalet Bakanlığı gerçekleştirir. Aynı dönemde Adalet Bakanlığı, yabancı yatırımcıya öneri ve taleplerini yazılı olarak sunma hakkına sahiptir. Yabancı yatırımcı Adalet Bakanlığının teklifini kabul etmez veya belirtilen süre içinde cevap vermez ise uyuşmazlığı Kırgız Cumhuriyeti'nin yazılı izni olmadan hakem heyetine sunma hakkına sahiptir (TK m. 46). Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar şunlardır; icra dairesinin görevine giren iş ve işlemler, tesbit talepleri, menkul kıymetler ile ilgili uyuşmazlıklar ve iflas talepleridir. Bunlara ek olarak, vücut bütünlüğü ile ilgili tazminat talepleri, şeref ve iş itibarının korunması, soybağı ile ilgili talepler, evlilik şartları ve evliliğin iptali ile ilgili talepler, aile üyeleri (eş, çocuk ve ebeveyn) arasındaki mülkiyet dışı kişisel talepler, evlat edinme, velayet, vesayet ve eğitim için çocukların evlat edinilmesi ile ilgili talepler, kişiye sıkı sıkıya bağlı talepler ve tarafların üzerinde tasarrufta bulunamayacağı uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (TK m. 45/2).

3. Tahkim Sözleşmesi

Taraflar asıl sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile ortaya çıkmış veya çıkabilecek tahkime elverişli özel hukuk uyuşmazlıkları için tahkime başvurma konusunda yazılı olarak asıl sözleşmenin bir şartı olarak veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapabilirler⁵⁸. Tahkim sözleşmesi, taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye dayanıyorsa veya bu tür sözleşmenin yerine getirilmesini sağlayan elektronik yolla veya mektup, telgraf, teleks gibi iletişim araçları ile uyuşmazlığın diğer tarafına bildirildiği takdirde veya tahkim şartı içeren sözleşmeye atıf yapan belge var ise bu belge asıl sözleşmenin parçası kabul edilir. Tüm bu durumlarda tahkim sözleşmesinin *yazılı* olarak yapılma şartı gerçekleşmiş olur. Tarafların tahkime başvuru konusunda kararlaştırdıkları uyuşmazlıklar belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Aksi halde *yazılılık* ve *belirlilik* şartlarını taşımayan

58 Ayrılabilirlik ilkesi için bkz. TÖRE Nazlı, **Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı, Geçerliliği ve Etkileri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 63,69; Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği için bkz. ÖZBAY İbrahim/ KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407- 444)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 18 vd; AYDEMİR Fatih, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 64-80.



tahkim sözleşmesi geçersizdir. Tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını taraflardan biri yargılama sırasında ileri sürebileceği gibi hakem heyeti resen dikkate alabilir. Hakem heyeti, tahkim sözleşmesinin yokluğuna veya geçersizliğine karar verirse dosyayı taraflara iade eder. Tahkim anlaşması; hakem sayısı, tahkim yeri⁵⁹ ve dili⁶⁰, uygulanacak kurallar⁶¹, hakem veya hakemlerin karar verme süresi hakkında bilgiler içerebilir (TK m. 7, 14/1,2,4,16,17,18).

4. İlkeler

Tahkim yargılamaının temel ilkeleri⁶², tarafların kanun önünde eşitliği, gizlilik⁶³ ve hakem kararının icrası ve bağlayıcılığıdır. Hakem heyetinin kararı kesindir. Taraflar, tahkim mahkemesinin kararını kararda belirtilen şekilde ve şartlarda yerine getirmekle yükümlüdür (TK m. 1, 19, 28).

5. Hakem

Hakem, uyuşmazlığın çözümünde tarafsız, bağımsız ve uyuşmazlık konusunda uzman olan gerçek kişidir. Hakem tek sayıda olmalıdır. Uyuşmazlığın çözümü için bir hakem atanacaksa uyuşmazlık konusunda uzman kişi olmalıdır. Geçici hakemlerin atanması, tarafların anlaşması ile belirlenir. Taraflar hakem sayısını belirlemekte serbesttir. Taraflar hakem sayısını belirleyemezse, taraflardan herhangi biri kanunda öngörülmediği şekilde üçüncü hakemin atanması için mahkemeye başvurabilir. Tarafların seçtiği hakemlerin 30 gün içinde tek veya üçüncü hakem belirlediği veya bu sürede belirlenememesi durumunda taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemenin atadığı tek veya üçüncü hakem başkan olarak görev yapar ve üçüncü hakem hukukçu olmalıdır. Mahkemenin hakem atama

59 Tahkim yerini taraflar sözleşme ile serbestçe belirler. Taraflar belirlememişse; taraflar için uygunluk faktörü, uzmanların, tanıkların ve tarafların dinlenmesi ve diğer delillerin temini de dâhil olmak üzere yargılamaadaki tüm koşullar dikkate alınarak hakem heyeti tarafından belirlenir (TK m. 17).

60 Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem heyeti tahkim yargılamaında kullanılacak dili belirleyecektir. Tahkim yargılamaının dili dışında bir dilde yazılı delil sunan taraf, tahkim diline çeviriyi sağlamakla yükümlüdür (TK m. 18).

61 Hakem veya hakem heyeti, tarafların arasında yapılan asıl sözleşme veya tahkim sözleşmesinde belirlediği yürürlükteki kanun hükümlerine göre uyuşmazlık hakkında karar verir. Taraflar uygulanacak hukuk kurallarını belirlememişse hakem hukuku resen uygular. Hukuk kuralı yoksa hakem örf ve adete göre karar verecektir (TK m. 6).

62 Tahkim yargılamaında evrensel nitelik taşıyan yargılama ilkelerinin geçerli olacağına ilişkin bkz. KURT KONCA Nesibe, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 158; Dürüstlük kuralının özellikleri için bkz. ARSLAN Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, S yayınları, Ankara 1989, s. 26-31.

63 Hakem, tahkim yargılamaında edindiği bilgileri tarafların veya haleflerinin izni olmadan üçüncü kişilere açıklayamaz. Hakem ve/veya hakem heyeti tahkim yargılamaında görev aldığı dosya içeriği ile ilgili mahkemede tanık olarak dinlenemez (TK m. 19).



kararı kesindir ve bu karara karşı taraflar kanun yoluna başvuramaz. Kalıcı hakem heyetine hakem atanması taraflar sözleşmede aksini öngörmediği sürece aynı usule tabidir. Taraflar hakem seçimi için ilave şartlar getirebilir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça vatandaşlık hakem olmaya engel değildir. Hâkimler, kamu görevlileri, sabıka kaydı olanlar ve ehliyetsiz ve kısıtlı olanlar hakem olarak görev yapamazlar. Hakem ile taraflar arasında akrabalık, akdi veya kanuni temsilcilik ilişkisinin varlığı veya bağımsızlık ve tarafsızlığını etkileyecek bir durum veya hakem atanamayacak kişilerden ise veya hakem anlaşma veya kanunda belirlenen şartları taşıyor ise yargılama başlamadan veya başladıktan sonra her aşamada talep olmasa da hakem çekinmelidir. Taraflar ayrıca bu sebeplere bağlı olarak veya aralarındaki sözleşme ile kararlaştırdıkları sebeplere bağlı olarak 15 gün içinde hakeme başvurarak red taleplerini bildirebilirler. Hakemlerin red ve çekinme konularında verdikleri kararlar kesindir ve kanun yoluna başvurulamaz. Hakemin görevi ret talebinin kabulü, çekinme durumlarıyla veya yargılama sonucunda verdikleri karardan itibaren 60 gün sonra sona erer. Görevi red ve çekinme sebebiyle sona eren hakemin yerine aynı usul ile atama yapılır. Hakem kararlarının icrası için hakem tarafından verilmesi gereken icra edilebilir şerhinin verilmemesi hakemin görevini sona erdirmez. Taraflar icra edilebilirlik şerhi talebini yenileyebilirler. Hakemin karar tarihinden itibaren üç yıl içinde taraflarca hakeme yapılan bu talebin reddine ilişkin karar hakkında taraflar, yetkili mahkemede dava açabilir ve kanun yoluna başvurabilirler (TK m. 8,9,10,11,12,13, 41/3, 44/4).

6. Tahkim Yargılaması ve Sona Ermesi

Tahkim sözleşmesi tahkim yargılaması şartı taşıyorsa bu durumu bilen veya bilmesi gereken taraf, sözleşmede belirtilen süre içerisinde eğer sözleşmede böyle bir süre öngörülmemişse, makul süre içerisinde dava sırasında görevli ve yetkili mahkemeye başvurmak suretiyle dava konusu uyuşmazlığın hakeme gönderilmesi için ilk itirazda bulunabilir. Belirlenen sürede ilk itirazda bulunulmazsa mahkeme davaya bakmaya devam eder. Ancak ilk itirazda bulunulursa mahkeme dosyayı tarafların seçtiği hakem veya hakem heyetine gönderir. Taraflar sözleşme ile geçici hakem heyetinin tahkim yargılamasında uygulaması gereken tahkim prosedürünü belirleyebilir. Taraflar bu prosedürü belirlemezlerse, geçici hakem heyeti bağımsız bir şekilde bu Kanun uyarınca belirleyecektir. Taraflar aksini kararlaştırmaz ise kalıcı hakem heyeti tahkim prosedürünü Tahkim Kanunu'na göre belirler. Taraf(lar) geçici ve kalıcı hakem heyetlerinin yetki sınırlarını aştığını iddia ederse bu durum tahkim yargılamasında hakem heyetince ön sorun olarak görüşülür ve karara



bağlanır. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sürecinde, her bir taraf, tarafların anlaşması veya yürürlükteki kuralların öngördüğü sürede davayı genişletme ve değiştirme hakkına sahiptir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem heyeti, herhangi bir alanda özel bilgi gerektiren bir anlaşmazlığı çözerken ortaya çıkabilecek sorunları netleştirmek için bilirkişiye başvurabilir. Hakem heyeti, davada delilleri serbestçe değerlendirir. Tahkim yargılaması; dilekçeler, karşı dava, delillerin sunulması, talep edilmişse tedbir kararı, duruşma ve hakem kararı ile tarafların belirlediği süre içerisinde tamamlanır. Hakem kararının tefhiminden itibaren beş gün içinde kararın gerekçesi yazılır ve taraf veya vekilleri ile hakem heyetinin imzaladığı karar taraf veya vekillerine tebliğ edilir. Hakem kararları bağlayıcı ve kesindir. Kanun yoluna başvurulamaz. Hakem kararında; karar tarihi, hakem heyeti üyelerinin ad ve soyadı, yargılamanın yeri ve zamanı, taraflar veya vekillerinin ad, soyad ve adresleri, dava konusu, iddialar ve tarafların cevapları, deliller, hukuki sebepler, maliyetler⁶⁴, kararın icra süresi ve usulü ile taraf veya vekilleri ile hakem heyetinin imzaları⁶⁵ yer alır. Hakem heyetinin karar vermesinden sonraki 30 gün içinde taraflar, yargılamada bildirilen ancak karara bağlanmayan taleplerle ilgili ek bir karar, tavzih ve tashih talepleri için hakem heyetine başvurabilir⁶⁶. Tahkim yargılaması, hakem kararı⁶⁷, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve davaya son veren taraf usul işlemleri⁶⁸ ile sona erer. Hakem kararının icrası, karar tarihinden itibaren üç yıl içinde taraf veya taraflarca yetkili mahkemeden talep edilebilecek icra emri ile gerçekleştirilir. Yetkili mahkeme, tarafların yerleşim yeri veya borçlunun yerleşim yeridir. Hakem kararları kesinleştikten sonra Kırgızistan Cumhuriyeti Ulusal Arşiv Fonu tarafından muhafaza edilir (TK m. 14/3,15,16, 20/4,23/2,26,28,31,32,33,34,35,36,37,38,39,41).

64 Tahkim yargılamasında maliyet; hakem ücreti, masraf ve avanstan oluşur. Geçici hakem heyetinin ücreti taraflarca belirlenir. Eğer taraflar belirlememişse taraflara eşit olarak paylaşılır. Kalıcı hakem heyetinin ücreti ise tarifeye göre belirlenir. Hakem heyeti maliyetlerin bir veya birkaçı ödenmediğinde yargılamayı sonlandırma veya askıya alma hakkına sahiptir (TK m. 38, 39).

65 Geçici hakem heyeti hakem veya hakemlerinin verdikleri karardaki imzalarının notere tasdik ettirilmesi kararın geçerlilik şartıdır (TK m. 35).

66 Kavramın amacı için bkz. ÖZBAY İbrahim/ERDEM Murat, Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m. 437), **Sakarya Hukuk Dergisi (SHD)**, C.1, S. 2, Aralık 2013, s. 47-48.

67 Hakem kararı için bkz. ÖZBEK Mustafa, Tahkim Yargılamasında Hakem Kararı, **TNBD**, Y. 6, S. 2, Ankara 2019, s. 118-134.

68 Hakem heyeti yargılamayı tamamlamadan önce taraflar davaya son veren taraf usul işlemlerine ilişkin (sulh, kabul, feragat) taraflar yargılama dışında sözleşme yapar hakem heyetine ibraz ederse veya yargılama sırasında bu durumlardan biri gerçekleşirse hakem heyeti yargılamayı sonlandırır (TK m. 30).



B. Arabuluculuk

1. Genel Olarak

Kırgız Cumhuriyetinde arabuluculuk, gerçek ve/veya tüzel kişiler arasında karşılıklı olarak kabul edilebilir bir yazılı anlaşmaya varmak için tarafların menfaatlerini koordine ederek bir uyuşmazlığın davadan önce veya dava sırasında arabulucu(lar) yardımıyla çözülmesi amacıyla başvurulmuş alternatif çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Arabuluculuk 28 Temmuz 2017 tarihli 161 numaralı özel kanunla düzenlenmiştir (ABK⁷⁰ m. 2).

2. Uygulama Alanı (Arabuluculuğa Elverişlilik)

Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacağı medeni, aile ve iş hukuku ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile kanunda açıkça ifade edilen ceza hukuku kapsamına giren suçlar için arabuluculuğa başvurulabilir⁷¹. Uyuşmazlık, arabuluculuğa taraf olmayan kişilerin veya mahkeme kararıyla kısıtlanan kişilerin menfaatlerini etkiliyorsa, bu kişiler ve yasal temsilcileri için arabuluculuk mümkün değildir (ABK m. 1/1,2,3).

69 Türk Hukukunda arabuluculuk konusunda bkz. EKMEKÇİ Ömer / ÖZEKES Muhammet / ATALI Murat / SEVEN Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Kasım 2019, s. 1-16; Alternatif uyuşmazlık çözümünün hukuki niteliği için bkz. ÖZBEK Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.127 vd.

70 28 Temmuz 2017 Tarih ve 161 no'lu Arabuluculuk Kanunu için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111668> ET: 05.01.2020; Türk hukukunda Arabuluculuk için bkz. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (RG. 22.06.2012, S. 28331); Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (RG. 02.06.2018, S. 30439).

71 Ceza hukuku alanındaki arabuluculuk, Kırgız Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu, Kırgız Cumhuriyeti Suçları Kanunu, Kırgız Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu ve Arabuluculuk Kanunu ile düzenlenmiştir. Ceza hukuku alanında uzlaşmaya tabi suçlar, kural olarak kamu davası açılmasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere (örneğin ihmal nedeniyle ağır bedensel zarar uzlaştırma kapsamına girmez) takibi şikayete bağlı suçlardır. Bu suçlara cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar, cinsel ilişkiye zorlama, özgürlükten alıkoyma, ekonomik suçlar başlığında düzenlenen hırsızlık, gasp, yağma, emanet malların zimmete geçirilmesi, holiganlık ve trafik güvenliğini ihlal suçlarını örnek verebiliriz. Uzlaşma talebi, dava sonucunda verilecek kararın infazına kadar şüpheli, sanık veya mağdur tarafından yapılabilir. Mağdurun rızası olmadan uzlaşma tutanağı yapılamaz. Uzlaşma tutanağında, düzenleme yeri ve tarihi, taraflar ve varsa vekillerinin ad, soyadı, adresleri, tazminat miktarı ve vadesi ile taraflar ve arabulucunun imzası yer almalıdır. Tazminatın yerine getirilme sürecine kadar ceza mahkemesi taraflara duruşma günü verir. Tazminatın ödenmesi ile mahkeme uzlaşma nedeniyle davada karar vermeye yer olmadığına karar verir. Birden fazla mağdurun taraf olduğu uzlaşma toplantısında uzlaşma sağlanan mağdur veya mağdurlar açısından dava açılmaz. Arabuluculuk süreci sonucunda mağdur ve şüphelinin anlaşamaması kovuşturmanın reddedilmesi veya suçun ikrarı olarak kabul edilemez. Soruşturma organının yetkilisi, araştırmacı, savcı, hâkim, taraflardan birinin avukatı, ceza hukuku alanında arabuluculuk yapamaz (CMK m. 23, 39, 42, 499,500,501; CK m. 61,161,163,172,200,201,202,203,205,266,297; ABK m. 26). 2 Şubat 2017 tarih ve 19 no'lu Ceza Kanunu (CK) için bkz. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527> ET: 10 Şubat 2020.



3. Arabuluculuk Süreci

a. İlkeler

Arabuluculuk faaliyeti; iradilik⁷², tarafların işbirliği ve eşitliği⁷³, arabulucunun tarafsızlığı⁷⁴ ve gizlilik⁷⁵ ilkeleri temelinde yürütülür (ABK m. 3)⁷⁶.

b. Usul

Arabuluculuk faaliyeti, arabuluculuğa başvuru sözleşmesinin imzalandığı tarihte başlar. Taraflar arabuluculuk faaliyetine davadan önce ve dava devam ederken, tahkim faaliyeti ve icra işlemleri sırasında başvurabilir. Taraflar arabuluculuk faaliyetine kural olarak şahsen katılmak zorundadırlar. Kanunun zorunlu kıldığı hallerde taraflar kanuni temsilcileri aracılığıyla arabuluculuk faaliyetine katılabilirler. Taraflara arabuluculuk faaliyeti sırasında uyuşmazlıkla ilgili ve alanında uzman kişiler, avukatlar, çevirmenler yardımcı olabilir. Tarafların rızası ile bu kişilerin dışında kalan diğer kişiler de arabuluculuk faaliyetine katılabilir. Arabulucu(lar) tarafların anlaşması ile seçilir. Arabulucu, seçilmesi veya atanmasından önce tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyen veya etkileyebilecek durumları taraflara bildirmekle yükümlüdür. Hâkim, hakem, soruşturmacı dava, tahkim veya soruşturma sırasında tarafları

72 Arabuluculuk yoluyla bir uyuşmazlığın çözülmesi için tarafları zorlanamaz ve yine arabulucu arabuluculuk yoluyla bir anlaşmazlığın çözümüne yardımcı olmaya zorlanamaz. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapmış oldukları yazılı anlaşmanın infazı, iradilik ilkesine tabidir (ABK m. 4)

73 Arabuluculuk faaliyeti tarafların menfaatlerini uyumlaştırmak için yapıcı işbirliği temelinde gerçekleştirilir. Arabuluculuk faaliyetinin tarafları arabulucu seçme, pozisyonlarını belirleme ve karşılıklı olarak kabul edilebilir bir anlaşma geliştirme konusunda eşit haklara sahiptir (ABK m.5).

74 Arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucu bağımsız ve tarafsızdır. Arabulucu taraflardan, devlet organlarından, yerel yönetimlerden ve yetkililerinden, tüzel kişiler ve gerçek kişilerden bağımsızdır. Arabulucu arabuluculuk faaliyetini tarafsız bir şekilde yürütmeli ve tarafların arabuluculuk faaliyetine katılımını eşit sağlamalıdır. Arabulucu tarafsızlığını etkileyen koşullar varsa, arabuluculuktan çekilmeli veya taraflarca reddedilebilir (ABK m. 6).

75 Arabulucu, arabulucu kuruluşu çalışanları ve taraflar arabuluculuk faaliyeti ile ilgili tüm bilgilerin gizliliğini korumakla yükümlüdür. Bu görev aynı zamanda bir arabulucu olarak faaliyetlerinin askıya alınması veya sonlandırılması durumlarında da geçerlidir. Arabulucu, arabuluculuk ile ilgili taraflardan birinden bilgi aldıysa, bu bilgileri diğer tarafa ancak bilgi sağlayan tarafın rızası ile ifşa edebilir. Arabuluculuk yapan taraflar, aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculukla ilgili bilgileri açıklama hakkına sahip değildir. Arabulucu, arabulucu kuruluşu çalışanları, bilgilendirme toplantısı ve arabuluculuk faaliyeti sırasında kendilerine tanınan bilgiler hakkında tanık olarak bilgisine başvurulamaz. Arabulucu ve arabulucu kuruluşlarından arabuluculuk faaliyeti ile ilgili bilgi almak, kanunen gerekli olmadıkça yasaktır (ABK m. 7,8).

76 Türk Hukukunda Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler için bkz. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 3-5 (RG. 22.06.2012, S. 28331).



arabuluculuk faaliyeti konusunda bilgilendirme toplantısına gönderme hakkına sahiptir. Tarafların bunu reddetme hakkı bulunmamaktadır. Bilgilendirme toplantısında arabulucu, tarafları süreç ve ilkeler konusunda bilgilendirir ve tarafların rızası halinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılacak anlaşmanın koşulları hakkında bilgi verir. Taraflardan birinin arabuluculuk prosedürüne başvurma teklifi veya taraflardan birinin arabuluculuğa katılma isteği, taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetinde ileri sürdüğü görüş, öneri, açıklama, kabul ve feragat ile sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanmış belgeler dava ve tahkim de delil olarak ileri sürülemez ayrıca bunlar hakkında tanık dinlenemez. Arabuluculuk mevzuatını ihlal edenler kanun gereği sorumludur (ABK m. 8/1,18,19,20,24, 27).

c. Süre

Dava açılmadan önce arabuluculuk faaliyetinin süresi tarafların anlaşması ile belirlenebilir. Ancak bu süre azami 60 gün olmalıdır. Tarafların anlaşması ile bu süre azami 30 gün uzatılabilir. Taraflar hukuk veya ceza davası veya tahkim sırasında arabuluculuğa başvurmuşlarsa bu durumda arabuluculuk faaliyeti azami 30 günde tamamlanmalıdır. Tarafların anlaşması ile bu süre azami 30 gün uzatılabilir (ABK m. 17).

d. Anlaşma

Tarafların anlaşması halinde yazılı anlaşma taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Anlaşmada, tarafların ve varsa temsilcilerinin ad, soyadı ve adresleri, anlaşmanın yapıldığı yer ve tarih, arabulucu ya da arabulucuların soyadı, adı ve adresi, uyuşmazlığın konusu; arabuluculuk dili⁷⁷ yazılmalıdır. Bunlara ek olarak, taraflara arabuluculuğun gizliliği ve böyle bir yükümlülüğü yerine getirmeme durumunda sonuçları, taraflar dışındaki katılımcıların ad ve soyadı, ücret ve masraflara ilişkin kayıtlar, arabuluculuk süresi ve usulü yazılır (ABK m. 21).

e. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

Tarafların anlaşması ile arabuluculuk sözleşmesinin taraflarca imzalanması tarihinden itibaren, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmanın şarta bağlanması halinde şartın kararlaştırıldığı tarih itibariyle, taraf veya tarafların arabulucuyu reddetmesi durumunda tutanağın imza edildiği tarihte, taraf veya tarafların arabuluculuğa

⁷⁷ Arabuluculuğun tarafları, arabuluculuk sürecinde kullanılacak dil konusunda anlaşabilirler. Arabuluculukta, taraflar arabuluculuk faaliyetinin bir parçası olarak tercüman kullanma hakkına sahiptir. Herhangi bir dil seçiminde sözleşme yapılabilir. Soruşturma ve Kovuşturma aşamasında yapılan arabuluculuk sözleşmesi devlet veya resmi dilde yapılmalıdır (ABK m. 16).



devam etmeyeceklerini bildirmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer. Bunlara ek olarak, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmaması durumunda, arabuluculuk için öngörülen sürenin dolması halinde, taraflardan birinin ölümü veya tüzel kişiliğin tasfiyesi durumlarında ölüm tarihi veya tescil ile arabuluculuk faaliyeti sona erer (ABK m. 23).

4. Arabulucu

a. Arabulucu Olabilme Şartları

Yirmibeş yaşını tamamlamış, üniversite mezunu, arabuluculuk eğitimini tamamlayarak sertifika almış gerçek kişiler arabuluculuk yapma hakkına sahip olur. Memurlar, belediye çalışanları, tam ve sınırlı ehliyetsizler, mahkûmiyeti olanlar arabulucu olamaz. Arabulucu olarak görev yaptığı uyuşmazlığın taraflarına ait aynı uyuşmazlıkla ilgili hukuk, ceza davası ve tahkim sırasında kanuni ve iradi temsilcisi olamaz. Ancak taraflar aksini kararlaştırmamışsa, arabulucu olarak görev yaptığı uyuşmazlığın taraf veya taraflarına danışmanlık hizmeti verebilir. Arabulucu sıfatı, ehliyetsizlik, mahkûmiyet ve ölümle sona erer. Arabulucu sıfatının kaybı sebepleri ile ilgili mahkemede dava açılabilir, kanun yoluna başvurulabilir (ABK m. 9,10).

b. Arabuluculuk Ücreti

Arabuluculuk ticari faaliyet değildir. Ücretli veya ücretsiz olarak yapılabilir⁷⁸. Taraflar ile arabulucu arasındaki ücretin miktarı ve ödeme şekli anlaşma ile belirlenir (ABK m. 12).

5. Mesleki Birlik

Kırgızistan'da arabulucular tarafından kanunun öngördüğü şekilde, kâr amacı gütmeyen kuruluşlara ilişkin mevzuat çerçevesinde Kırgız Cumhuriyeti Arabulucular Topluluğu oluşturulmuştur. Arabulucular Topluluğu, arabuluculuk ücret tarifesini belirler ve arabuluculuk faaliyeti ile ilgili meslek etik kurallarının uygulanmasını takip eder ve arabulucuların mesleki eğitimini kanunların öngördüğü şekilde yapar (ABK m. 13).

Kırgız Cumhuriyeti Arabulucular Topluluğu genel kurulu, yönetim kurulunu belirler ve ana sözleşmeyi onaylar.

⁷⁸ Türk hukukunda arabuluculuk faaliyeti sonunda arabulucuya ücret ödenmesi gerekir. Ücretsiz arabuluculuk faaliyeti düzenlenmemiştir. Bu konuda bkz. 2020 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (RG. 31.12.2019, S. 30995).



Arabulucular Topluluğu Yönetim Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Arabuluculuk alanındaki kanuni düzenlemenin geliştirilmesine katkı sağlamak,
2. Arabulucular için standartlar ve model eğitim programları önermek,
3. Arabuluculuk Meslek Etik Kurallarını kabul etmek,
4. Arabuluculuk eğitimini tamamlayanlara arabulucu sertifikası vermek,
5. Arabulucu sicilini tutmak,
6. Arabulucunun sicilinden kaydını silmek,
7. Devlet organları ve yerel yönetim organları ile etkileşimde arabulucuları temsil etmek,
8. Kuruluş sözleşmesinde öngörülen diğer görevleri yerine getirmek (ABK m. 14, 15).

SONUÇ

Kırgızistan’da halk egemenliği, kuvvetler ayrılığı ve normlar hiyerarşisi ilkeleri doğrultusunda Meclis (Jogorku Keneş) ile Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilir. Kırgız Cumhuriyetinde yargılama yetkisi mahkemelerin tekelindedir. Kırgız Cumhuriyeti’nde adalet, hukuk ve mahkeme önünde herkesin eşitliği temelinde gerçekleştirilir. Mahkemeler bağımsız ve tarafsızdır.

Yüksek Mahkeme; medeni, ceza, ticari, idari ve diğer davalarda tarafların başvurusu üzerine yerel mahkeme kararlarının hukuki denetimini yapan, içtihat ve adli istatistik oluşturan en yüksek yargı organı sıfatıyla temyiz başvurularını inceler. Yüksek Mahkeme bünyesinde; genel kurul, ceza ve idari dava daireleri, medeni dava daireleri, idari ve ticari dava daireleri bulunur. Daireler, davaları üç hâkimden oluşan heyet halinde görüşür ve karara bağlar.

Kırgızistan’da ayrıca Anayasa Mahkemesi veya Anayasa Konseyi bulunmamaktadır. Anayasa denetim organı işlevini Yüksek Mahkeme bünyesinde görev yapan Anayasa Dairesi yerine getirir. Yüksek Mahkemenin Anayasa Dairesine, herkes anayasal şikâyet yoluyla başvurabileceği gibi itiraz yoluyla mahkemelerde, davada uygulayacağı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı için tarafların talebiyle veya re’sen başvurabilir.

Yerel Mahkeme sistemi iki dereceden oluşur. İlk derece mahkemeler (İlçe, Şehirdeki İlçe, Şehir ve İlçelerarası mahkemeler) ve ikinci derece



mahkemeler diğer ifadeyle Bölge ve eşdeğer mahkemeler (Bölge Mahkemeleri, Askeri Mahkeme ve Bişkek Şehir Mahkemesi) şeklinde kurulmuştur. Yerel mahkemelerin oluşturulması, yeniden düzenlenmesi, kaldırılması ve hâkim sayısındaki değişiklik kanunla yapılabilir.

Yargı Özyönetimi, Anayasa ve kanunla düzenleme altına alınmış olup mahkemelerin iç işleyişi ve hâkimlerle ilgili konularda yetkilidir. Yargı Özyönetimi, Kırgız Cumhuriyetinde görev yapan hâkimlerin tamamını kapsar. Kırgız Cumhuriyetinde Yargı Özyönetiminin organları; Hâkimler Kurultayı, Hâkimler Konseyi ve Hâkimler Meclisidir.

Aksakal Heyetleri; iradilik, seçim ve özyönetim temelinde oluşturulan mahkeme, savcı ve diğer kanun uygulayıcı kurumlar tarafından karara bağlanmamış hukuk ve ceza dava (basit suçlarda) dosyalarında yer alan belge ve delilleri, ilgili kanunlara uygun olarak inceleyip karara bağlayan, Kırgızistan gelenek ve göreneklere ile oluşan kişi vicdanı ve ahlak uygulanmasına rehberlik eden, tüzel kişiliği ve adli organ olarak sicil kaydı bulunmayan ve adına mühür ile pul bulunan kamu organlarıdır.

Yerel Mahkemede hâkim olabilmek için, sabıka kaydı olmaması, hâkimliğe engel hali ve sağlık sorunu olmayan en az 30 en fazla 65 yaşında Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerekir. Ayrıca buna ek olarak, hukuk fakültesi mezunu olmak, en az beş yıl hukuk alanında mesleki tecrübeye sahip olmak, Hâkimler Konseyi tarafından yapılacak sınavdan başarılı olmak, devlet ve resmi dili bilmek gerekir.

Yüksek Mahkemede hâkim olabilmenin şartları, sabıka kaydı bulunmaması, hâkimliğe engel hali ve sağlık sorunu olmayan en az 40 en fazla 70 yaşında Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, en az 10 yıl hukuk alanında mesleki tecrübeye sahip olmak, devlet ve resmi dili bilmek gerekir.

Yüksek Mahkeme Anayasa Dairesinde hâkim olabilmenin şartları ise; sabıka kaydı bulunmaması, hâkimliğe engel hali ve sağlık sorunu olmayan en az 40 en fazla 70 yaşında Kırgız Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, en az 15 yıl hukuk alanında mesleki tecrübeye sahip olmak, devlet ve resmi dili bilmek gerekir.

Savcılık kurumu, anayasal kurum olup Kırgızistan Cumhuriyeti mevzuatının uygulanmasını denetleyen kamu otoritesidir. Savcılık kademe sırasıyla; Kırgız Cumhuriyeti Başsavcılığı, Askeri Savcılık, Bölge ve Bişkek ile Oş şehirleri savcıları, şehir ve bunlara eşdeğer olan ihtisas savcıları ile garnizonların askeri savcılarında oluşur. Savcılık kurumu, Kırgız Cumhuriyeti Başsavcılığına tabi olan birleşik bir organ ve kurumlar sistemidir.



Kırgızistan'da Anayasa gereği, herkesin kanunla belirlenen durumlarda, jürinin katılımıyla oluşan bir mahkemede davasının görülmesini isteme hakkı mevcuttur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen şekilde, ceza davası süresince yılda bir defadan fazla olmamak üzere 25 yaşından küçük olmayan ve 65 yaşından büyük olmayan jüri aday listesine dâhil edilen ve bir ceza davasında görev yapmak isteyen Kırgız Cumhuriyeti vatandaşları yemin ederek jüri olarak görev yapabilir.

Avukatlık faaliyeti, ruhsatname sahibi Kırgızistan vatandaşları tarafından gerçek ve tüzel kişileri, devlet kurumları ve yerel yönetimlerde temsil eden, ticari olmayan, meslek şeklinde, yazılı vekâlet sözleşmesi ile sağlanan hukuki yardımdır.

Noterlik faaliyeti, kamu kurumları (resmi) ve özel noterler tarafından yerine getirilir. Özel noterlikte sayı sınırı bulunmamaktadır. Noterlik yetki çevresi idari sınırlara göre belirlenir. Noter bulunmayan yerlerde, noterlik yetkisi bulunan kamu kurumu tarafından belirli yetkiler mevzuata uygun olarak yerel otoritelere devredilebilir.

Bilirkişilik, ceza, hukuk ve idari davalarda mahkemenin karar vermesi için bilim, teknoloji, sanat veya zanaat alanında özel bilgi gerektiren durumların çözümünde yazılı rapor için başvuru yapıldır.

Uyuşmazlık tarafları tahkim sözleşmesi veya kanuna göre aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için kalıcı ve/veya geçici hakem heyetine başvurabilir. Kalıcı hakem heyeti, tahkim usulünün uygulanmasını sağlayan tüzel kişiliğe sahip, kâr amacı taşımayan kuruluştur. Geçici hakem heyeti ise tarafların belirlediği hakem heyetidir. Hakem heyetlerinin tahkim yargılaması ile ilgili faaliyetleri ticari bir faaliyet değildir.

Arabuluculuk; gerçek ve/veya tüzel kişiler arasında karşılıklı olarak kabul edilebilir bir yazılı anlaşmaya varmak için tarafların menfaatlerini koordine ederek bir uyuşmazlığın davadan önce veya dava sırasında arabulucu(lar) yardımıyla çözülmesi amacıyla başvuru yapıldır alternatif çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır.



KISALTMALAR CETVELİ

ABD:	Ankara Barosu Dergisi
AD:	Adalet Dergisi
AHK:	Aksakal Heyeti Kanunu
AK:	Arabuluculuk Kanunu
AK:	Avukatlık Kanunu
ASBÜ:	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
AY:	Anayasa
BK:	Bilirkişilik Kanunu
bkz.:	bakınız
C:	Cilt
CK:	Ceza Kanunu
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
ET:	Erişim Tarihi
HK:	Hâkimlerin Statüsü Kanunu
HMK:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İSK:	İdari Sorumluluk Kanunu
JK:	Jüri Kanunu
m:	Madde
MK:	Mahkemeler Kanunu
NK:	Noterlik Kanunu
RG:	Resmi Gazete
s:	sayfa
S.:	Sayı
SK:	Savcılık Kanunu
T:	Tarih
TK:	Tahkim Kanunu
TNBD:	Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
vd:	ve diğerleri
Y:	Yıl
YÖÖK:	Yargı Özyönetim Organları Kanunu



İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.gov.kg/ru/p/constitution>

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202913?cl=ru-ru> (Anayasa)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527> (Ceza Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111530> (Ceza Muhakemesi Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1279> (Mahkemeler Kanunu)

<http://minjust.gov.kg/ru/content/315> (İdari Sorumluluk Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202245> (Yargı Özyönetim Organları Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1070> (Aksakal Heyeti Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202352?cl=ru-ru> (Hâkimlerin Statüsü Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202597> (Savcılık Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202673?cl=ru-ru> (Jüri Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111521?cl=ru-ru> (Hukuk Muhakemeleri Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/205356?cl=ru-ru> (Avukatlık Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/95038> (Noterlik Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/203908> (Bilirkişilik Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1092> (Tahkim Kanunu)

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111668> (Arabuluculuk Kanunu)

www.edb.adalet.gov.tr/adaletdergisi

http://www.president.kg/ru/kyrgyzstan/administrativno_territorialnoe_delenie <https://www.turk-pa.org/>



KAYNAKLAR

ABDULLAHZADE Cavid/HÜSEYİNOĞLU Emin/Erdem Murat, Rusya Federasyonu Yargı Sistemi, **ABD**, C. 77, S. 2, Y. 2019, s. 73-147.

AKKAN Mine, **Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

AKSOY DURSUN, Sanem, **Eşya Kavramı**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.

ARSLAN Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, S yayınları, Ankara 1989.

ARSLAN Ramazan / TANRIVER Süha, **Yargı Örgütü Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

ASLAN DÜZGÜN Ülgen, “Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. 17 S. 1, s. 491-512.

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ÜNAL KAYA Hilal, **Yargı Örgütü**, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

AYDEMİR Fatih, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

EKMEKÇİ Ömer / ÖZEKES Muhammet / ATALI Murat / SEVEN Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Kasım 2019.

ERDEM Murat/ HÜSEYİNOĞLU Emin, Kazakistan Cumhuriyeti Yargı Sistemi, **Terazi Dergisi**, Seçkin Yayıncılık, C. 13, S. 148, Aralık 2018.

ERDEM Murat, The Turkish Judicial System, **Themis Revista Da Faculdade De Direito Da UNL**, Ano XVII, Nos 30/31, 2016.

EREN Abdurrahman/ASKER Ali, **Türk Cumhuriyetleri Anayasaları**, TÜRKPA Yayınları: 4, Ankara 2012.

HANAĞASI Emel, **Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

İBA Şeref, Kırgızistan'ın Anayasa Serüveni ve Jogorku Keneş, **T.C. Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Avrasya Etüdüleri**, C. 36, Y. 2009, S. 2.

KAYA Abdullah, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yargı Sistemi**, ASBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış YL Tezi), Ankara 2019.

KURT KONCA Nesibe, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.



ÖZBAY İbrahim/ KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407- 444)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

ÖZBAY İbrahim/ERDEM Murat, Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m. 437), **Sakarya Hukuk Dergisi (SHD)**, C.1, S. 2, Aralık 2013.

ÖZBEK Mustafa, Tahkim Yargılamasında Hakem Kararı, **TNBD**, Y. 6, S. 2, Ankara 2019.

ÖZBEK Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

PAMİR Aybars, Eski Orta Asya Türk Devletlerinde Törenin Oluşmasında Kurultayların Rolü, **AD**, S. 62-63, C. 1,2, Y. 2019.

SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **Avukatlık Mesleği Avukat Hak ve Yükümlülükleri**, İzmir 2012.

ŞIK Hüseyin, Bazı Ülkelerde Savcılık Kurumu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 14, Aralık 2019.

TANRIVER Süha, **Hukukumuzda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

TANRIVER Süha, **Türk Aile Mahkemeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

TÖRE Nazlı, **Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı, Geçerliliği ve Etkileri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.



YAPAY ZEKÂNIN VERDİĞİ ZARARDAN DOĞAN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK

*(Applicable Law to the Non-Contractual Liability Arising from
the Damage Caused by Artificial Intelligence)*

Dr. Öğr. Üyesi Cemil GÜNER¹

ÖZ

Yapay zekâ, teknolojinin ilerlemesiyle birlikte hayatın vazgeçilmez parçası hâline gelmektedir. Bu çerçevede, toplumun her alanında sıklıkla kullanılan yapay zekâ niteliğindeki yazılımlar, sağladığı faydalar yanında zarara da yol açabilmektedir. Yapay zekânın karar ve eylemleriyle neden olduğu zararlardan kaynaklanan özel bir sorumluluk türü ise karşılaştırmalı maddî hukukta ve Türk maddî hukukunda henüz bulunmamaktadır. Yapay zekâ niteliğindeki yazılımların kişiliği olmadığından haksız fiil sorumluluğu da yoktur. Bu sebeple yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluk kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilerek sonuca gidilebilir. Bu cümleden hareketle, yapay zekânın kullanıcısı, sahibi, üreticisi, satıcısı doğacak zarardan sorumlu tutulabilir. Çalışmamızda bu kapsamda kalan yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, Sözleşme dışı sorumluluk, Kusursuz sorumluluk, Kanunlar ihtilafı, Uygulanacak hukuk

ABSTRACT

Artificial intelligence gradually becomes an indispensable part of life due to advancement of technology. In this context, artificial intelligence software which are used frequently in all areas of society can also cause damage besides benefits. A type of special responsibility has not yet been established due to the damages caused by the decisions and actions of artificial intelligence in comparative material law and Turkish material law. Since artificial intelligence has no personality, it can't be held responsible from tort. For this reason, the responsibility arising from the damage caused by artificial intelligence can be evaluated within the scope of no-fault liability. Accordingly, the user, owner, producer, seller of artificial intelligence can be held responsible for the damage. In this study, applicable law to the disputes with foreign element covered by this subject will be analysed.

¹ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: cguner@selcuk.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1956-0118



Keywords: Artificial intelligence, Non-contractual liability, No-fault liability, Conflict of laws, Applicable law

GİRİŞ

Bilim ve teknolojideki gelişmeler yapay zekâ kullanımını birçok sektörde yaygınlaştırmaktadır. Bunların başında internet, iletişim, bilişim, robotik, bankacılık, finans, askeri, ticaret, eğitim, otomotiv ve sağlık sektörü gelmektedir². Öyle ki insan yapımı robotlar, androidler, yazılımlar, sistemler, arama motorları, çevrimiçi alışveriş portalları ve benzerlerinden yapay zekâ ürünleri olarak günümüzde sıklıkla istifade edilmektedir³. Gelecekte yapay zekâ ürünlerinin insan hayatının vazgeçilmez unsurlarından biri olacağını söylemekte ise bir tereddüt bulunmamaktadır.

Yapay zekâ kullanımının sağladığı yararlar yanında rizikoyu barındırdığı da bir gerçektir⁴. Bu anlamda yapay zekânın aldığı kararların ve eylemlerinin zarara yol açması mümkündür. Böyle bir durumda yapay zekâ kullanımından kaynaklı zararın tazmini konusu gündeme gelecektir. Ancak yapay zekâ mevcut hukukî düzenlemeler ışığında kişi olarak kabul edilmemektedir. Bu sebeple yapay zekânın doğacak zarardan bir sorumluluğu olmadığı için kimin, hangi gerekçeyle söz konusu zarardan sorumlu tutulacağı soruları izaha muhtaçtır.

Konu, yabancı unsurlu olması hâlinde şüphesiz kanunlar ihtilafı hukukunun uygulama alanına girecektir. Bu hâlde, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluğa

- 2 Yapay zekânın kullanım alanı ve örneklerine ilişkin ayrıntılı tespitler için bkz. HOLZER, Jenny, R. / MOSES, Franklin L.: "Autonomous Systems in The Intelligence Community: Many Possibilities and Challenges", *Studies in Intelligence*, Vol. 59, No. 1, 2015, s. 27; CALO, Ryan: "Robots in American Law", *University of Washington School of Law, Legal Studies Research Paper*, No. 2016/04, s. 3 (<http://ssrn.com/abstract=2737598>); RUSSELL, Stuart J. / NORVIG, Peter: *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Pearson, New Jersey 2009, s. 1-2; AKKURT, Sinan Sami: "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13, Haziran 2019, s. 40; YÜNLÜ, Semih: "Current Developments on Artificial Intelligence and Liability for Robot Caused Damages", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1, 2019, s. 191-193; YANISKY RAVID, Shlomit: "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in The 3A Era: The Human-Like Authors Are Already Here: A New Model", *Michigan State Law Review*, 2017/4, s. 664-665; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru / BAK, Başak: "Yapay Zekâ", *Futurist Hukuk*, Aristo Yayınları, İstanbul 2018, s. 9.
- 3 BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: "Robot Hukuku", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 7, S. 29, 2017, s. 85-86 (Robot); KARA KILIÇARSLAN, Seda: "Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Hukukî Kişiliği Üzerine Tartışmalar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 2019/2, s. 363.
- 4 FROMKIN, A. Michael / COLANGELO, P. Zak: "Self-Defense Against Robots and Drones", *Connecticut Law Review*, Vol. 48, 2015, s. 7.



uygulanacak hukukun tespiti ihtiyacı doğar. Bu bağlamda yapay zekânın hukukî niteliğinin ve doğacak zarardan sorumluluğunun vasıflandırılması, uygulanacak hukukun tespitinde belirleyici olacaktır. Çalışmamızda söz konusu sorumlulukla bağlantılı yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti, Türk kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında ele alınacaktır.

I. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Yapay zekâ (*Artificial Intelligence (AI)*)⁵, doktrinde genel anlamda; algılama, öğrenme, yorumlama, geliştirme, iletişim kurma, karar verme ve sonuç çıkarma gibi insan zekâsını lüzumlu kılan fonksiyonları yerine getirebilen sistem olarak tanımlanmaktadır⁶. Bu anlamda yapay zekâ, otonom sistemlerin dış verileri yorumlama ve bunlardan çeşitli çıkarımlara vararak öğrenebilme ve öğrendiklerini uyarlayarak kullanabilme yeteneği olarak görülmektedir⁷.

Yapay zekâ; makinalara veya bilişim sistemlerine karar alma ve bunları icra etme yeteneği vermektedir⁸. Başka bir deyişle, insanlara has “algılama, öğrenme, yorumlama, karar verme, sonuç çıkarma, problem çözme” yetenekleri yapay zekâyâ yüklenmektedir⁹. Bu bakımdan yapay zekâ, bir tür yazılım olduğundan bilgisayar, robot, telefon, araç ya da başka bir cihaz bünyesinde çalışmaktadır¹⁰. Dolayısıyla, bir robotun, makinanın veya cihazın salt kendisi yapay zekâ sayılmamakta, bunlara ancak karar alma ve aldığı kararları yerine getirme fonksiyonu yüklediği zaman yapay zekâ hâle gelmektedir¹¹.

5 *Artificial Intelligence (AI)* kavramını literatürde ilk kez John McCarthy kullanmış olup, söz konusu kavramı özellikle akıllı bilgisayar programları olmak üzere akıllı makine yapma mühendisliği ve bilimi olarak tanımlamıştır: McCARTHY, John: “What Is Artificial Intelligence”, <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf> (Erişim tarihi 02.06.2020).

6 YANISKY RAVID, s. 673; AKKURT, s. 41.

7 KAPLAN, Andreas M. / HAENLEIN, Michael: “Siri, Siri in My Hand, Who’s The Fairest in The Land? On The Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence”, **Business Horizons**, Vol. 62, Iss. 1, 2018, s. 17; BARFIELD, Woodrow: “Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots”, Paladyn, **Journal of Behavioral Robotics**, Vol. 9, 2018, s. 193; AKKURT, s. 41.

8 AKKURT, s. 53.

9 BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 211.

10 BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 6, S. 11, Haziran 2018, s. 588 (Patent).

11 Akıllı robot özelinde aynı yönde bir tespit için bkz. AKBİLEK, Meliha: “Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukukî Kişilikleri (!) ve Hukukî Sorumlulukları”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 6, Aralık 2017, s. 222.



Günlük hayatta yapay zekâ ürünlerine rastlamak olağan hâle gelmiştir. Örneğin, hava tahminlerinde, geçmiş meteorolojik veri ve istatistiklerden yararlanarak bilişsel yorum yapan yapay zekâ özelliği gösteren bir sistem kullanılmaktadır¹². Sanal ortamda oynanan satranç gibi oyunlar da yapay zekâlı bir ürün olup, kendilerine yüklenen sistemin gereği olarak bir algoritma geliştirmekte, işlediği bilgiler sayesinde satranç hamlelerinin tümünü bilmekte ve ona göre hareket edecek bir içerik elde etmek suretiyle insanlarla oyunda rekabet etmektedir¹³. Aynı şekilde, web 2.0 internet sitesi, internet kullanıcılarının yararlandıkları internet bağlantılarından onların tercihlerini, ilgi alanlarını, kullanım alışkanlıklarını, eğilimlerini, alışveriş tercihlerini tahmin etmeye elverişli içeriğiyle bilişsel ve duygusal unsurlardan yararlanarak karar alıp yerine getiren bir yapay zekâ örneğidir¹⁴. Otomobillerdeki abs fren sisteminin ne zaman devreye gireceğini ayarlayan sistem de yapay zekâyâ örnek teşkil etmektedir¹⁵. Son bir örnekte, sanayi ve özellikle de otomotiv sektöründe yapay zekâ donanımlı robotlar kullanılarak işçilere ikame olarak hizmet verdikleri görülmektedir¹⁶.

II. YAPAY ZEKÂNIN VERDİĞİ ZARARDAN DOĞAN SORUMLULUK

Yapay zekâ kendisini kullanıma sokan kişinin idare ve denetimi olmaksızın otonom şekilde¹⁷ ya da kendisini kullanan kişinin sevk ve idaresinde, daha açık ifadeyle kumandasında hareket edebilir¹⁸. Robot teknolojisindeki gelişmeler de göstermektedir ki yapay zekâ ürünleri, her ne kadar önceden programlanmış olsalar da mevcut verilerden

12 Hava sıcaklığı, yağış, nem, rüzgâr yönü ve şiddeti ile benzeri parametrelerin tahmininde yapay sinir ağ modelleri adı verilen yapay zekâ kullanımının tercih edildiğine ilişkin olarak bkz. TURGUT, Aydın / TEMİR, Atılgan / AKSOY, Bekir / ÖZSOY, Koray: “Yapay Zekâ Yöntemleri ile Hava Sıcaklığı Tahmini İçin Sistem Tasarımı ve Uygulaması”, **International Journal of 3d Printing Technologies and Digital Industry**, Vol. 3, Iss. 3, 2019, s. 245.

13 BAK, s. 218.

14 AKKURT, s. 42.

15 KARA KILIÇARSLAN, s. 366.

16 SMITH, Bryant Walker: “Automated Driving and Product Liability”, **Michigan State Law Review**, Vol. 1, 2017, s. 2.

17 Yapay zekânın otonomluğu, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından yapay zekânın gelecekte yaratacağı problemlerin çözümüne yönelik hukukî bir dayanak oluşturmak amacıyla yayımlanan Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu’nda “dış kontrol veya etkiden bağımsız karar alma ve dış dünyaya uygulama kabiliyeti” olarak tanımlanmıştır (Art. Z/AA). Yapay zekânın otonom özelliği hakkında ayrıca bkz. MULLIGAN, Christina: “Revenge Against Robots”, **South Carolina Law Review**, Vol. 69, 2018, s. 2-3; BARFIELD, s. 194.

18 İNCE, Şükran / ŞİMŞEK, Melike Zişan / KAYNARCA, Fatih: “Valuation of The Legal Liability of Artificial Intelligence and Robotics under Turkish Legal Regulations”, **GSI ARTICLE**, Summer 2019, s. 36; BARFIELD, s. 194.



çıkarmalar yaparak öğrenebilme ve buna uygun davranış geliştirebilme yeteneğine sahiptir. Ancak yapay zekâ ürünlerinin kendisini imal eden, programlayan veya kullanıma sokanların dahi öngöremeyeceği şekilde davranış geliştirebilmeleri ihtimal dâhilindedir¹⁹. Neticede, yapay zekâ ister otonom isterse kendisini kullanan kişinin idaresinde hareket etsin her iki ihtimalde de kendisine yüklenen fonksiyonu icra ederken zarara yol açabilecektir.

İnsanlar yapay zekâ ile temaslarını arttırdıkça yapay zekâ kullanımından kaynaklı zararlar da kaçınılmaz şekilde artmaktadır²⁰. Yapay zekânın verdiği zarar insanlara olduğu gibi, bitki ve hayvan gibi diğer canlılara da yönelebilir. Aynı şekilde, mala ve hatta kendisi gibi başka bir yapay zekâya karşı da zararın verilmesi muhtemeldir.

Uygulamaya yansıyan birçok örnekte yapay zekâ ürünlerinin çeşitli zararlara yol açtığı görülmektedir. Söz konusu örneklerde yapay zekânın, karar ve eylemleriyle malvarlığına karşı zarar oluşturması yanında kişilik hakkı kapsamında yer alan yaşam, vücut bütünlüğü, özel hayatın gizliliği, onur ve haysiyet, sağlık, kişisel veriler gibi şahıs varlığı değerlerini de ihlal edebildiği sonucuna varılabilir.

Yapay zekâ yüklenerek üretilmiş bir robotun bir kimsenin ölümüne yol açması veya yaralaması söz konusu olabilir. Örneğin ABD’de yapay zekâ donanımlı bir robotun bir kişiyi öldürmesi üzerine tazminat davası açılmış ve ölen kişinin ailesine on milyon Amerikan doları tazminat ödenmesine hükmedilmiştir²¹. Aynı şekilde, sanayi sektöründe kullanılan yapay zekâlı robotların birlikte çalıştığı işçilere zarar verdiği örnek olaylar vardır. Örneğin Almanya’daki bir otomobil fabrikasında kullanılan yapay zekâlı robotun işçilerden birini metal plakaya çarparak öldürdüğü görülmüştür²².

Hastaların tıbbî verilerini inceleyip analiz etme fonksiyonu yüklenmiş yapay zekâ programları sağlık sektöründe yaygınlaşmaya başlamıştır. Böyle bir ihtimalde, yapay zekânın yanlış teşhis koymasıyla hastanın ölmesi ya da başka sağlık sorunlarıyla karşı karşıya kalması mümkündür²³. Örneğin uygulamada, bir bilişim teknolojisi şirketinin geliştirdiği

19 ERCAN, Cannur: “Robotların Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 40, Ekim 2019, s. 36.

20 FROOMKIN / COLANGELO, s. 7; BAK, s. 216; AKBİLEK, s. 219; ERCAN, s. 27.

21 Konuya ilişkin haber için bkz. <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/25/death-by-robot-mechanised-danger-in-our-changing-world> (Erişim tarihi 28.12.2019).

22 Konuya ilişkin haber için bkz. <http://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany> (Erişim tarihi 28.12.2019).

23 Aynı yönde bkz. KARA KILIÇARSLAN, s. 369.



yapay zekâ programının akciğer kanseri teşhisi konulmuş bir hastaya kemoterapiye ilave olarak ciddi kanamalara yol açabileceği için kanser hastalarına verilmemesi gereken bir ilacı önererek hatalı kanser tedavisi uyguladığı tespit edilmiştir²⁴.

Gelecekte yaygın hale geleceği söylenen sürücüsüz araçların yapay zekâlı olarak kullanıldığı durumlarda trafik kazaları gündeme gelebilir²⁵. Örneğin ABD’de Uber’in yapay zekâ kontrollü sürücüsüz araçlarından biri, bisikletle karşıya geçmeye çalışan bir kadına çarparak ölümüne sebep olmuştur²⁶.

İstihbarat, güvenlik veya özel amaçlarla görüntü kaydetme ve bilgi toplama fonksiyonu yüklenmiş bir yapay zekâlı drone’un düşmesi ya da topladığı görüntü ve bilgilerin ifşa edilmek suretiyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edilmesi de pek tabii mümkündür. Örneğin ABD’ye ait bir drone, Afganistan’da tarlada çalışan otuz işçinin ölümüne sebep olmuştur²⁷.

Yapay zekânın manevi zarara yol açmasının da mümkün olabileceği görülmüştür. Bu çerçevede, Microsoft’un “Tay” adlı yapay zekâsı, twitter üzerinden insanlarla tesadüfi şekilde sohbet etmeye başlamış, fakat zaman içinde öğrendiği cinsiyetçi ve ırkçı söylemlerle kendi kontrolünden çıkarak insanlara manevi zarar verme tehlikesi gösterdiği gerekçesiyle kapatılmak zorunda kalınmıştır²⁸. Benzer şekilde, yapay zekâ özelliği gösteren “Siri” sesli asistanlardan biri olarak günümüzde yaygın şekilde kullanılmaktadır. Genel itibariyle kendisine sorulan soruları cevaplama görevi olan bu tür sesli asistanların hata yapması ihtimal dâhilindedir. Nitekim İngilizce sorulan bir soruya aynı dilde cevapla “anne” tanımı yapan Siri’nin küfür ettiği yakın geçmişte yaşanmış bir vakıa olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹.

24 Konuya ilişkin haber için bkz. <https://www.donanimhaber.com/iBMnin-yapay-zekasi-yanlis-kanser-tedavisi-oneriyor-101846> (Erişim tarihi 28.12.2019).

25 Sürücüsüz araçların verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin olarak ayrıca bkz. GLESS, Sabine / SILVERMAN, Emily / WEIGEND, Thomas: “If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, *New Criminal Law Review*, Vol. 19, No. 3, 2016, s. 413 vd; SMITH, s. 2 vd.

26 Konuya ilişkin haber için bkz. <https://www.nytimes.com/interactive/2018/03/20/us/self-driving-uber-pedestrian-killed.html> (Erişim tarihi 28.12.2019).

27 Konuya ilişkin haber için bkz. <https://www.reuters.com/article/us-afghanistan-attack-drones/u-s-drone-strike-kills-30-pine-nut-farm-workers-in-afghanistan-idUSKBN1W40NW> (Erişim tarihi 28.12.2019). Drone’un parkta oynayan bir çocuğun üzerine düşmesi sonucu verdiği zarara ilişkin benzer bir örnek için ayrıca bkz. KOWERT, Weston: “The Foreseeability of Human Artificial Intelligence Interactions”, *Texas Law Review*, Vol. 96, Iss. 1, 2018, s. 181-182.

28 Konuya ilişkin haber için bkz. <http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/03/24/microsofts-teen-girl-ai-turns-into-a-hitler-loving-sex-robot-wit/> (Erişim tarihi 28.12.2019).

29 Konuya ilişkin haber için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/applein-sirisi-haddini-asti-kufur-etmeye-basladi-40822109> (Erişim tarihi 28.12.2019).



Kişisel verilerin kaydının yapay zekâ programları tarafından yapıldıktan sonra bunların ifşası suretiyle kişilik hakkının ihlali ile maddi veya manevi zarara yol açılması olasılığı da göz ardı edilmemelidir³⁰. Gerçekten de yapay zekâların bazı alanlarda kişisel veri işleme sıklıkla görülmektedir. İşte söz konusu kişisel verilerin muhafaza edilmesi gerekirken bunların aleniyet kazanması ilgili kişi hakkında kişilik hakkının ihlali bağlamında zarara yola açabilir.

Son bir örnek ise, bir uçağın yapay zekâ destekli oto pilotunun hatalı kararıyla düşmesi durumuyla ilgilidir. Buna göre, seyir halindeki uçaktaki yükseklik göstergesi arızasına uyararak uçağın inişe geçtiğini algılayıp gazı kesen oto pilotun bu kararı, havadayken belli bir hızın altına inilmemesi kuralını ihlal eden uçağın irtifa kaybederek düşmesine ve devamında yolcuların ölümüne yol açmıştır³¹.

Görüldüğü gibi, yapay zekâ kullanımının maddi veya manevi zarara yol açması kullanım alanlarının çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda olası vakialardır. Hatta gelecekte, yapay zekâ ürünlerinin günlük hayatın parçası hâline gelerek yaygınlaşacağı da dikkate alındığında, yapay zekânın vereceği zararların da artma potansiyeline sahip olduğu gerçeği göz ardı edilemez³². İşte doğacak zararların tazmini bağlamında sorumluluğun hukukî niteliğinin ve buna bağlı olarak sorumluluk süjesinin belirlenmesi zarureti belirlemektedir. Buna göre, sorumluluk hukuku çerçevesinde zararın haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin ettirilip ettirilemeyeceği, bu mümkünse haksız fiil sorumluluğunun kime yöneltileceği meselesi gündeme gelecektir. Ayrıca doğacak zararın kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk hükümlerinden hangisine tabi olacağı hususu izaha muhtaçtır. Zira yapay zekânın vermiş olduğu zarardan bizzat yapay zekânın mı yoksa onu imal eden, programlayan, kullanan veya idare eden kişilerin mi sorumlu tutulacağı bu sorunun cevabında belirleyici olacaktır. Aşağıda açıklanacağı üzere, özellikle yapay zekânın kişiliğinin olup olmadığına ilişkin varılacak sonuç, sorumluluğun; kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğun alt türlerinden birine bağlanmasında belirleyici olacaktır.

III. MADDİ HUKUKTA YAPAY ZEKÂNIN SORUMLULUĞU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluğa ilişkin karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk pozitif hukukunda benimsenmiş özel bir sorumluluk türü bulunmamaktadır. Sorumluluk

30 Aynı yönde bkz. AKKURT, s. 43-44.

31 Konuya ilişkin haber için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/altimetre-hata-yapti-otopilot-dusurdu-11138356> (Erişim tarihi 28.12.2019).

32 CALO, s. 3.



hukukuna ilişkin düzenlemeler oluşturulurken, yapay zekânın günümüzdeki varlığı ve yaygınlığının öngörülemediği olması konuya ilişkin düzenleme eksikliğinde önemli bir etkidir³³. Buna karşın, Avrupa'da robotların medenî hukuk sorumluluğu bağlamında yeknesak bir sistem oluşturmak üzere Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 27.01.2017 tarihinde Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu (*Report with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics*) kabul edilmiş ve 16.02.2017 tarihinde yayınlamıştır³⁴. Söz konusu Tavsiye Raporunda otonom özellikli yapay zekâyâ elektronik kişilik vermayla bağlantılı olarak üreticisi/kullanıcısı açısından kendine özgü bir kusursuz sorumluluk türünün getirilmesi teklif edilmektedir³⁵. Ayrıca Tavsiye Raporunda, yapay zekânın otonom karar alabildiği hâllerde sorumluluğa ilişkin geleneksel kuralların, yapay zekânın sebep olduğu zararlar bakımından hukukî sorumluluğun doğumunda yetersiz kalacağına vurgu yapılmaktadır (Art. Z/AF).

Türk hukukunda da yapay zekânın hukukî sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yoktur. Konuya ilişkin uyumsuzluklar bugün için yaygın olmadığından hâli hazırda bir problem bulunmamakta, daha açık ifadeyle olası sorunlara yürürlükteki haksız fiil sorumluluğu hükümleri uyarınca çözüm getirilebilecektir. Ancak günümüz teknolojisi göz önünde bulundurulduğunda yapay zekânın artık hayatın birçok alanına girdiği ve gelecekte daha çok yapay zekâ örneklerinin yer alacağına da bir şüphe yoktur. Bu bakımdan konunun maddi hukuk boyutundaki gelişmelere paralel olarak kanunlar ihtilafı hukukunda da gelecekte hukukî açıdan cevap bekleyen sorular kaçınılmaz görünmektedir. Bu sebeple, yapay zekânın kullanım alanlarının hızla artışı ve artık hayatın bir parçası hâline gelmesi gerçeği de dikkate alınarak bu hususta pozitif hukukta bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır³⁶. Ayrıca millî hukuklarda yapay zekânın verdiği zarardan sorumluluk konusunda düzenlemeler yapılabilecek olmakla birlikte, konuya yeknesaklık kazandırma adına bu hususta bir milletlerarası sözleşmenin kabulünün daha makul bir tercih olacağı kanısındayız³⁷.

33 Aynı yönde bkz. ERCAN, s. 27.

34 Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nun İngilizce metni için bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect (Erişim tarihi 01.12.2019).

35 Adı geçen Tavsiye Raporunda elektronik kişilik (*electronic personality*) verilen otonom özellikli yapay zekâların resmî bir sicile kaydedilmesi önerilmektedir (Art. 59/f).

36 Yapay zekâ hakkında hukukî düzenlemelerin yapılma gerekliliği hakkında ayrıntılı tespitler için ayrıca bkz. GUIHOT, Michael / MATTHEW, Anne F. / SUZOR, Nicolas P.: "Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence", **Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law**, Vol. 20, Iss. 2, 2017, s. 393; BAK, s. 223.

37 Konuya ilişkin düzenlemelerin millî değil CISG gibi bir uluslararası sözleşmeyle



Bir yapay zekâ ürünü, karar ve eylemleriyle bir kimsenin şahıs veya mal varlığı değerlerinde bir zarara yol açmışsa, söz konusu sorumluluk öncelikle haksız fiilden doğan borç ilişkileri kapsamında değerlendirilmelidir. Zira yapay zekânın verdiği zararın tazmini borcunun kaynağını, haksız fiilden doğan sorumluluk oluşturmaktadır. Söz konusu haksız fiil sorumluluğunun kusur sorumluluğu/kusursuz sorumluluk ayrımlarından hangisi içinde yer alacağı sorusu ise yapay zekânın hukukî niteliğinin belirlenmesi ve buna göre haksız fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususlarında varılacak sonuca göre cevaplandırılmalıdır.

Haksız fiilden doğan sorumlulukta, sorumluluğu doğacak kişinin kişiliğinin olması şarttır. Hukukî anlamda kişilik ise, hak ehliyetine sahip olmayla kazanılan bir statüdür. Buna göre, kişi kavramı; haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmek için kullanılmaktadır³⁸. Hukuk sistemlerinde kişi, gerçek kişi-tüzel kişi olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek kişinin insanları, tüzel kişinin ise belli bir amaca özgülenmiş kişi ya da mal topluluklarını ifade eden bir anlamı olduğu dikkate alındığında her iki durumu da karşılamayan yapay zekânın kişi olarak kabulü mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, haklara ve borçlara sahip olma yeteneği, daha açık ifadeyle kişiliği olmayan yapay zekânın, verdiği zarardan sorumluluğunun olduğu da düşünülemez³⁹. Bu durumda, yapay zekânın otonom veya bir kimseye bağlı olarak hareket etmesi de verilen zararın tazmini noktasında yapay zekânın sorumluluğunu gerektirmeyecektir⁴⁰.

yapılmasının yeknesaklık ve entegrasyon adına yerinde olacağına ilişkin benzer yönde bir görüş için bkz. YÜNLÜ, s. 196.

- 38 AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, I. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 229; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku**, Filiz Yayınları, İstanbul 2018, s. 2.
- 39 Aynı yönde bkz. AKKURT, s. 44; AKBİLEK, s. 226. Doktrinde ayrıca, yapay zekâ ürünlerinin gelecekte daha da gelişecek olması sebebiyle, kendi bilincinin farkında olan ve mutlak otonom şekilde hareket eden yapay zekâ ürünlerinin verdiği zararlardan onları üreten/kullanan kişilerin de sorumluluğunun kalmayabileceği ve hatta teknolojinin gelişmesiyle beraber ileri derecede akıllı yapay zekâ ürünleri yapıldığında teorik olarak yapay zekânın bizzat kendisinin dahi sorumluluğunun doğacağı bir sürece evrilmiş bir geleceğe işaret edilmektedir: BAK, s. 225.
- 40 SARIPAN, Hartini / PUTERA, Nurus Sakinatul Fikriah Mohd Shith: "Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model", **World Applied Sciences Journal**, Vol. 34, Iss. 6, 2016, s. 828. Doktrinde aksi yönde bir görüşe göre ise, "bilinç ve düşünme yeteneğine sahip olmayan zayıf yapay zekâ" - "bilinç ve düşünme yeteneğine sahip güçlü yapay zekâ" arasında bir ayrım yapılması gerekmekte olup, insanlar gibi bilinç ve düşünme yeteneğini haiz bir güçlü yapay zekâ da, her ne kadar günümüz dünyasında hâli hazırda teorik düzeyde kalacak bir tartışma olsa da, gelecek açısından ihtiyaç doğacağından, hak ehliyetine sahip olmalı; tıpkı tüzel kişilere özgü kurallar gibi konuya ilişkin bir hukukî çerçeveye çizilmelidir: UZUN, Fatih Burak: "Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2016, s. 16-17.



Hâl böyle olmakla birlikte, yapay zekânın vermiş olduğu zarar da bir vakiydir. Karar ve eylemleriyle zarara yol açan yapay zekânın kişi sayılmaması nedeniyle sorumluluğunun doğmayacağı gerçeği bir yana, bu zararın tazmini ihtiyacı da bir gerekliliktir. Nitekim hukuk sistemlerinde kusuruyla haksız fiil işleyen kişinin sorumluluğu yanında kusursuz sorumluluk adıyla, bir zararın doğmasında kusuru olmayan bazı kişilerin de belirli şartlarda sorumluluğunun öngörüldüğü görülmektedir. Türk hukukunda da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md 49'da haksız fiil sorumluluğu, fiilin hukuka aykırılığına ve failin kusuruna dayandırılmış olsa da, kusur aranmaksızın istisnaen sorumluluğun doğacağı hâllere de yer verilmiştir. Böyle bir sonucun yapay zekâyı imal eden, satan, kullanan, idare eden, programlayan, işleten kişiler bakımından da kabul edilmesi gerektiği doktrinde isabetle ortaya konmaktadır. Aşağıda açıklanacak bu görüşlere bakıldığında, söz konusu sorumluluğun türünün tespitinde, yapay zekâyı verilen hukukî nitelik belirleyici olmaktadır. Buna göre, yapay zekânın hukukî nitelik açısından eşya, tüzel kişi, köle, elektronik kişi olarak nitelendirilmesine yönelik çeşitli alternatifler getirilmektedir.

Yapay zekânın hukukî niteliğine ilişkin yaklaşımlardan ilki, eşya sayılması yönündedir⁴¹. Bunda makinaların eşya sayılmasına paralel olarak yapay zekânın da bir makina gibi düşünülerek değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi etkili olmaktadır. Buna göre, yapay zekâ, herhangi bir taşınır mal gibi bir kimsenin mülkiyeti altına alabileceği bir eşya olarak kabul edilmelidir⁴². Adı geçen yaklaşımın temelinde, yapay zekânın, bir hak süjesi olarak değil, yalnızca üzerinde hukukun kişilik bahşettiği kişilerin mülkiyet haklarının cereyan edeceği bir obje olarak görülmesi düşüncesi vardır⁴³. Ancak bu yaklaşım, yapay zekânın sıradan bir eşya olmadığı; öğrenme, akıl yürütme, değerlendirme, tahmin etme, sonuç çıkarma, karar verme gibi bazı bilişsel özellikleri haiz olduğu⁴⁴, bu nedenle klasik eşya hukuku kurallarına göre yapılacak analizin sorumluluk hukuku anlamında yetersiz kalacağı açılarından eleştirilmektedir⁴⁵. Gerçekten de yapay zekânın bir tür yazılım ya da program olması, onun taşınır bir mal olarak değil, gayri maddî mal olarak nitelendirilmesine makul gerekçe teşkil edecek mahiyettedir.

41 Konu hakkında bkz. ERSOY, Çağlar: **Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 85; YANISKY-RAVID, s. 689; BAK, s. 217.

42 Amerikan hukukunda mahkemelerin yapay zekâlı robotları bağımsız kontrollü makinalar, dolaylı olarak da eşya olarak kabul ettiğine ilişkin bir tespit için ayrıca bkz. CALO, s. 32.

43 BOZKURT YÜKSEL / BAK, s. 18. Özellikle bilince ve düşünme yeteneğine sahip olmayan zayıf yapay zekâ olarak adlandırılan türler bakımından bunların bir hakkın ancak objesi olabileceği şeklindeki görüşle benzer bir tespit için bkz. UZUN, s. 16.

44 YANISKY-RAVID, s. 685-687.

45 BAK, s. 217-218; KARA KILIÇARSLAN, s. 378, 382.



Yapay zekânın hukukî niteliğine ilişkin bir diğer yaklaşım, yapay zekânın köle sayılması gerektiği yönündedir⁴⁶. Bu yaklaşımın temelinde ise, yapay zekânın kendisini imal eden insanların kölesi sayılması gerektiği düşüncesi hâkimdir⁴⁷. Ancak adı geçen yaklaşım da, köleliğin çağ dışı niteliği doğrultusunda kabul edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmektedir⁴⁸.

Tüzel kişi statüsünde görülmesi, yapay zekânın hukukî niteliğine ilişkin yaklaşımlardan bir başkasıdır. Söz konusu yaklaşıma göre, yapay zekânın tüzel kişi olarak kabulü makul bir çözümdür⁴⁹. Buna karşın, tüzel kişi statüsüne ilişkin bu yaklaşım da tüzel kişilerin kurucu unsurlarından biri olan ortak amacın yapay zekâ ile onu imal eden/programlayan/idare eden bakımından sağlanmasının teknik anlamda mümkün olmadığı yönünden eleştiri almaktadır⁵⁰.

Yapay zekânın hukukî niteliğine ilişkin son yaklaşım ise, elektronik kişi olarak kabul edilmesidir. Bu teklif, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından yayınlanan Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda ortaya konmuştur. Adı geçen Tavsiye Raporunda elektronik kişilik (*electronic personality*) verilen otonom özellikli yapay zekâların resmî bir sicile kaydedilmesi önerilmektedir (Art. 59/f). Söz konusu önerinin temelinde ise, otonom karar alıp hareket eden bir yapay zekânın vermiş olduğu zarardan sorumluluğun geleneksel kurallara göre tayininin yeterli olmaması (Art. Z/AF), bu sebeple robotlara elektronik kişilik verilmek suretiyle sebep oldukları zarardan kendilerinin sorumlu tutulabilmelerinin mümkün kılınabileceği beklentisi yatmaktadır.

Nihayetinde, yapay zekânın hukukî niteliğine ilişkin çeşitli yaklaşımlar olsa da pozitif hukukta hâlen eşya statüsünde görülmektedir. Dolayısıyla kişi statüsüne sahip olmayan bir yapay zekânın sebep olduğu zarar

46 Konu hakkında bkz. SOLUM, Lawrence B.: "Legal Personhood for Artificial Intelligences", *North Carolina Law Review*, Vol. 70, No. 4, 1992, s. 1276; ERSOY, s. 94; BOZKURT YÜKSEL / BAK, s. 18.

47 SOLUM, 1277.

48 BAK, S. 219; AKBİLEK, s. 227; ERSOY, s. 95; KARA KILIÇARSLAN, s. 382.

49 Yapay zekânın kişi olarak sayılması hususunda bir görüş için bkz. BAYAMLIOĞLU, Emre: "Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 139. Karşılaştırmalı hukukta da yapay zekânın tüzel kişi niteliğine sahip olmasına ilişkin çeşitli gelişmeler yaşandığı görülmektedir. Örneğin Estonya'da, yapay zekâyâ tüzel kişilik ile eşya arasında kalan "özel hukukî statü" verilmesi yönünde hukukî çalışma yapıldığı ifade edilmektedir: PETTIT, Harry: **Are Robots More Than Just 'Personal Property'?** **Estonia Works Toward Giving AI Legal Status**, <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4965922/Estonia-working-giving-robots-AI-legal-status.html> (Erişim tarihi: 20.12.2019).

50 AKKURT, s. 45.



bakımından şahsî sorumluluğunun bulunduğu bahsetmek söz konusu olamaz⁵¹. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında yapılacak vasıflandırmada kişiliği olmayan, bu sebeple fiil ehliyetinden yoksun bir yapay zekâ donanımlı robot, cihaz, makine, program, yazılım, sistem, android ve benzerlerinin zarara yol açmasından kaynaklı uyumsuzluğun, kural olarak kusursuz sorumluluk türlerinden tehlike sorumluluğu kapsamında ele alınması gerektiği kanısındayız. Zira yapay zekânın, niteliği gereği kasıt veya hafif/ağır ihmal suretiyle haksız fiilin kusur unsurunu sağlaması mümkün değildir⁵². Başka bir ifadeyle, yapay zekâ, verdiği zarar bakımından sorumluluğun süjesi olamaz⁵³. Kusur sorumluluğunu üstlenmesi bu gerekçeyle mümkün olmayacak bir yapay zekânın verdiği zarar, “yapay zekânın işleyişinde arka planda kalan süjeler”⁵⁴ olarak adlandırılabilir kendisini kullanan, idare eden, kumanda eden, programlayan, kuran kişi tarafından tehlike sorumluluğu esaslarına göre tazmin edilmelidir⁵⁵. Her ne kadar Türk hukukunda tehlike

51 Zararın tazmini bakımından, yapay zekâ kullanıcıları, satıcıları, üreticileri için, yapay zekânın verdiği zararın tazmininde bir sigorta fonu havuzu oluşturulması gerektiği, böylece zararı tazmin edenlere sigorta fonundan ödeme yapılabileceği önerilmektedir: GLESS / SILVERMAN / WEIGEND, s. 414. Bu doğrultuda Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu’nda da üretilen yapay zekâ için sigorta yaptırma zorunluluğuna dayanan zorunlu bir sigorta planı oluşturulması, şahsî sigorta kapsamına girmeyen durumlarda tazminatın ödenmesini sağlamak için sigorta sisteminin bir fon ile desteklenmesi gerektiği önerisi getirilmektedir (Art. 57, 58).

52 ERCAN, s. 28.

53 Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu’nda da yapay zekânın fillerinden doğan sorumluluğun, bugünkü mevcut düzenlemeler itibariyle gerçek kişilere ait olması gerektiğine işaret edilmektedir (Art. 56). İlave olarak, zarar ile yapay zekânın otonom davranışı arasında illiyet bağının bulunmasının şart olduğu; ayrıca yapay zekânın otonom yeteneği, kendisine hangi derecede otonomluk tanıdığı ve yapay zekânın otonom hareket etmesi bakımından hangi derecede ve sürede eğitildiği dikkate alınarak ilgili kişilerin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi gerektiği tavsiye edilmektedir (Art. 56).

54 ERCAN, s. 29.

55 Kusursuz sorumluluğun alt türlerinden biri olan adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir gerçek kişi ile onu çalıştıran kişi arasında istihdam ilişkisinin varlığına ihtiyaç duyduğu dikkate alındığında yapay zekânın verdiği zarardan onu kullanan kişinin adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmasının mümkün olmayacağına ilişkin tespit için ayrıca bkz. BAK, s. 223; ERCAN, s. 39; AKKURT, s. 49; AKBİLEK, s. 229; YÜNLÜ, s. 198-199. Aynı şekilde, yapı eseri için gerekli olan yeryüzüne bağlı inşa eseri özelliğini karşılayamayan bir yapay zekânın yapı eseri olarak görülüp, malikin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi doktrinde kabul görmemektedir: AKKURT, s. 49; AKBİLEK, s. 229; BAK, s. 223; ERCAN, s. 39. Yine, yapay zekânın tıpkı hayvanlar gibi kendisini idare eden emir ve talimatlarına aykırı olarak yahut herhangi bir münferit talimata gerek duymaksızın kendiliğinden hareket etme riskini taşıması söz konusu olsa da, son derece gelişmiş bilişsel özelliklere sahip olduğu gerçeği dikkate alındığında bir hayvanın verdiği zarardan, o hayvanın bakım ve yönetimini sürekli ya da geçici olarak üstlenen kişinin kusursuz sorumluluğunu öngören müessesenin, yapay zekâyı kıyasen uygulanması da mümkün görünmemektedir: BARFIELD, s. 197; ERCAN, s. 39; BAK, s. 223; AKBİLEK, s. 229. Buna karşın, zayıf yapay zekâ özelliği gösteren şeylerin vermiş olduğu zarardan sorumluluk bakımından hayvan



sorumluluğunu düzenleyen TBK md 71/1'de “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur” şeklinde hüküm getirilerek, herhangi bir ürün, eşya ya da faaliyetin tehlikeli olmasını değil, işletmelerin tehlikeli olmasını tehlike sorumluluğunun doğması için şart koşsa da⁵⁶, kanımızca yapay zekânın bilişsel özellikleri ve öngörülemez boyuttaki uyum yeteneği dikkate alınmak suretiyle⁵⁷, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti kapsamında kullanılan yapay zekânın verdiği zararlar yanında, tehlikeli faaliyet olarak nitelendirilemeyecek alanlardaki yapay zekâ kullanımının verdiği zararların da tehlike sorumluluğu kapsamında görülüp, onu kullanan/işleten/programlayan kişilerin sorumluluğuna gidilebilmelidir⁵⁸. Gerçekten de mevcut yapay zekâ örnekleri bile bir insana kıyasla daha hızlı öğrenme kapasitesine sahipken, bilim ve teknolojinin gelecekte ulaşacağı konum da dikkate alındığında, şimdiden öngörülemeyecek zararlara neden olma potansiyeli ve tehlikesini barındırdığını söylemek hata olmaz⁵⁹. Bununla birlikte, yapay zekâ zararlarının TBK md 71'in öngördüğü tehlike sorumluluğu kapsamına “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti” içinde yer almadığı gerekçesiyle dâhil edilemeyeceği sonucuna varılırsa, bu hâlde yapay zekâ kullanıcısının olağan sebep sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği kanısındayız. Her ne kadar yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluk şeklinde olağan sebep sorumluluğu alt türü kanun koyucu tarafından düzenlenmese de, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti içinde kalmaksızın yapay zekânın zarar vermesi durumunda da kullanıcısının sorumluluğunu olağan sebep sorumluluğu özelinde kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmek mümkün görülmelidir. Zira olağan sebep sorumluluğunda bir işletmenin,

tutucunun sorumluluğu, köle sahibinin sorumluluğu, velinin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk türlerinin de uygulanabileceğine ilişkin aksi yönde görüşler de mevcuttur. Bu hususta bkz. LEHMAN-WILZIG, Sam N.: “Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence”, *Futures*, Vol. 13, Iss. 6, December 1981, s. 447 vd.

56 OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, Vedat Yayınları, İstanbul 2012, s. 186.

57 BAK, s. 224.

58 Aynı yönde bkz. BAK, s. 224. Bir işletmenin faaliyetinin ne olursa olsun, TBK md 71/2'ye uygun olarak, kullandığı yapay zekâ yüzünden bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda dahi sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılabilirse bu işletmenin yapay zekânın otonom davranışları dolayısıyla gördüğü zararlardan, kusur sorumluluğu saklı kalmak üzere, tehlike sorumluluğu uyarınca sorumlu tutulabileceğine ilişkin benzer bir görüş için bkz. AKKURT, s. 51. Robot özelinde yapay zekâdan en çok istifade eden işletenin “önemli ölçüde tehlikeli görülen bir yapay zekâ kullanan işletme olması” şartıyla, yapay zekânın vermiş olduğu zarardan tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. ERCAN, s. 41.

59 BOZKURT YÜKSEL / BAK, s. 98.



tesisin veya faaliyetin tehlike olması şartı aranmamakta, kanun koyucunun öngördüğü objektif özen yükümlülüğünün ihlali kusursuz sorumluluğun dayanağı olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Ayrıca doktrinde işaret edildiği üzere, olağan sebep (kusursuz) sorumluluk hâlleri kanun koyucunun getirdiği türlerle⁶¹ sınırlı olmayıp örnek mahiyettedir. Dolayısıyla, kusursuz sorumluluğun alt türleri dışında başka sebeplerin de olağan sebep sorumluluğu bağlamında kusursuz sorumluluk hâli olarak kabulünde bir engel bulunmamaktadır⁶². Bu gerekçeyle, örneğin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme özelliği gösteren havai fişek fabrikasında kullanılan yapay zekâ donanımlı robotun bu faaliyet sırasında birlikte çalıştığı işçilerden birine verdiği zararın tehlike sorumluluğuna tabi tutulması gibi; havadan görüntü kaydetmek için yapay zekâ programı yüklenmiş bir drone'un düşmesi sonucu bir arabaya verdiği hasarda da kullanıcı veya sahibinin objektif özen ve gözetim ödevini ihlal gerekçesiyle olağan sebep sorumluluğu esasları uygulanabilmeli, daha somut ifadeyle her iki durumda da kusursuz sorumluluk hükümleri işletilebilmelidir⁶³. Tabi ki bu ihtimallerde, kusur sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır. Başka bir ifadeyle, yapay zekâ kullanıcısının veya işletenin, zararın doğmasında yapay zekâ üzerinde mevcut olan denetim, gözetim, bakım ve onarım yükümlülüğünü ihlal etmesi şüphesiz kusur sorumluluğu hükümlerini de gündeme getirecektir⁶⁴.

Bu noktada ilave edilmelidir ki, yapay zekânın mevcut hukukî düzenlemeler uyarınca eşya statüsünde sayıldığı dikkate alındığında,

60 YAVUZ, Cevdet: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre 'Kusursuz Sorumluluk Halleri' ve İlkeleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 4, 2008, s. 40.

61 Türk hukukunda adam çalıştıranın, bina ve diğer yapı eseri malikinin, hayvan tutucusunun, ev başkanının, taşınmaz malikinin ve ayırt etme gücünden yoksun olanların sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu kapsamında yer almaktadır.

62 YAVUZ, s. 40-41.

63 Olağan sebep sorumluluğu hâllerinin sınırlı sayıda olmadığı, bu sebeple benzer durumların kıyasla olağan sebep sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesinden hareketle, hayvan idare edenin sorumluluğu hükümlerinin benzer olaylara kıyasen uygulanmasında bir engelin bulunmaması gerekçesiyle yapay zekâ kullanıcısını kıyasen hayvan idare edenin sorumluluğuna tabi tutan aksi yönde bir görüş için ayrıca bkz. AKKURT, s. 50.

64 Konu hakkında Alman hukuku doktrini görüşlerini yansıtan aynı yönde bir tespit için ayrıca bkz. ERCAN, s. 32. Bu hâlde, kusursuz sorumlu kişiler arasında sayılan bir kimsenin bir olayda aynı zamanda kusuru da varsa munzam (ek) kusurdan bahsedilir. Munzam kusur hâlinde, kusursuz sorumlu kişinin kurtuluş kanıtı getirme, illiyet bağının kesildiğini ileri sürme ve zarardan kusuruyla sorumlu olan asıl kişiye rücu etme imkânı yoktur. Dolayısıyla, söz konusu kişi, zarar görene karşı sorumsuzluk anlaşmasına başvurma hakkını kaybedeceği gibi, tazminat miktarı mahkemece belirlenirken olayda kusurlu olduğu da dikkate alınır: KILIÇOĞLU, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Yayınları, Ankara 2015, s. 330.



imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu başka bir deyişle ürün sorumluluğunun da gündeme gelebileceği unutulmamalıdır⁶⁵. Buna göre, imalatçı konumunda olan üreticilerin, geliştiricilerin ve tedarikçilerin imal ettikleri yapay zekânın vermiş olduğu zararın tazminine imalatçının sorumluluğu hükümleri uyarınca dâhil edilmesi mümkündür⁶⁶. Örneğin yapay zekâ ürünündeki tasarım hatası, üretim hatası veya pazarlama hatası zarara yol açabilecek ve imalatçısının sorumluluğunu doğuracak özellik göstermektedir⁶⁷. İmalatçının sorumluluğu da tıpkı tehlike sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu hâllerinde olduğu gibi haksız fiil kapsamında vasıflandırılacaktır.

Üzerinde durulması gereken konulardan bir diğeri ise, taleplerin yarışması ilkesinin bir yansıması olarak yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluğun haksız fiil kapsamında kalması yanında aynı zamanda sözleşmenin ihlali özelliği de göstermesidir. Başka bir ifadeyle zarar verici sonucu doğuran fiilin hem haksız fiil hem sözleşme sorumluluğuna yol açması söz konusu olabilir. Örneğin, bir uçağın yapay zekâ özelliği gösteren otomatik pilot sisteminin havadaki yükseklik ölçümünü yanlış hesaplayarak aldığı bir kararla hızını kesmesi sonucu irtifa kaybederek düşmesi sonucu yolcuların ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermesi durumunda, hem haksız fiil sorumluluğu hem de taşıma sözleşmesinin ihlalinden sorumluluk gündeme gelecektir. Zira uçağın düşmesi haksız fiil olması yanında, taşıma sözleşmesinin ifası ile ilgili olup, zarar gören yolcular aynı zamanda bu sözleşmenin tarafıdır. Bu bakımdan sözleşmeden kaynaklı edimin ifası sırasında borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi bağlamında sözleşmenin karşı tarafına zarar verilmiş ise, yapay zekâyı kullanan kişinin/işletenin sözleşmenin ihlali çerçevesinde sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁸. İşte böyle bir ihtimalde, zarar görenin haksız fiil ve sözleşme sorumluluklarından birine dayanarak gördüğü zararı tazmin ettirmesi mümkündür. Buna göre, zarar görenin, talep konusu olarak dayandığı hukukî sebebe yani nitelendirmesine göre, mahkemece uygulanacak hukukun tayini gerçekleştirilir⁶⁹. Çalışmamızda yapay

65 SMITH, s. 2; BARFIELD, s. 194.

66 DECKER, Michael: "Service Robots In The Mirror Of Reflective Research", **Poiesis & Praxis: International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment**, Vol. 9, 2012, s. 184; BARFIELD, s. 196.

67 BARFIELD, s. 196.

68 BOZKURT YÜKSEL, Robot, s. 96. Türk hukuku bakımından bu hâlde sorumluluğun TBK md 112 vd. maddelere göre akdî sorumluluk kapsamında kaldığına ilişkin bir tespit için ayrıca bkz. AKKURT, s. 48; YÜNLÜ, s. 198-199, 202.

69 Bu hususta davacının dilediği hükme dayanabileceğinin kabul edilmesi, dolayısıyla onun yaptığı hukukî nitelendirmenin mahkemece esas alınması gerektiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: **Milletlerarası**



zekânın sözleşme dışı ilişki kaynaklı olarak vermiş olduğu zarardan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusu ele alınmış olup, sözleşmenin ihlali kapsamında yapılan talepler kapsam dışı bırakılmıştır.

IV. TÜRK KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKUNDA YAPAY ZEKÂNIN VERDİĞİ ZARARDAN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. Vasıflandırma

Bir uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden hukukî ilişki, kural olarak hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırılır⁷⁰. Bu bakımdan, Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada hâkim, yapay zekânın verdiği zarardan kaynaklı yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın hukukî niteliğini belirlerken, kural olarak Türk maddî hukukuna göre vasıflandırma yapacaktır. Dolayısıyla, hâkim, Türk hukukuna göre yaptığı vasıflandırmaya göre 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanundaki (MÖHUK) bağlama kurallarını uygulayarak yetkili hukuku tespit edecektir.

MÖHUK'ta yapay zekânın verdiği zarardan sorumluluk özelinde bir bağlama konusu yer almamaktadır. Aynı şekilde, yukarıda açıklandığı üzere, yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluğa ilişkin Türk pozitif hukukunda özel bir sorumluluk türü kabul edilmiş değildir.

Yapay zekânın verdiği zarardan sorumluluk kapsamında yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın gündeme gelmesi durumunda, söz konusu uyuşmazlığın hukukî niteliğinin tespiti, uygulanacak hukuku tayin edecek olan bağlama kurallarının belirlenmesi açısından önemlidir. Zira hangi hukukî ilişkinin esas alınacağı, uyuşmazlığa uygulanacak bağlama kurallarının da değişmesine sebebiyet verebilecektir. Dolayısıyla yukarıda yapay zekânın hukukî niteliği ve sorumluluğu bahsinde yapılan

Özel Hukuk, Vedat Yayınları, İstanbul 2018, s. 308-309. Doktrindeki, sebeplerin yarışması durumu söz konusu olduğunda kanunda aksi öngörülmedikçe ya da zarar gören aksini talep etmedikçe, zarar görenin menfaatine en uygun çözümü sağlayan sorumluluk türünün mahkeme tarafından esas alınması gerektiği yönündeki aksi yöndeki görüş için ayrıca bkz. ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 450; CAN, Hacı / TUNA, Ekin: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Adalet Yayınları, Ankara 2019, s. 457.

70 Türk hukukunda doktrindeki genel kabul, yabancı unsurlu bir hukukî ilişkinin vasıflandırılmasının kural olarak *lex fori*'ye göre yapılması gerektiği yönündedir: AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 153; DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınları, Ankara 2019, s. 217; NOMER, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 104; TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Yayınları, İstanbul 2016, s. 35; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 51; ÇELİKEL / ERDEM, s. 86; CAN / TUNA, s. 157.



açıklamalar, vasıflandırma açısından önem arz etmektedir. Buna göre, mevcut düzenlemelere göre yapılacak vasıflandırmada kişiliği olmayan bir yapay zekâ ürününün verdiği zarardan kaynaklı uyuşmazlığın kural olarak kusursuz sorumluluk kapsamında ele alınması gerektiği kanısındayız.

B. Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Genel Olarak

Her ne kadar yapay zekânın verdiği zarardan kusursuz sorumluluk bağlamında yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın dava konusu edildiği bir Türk mahkeme kararı tespit edilememiş olmakla birlikte, Türk mahkemelerinde açılacak böyle bir uyuşmazlığa MÖHUK hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tayini yoluna gidilir. Kanun koyucunun MÖHUK'ta yer verdiği bağlama konuları arasında kusursuz sorumluluk bulunmamakla beraber, bu hâlde geniş anlamda bir haksız fiil sorumluluğunun olduğu açıktır. MÖHUK'taki haksız fiilden doğan borç ilişkileri ile ilgili bağlama kuralları dikkate alındığında, md 34'ün genel olarak haksız fiil statüsünü düzenlediği; md 35-38'de ise bazı haksız fiil türlerine özel bağlama konusu olarak yer verildiği görülmektedir. Buna göre, kişilik haklarının basın, yayın, medya ve diğer kitle iletişim araçlarıyla ihlalinde sorumluluk (md 35), imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu (md 36), haksız rekabet (md 37) ve rekabetin engellenmesinden sorumluluk (md 38) kapsamındaki uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tayini özel bağlama kurallarına tabi tutulmuş olup; bunlar dışında kalan diğer haksız fiilden doğan borç ilişkileri, genel haksız fiil statüsü (md 34) kapsamında kalacaktır.

Bu açıklamalardan hareketle, haksız fiilin hukuka aykırı şekilde işlenmiş fiillerden doğan zararlar nedeniyle ortaya çıkması gerekmele birlikte, sorumluluğun kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluk şeklinde gündeme gelmesi arasında uygulanacak hukukun tayini bakımından bir fark yoktur⁷¹. Bu sebeple, yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluk da, yukarıda vasıflandırma bahsinde açıklandığı üzere, bir tür kusursuz sorumluluk olarak tehlike sorumluluğu ya da olağan sebep sorumluluğu kapsamında vasıflandırılarak MÖHUK md 34'te düzenlenen genel haksız fiil statüsüne tabi olacaktır. Ancak doğacak zararın, MÖHUK'ta düzenlenen özel haksız fiil statülerinden biri kapsamında vasıflandırılması da ihtimal dâhilindedir. Kişilik haklarının kamuya açık şekilde kitle iletişim araçlarıyla ihlalden doğan sorumluluk buna örnek teşkil eder. Bu çerçevede, Microsoft'un dijital kişisel asistanı "Tay"

71 ÇELİKEL / ERDEM, s. 445; DOĞAN, s. 445; NOMER, s. 356; CAN / TUNA, s. 463.



adlı yapay zekânın twitter üzerinden cinsiyetçi ve ırkçı söylemlerle kontrolden çıkarak insanlara manevi zarar vermesi örneğinde olduğu gibi, bir kimsenin kişilik haklarının kamuya açık şekilde internet yoluyla ihlalinden doğan zarardan sorumluluk kapsamında bir uyuşmazlık, bu konuyu özel olarak düzenleyen MÖHUK md 35'e tabi olacaktır. Aynı şekilde, yapay zekânın kişisel verileri işleme kapsamında ortaya çıkacak bir kişilik hakkı ihlali de MÖHUK md 35'e tabi özel haksız fiil ihtilaflarından biri olarak kabul edilecektir. Örneğin, sosyal paylaşım sitelerinde, online alışveriş sitelerinde, internet bankacılığında kişisel verilerin kaydı noktasında yapay zekâ niteliğindeki yazılımlardan yararlanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda yapay zekânın kaydettiği kişisel verilerin hatalı bir işlem sonucunda tüm kullanıcılar tarafından ulaşılabilir hâle gelmesi durumunda söz konusu gizli kalması istenen kimlik bilgisi, iletişim adresi gibi bir kişisel verinin alenileşmesi neticesinde uğranılan zararın tazmini konusu MÖHUK md 35'in uygulama alanında kalacaktır. Yapay zekânın imal edilen bir ürün olarak zarara sebebiyet verdiği durumlarda ise, imalatçısının sözleşme dışı sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin günümüz teknolojisinde otomotiv şirketleri imal ettikleri araçlarda yapay zekâ teknolojisi kullanmaktadır. Bu kapsamda abs fren sisteminin ne zaman devreye gireceğini ayarlayan bir sistem de bir tür yapay zekâ olduğundan, satın alınan bir otomobildeki abs fren sisteminin üretimden kaynaklı olarak hatalı değerlendirme yaparak zamanında devreye girmediği için kazaya neden olması durumunda, zarar gören araç sahibi, zararın tazminini bu otomobilin üreticisinin sorumluluğunu öngören imalatçının sorumluluğu hükümlerine dayandırabilecektir. İşte bu halde, yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın tabi olacağı hüküm, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK md 36 olacaktır.

Türk mahkemelerinde açılacak, yapay zekânın verdiği zarardan doğan kusursuz sorumluluk kapsamındaki yabancı unsurlu bir davada, MÖHUK'un işaret ettiği haksız fiil statülerini düzenleyen bağlama kurallarının uygulama alanında kalan konular çeşitlilik arz eder. Buna göre, haksız fiilin meydana gelişi, haksız fiil ehliyeti, hangi şartlarda kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumluluğun doğacağı, kusursuz sorumlu kişilerin sorumluluktan kurtulma adına kurtuluş kanıtı getirip getiremeyeceği, hukuka uygunluk nedenlerinin sorumluluğun kalkmasına sebep olup olmayacağı, zararın tespiti, zararın kapsamı, zararın aynen mi nakden mi tazmin edileceği, illiyet bağına ilişkin meseleler, tazminat miktarının belirlenmesi, tazminatın türü, tazminat talebine kimlerin hakkı olduğu, zarar görenin dava hakkının kendisinin veya kusursuz sorumlunun ölümünden sonra da devam edip etmeyeceği,



tazminat talebinin temlikinin mümkün olup olmadığı gibi haksız fiile ilişkin meseleler haksız fiil statüsünün uygulama alanına giren örnek mahiyette uyuşmazlık konuları olarak kabul edilmektedir⁷².

2. Bağlama Kuralları

a. Genel Haksız Fiil Statüsüne Tabi Uyuşmazlıklar Bakımından

MÖHUK md 34'ün düzenlediği genel haksız fiil statüsüne göre uygulanacak hukukun tespitinde subjektif ve objektif bağlama kuralları esas alınmaktadır. Ancak subjektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun tayininin sınırlandırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun öngördüğü şekilde yapılmış bir hukuk seçimi varsa haksız fiil statüsü bu hukuka göre belirlenecek, aksi halde objektif bağlama kuralları devreye girecektir⁷³.

Haksız fiilden doğan borcun tarafları, diğer ifadeyle alacaklısı zarar gören ile borçlusu zarar veren, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler (MÖHUK md 34/5)⁷⁴. Böylece kanun koyucu haksız fiile uygulanacak hukukun tayininde

72 Haksız fiil statüsünün uygulama alanında kalan konular hususunda bkz. BRIGGS, Adrian: **The Conflict of Laws**, (Edited by Craig, Paul), Oxford University Press, Oxford 2013, s. 276 vd; CHESHIRE / NORTH / FAWCETT, **Private International Law**, (Edited by Torremans, Paul), Oxford University Press, Oxford 2017, s. 776 vd; TURHAN, Turgut: **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı**, Dayınları Yayınları, Ankara 1989, s. 248 vd (İka Yeri); NOMER, s. 357; DOĞAN, s. 445; TEKİNALP / UYANIK, s. 359; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 312.

73 Türk hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TÛTÛNCÛBAŞI, Uğur: **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi**, Adalet Yayınları, Ankara 2018, s. 155 vd.

74 AB'ye üye ülkelerde doğrudan etki doğuran ve AB hukukunun üye devlet hukuklarına olan üstünlüğü nedeniyle öncelikli olarak uygulama bulan, kısaca Roma II Tüzüğü olarak anılan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 864/2007 sayılı AB Tüzüğünde de taraflarca usulüne uygun biçimde yapılmış bir hukuk seçimi anlaşmasının varlığı hâlinde öncelikle bu hukukun uygulanması, üçüncü kişilerin hak ve borçlarını etkilemeyecek olması şartıyla kabul edilmektedir (md 14/1). Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 115; TARMAN, Zeynep Derya: "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (ROMA II)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 2, 2008, s. 202-203 (Roma II); BEAUMONT, Paul / MCELEAVY, Peter: **Anton Private International Law**, W. Green, Edinburgh 2011, s. 625 vd; TÛTÛNCÛBAŞI, s. 95 vd; BRIGGS, s. 281 vd; CHESHIRE / NORTH / FAWCETT, s. 809 vd. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (IPRG) (İsviçre MÖHK) md 132 de tarafların, zarara neden olan olayın gerçekleşmesinden sonra İsviçre hukukunun uygulanmasına karar verebileceklerini öngörerek, taraflara *lex fori* lehine sınırlı bir hukuk seçimi imkânı sunulmaktadır. Oysa Türk hukukunda seçilebilecek millî hukuklar bakımından bir sınırlamaya yer verilmediği için taraflar herhangi bir devlete ait hukuk sisteminin uygulanması konusunda anlaşabilirler: TÛTÛNCÛBAŞI, s. 162.



tarafra tanıdığı irade muhtariyetini; hukuk seçiminin zamanı ve hukuk seçimi iradesinin ortaya konuş biçimi bakımından sınırlandırmıştır⁷⁵. Dolayısıyla, taraflar zımnî hukuk seçiminde bulunamayacakları gibi⁷⁶ haksız fiil öncesinde bu hususta bir anlaşmaya da varamayacaktır⁷⁷.

Bu açıklamalardan hareketle, yapay zekânın haksız fiil kapsamında verdiği zarardan kusursuz sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceğini ifade ettiğimiz yapay zekâ sahibi, kullanıcısı, işleteni ile zarar gören kişi, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra olmak ve açıkça yapılmak şartıyla belli bir devletin hukukunun uygulanması hususunda anlaşabilirler. Ancak yapay zekânın verdiği zarardan doğan tehlike sorumluluğu veya olağan sebep sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk türlerinin mahiyeti gereği tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimi konusunda anlaşmalarına imkân veren bir düzenlemeye de istisnai olarak yer verilmesi gerektiği kanısındayız. Nitekim tehlike sorumluluğu kapsamında kalan bazı hâllerde, rizikonun büyüklüğü nedeniyle tehlikeli şeyin kusurlu olmayan sahibi, kullanıcısı, işletenine sorumluluk yüklenebildiği için, bazı hukuk sistemlerinde onların zorunlu sigorta yaptırması öngörülmektedir⁷⁸. Ancak mevcut

75 Genel olarak, haksız fiil statüsünün sınırlandırılmış dahi olsa taraflarca belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin yerinde olduğu, bu sebeple böyle bir imkânın taraflara tanınmamasının hangi gerekçeyle olursa olsun makul olmayacağına ilişkin bir görüş için bkz. KRVAVAC, Marija: "Tortious Liability and Conflict of Laws", *Juridica, Acta Universitatis Danubius*, Vol. 6, No. 2, 2010, s. 116. Haksız fiil öncesinde bile olsa hukuk seçimi imkânının taraflara tanınmasının bazı durumlarda doğabilecek zararların sorumluluğu bakımından hukukî güvenliği ve öngörülebilirliği temin edeceği için tarafların menfaatine olacağı hususunda ayrıca bkz. TÛTÛNCÛBAŞI, s. 157-158. Buna karşın, haksız fiilden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun taraflarca seçiminin şarta bağlanması, uygulanacak hukukun öngörülemezliğine yol açacağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir: NOMER, s. 361. İlave olarak, doktrinde haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuk konusunda anlaşabilecek tarafların, haksız fiilin maddî hukuka ilişkin hukukî sonuçları üzerinde de anlaşmalarının mümkün olduğu için, hukuk seçimini zaman bakımından sınırlandıran bir hükmün uygulama kabiliyetinin pek olmadığı ifade edilmektedir: ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 309.

76 Roma II Tüzüğünde ise, açıkça yapılmış ya da olayın şartlarından tereddüt oluőturmayacak şekilde anlaşılan zımnî hukuk seçimine imkân tanınmaktadır (md 14/1). Türk hukukunda haksız fiil statüsü bakımından zımnî hukuk seçimi reddedilmekle birlikte, doktrinde, MÖHUK md 34/5'deki "açık olarak" yapılması istenen hukuk seçimiyle kastedilenin, tarafların tereddüte yer vermeyecek şekilde ortaya koydukları irade olarak anlaşılması, bu sebeple Şüphe doğurmayacak biçimde Türk hukuku lehine yapılmış bir zımnî hukuk seçimine de geçerlilik tanınması gerektiği ifade edilmektedir: DOĞAN, s. 444.

77 Roma II Tüzüğünde ise, zarara sebebiyet veren olaydan önce hukuk seçimi yapılabilmesine belli şartlarda izin verilmiştir. Buna göre, haksız fiil öncesinde hukuk seçimi konusunda anlaşabilmek için tarafların ticarî bir faaliyet içinde olmaları ve uyumazlığın doğmasından önce serbestçe müzakere etmeleri şartıyla, uygulanacak hukuku belirleyebilmeleri mümkündür (md 14/1-b).

78 Günümüzde bilim ve tekniğin gelişimine paralel olarak sorumluluğun da artması, sorumluluğun sigorta ettirilmesi eğilimini arttırmaktadır. İşte bu durum, sorumlulukla



MÖHUK md 34/5 hükmü açıkça, haksız fiil sonrası hukuk seçimine geçerlilik tanıdığından, haksız fiil öncesi yapılacak hukuk seçimi geçersiz olacaktır.

Haksız fiile uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına göre tayin edildiği hâlde ise, kanun koyucu kural olarak ika yeri (*haksız fiilin işlendiği yer - lex loci delicti commissi*) hukukunun⁷⁹ uygulanmasını öngörmektedir⁸⁰. Bu husus MÖHUK md 34/1'de "haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabidir" şeklinde ifade edilmektedir. Kanun koyucu birinci derecede genel bağlama kuralını bu şekilde koyduktan sonra, "haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması durumunda zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanacağı"na ilişkin hükme yer vermek suretiyle haksız fiilin işlendiği yerin aynı zamanda zararın gerçekleştiği yer olmaması durumunda zararın gerçekleştiği ülke hukukunun esas alınacağına vurgu yapmaktadır (MÖHUK md 34/2)⁸¹. Nihayetinde MÖHUK md 34'ün 1. ve

karşı karşıya kalan kişilere, yaptıkları sorumluluk sigortası ile ödedikleri primler sebebiyle, sorumluluğu doğuran riskin gerçekleşmesi ile tazminatın sigorta şirketi tarafından karşılanmasını sağlama imkânı vermektedir: OĞUZMAN / ÖZ, s. 5.

79 İka yeri hukuku; kesinlik ve hukukî güvenliği sağlayacağı, dış karar ahengine hizmet edeceği, tarafların menfaat ve beklentilerini karşılayacağı, basit ve uygulanabilir bir kural olduğu, pratik ihtiyaçlara cevap vereceği, her iki tarafla bağlantılı bir kriter olduğu ve bozulan kamu düzeninin bu bağlama kuralının uygulanması suretiyle yeniden tesis edilebileceği gerekçeleriyle başta Kara Avrupası hukuk sistemine tabi ülkeler olmak üzere millî hukuk düzenlemelerinde tercih edilmiştir: KRVAVAC, s. 113; TURHAN, İka Yeri, s. 41 vd. Bununla birlikte, ika yeri hukukunun haksız fiil statüsünü tayin eden istisnası olmayan bir bağlama kuralı olarak uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği de zaman içinde görülmüştür. Bu durum, ika yeri hukuku yanında veya yerine başka bağlama kurallarının da uygulanması şeklinde yeni çözüm arayışlarının gündeme gelmesine neden olmuştur: TURHAN, Turgut: "Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 111 (Literatür); YILMAZ, Gizem: "Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 3116-3117; AYBAY / DARDAĞAN, s. 275. Bu çerçevede, ika yeri hukuku yanında haksız fiil taraflarının müşterek millî hukuku, müşterek mutad mesken hukuku, zarar görenin yerleşim yeri hukuku, zarar verenin mutad mesken hukuku da haksız fiil statüsünü tayin edecek objektif bağlama kuralları olarak farklı gerekçelerle teklif edilmiştir: TEKİNALP / UYANIK, s. 356.

80 Türk hukukunda kanun koyucunun haksız fiil statüsünü tayin etmek üzere ika yeri hukukunu tercih etmesinin altında yatan en temel sebep, haksız fiilin işlenmesiyle bozulan kamu düzeninin ancak ika yeri hukukunun uygulanması ile sağlanacağı, ayrıca haksız fiilin işlendiği yerin haksız fiil teşkil eden fiil ile en yakın irtibatlı yer olduğu düşüncesidir: AYBAY / DARDAĞAN, s. 274; ÇELİKEL / ERDEM, s. 445. Ayrıca haksız fiili işleyen kişinin hareketlerini ika yerinin kurallarına göre ayarlayacağı ve dolayısıyla işlem güvenliğinin sağlanacağı düşüncesi de Türk hukukunda ika yeri hukukunun tercihinde etkin rol oynamıştır: TEKİNALP / UYANIK, s. 354.

81 Amerikan hukukunda da ABD Yüksek Mahkemesinin 1963 tarihli *Babcock v. Jackson* kararına kadar benimsenen haksız fiil statüsünün tespitinde ika yeri hukukunun esas alınarak fiil



2. fıkraları birlikte yorumlandığında, fiilin işlendiği yerin uygulanması için zararın da orada gerçekleşmiş olması sonucu çıktığından, 1. fıkranın yokluğu hâlinde de uygulanacak hukuk bakımından bir değişiklik olmayacaktır⁸². Zarar yeri hukukunun tespiti bağlamında “doğrudan” ve “fiilen” zararın meydana geldiği yer hukuku dikkate alınacaktır. Bu anlamda, doğrudan ve fiilen zararın meydana geldiği yer, hakkın konusu olan ve hukukî değere sahip varlığın bulunduğu yer olarak kabul edilmektedir. Aksine dolaylı, manevi ve muhtemel zararların meydana geldiği yer, zararın meydana geldiği yer olarak kabul edilemeyecektir⁸³.

Zarar yeri bağlama noktasının haksız fiilden doğan borç ilişkisi kaynaklı yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda esas alınmasının temelinde kural olarak burasının uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili yer olarak görülmesi gerçeği yatmaktadır. Gerçekten de zararın haksız fiil sorumluluğunun doğmasında gerekli unsurlardan biri olması ve zararın tazmininin kamu düzeninin yeniden tesisi bakımından önemi, zarar yeri hukukunun tercihinde etkili bir dayanaktır⁸⁴. Ancak kanun koyucu, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin ika yeri ve zarar yerine kıyasla başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması ihtimalini de göz önünde bulundurmuş; bu hâlde başka yer hukuklarının da uygulanmasını daha sıkı irtibatlı olması şartıyla zorunlu görmüştür (MÖHUK md 34/3)⁸⁵. Böylece ika yeri ve

yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde olması durumunda zarar yeri hukukunun tercih edilmesi kuralı, Roma II Tüzüğü md 4/1’de benimsenmemiş; taraflarca bir hukuk seçiminde bulunulmamış olması durumunda, Roma II Tüzüğü Önsözü md 16’da da işaret edildiği üzere, zarar veren ve zarar gören arasında menfaatlerin dengelenmesi amacıyla, haksız fiile uygulanacak hukukun “doğrudan” zararın meydana geldiği yer hukuku olduğu genel bağlama kuralı şeklinde ifade edilmiştir. Konu hakkında bkz. STONE, Peter: “Choice of Law For Tort Claims”, **Research Handbook on EU Private International Law**, (Edited by Stone, Peter/Farah, Youseph), 2015, s. 286-287, 296; BEAUMONT / MCELEAVY, s. 634 vd; KRVAVAC, s. 122. İlave olarak, genel bağlama kuralına Roma II Tüzüğü md 4/2’de bir istisna getirilmiştir. Buna göre, hukuk seçiminin yokluğu hâlinde, genel bağlama kuralı olarak zarar yeri hukuku uygulanacak olmakla birlikte, zararın meydana geldiği anda tarafların müşterek mutad meskenlerinin bulunması ihtimalinde zarar nerede meydana gelmiş olursa olsun tarafların müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. İsviçre MÖHK md 133/1’e göre ise, fail ile mağdur müşterek mutad meskene sahipse, uyuşmazlığa müşterek mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Tarafların müşterek mutad meskene sahip olmamaları durumunda fiilin işlendiği yer hukuku, fiilin işlendiği ülke ile zararın meydana geldiği ülkelerin farklı olması durumunda ise zarar yeri hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Ancak İsviçre hukukunda, zarar yeri hukukunun uygulanması, failin zararın o ülkede ortaya çıkabileceğini öngörebilecek durumda olması şartına bağlanmıştır (md 133/2). İsviçre hukukunda ayrıca, haksız fiilin taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiyi ihlal etmesi hâlinde, haksız fiille ilgili taleplerin, taraf arasındaki bu ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacağı ifade edilmiştir (md 133/3).

82 ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 310-311; TEKİNALP / UYANIK, s. 357, dn. 32; TÛTÛNCÛBAŞI, s. 139.

83 NOMER, s. 356.

84 DOĞAN, s. 442.

85 Roma II Tüzüğü md 4/3’te kaçış klozu olarak öngörülen düzenlemeye göre de, hâlin icabına



zarar yeri hukukunun tatminkâr sonuçlar doğurmadığı durumlarda somut olay bakımından eğer varsa daha sıkı ilişkili olan hukukun dikkate alınmasına bu istisna kuralıyla imkân tanınmıştır⁸⁶. Örneğin haksız fiilin işlendiği yerin tesadüfi olması durumunda zarar veren ve zarar görenin vatandaşlığı, mutad meskeni veya yerleşim yerinin müşterek olması ve bunların ika yeri, zarar yeri, *lex fori*, sigorta yeri hukuklarından biri ya da birkaçıyla çakışması somut uyuşmazlıkta bu hukukları daha sıkı ilişkili hukuk olarak dikkate almaya yeterli görülmektedir⁸⁷. Aynı şekilde, haksız fiil taraflarının aynı zamanda bir sözleşmenin tarafı da olması ya da taraflar arasında aile hukuku kapsamında kalan yahut aynı grubun üyesi olma gibi hukukî veya fiili durumlar bulunması, haksız fiil öncesi bu tür mevcut ilişkiye uygulanacak hukukun somut uyuşmazlıkta daha sıkı ilişkili hukuk olarak dikkate alınabilmesine imkân verebilecektir⁸⁸.

Yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk bakımından konu ele alındığında, öncelikle yapay zekânın zarara yol açtığı haksız fiilin işlendiği yer hukukunun esas alınacağı, ancak bu yerin zararın meydana geldiği yerden farklılık arz etmesi durumunda zarar yeri hukukunun uygulanacak hukuku tayin edeceği sonucuna varılabilir. Buna karşın, tespit edilen başka bir yerin söz konusu uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili olması durumunda bu yer hukuku uygulanır. Örneğin yapay zekâyı kullanan veya idare eden kişi ile zarar gören kişinin müşterek vatandaşlığı veya yerleşim yerine sahip olmaları

göre haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olduğu açıkça tespit edilmişse bu hukukun md 4/1-2'de öngörülen objektif bağlama kuralları yerine uygulanması öngörülmektedir. Ayrıca taraflar arasında haksız fiil ile bağlantılı olarak sözleşmeye dayanan bir ilişki var ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun, aynı zamanda daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanacağı hükme bağlanmaktadır (md 4/3). İsviçre hukukunda da MÖHK md 15/1'deki istisna kuralında, ilgili bağlama kuralının uygulanmasıyla belirlenen uyuşmazlığın tabi olacağı hukukun, somut olayın tüm koşullarına göre, davayla sınırlı bir ilişkiye sahip olduğu ve davanın başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğunun açık olduğu istisnai durumlarda, bu hukukun uygulanmayacağı ifade edilmektedir.

- 86 DOĞAN, s. 443; CAN / TUNA, s. 461. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de 1960'lı yıllarda başlayan ve ika yeri hukukunun katı bir biçimde uygulanmak yerine daha sıkı ilişkili hukuk veya en sıkı ilişkili hukuk gibi daha esnek bağlama noktalarını uygulama yönünde haksız fiil statüsünü yumuşatarak uygulama eğiliminin olduğuna ilişkin tespit için bkz. TURHAN, Literatür, s. 100. Amerikan hukukunda ise, 1963 tarihli *Babcock v. Jackson* kararı ile birlikte ika yeri ve zararın meydana geldiği yer hukuklarının haksız fiil statüsünü tayin eden bağlama kuralı olarak kabulünden dönülerek, haksız fiil ile en yakın irtibatlı hukukun uygulanması tercihi bulunulmuştur: DICEY / MORRIS on *The Conflict of Laws*, Vol. II (General Edited by Collins, Lawrence), Sweet & Maxwell, London 2000, s. 1509.
- 87 Bu hususta tespitler için bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 448; TEKİNALP / UYANIK, s. 358-362; DOĞAN, s. 405-407; CAN / TUNA, s. 462; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 312; KRVAVAC, s. 118.
- 88 REIMANN, Mathias: "Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective", *Louisiana Law Review*, Vol. 60, No. 4, 2000, s. 1302; NOMER, s. 359.



hâlinde, zararın meydana geldiği yerin tesadüfi olduğu bir ihtimalde, söz konusu uyumsuzlukla daha sıkı ilişkili olduğu gerekçesiyle müşterek hukukları uygulanabilecektir.

Yapay zekâ gibi potansiyel tehlike arz eden makina, araç veya robotların verecekleri muhtemel zarardan doğan sorumluluğun sigortalanmış olması olasıdır. Özellikle tehlikeli işletme veya faaliyet bünyesi altında kullanılan yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluk, onu kullananda, idare edende ya da sahibinde olacağından, söz konusu kişilerin bu ihtimali düşünerek sigorta yaptırmış olabilirler. Bu durumda yapay zekânın verdiği zararın sahibinin, kullanıcısının, idare edeninin sigortacısı tarafından tazmini meselesi gündeme gelir. Hatta yapay zekânın verdiği zarar bakımından bir sigorta fonu havuzunun oluşturulması gerektiği teklif edilmekte; böylece yapay zekâ kullanıcısı, satıcısı veya üreticisinin sorumlulukları gereği ödemiş oldukları zararın bedelinin sigorta fonundan karşılanmasının mümkün olabileceğine işaret edilmektedir⁸⁹. Sonuç olarak, yapay zekânın verdiği zarara maruz kalan kişi, talebini sorumluluk hukuku hükümleri uyarınca kural olarak yapay zekânın sahibi, kullanıcısı, idare edenine karşı yöneltecek olmakla birlikte, zararın sigorta kapsamında kalması durumunda doğrudan sorumluların sigortacısına karşı başvurmak da isteyebilir. Gerçekten de zarar görenin, zararın giderilmesi talebini sigortacı gibi ödeme gücü olan birine doğrudan yönlendirilmesi makul bir düşüncedir⁹⁰. Özellikle kusursuz sorumluluk kapsamında, zarar gören kişinin sorumlunun sigorta şirketine doğrudan başvuruda bulunma hakkının verilmesi zarar gören için kolaylık sağlayacaktır⁹¹. İşte böyle bir hukukî imkânın olup olmadığı, MÖHUK md 34/4 uyarınca tespit edilir. Buna göre, haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir⁹². Dolayısıyla, başvuru imkânı haksız fiile uygulanan hukukça tanınmışsa haksız fiil statüsü, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukça tanınmışsa

89 GLESS / SILVERMAN / WEIGEND, s. 414; YÜNLÜ, s. 204. Bu doğrultuda Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda da üretilen yapay zekâ için sigorta yaptırma zorunluluğuna dayanan zorunlu bir sigorta planı oluşturulması, şahsi sigorta kapsamına girmeyen durumlarda tazminatın ödenmesini sağlamak için sigorta sisteminin bir fon ile desteklenmesi gerektiği teklif edilmektedir (Art. 57-58).

90 TEKİNALP / UYANIK, s. 359. Bu bağlamda, Türk hukukunda da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md 1478 uyarınca sorumluluk sigortalarında zarar görene, zarar verenin sigortacısına doğrudan başvuru hakkı tanınmıştır.

91 DOĞAN, s. 445.

92 Roma II Tüzüğü'nde de akit dışı borç ilişkisine veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukukun izin vermesi koşuluyla zarar gören kişinin doğrudan failin sigortacısına başvuruda bulunabilme imkânı olduğu hükme bağlanmaktadır (md 18). Konu hakkında ayrıca bkz. BRIGGS, s. 279 vd.



sigorta statüsü uygulama bulacak ve söz konusu statülerden birinde böyle bir hukukî imkân kabul ediliyorsa⁹³, yapay zekânın fiilinden zarar görenler, talebini doğrudan kusursuz sorumluların sigortacısına karşı yöneltebilecektir.

b. Kişilik Haklarının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali Kapsamında Kalan Uyuşmazlıklar Bakımından

Yapay zekânın verdiği zarar, kişilik haklarının ihlali şeklinde haksız fiilin özel bir türü kapsamında gerçekleşmiş olabilir. Buna göre bir kimsenin hayatı, bedeni, sağlığı, adı, resmi, sesi, yazısı, konuşması, şerefi, onuru, haysiyeti, itibarı, özel hayatının gizliliği, sırrı, kişisel verileri gibi üzerinde kişilik hakkının olduğu değerlerin⁹⁴ yapay zekâ tarafından ihlal edilmesi mümkündür. Örneğin Microsoft, Google, Amazon gibi teknoloji şirketlerinin kullandıkları, konuştuğu kişilerden gelen bilgileri kendi veri tabanındaki kelimelerle işleyerek içlerinden en uygun olabilecek cevabı veren yapay zekâ tabanlı sohbet robotlarının (*chatbot*) bu iletişim esnasında amacından çıkarak kullanıcısının onur, şeref ve haysiyet hakkı başta olmak üzere bazı kişisel değerlerine saldırı içerikli cevaplar vermesi olasıdır.

Türk hukukunda kişilik hakkının ihlali gazete, dergi, radyo, televizyon, internet ve benzeri kitle iletişim araçlarıyla⁹⁵ kamuya açık şekilde, belirsiz

93 ÇELİKEL/ERDEM, s. 449. Doktrinde ayrıca haksız fiil kapsamında zarar görenin, doğrudan zarar verenin sigortacısına başvurusu konusunun zaten haksız fiil statüsünün uygulama alanında kalan bir konu olduğu, bu sebeple haksız fiil statüsünün bu imkânı zarar görene vermesi durumunda sigorta sözleşmesi statüsünü incelemeye dahi gerek kalmayacağı, dolayısıyla MÖHUK md 34/4'teki düzenlemenin haksız fiil statüsünün buna imkân vermediği durumda sigortacıya doğrudan başvuru imkânının olup olmadığı noktasında belirleyici olacağı için bu ihtimalde önem kazanacağına işaret edilmektedir: TİRYAKİOĞLU, Bilgin: "Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk", *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010, s. 214.

94 Kişilik haklarının kapsamı hakkında bkz. ARPACI, Abdülkadir: *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 103-104. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında kişilik hakkının çeşitli kişisel değerlerden oluştuğunu, kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi, adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği ve özgür olma hakkı gibi değerlerin kişilik hakkının özünü oluşturduğuna dikkat çekmiştir: Yargıtay HGK, 01.02.2012 T. ve 2011/4-687 E, 2012/26 K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

95 Genel olarak kitle iletişim araçları uygulamada gazete, dergi, kitap gibi basılı yayınlar; radyo, televizyon gibi elektromanyetik donanımlı araçlar; sinema filmi, plak, video, disk, internet ve hatta toplu mesaj sistemleri ve mobil telefonlar olarak karşımıza çıkmaktadır: İÇEL, Kayihan: *Kitle İletişim Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 43-44.



sayıda alıcı karşısında⁹⁶ yapılmışsa, söz konusu uyuşmazlık kişilik hakkının diğer yollarla ihlalden farklı olarak özel bir bağlama kuralına tabi tutulmuştur⁹⁷. Bu bağlamda, uyuşmazlığın kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali olarak vasıflandırılabilmesi için, öncelikle bir yayının varlığı ve söz konusu yayının içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bir kimsenin bu şekilde zarara uğraması, zarar verici içeriğin üçüncü kişiler tarafından öğrenildiği yerde korunmaya değer bir menfaatinin olması hâlinde mümkün görülmektedir⁹⁸. Bu bakımdan, gazetede, dergide, radyoda, televizyonda, internette yayın yapan bir sitede, internetteki bir blogda, kişisel bir web sitesinde ya da bir sosyal paylaşım sitesindeki içerik nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesinden doğan uyuşmazlıklar bu şartı kural olarak sağladığından, genel haksız fiil statüsünün uygulama alanı dışında kalacaktır. Zira haksız fiilin bu görünümü genel haksız fiil statüsünü düzenleyen MÖHUK md 34'e tabi olmayacak⁹⁹; aksine özel bir bağlama konusu olarak düzenlenen kişilik haklarının kitle iletişim araçlarıyla ihlalde sorumluluk kapsamında vasıflandırılacağı için MÖHUK md 35'in uygulama alanına dâhil olacaktır¹⁰⁰.

96 ÖZEL, Sibel: "İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk", **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010, s. 225 (İmalatçı); ÇELİKEL / ERDEM, s. 455; NOMER, s. 363.

97 Kitle iletişim araçları vasıtasıyla kişilik haklarının ihlalinin özel bir bağlama kuralına tabi tutulmasının temelinde basın, medya, internet gibi araçlarla yapılan kişilik hakkı ihlallerinde kişilik hakkı ile ifade ve basın hürriyetinin çatışan ancak korunması gereken iki ayrı hak olması gerçeği yatmaktadır. Başka bir deyişle, ifade hürriyeti ve düşünceyi açıklama hakkının amacı dışında kullanılarak başta şeref ve haysiyet hakkı olmak üzere kişilik haklarının ihlaline yol açması karşısında kişilik haklarının korunması yararının basın ve ifade hürriyeti yararından üstün nitelikte görülmesi söz konusudur: ÖZEL, Sibel: **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 40-41 (Kişilik). Ayrıca, kitle iletişim araçlarıyla kişilik haklarının ihlalde ika yeri ve zarar yerinin birden fazla ülkede ortaya çıkabilmesi, söz konusu uyuşmazlıkların genel haksız fiil statüsünün kapsamında kalan diğer haksız fiil türlerinden ayrılarak özel bir bağlama kuralına tabi tutulmasında bir diğer sebep olarak görülmektedir: ÖZEL, Kişilik, s. 83.

98 CASTEL, Jean-Gabriel: "Multistate Defamation: Should The Place Of Publication Rule Be Abandoned For Jurisdiction And Choice Of Law Purposes?", **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 28, No. 1, 1990, s. 158.

99 Kitle iletişim araçları olmaksızın kişilik haklarının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk MÖHUK md 34'ün düzenlediği genel haksız fiil statüsüne tabidir: ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 314; TEKİNALP / UYANIK, s. 364; TİRYAKİOĞLU, s. 212; ÖZEL, İmalatçı, s. 225; NOMER, s. 363.

100 ÖZEL, İmalatçı, s. 225; TİRYAKİOĞLU, s. 212; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 314. Mülga MÖHUK dönemi bağlamında internet ortamında işlenen haksız fiil sorumluluğu özelinde mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının yetersizliği sebebiyle özel bağlama kuralları



MÖHUK md 35'in uygulama alanı yalnızca medya, internet ve diğer kitle iletişim araçlarıyla kamuya açık şekilde gerçekleştirilmiş kişilik haklarının ihlalden doğan sorumluluk bağlantılı yabancı unsurlu uyumsuzluklardan ibaret değildir. MÖHUK md 35/3'te açıklandığı üzere, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması nedenleriyle kişilik haklarının ihlalden doğan sorumluluk da kişilik haklarının kitle iletişim yoluyla ihlalden doğan sorumlulukla birlikte aynı bağlama kurallarına tabidir¹⁰¹. Bu bakımdan günümüz teknolojisinde birçok sektörde kullanılan yapay zekâ; kullanıcılardan edindiği kişisel veri niteliğindeki kişilerin kimlik, iletişim, genetik, resim, görüntü, ses kaydı, parmak izi, sağlık, siyasi görüş, dini inanç, cinsel tercih, ailevi durum ve benzeri konulardaki bilgileri toplama, tasnif etme, depolama, kaydetme, düzenleme, kullanma, silme gibi veri işleme işlemlerini gerçekleştirirken kişilik hakkı ihlallerine yol açabilir¹⁰². Aynı şekilde, bir kimsenin kişisel verilerini tutan ilgililere başvuruda bulunarak konuya ilişkin bilgi alma ve bunları sildirebilme hakkına sahip olduğu dikkate alındığında, bu yöndeki bilgi edinme ve tasarruf hakkının kısıtlanması da bir tür kişilik hakkı ihlali özelliği taşır¹⁰³. Neticede, sosyal paylaşım sitelerinden birine yapay zekâ sistemiyle kaydedilen bir resmin ya da bir videonun yahut da kişisel bilgilerin izin verilmemesi rağmen kamuya açık şekilde üçüncü kişilerin de erişebileceği hâle getirilmesi ilgili kişinin kişilik hakkını ihlal etmiş olur. Yine, internet bankacılığı ya da internet üzerinden alışveriş sitelerindeki yahut sohbet sitelerindeki botlara kaydedilen bilgilerin aktarılması sırasında yaşanacak bir hata ile kişinin şeref ve haysiyetine zarar verilmiş olması bu kapsamda kalan bir örnek oluşturur. Benzer şekilde, kişinin sağlığı ile ilgili hastane kayıtlarına geçirilmiş gizli kalması gereken bilgilerin hastanenin kullandığı yapay zekâ programınca yanlışlıkla hastanenin web sayfasında paylaşılması ya da bir e-mail listesi üzerinden hastanede kayıtlı bulunan tüm hastalara yollanması durumunda kişinin sağlığı ile ilgili bilinmesini istemediği kişisel veriler izinsiz kullanıldığı için manevi açıdan zarara yol açmış olabilecektir.

ihtiyacı olduğu hususunda ayrıca bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: "İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2, 2002, s. 968-969.

101 İsviçre MÖHK md 139/3 de, Türk hukukuna paralel şekilde, kişilik haklarının kişisel bilgileri elinde bulunduran tarafından ihlal edilmesi ve kişisel veriler üzerine bilgi alma hakkının engellenmesi sebebiyle ihlal edilmesinden doğan sorumluluğa, medya yoluyla kişilik haklarının ihlalden uygulanacak hukukun uygulanacağını öngörmektedir.

102 Genel olarak kişisel verilerin ihlali kapsamında bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 457; ÖZEL, İmalatçı, s. 229; CAN / TUNA, s. 468.

103 ÖZEL, İmalatçı, s. 229.



Yapay zekânın gerek kitle iletişim araçlarıyla yaptığı kişilik hakkı ihlali gerek kişisel verileri ihlali sonucunu doğuran yabancı unsurlu bir uyumsuzluğun Türk mahkemelerinde dava konusu edilmesi durumunda uygulanacak hukukun tayini MÖHUK md 35/1 uyarınca yapılacaktır. Buna göre, kişilik haklarının basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçlarıyla ihlalinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre, “zarar veren, zararın bu ülkede meydana geldiğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku¹⁰⁴”, “zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku¹⁰⁵”, “zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku¹⁰⁶” bağlama kurallarından birisi uygulanır (MÖHUK md 35/1)¹⁰⁷. Dolayısıyla, zarar gören; uygulanacak

- 104 Zarar görenin mutad mesken hukukunun tercihinde çeşitli gerekçeler ortaya konmaktadır. Buna göre, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin sosyal bağlantılarının en kuvvetli olduğu yer onun mutad meskeni ve eğer farklı bir yerdeyse işyerinin bulunduğu yerdir: ÖZEL, İmalatçı, s. 226. Gerçekten de kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer, kişilik hakkının ihlalinden etkileneceği kabul edilen sosyal, kişisel ve ekonomik ilişkilerin merkezidir. Zarar gören kişinin kural olarak mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre korunacağını öngördüğü kabul edilir. Ayrıca zarar görenin mutad meskeninin tespitinin diğer bağlama noktalarına kıyasen daha kolay olması uygulamada kolaylık sağlayacaktır: SVANTESSON, Dan Jerker B: “The Rome II Regulation and Choice of Law in Internet-Based Violations of Privacy and Personality Rights-On the Wrong Track, but in the Right Direction?” **Austrian Review of International and European Law**, Vol. 6, 2011, s. 284 (<http://law.stanford.edu/wpcontent/uploads/sites/default/files/publication/685078/doc/slspublic/16%20Austrian20Review%20of%20International%20and%20European%20Law%202011.pdf>).
- 105 Kitle iletişim araçları ile gerçekleşen kişilik hakkı ihlalinden doğan sorumluluğa, zarar verenin mutad mesken ya da işyeri hukukunun uygulanması, uygulanacak hukukun kolayca tespit edilmesi yanında zarar veren bakımından öngörülebilirlik de sağlamaktadır. Dolayısıyla zarar veren davalının kendi hukukundan kaçma imkânı bu bağlama noktasının tercihiyle kanun koyucu tarafından engellenmiştir: ÖZEL, İmalatçı, s. 227.
- 106 Zararın meydana geldiği ülke ile kastedilen, televizyon ve internet başta olmak üzere kitle iletişim araçlarının dünya üzerindeki yaygınlığı ve erişilebilir olması, her ülkenin zarar yeri olarak kabulü bakımından yeterli değildir. Bu bağlamda, kitle iletişim araçlarının ulaştığı her yerin zarar yeri olarak kabul edilemeyeceği, zarar görenin kişilik hakkının ihlal edilmesi sebebiyle onun toplum içinde itibarının zedelendiği yer örneğinde olduğu gibi sosyal bağlantılarının sıkı bir şekilde olduğu yerin, zarar yeri olarak kabul edilmesi gerektiğine doktrinde işaret edilmektedir: ÖZEL, İmalatçı, s. 226. Bu sebeple, zararın meydana geldiği yerin tespitinde belirleyici kriter, kitle iletişim aracının taşıdığı içeriğin erişilebilir olması değil, erişimin gerçekleşmesidir: UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 987. Netice olarak, bir kimsenin itibar kaybı, üçüncü kişilere gönderilen kişilik hakkını ihlal eden içerikteki yayının یشitilmesi, görülmesi, okunması ve aynı zamanda anlaşılmasıyla söz konusu olacağından, kişilik hakkı bu aşamada ihlal edilmiş olur. Yazılı basında yayım yeri yani içeriğin dağıtım yerinden alınıp okunduğu, öğrenildiği yer; radyo ve televizyon yayınlarında yayının alındığı yer, internet yayınlarında ise içeriğin bilgisayara indirildiği yer “zarar yeri”dir: MILLS, Alex: “The Law Applicable to Cross-Border Defamation On Social Media: Whose Law Governs Free Speech In ‘Facebookistan?’”, **Journal of Media Law**, Vol. 7, Iss. 1, 2015, s. 17; ÖZEL, Kişilik, s. 173.
- 107 Roma II Tüzüğünde bu konu, özel bir bağlama konusu olarak düzenlenmemiştir. Almanya, Fransa, Avusturya, Hollanda örneklerinde olduğu gibi bazı Avrupa ülkelerinin



hukukun tayini için bu alternatif hukuklardan birini seçmekle mükelleftir. Ancak söz konusu bağlama kurallarından zarar görenin mutad mesken hukuku ya da zararın meydana geldiği yer hukukunun zarar görece seçilmesi zarar verenin bu bağlama kurallarını öngörmesine bağlı tutulmuştur. Zarar görene tanınan seçim hakkı subjektif bağlama kuralı niteliği göstermez. Zira bu seçim tek taraflı olup, zarar gören ile zarar veren arasında yapılmış bir hukuk seçimi anlaşması özelliği arz etmez¹⁰⁸. Son olarak vurgulanmalıdır ki, hâlin icabına göre MÖHUK md 35/1'de sayılan bağlama kurallarına kıyasen daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti hâlinde¹⁰⁹ uygulanmasına imkân veren istisnai bir hükme ise genel haksız fiil statüsünden farklı olarak yer verilmemiştir¹¹⁰.

İç hukuklarında da bu konu, genel haksız fiil statüsüne tabi tutulmaktadır. Ancak İsviçre hukukunda olduğu gibi bu konuyu özel olarak düzenleyen hukuk sistemleri de vardır. İsviçre MÖHK md 139/1'e göre, zarar görenin seçimine göre, failin o devlette sonucun meydana geldiğini öngörmüş olması şartıyla, mağdurun mutad mesken hukuku veya failin iş merkezi ya da mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku yahut failin o devlette zarar verici sonucu öngörmesi şartıyla zarar verici failin sonucunun meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Buna rağmen, İsviçre MÖHK md 15'teki genel kural uyarınca md 139/1'in uygulanmasıyla tespit edilecek hukukun, somut olayın tüm şartlarına göre, davayla sınırlı bir ilişkiye sahip olduğu ve davanın başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğunun açık olduğu durumlarda, tespit edilen hukuk yerine daha sıkı ilişkili hukuk uygulanır. İsviçre hukukundaki düzenlemenin MÖHUK md 35'deki bağlama kuralına esin kaynağı teşkil ettiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. TİRYAKİOĞLU, s. 211.

108 ÇELİKEL/ERDEM, s. 456.

109 Kitle iletişim araçlarıyla yapılan kişilik hakkı ihlallerinden doğan sorumluluk bakımından mevcut bağlama noktalarına kıyasen daha sıkı ilişkili hukuku gösteren kriterler olarak doktrinde davalının işyerinin bulunduğu yer, tarafların her birinin ayrı ayrı veya müştereken mutad meskenlerinin, yerleşim yerlerinin bulunduğu yer, tarafların vatandaşlığı, kişilik hakkının ihlal eden içeriğin yayımlandığı yer ve davacının itibarının en fazla zarara maruz kaldığı yerler örnek olarak verilmektedir: CASTEL, s. 173.

110 Buna karşın, Türk hukukunda kişilik hakkının süreli yayımlarla ihlal edilmesi durumunda cevap hakkı da gündeme gelebileceğinden, cevap hakkına uygulanacak hukuk kanun koyucu tarafından MÖHUK md 35/2'de ayrıca düzenlenmiştir. Bu noktada, ilgili maddede sadece süreli yayımlarla yapılan ihlallere karşı cevap hakkı ifade edilse de doktrinde, internet dâhil her türlü kitle iletişim aracının yaptığı yayınlara karşı da aynı hükmün geçerli olacağı savunulmaktadır: ÖZEL, İmalatçı, s. 228; ÇELİKEL / ERDEM, s. 456. Buna göre, kişilik haklarının ihlalinde hakkı ihlal edilen kişinin aynı yoldan cevap vermek suretiyle savunma hakkını kullanması olarak tanımlanabilen cevap hakkı (İÇEL, s. 209), süreli yayınlarda münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayımlandığı ülke hukukuna tabidir. Böylece cevap hakkına uygulanacak hukuk bakımından zarar görenin seçimine göre üç alternatif bağlama kuralından birinin esas alınması yerine zarar veren kişinin de menfaatlerine uygun şekilde öngörülebilir bir hukukun uygulanması sağlanmış olmaktadır: ÇELİKEL / ERDEM, s. 456. Başka bir ifadeyle, bu şekilde her iki tarafın da menfaatleri gözetilmek suretiyle makul bir denge sağlanmıştır: CAN / TUNA, s. 467.



c. İmal Edilen Bir Ürün Olarak Yapay Zekânın İmalatçısının Sorumluluğu Kapsamında Kalan Uyuşmazlıklar Bakımından

Yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluk; üretim veya kullanım aşamasındaki bir ayıptan kaynaklanabilir¹¹¹. İşte bu durumda, yapay zekânın üretilen/imal edilen bir ürün olarak yol açtığı zararlar karşısında doğrudan üreticinin/imal edenin sorumluluğu (ürün sorumluluğu) da gündeme gelebilir¹¹². Örneğin Japon bir firma tarafından tasarlanarak Güney Kore’de imal edilen ve ayıplı hâlde Türkiye’ye ihraç edilen yapay zekâlı bir drone, Türkiye’deki bir yetkili satıcıdan alındıktan sonra kullanıcılarında bir zarara sebebiyet vermesi veya imalat hatasından kaynaklı bir sorundan dolayı kullanılırken bir otoparka düşürülmesi sonucunda buradaki otomobillere zarar vermesi durumunda drone imalatçısının da sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Böyle bir ihtimalde, yapay zekânın imalatçısının sözleşme dışı sorumluluğu doğacaktır¹¹³. Zira yapay zekânın imalatçısı ile zarar gören arasında sözleşmeden doğan bir ilişki olmadığı için imal edilen üründeki ayıp nedeniyle meydana gelen ölüm, bedensel zarar ve ürün dışında bir başka eşyada doğan zararlar için imalatçısının sorumluluğuna gidilecektir¹¹⁴. Öyle ki yapay zekânın imalatçısı, yapay zekânın üretim aşamalarına hâkim olduğundan, üründe meydana gelebilecek

111 Üretim sürecinde meydana gelen sapmalar sebebiyle ürünlerdeki hataların üreticinin sorumluluğuna yol açacağına ilişkin olarak bkz. HAVUTÇU, Ayşe: **Türk Hukukunda Örtülü bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 29. Teknoloji ve tekniğin gelişmesi ile birlikte, seri üretimle piyasaya sürülen ürünler birçok ülkede satışa sunulmakta, dolayısıyla üründeki ayıplardan kaynaklı zararlar doğabilmektedir. Söz konusu zarardan ayıplı ürünü imal eden imalatçısının sorumlu tutulmasının temelinde, üründeki ayıba çoğunlukla bu malı imal eden kimsenin neden olduğu düşüncesi yatmaktadır. Ürün sorumluluğunun gerekçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, Bilge: **İmalatçının Sorumluluğu**, Turhan Yayınları, Ankara 1982, s. 1 vd.

112 4077 sayılı mülga Kanunun aksine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ürün sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte ürün sorumluluğu, 12.03.2020 tarihli ve 31066 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan ancak yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girecek olan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanununda düzenlenmiştir. Buna göre, ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi hâlinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür (md 6/1).

113 Konuya ilişkin genel açıklamalar için bkz. HAVUTÇU, s. 131. Türk hukukunda 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun üreticiye, üründe güvenlik eksikliğine yol açabilecek durumların engellenmesine ilişkin yükümlülük getirmektedir (md 5). Benzer şekilde, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketici ürünleri ile tüketiciye sunulan hizmetlerin; can ve mal güvenliğine ve çevreye zarar vermemesi, uygulanması zorunlu her türlü idari ve teknik düzenlemeye uygun olması gerektiğine işaret etmek suretiyle üreticilere bu hususta bir yükümlülük getirmektedir (md 76/3).

114 ÖZEL, İmalatçı, s. 219.



problemleri de önceden öngörme, bunun için gerekli gözetim ve denetimi yapma yükümlülüğü altındadır¹¹⁵. İşte bu durum, imalatçı ve zarar gören arasında akdi bir ilişki bulunmasa dahi imalatçının ürettiği yapay zekânın verdiği zararın imalatçı tarafından ürün sorumluluğu hükümleri uyarınca doğrudan tazminine gerekçe teşkil ettirilmektedir¹¹⁶.

Ayıplı bir yapay zekâ ürününden kaynaklanan zararın kaynağı haksız fiil olmakla birlikte, niteliği gereği özellik arz ettiğinden hukuk sistemlerinde özel düzenlemelere konu edilmektedir. Buna bağlı olarak yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun tespiti genel haksız fiil statüsünden ayrı tutularak özel bir bağlama kuralına tabi tutulmaktadır. Zira bu sorumluluk türünde zarar görenin menfaatlerinin korunması gerekliliği ön plana çıkmakla birlikte¹¹⁷, zarar gören ile zarar verenin menfaatleri arasında bir denge kurulması özel bağlama kuralı ihdas edilmesinin temel gerekçelerinden biri olarak görülmektedir¹¹⁸. Gerçekten de genel haksız fiil statüsünü tayin eden ika yeri hukuku, imalatçının sorumluluğu kapsamında kalan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tayininde zarar gören ve imalatçı arasındaki menfaat dengesinde her zaman tatminkâr sonuçlar doğurmayabilir. Ayrıca imal edilen ürünlerin verdiği zarardan imalatçının sorumluluğunda yalnızca mevcut değil doğabilecek muhtemel zararlar da dikkate alınması gerektiğinden, genel haksız fiil statüsünün öngördüğü bağlama kuralı uygulanacak hukukun tayininde yetersiz kalmaktadır¹¹⁹.

Bu açıklamalardan hareketle, imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa MÖHUK md 36 uyarınca, zarar görenin seçimine göre “zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku” ya da “zarar verenin mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması şartıyla, imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku” uygulanır¹²⁰. Görüldüğü gibi, malın iktisap edildiği ülke hukukunun

115 ERCAN, s. 30.

116 HAVUTÇU, s. 93-94; ÖZTAN, s. 281-282.

117 Roma II Tüzüğü ve 1973 tarihli İmal Edilen Şeylerden Sorumluluk Hakkında La Haye Sözleşmesinde de aynı gerekçeyle özel bağlama kuralı getirildiği görülmektedir. Konu hakkında bkz. TARMAN, Zeynep Derya: “Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 73, 2007, s. 28 vd. (Devletler); ÖZTEKİN GELGEL, s. 119, 124; BRIGGS, s. 284-285.

118 TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 2, 2010, s. 136; NOMER, s. 362; DOĞAN, s. 450.

119 ÖZTEKİN GELGEL, s. 119.

120 MÖHUK md 36, İsviçre MÖHK md 135 ile aynı içeriktedir. Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak basamaklı bağlama kuralları getiren Roma II Tüzüğü md 5'te ise imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuk, md 4/2'ye halel gelmemesi koşuluyla “ürün o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği zaman zarara uğrayan kişinin



uygulanması imalatçının önceden bilmesinin çoğu zaman beklenmediği veya öngörmesinin mümkün olmadığı bir yer olabileceğinden, bu şekilde getirilen şartla, imalatçının da korunarak menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmıştır. Buna karşın, hâlin icabına göre MÖHUK md 36'da sayılan bağlama noktalarına kıyasen daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti durumunda uygulanmasına imkân veren istisnai bir hükme ise yer verilmemiştir¹²¹.

Neticede, Türk mahkemelerinde yapay zekâlı bir ürünlerdeki ayıptan kaynaklanan zarardan sorumluluk kapsamında yabancı unsurlu bir dava doğrudan imalatçısına karşı açıldığında, uygulanacak hukuk, davacı zarar gören tarafından belirlenecektir. Buna göre, davacı zarara yol açan yapay zekâ ürününün imalatçısının mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanmasını isteyebileceği gibi, yapay zekâ ürününün iktisap edildiği yani satın alındığı ülke hukukunu da, ürünün bu ülkeye rızası dışında sokulduğunun imalatçı tarafından ispat edilememiş olması şartıyla, yetkili hukuk olarak uygulanmasını talep edebilecektir.

3. Yabancı Hukukun Uygulanmasına Kamu Düzeni Müdahalesi

Türk mahkemelerinde açılan bir davada uygulanacak hukukun yabancı hukuk olarak belirlendiği durumda, bu yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi uygulanmasını engelleyecektir. Zira MÖHUK md 5 uyarınca, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz, gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır¹²².

mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku; yoksa “ürün o ülkede pazarlanıyorsa ürünün iktisap edildiği yer hukuku”; bu da yoksa “ürün o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği yer hukuku” şeklinde düzenlenmiştir. Buna karşın, sorumluluğu olduğu iddia edilen kişi, ürünün o ülkede pazarlandığını makul şekilde öngörmemişse bu kişinin mutad meskeni hukuku esas alınır. Ancak somut olayın şartlarından açıkça başka bir ülke hukukunun daha sıkı ilişki içinde olduğu anlaşılırsa bu ülkenin hukuku uygulanır. Başka bir ülke ile daha sıkı ilişki, taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme gibi mevcut bir ilişkinin varlığı hâlinde kabul edilebilir: TANRIBİLİR, s. 126-133; ÖZEL, İmalatçı, s. 221-223.

121 Doktrinde, böyle bir kaçış klozu hükmüne yer verilmemesi, imalatçının sorumluluğu kaynaklı uyumsuzlukların karmaşıklığı dikkate alındığında önemli bir eksiklik olarak görülmektedir: TANRIBİLİR, s. 138. Nitekim Roma II Tüzüğü md 5/2'de, somut uyumsuzluk, zarar görenin mutad meskeni veya zararın meydana geldiği yahut ürünün iktisap edildiği yerin dışında başka bir devletle daha sıkı ilişkiliyse bu devlet hukukunun uygulanmasına imkân tanınmaktadır.

122 Yargıtay'ın 10.12.2012 tarihli ve 2010/1 E, 2012/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (RG 20.09.2012/28417) Türk kamu düzeni kavramının içeriğinin belirlenmesinde bazı ilke ve kriterler gösterilmiştir. Buna göre, Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı genel siyaset, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetler, milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet ilkesine dayanan kurallar, medeni



Taleplerin yarışması ilkesinin bir yansıması olarak yapay zekânın verdiği zararın haksız fiil kapsamında kalması yanında sözleşmenin ihlali özelliği de göstermesi durumunda zarar görenin sözleşme sorumluluğuna dayanması bir yana bırakılacak olursa, sorumluluğa uygulanacak hukukun haksız fiil hükümleri esas alınarak yabancı hukuk olarak belirlendiği durumda kamu düzeni müdahalesi konusu üzerinde de durulmalıdır. Kamu düzeni müdahalesinin münhasıran yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluğa özgü bir uygulaması yoktur. Bu sebeple genel olarak haksız fiilden doğan borçlar bakımından kamu düzeni müdahalesine maruz kalacak durumlar, somut olayın özelliklerine göre burada da geçerli olacaktır.

Haksız fiilden doğan borçlar kapsamında kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceği durum, özellikle tazminat davalarında tazminat miktarının belirlenmesi çerçevesinde ortaya çıkabilir. Tazminatın zarar giderici yönü yerine; önleyici ve cezalandırıcı amaç özelliği hukuk sistemlerinde kural olarak kabul görmemektedir¹²³. Türk hukukunda da dava konusu edilen tazminat miktarının, meydana gelen zararın tazminini sağlayacak miktarda olması kuraldır. Zira Türk hukukunda temel kural zararın telafisi olduğundan, tazminat miktarının azamî sınırı, uğranılan zararla sınırlandırılması şeklindedir¹²⁴. Buna karşın Amerikan hukukunda olduğu gibi bazı hukuk sistemleri cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) sistemini kabul etmektedir. Bu sistemde, zarar veren kişi, sebep olduğu zararı aşan oranda fahiş bir tazminat ödemek zorunda bırakılmaktadır. Türk mahkemelerinde açılan bir tazminat davasında, cezalandırıcı tazminat sistemini kabul eden, dolayısıyla mevcut zararı aşan oranda aşırı ve orantısız bir tazminat öngören bir yabancı hukukun uygulanması gerektiği durumlarda, hâkimin, MÖHUK md 5'i dikkate alarak uyuşmazlığa bu hukuku, kamu düzenine açıkça aykırılık gerekçesiyle uygulayamayacağı kabul edilmektedir¹²⁵. Kanımızca, Türk

toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim, insan hak ve hürriyetleri kamu düzeninden sayılmıştır.

123 TİRYAKİOĞLU, s. 217.

124 Türk hukukunda istisnai olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md 58/2 ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md 68/1-2'de bir tür cezalandırıcı tazminat olan üç kat tazminatın (*treble damages*) kabul edildiği de görülmektedir.

125 GÜVEN, Pelin: "Rekabetin Engellenmesinden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukuk, MÖHUK m. 38)", **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu** (Editörler Tanrıbilir, Feriha Bilge/ Gümürlü-Tunçağıl, Gülce), Ankara 2018, s. 327-329 (Rekabet); EKŞİ, Nuray: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 681 (Tenfiz); DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 177-179; NOMER, s. 357; ÖZTEKİN GELGEL, s. 275; TARMAN, Devletler, s. 35; TÛTÛNCÛBAŞI, s. 167. Roma II Tüzüğü Önsözünün 32. maddesine eklenen düzenlemede de cezalandırıcı tazminat konusuna



hukukunda dahi istisnai de olsa üç kat tazminat şeklinde gerçek zararın üzerinde bir tazminata hükmetmeye elverişli kanunî düzenlemeler varken, bir tazminatın salt “cezalandırıcı” anlamında veya muadili bir isme sahip olması, yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesine uğramasına yeterli olmamalıdır¹²⁶. Kaldı ki MÖHUK md 38/2’de Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukukun uygulandığı hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyeceği öngörülmesine karşın, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md 58/3 uyarınca üç kat tazminatın belli şartlarda Türk mahkemelerince kararlaştırılabileceği de göz önüne alındığında, bu içerikte bir tazminata kanun koyucunun izin verdiği ve hatta kamu düzeni engeli olarak görmediği açıktır¹²⁷. Hâl böyle iken, yabancı hukukta yer alan bu tür cezalandırıcı özellik gösteren tazminata ilişkin hükümlerin sadece tazminat miktarının zararı aştığı gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşması doğru olmayacaktır. Neticede, cezalandırıcı tazminatın mevcut gerçek zararı karşılama amacından ziyade zarar-tazminat dengesini bozan, davalı zarar göreni ekonomik açıdan ciddî anlamda zorlayan, fahiş ve orantısız bir bedeli ödettirmeyi öngören niteliğinin, hukukun temel ilkeleri bağlamında kamu düzeni açısından ihlal doğuracağına ise şüphe olmamalıdır¹²⁸.

Haksız fiilden doğan borçlar kapsamında kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceği bir başka durum, ödenmesi gereken zararın zarar verenin sigortacısına karşı doğrudan başvurulabilmesine ve dava açabilmesine imkân tanımayan ve hatta yasaklayan yabancı hukuk düzenlemeleridir. Örneğin Türk hukukunda TTK md 1478’de sorumluluk sigortalarında zarar gören kimsenin, zarar verenin varsa doğrudan sigortacısından zararın giderilmesini istemesine imkân verilmektedir¹²⁹.

değnilmiş; her üye ülkenin, kendi hukukuna göre, meydana gelen zararı tazmin etmekten başka caydırıcı etkili veya cezalandırıcı tazminat olarak öngörülen aşırı tazminatların kamu düzenini ihlal edip etmediği konusunda kendisinin karar vereceği hükme bağlanmıştır. Konu hakkında bkz. ÖZTEKİN GELGEL, s. 275-277; TÛTÛNCÛBAŞI, s. 132-133.

126 Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni şartı bağlamında aynı yönde bir görüş için bkz. EKŞİ, Tenfiz, s. 680-681. Cezalandırıcı tazminat hükümleri içeren yabancı hukukların bu tür düzenlemelerinin salt bu gerekçeyle kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği şeklinde yorumlanmaması gerektiği, tenfiz davası özelinde, önemli olanın bu hükmün tenfizine bağlı olarak doğacak sonuçların kamu düzeni kapsamında yer alan değerleri zedeleyip zedelediğinin olduğuna ilişkin bir tespit için ayrıca bkz. BAŞOĞLU, Başak: “Cezalandırıcı Tazminat (*Punitive Damages*) Yapıtırımı ve Bu Yapıtırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 633.

127 Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni şartı bağlamında bir tespit için bkz. GÛVEN, Pelin: **Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 143 (Tenfiz).

128 Aynı yönde bkz. EKŞİ, Tenfiz, s. 681.

129 Türk hukukunda ayrıca TBK md 130, 2872 sayılı Çevre Kanunu md 13, 4925 sayılı Karayolu

Yabancı unsurlu konuya ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ise, MÖHUK md 34/4'de özel bir düzenlemeye yer verilmiş; haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar görenin, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşın, zarar verenin sigortacısına böyle bir imkânı söz konusu alternatif hukuklar tanımayabilir¹³⁰. Kanımızca zarar görene bu imkânı tanımayan bir yabancı hukuk sistemi, MÖHUK md 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine uğramalıdır. Bu hâlde, uygulanacak hukuk MÖHUK md 5 gereğince Türk maddî hukuku olacağından, başta TTK md 1478 hükmü¹³¹ dikkate alınmak suretiyle doğrudan zarar verenin sigortacısına başvuru imkânı tanıyan konuya ilişkin iç hukuk düzenlemeleri çerçevesinde bu talebin yerine getirilmesi sağlanacaktır¹³². Zira doktrinde de ifade edildiği üzere, zarar verenin ödeme gücüne sahip olmaması ihtimalinde, zarar göreni korumanın, bunun için de ödeme gücü kural olarak var kabul edilen sigortacıya karşı talep hakkı tanımının devletin ekonomik ve sosyal politikasının önemli parçalarından biri olduğu gerekçesiyle kamu düzeni kapsamında sayılması gerekmekte olup, bu düzenlemeye aykırı yabancı hukuk Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir¹³³.

Taşınma Kanunu md 21, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu md 97, 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun md 8-12, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu md 12/(a)'da sigortacıya doğrudan başvuru hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İlave olarak, Türkiye'nin de taraf olduğu 1969 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukukî Sorumluluğu İle İlgili Milletlerarası Anlaşma, 1971 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Milletlerarası Fonun Kurulması İle İlgili Milletlerarası Anlaşma, 1990 tarihli Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Milletlerarası Anlaşma da sigortacıya doğrudan başvuru imkânı konusunda hükümlere sahiptir. Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. EKŞİ, Nuray: "Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Sigortacıya Doğrudan Başvuru Hakkını Kısıtlayan veya Ortadan Kaldıran Yabancı Yasaların Türk Mahkemelerince Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 2, 2015, s. 38-40 (Sigorta)

130 Örneğin İngiliz hukukunda Üçüncü Şahısların Sigortacılara Karşı Hakları Kanunu (2010) sigortalının iflasi ya da sigortalı tarafından gerçekleştirilmiş bir yaralama veya ölüme neden olma durumu yoksa, üçüncü şahsın doğrudan sigortacıya dava açması mümkün görülmemektedir. İngiliz hukukunun konuya ilişkin düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Sigorta, s. 41-44.

131 Doktrinde TTK md 1478'in maddî hukuk değil usul hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğu; ticaret hukuku doktrinindeki aksi yönde görüşlere (YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: **Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 146-147) rağmen söz konusu düzenlemenin usuli nitelik arz ettiğinin kabulü hâlinde zaten usule ait konuların hakim in hukukuna tabi olmasından dolayı Türk mahkemelerinde açılan sigorta ilişkisi kaynaklı davalarda Türk hukuku uygulanacağından, sigortacıya doğrudan başvurunun da buna imkân veren TTK md 1478 gereğince mümkün olduğu sonucuna varılabileceğine ilişkin bir görüş için ayrıca bkz. EKŞİ, Sigorta, s. 57.

132 EKŞİ, Sigorta, s. 57.

133 ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 313, dn. 503. Kamu düzeni müdahalesiyle Türk



SONUÇ

Günümüzde birçok alanda yapay zekâli makine, robot, cihaz, uygulama, yazılım, program ve benzeri ürünler kullanılmaktadır. Gelecekte bilim ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte yapay zekâ kullanımının yaygınlaşacağı bir gerçektir. Yapay zekâ kullanımının sağladığı faydalar yanında zarara yol açtığı da görülmektedir. Ancak yapay zekânın karar ve eylemleriyle verdiği zarardan kimin hangi gerekçeyle sorumlu tutulacağı hususunda karşılaştırmalı maddî hukukta ve Türk maddî hukukunda özel bir düzenleme kabul edilmemiştir.

Yapay zekânın kişiliği olmadığı için verdiği zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, gerçek kişi-tüzel kişi ayırımında kendine yer bulamayacak olan yapay zekânın çoğunlukla eşya olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu sebeple, yapay zekânın otonom şekilde ya da kullanıcısının, sahibinin, programlayanının denetim ve gözetiminde karar alırken veya eylemde bulunurken verdiği zararın tazmini, sorumluluk hukukunun bir gereğidir. Yapay zekânın verdiği zarardan söz konusu kişilerin sorumluluğu ise kusursuz sorumluluk hükümlerine tabi tutulmalıdır. Bu bağlamda, tehlikeli faaliyet icra eden işletmelerin kullandıkları yapay zekâli ürünlerin verdiği zarardan bu işletmenin sahibi ve varsa işletenin tehlike sorumluluğu kapsamında sorumluluğu gündeme gelir. Böyle bir tehlikeli faaliyet içinde kullanılmaması nedeniyle tehlike sorumluluğunun uygulanmasının gündeme gelmeyeceği durumda ise, bizatihi yapay zekânın yaygın kullanım alanı, öngörülemez uyum yeteneği ve bilişsel özellikleri dikkate alınarak olağan sebep sorumluluğu hükümlerinin uygulanarak yapay zekânın kullanıcı, işleteni, sahibi, programlayıcısının sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Bu hâlde, Türk mahkemelerinde açılan bir davada, MÖHUK md 34 uyarınca genel haksız fiil statüsü, yapay zekânın verdiği zarardan kusursuz sorumluluk kapsamında kalan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulama bulacaktır.

Yapay zekânın imal edilen bir ürün özelliği gösterdiği hâlde ise, üründeki ayıptan kaynaklanan zarardan dolayı imalatçısının sözleşme dışı sorumluluğu hükümleri uygulama bulur. Bu çerçevede konu Türk kanunlar ihtilafı hukukunda özel olarak düzenlendiğinden yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk MÖHUK md 36 gereğince tayin edilecektir.

hukukunun uygulanacağına ilişkin görüşün kabul edilmemesi ihtimalinde, sigortacıya doğrudan başvuruyu düzenleyen TTK md 1478'in Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralı sayılması gerektiği, bu sebeple MÖHUK md 6 uyarınca yabancı hukukun dikkate alınmasının mümkün olamayacağına ilişkin doktrindeki başka bir görüş için bkz. EKŞİ, Sigorta, s. 58-61.



Yapay zekânın kamuya açık şekilde kitle iletişim araçlarıyla ve kişisel verilerin işlenmesi veya bu hususta bilgi alma hakkının sınırlandırılması suretiyle kişilik hakkını ihlal etmesi durumunda gündeme gelecek yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tayini ise MÖHUK md 35'te düzenlenen özel bağlama kurallarına göre yapılır.

Yapay zekânın verdiği zarardan doğan sorumluluk kapsamında uygulanacak hukukun yabancı hukuk olarak tayinine kamu düzeni müdahalesi gelebilir. Zira MÖHUK md 5 uyarınca yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda bu hüküm uygulanmaz, gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır. Buna göre kusursuz sorumluluk kapsamında açılan tazminat davalarında zararı karşılayacak orandan ziyade cezalandırma amacı taşıyan, fahiş, orantısız, borçlunun ekonomik durumuna ciddi etkileri olacak miktarda tazminata hükmedebilen yabancı hukuk, kamu düzeni müdahalesine maruz kalacaktır. Aynı şekilde, ödenmesi gereken zararı karşılayacak tazminat için sorumlunun sigortacısına karşı doğrudan başvuruya imkân tanımayan veya yasaklayan bir yabancı hukuk da kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır. Zira sorumlunun ödeme gücüne sahip olmadığı durumda, zarar göreni korumak adına ödeme gücü olan sigortacısına karşı talep hakkı tanımak devletin ekonomik ve sosyal politikasının bir gereği olduğundan, bu kurala aykırı yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılabilir.



KAYNAKLAR

AKBİLEK, Meliha: “Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukukî Kişilikleri (!) ve Hukukî Sorumlulukları”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 6, Aralık 2017, ss. 215-236.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, I. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 7, S. 13, Haziran 2019, ss. 39-59.

ARPACI, Abdülkadir: **Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler**, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, ss. 211-232.

BARFIELD, Woodrow: “Liability For Autonomous And Artificially Intelligent Robots”, **Paladyn, Journal Of Behavioral Robotics**, Vol. 9, 2018, ss. 193-203.

BAŞOĞLU, Başak: “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, Ocak 2016, ss. 617-637.

BAYAMLIOĞLU, Emre: “Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, ss. 131-140.

BEAUMONT, Paul / MCELEAVY, Peter: **Anton Private International Law**, W. Green, Edinburgh 2011.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 6, S. 11, Haziran 2018, ss. 585-622 (Patent).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Robot Hukuku”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 29, 2017 (Robot).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru / BAK, Başak: “Yapay Zekâ”, **Futurist Hukuk**, Aristo Yayınları, İstanbul 2018.



BRIGGS, Adrian: **The Conflict of Laws**, (Edited by Craig, Paul), Oxford University Press, Oxford 2013.

CALO, Ryan: “Robots in American Law”, **University of Washington School of Law, Legal Studies Research Paper**, No. 2016/4, ss. 1-44.

CAN, Hacı / TUNA, Ekin: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Adalet Yayınları, Ankara 2019.

CASTEL, Jean-Gabriel: “Multistate Defamation: Should The Place Of Publication Rule Be Abandoned For Jurisdiction And Choice Of Law Purposes?”, **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 28, No. 1, 1990, ss.153-177.

CHESHIRE / NORTH / FAWCETT: **Private International Law**, (Edited by Torremans, Paul), Oxford University Press, Oxford 2017.

ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

DECKER, Michael: “Service Robots In The Mirror Of Reflective Research”, **Poiesis & Praxis: International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment**, Vol. 9, 2012, ss. 181-200.

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

DICEY / MORRIS on **The Conflict of Laws**, Vol. II, (General Edited by Collins, Lawrence), Sweet & Maxwell, London 2000.

DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınları, Ankara 2019.

EKŞİ, Nuray: “Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Sigortacıya Doğrudan Başvuru Hakkını Kısıtlayan veya Ortadan Kaldıran Yabancı Yasaların Türk Mahkemelerince Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 2, 2015, ss. 31-64 (Sigorta).

EKŞİ, Nuray: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Beta Yayınları, İstanbul 2013 (Tenfiz).

ERCAN, Cannur: “Robotların Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 40, Ekim 2019, ss. 19-51.

ERSOY, Çağlar: **Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.



FROOMKIN, A. Michael / COLANGELO, P. Zak: "Self-Defense Against Robots And Drones", **Connecticut Law Review**, Vol. 48, 2015, ss. 1-69.

GLESS, Sabine / SILVERMAN, Emily / WEIGEND, Thomas: "If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability", **New Criminal Law Review**, Vol. 19, No. 3, 2016, ss. 412-436.

GUIHOT, Michael / MATTHEW, Anne F. / SUZOR, Nicolas P.: "Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence", **Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law**, Vol. 20, Iss. 2, 2017, ss. 385-456.

GÜVEN, Pelin: "Rekabetin Engellenmesinden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukuk, MÖHUK m. 38)", **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu** (Editörler Tanrıbilir, Feriha Bilge/Gümüşlü-Tunçağıl, Gülce), Ankara 2018, ss. 310-336 (Rekabet).

GÜVEN, Pelin: **Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 (Tenfiz).

HAVUTÇU, Ayşe: **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

HOLZER, Jenny R. / MOSES, Franklin L.: "Autonomous Systems In The Intelligence Community: Many Possibilities And Challenges", **Studies In Intelligence**, Vol. 59, No. 1, 2015, ss. 21-29.

İÇEL, Kayıhan: **Kitle İletişim Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

İNCE, Şükran / ŞİMŞEK, Melike Zişan / KAYNARCA, Fatih: "Valuation of The Legal Liability of Artificial Intelligence and Robotics under Turkish Legal Regulations", **GSİ ARTICLETTER**, Summer 2019, ss. 28-45.

KAPLAN, Andreas M. / HAENLEIN, Michael: "Siri, Siri In My Hand, Who's The Fairest In The Land? On The Interpretations, Illustrations And Implications Of Artificial Intelligence", **Business Horizons**, Vol. 62, Iss. 1, 2018, ss. 15-25.

KARA KILIÇARSLAN, Seda: "Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Hukukî Kişiliği Üzerine Tartışmalar", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y. 4, S. 2019/2, ss. 363-389.

KILIÇOĞLU, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Yayınları, Ankara 2015.

KRVAVAC, Marija: "Tortious Liability and Conflict of Laws", **Acta Universitatis Danubius**, Vol. 6, No. 2, 2010, ss. 109-126.

KOWERT, Weston: "The Foreseeability of Human Artificial Intelligence Interactions", **Texas Law Review**, Vol. 96, 2018, ss. 181-205.



LEHMAN-WILZIG, Sam N.: “Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence”, **Futures**, Vol. 13, Iss. 6, December 1981, ss. 442-457.

McCARTHY, John: “What Is Artificial Intelligence”, <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf> (Erişim tarihi 02.06.2020)

MILLS, Alex: “The Law Applicable to Cross-Border Defamation On Social Media: Whose Law Governs Free Speech In ‘Facebookistan’?”, **Journal of Media Law**, Vol. 7, Iss. 1, 2015, ss. 1-35.

MULLIGAN, Christina: “Revenge Against Robots”, **South Carolina Law Review**, Vol. 69, 2018, ss. 1-17.

NOMER, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, Vedat Yayınları, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku**, Filiz Yayınları, İstanbul 2018.

ÖZEL, Sibel: “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010, ss. 219-229 (İmalatçı).

ÖZEL, Sibel: **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004 (Kişilik).

ÖZTAN, Bilge: **İmalatçının Sorumluluğu**, Turhan Yayınları, Ankara 1982.

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

PETTIT, Harry: **Are Robots More Than Just ‘Personal Property’? Estonia Works Toward Giving AI Legal Status**, <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4965922/Estonia-working-giving-robots-AI-legal-status.html> (Erişim tarihi 05.01.2020).

REIMANN, Mathias: “Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective”, **Louisiana Law Review**, Vol. 60, No. 4, 2000, ss.1296-1319.



RUSSELL, Stuart J. / NORVIG, Peter: **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, Pearson, New Jersey 2009.

SARIPAN, Hartini / PUTERA, Nurus Sakinatul Fikriah Mohd Shith: “Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model”, **World Applied Sciences Journal**, Vol. 34, Iss. 6, 2016, ss. 824-831.

SMITH, Bryant Walker: “Automated Driving and Product Liability”, **Michigan State Law Review**, Vol. 1, 2017, ss. 1-74.

SOLUM, Lawrence B.: “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, **North Carolina Law Review**, Vol. 70, No. 4, 1992, ss. 1231-1287.

STONE, Peter: “Choice of Law For Tort Claims”, **Research Handbook on EU Private International Law**, (Edited by Stone, Peter/Farah, Youseph), 2015.

SVANTESSON, Dan Jerker B: “The Rome II Regulation and Choice of Law in Internet- Based Violations of Privacy and Personality Rights- On the Wrong Track, but in the Right Direction?” **Austrian Review of International and European Law**, Vol. 6, 2011, ss. 275-297.

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Yayınları, İstanbul 2018.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 2, 2010, ss. 121-140.

TARMAN, Zeynep Derya: “Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 73, 2007, ss. 25-45 (Devletler).

TARMAN, Zeynep Derya: “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (ROMA II)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 2, 2008, ss. 193-222 (Roma II).

TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Yayınları, İstanbul 2016.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010, ss. 211-218.



TURGUT, Aydın / TEMİR, Atılgan / AKSOY, Bekir / ÖZSOY, Koray: “Yapay Zekâ Yöntemleri ile Hava Sıcaklığı Tahmini İçin Sisteme Tasarımı ve Uygulaması”, **International Journal of 3d Printing Technologies and Digital Industry**, Vol. 3, 2019/3, ss. 244-253.

TURHAN, Turgut: **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1989 (İka Yeri).

TURHAN, Turgut: “Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, ss. 95-117 (Literatür).

TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi**, Adalet Yayınları, Ankara 2018.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Y. 22, S. 2, 2002, ss. 967-997.

UZUN, Fatih Burak: “Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2016, ss. 11-48.

YANISKY RAVID, Shlomit: “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, And Accountability In The 3A Era: The Human-Like Authors Are Already Here: A New Model”, **Michigan State Law Review**, Vol. 4, 2017, ss. 659-726.

YAVUZ, Cevdet: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk Halleri’ ve İlkeleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 4, 2008, ss. 29-61.

YEŞİLOVA ARAS, Ecehan: **Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

YILMAZ, Gizem: “Türk Milletlerarası Özel Hukuku Ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, ss. 3111-3142.

YÜNLÜ, Semih: “Current Developments On Artificial Intelligence And Liability For Robot Caused Damages”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 1, 2019, ss. 189-213.



<https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/25/death-by-robot-mechanised-danger-in-our-changing-world> (Erişim tarihi 28.12.2019).

<http://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany> (Erişim tarihi 28.12.2019).

<https://www.donanimhaber.com/iBMnin-yapay-zekasi-yanlis-kanser-tedavisi-oneriyor--101846> (Erişim tarihi 28.12.2019).

<https://www.nytimes.com/interactive/2018/03/20/us/self-driving-uber-pedestrian-killed.html> (Erişim tarihi 28.12.2019).

<https://www.reuters.com/article/us-afghanistan-attack-drones/u-s-drone-strike-kills-30-pine-nut-farm-workers-in-afghanistan-idUSKBN1W40NW> (Erişim tarihi 28.12.2019).

<http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/03/24/microsofts-teen-girl-ai-turns-into-a-hitler-loving-sex-robot-wit/> (Erişim tarihi 28.12.2019).

<https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/applein-sirisi-haddini-astikufur-etmeye-basladi-40822109> (Erişim tarihi 28.12.2019).

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/altimetre-hata-yapti-otopilot-dusurdu-11138356> (Erişim tarihi 28.12.2019).

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası



PAYA DAYALI KİTLE FONLAMASINDA KAMUYU AYDINLATMA

(The Public Disclosure on Equity Crowdfunding)

Dr. Öğr. Üyesi Abdülhamid Oğuzhan HACİÖMEROĞLU¹

ÖZ

Kitle fonlaması, çok sayıda yatırımcıdan küçük miktarlarla para toplamak için internetin kullanıldığı bir yöntemdir. Genellikle sermaye temin ederken büyük zorluklarla karşılaşan küçük girişimciler, dünyada internet erişimiyle yatırım yapacağı parası olan herkese kitle fonlaması yöntemiyle ulaşabilirler. Kitle fonlaması platformları, bu amacı sağlamak için bağışlama veya ödül gibi yöntemleri veya paya dayalı kitle fonlaması modellerini kullanabilmektedir.

Sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin sağlanmasında, sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve durumların kamuya açıklanması önem arz eder. Bu önemi sebebiyle kamuyu aydınlatma ilkesi, Türk sermaye piyasası mevzuatında düzenlenmiştir. Bu çalışmada, paya dayalı kitle fonlamasıyla fon toplayan şirketlerin kamuyu aydınlatma yükümlülüğü, kapsam, içerik ve sorumluluk yönlerinden incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kitle fonlaması, Paya dayalı kitle fonlaması, Kamuyu aydınlatma, Hukuki sorumluluk.

ABSTRACT

Crowdfunding is a way to use the Internet to raise money through small amounts from a large number of investors. Through crowdfunding, smaller entrepreneurs, who generally have had great difficulty obtaining capital, have access to anyone in the world with Internet access, and money to invest. Crowdfunding platforms can use different models of crowdfunding from donation or award based to equity.

The disclosure of information, events and situations which may affect the value of the securities or the investment decisions of investors to public, is important to assure the operation of capital markets in a reliable, transparent, efficient, stabilized, fair and competitive atmosphere. Because of it's importance, the public disclosure principle is regulated in the Turkish Capital Market Law. In this article equity crowdfunding and

¹ Dr. Öğr. Üyesi Abdülhamid Oğuzhan HACİÖMEROĞLU, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, oguzhaciomeroglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1838-4116, Tel: 0-532-484 14 52



the disclosure to public of information on equity crowdfunding will be examined in terms of scope, content and responsibility.

Keywords: Crowdfunding, Equity crowdfunding, the public disclosure, Legal responsibility.

GİRİŞ

Modern hayatın getirdiği ve hızla gelişen teknoloji ve iletişim araçları, dünyanın küçülmesine olanak tanırken bir kıtada yaşanan bir ekonomik krizin dalgalar halinde tüm dünyaya yayılmasına da aracılık etmiştir. Özellikle 2008 krizinin etkisiyle orta ve küçük ölçekli şirketlerle yeni kurulan şirketlerin banka kredisi ve sermaye piyasası payı bir hayli azalmıştır. Bu sebeple ekonomik krizlerin etkileri dünyanın dört bir yanında girişimcileri etkilemekte ve onları fon toplamak için yeni yollar aramaya itmektedir. Bu yollardan biri de kitle fonlamasıdır. Kitle fonlaması yöntemi teminatsız banka kredilerine alternatif bir yöntem olarak karşımıza çıkar. Kitle fonlaması yöntemiyle girişimciler, projelerine geniş kitlelerden fon sağlamaktadır. Kitle fonlaması, belirli bir proje için finansman ihtiyacı olanlara, internet üzerinden ve doğrudan para verilmesiyle gerçekleşen bir finansman yöntemidir. Kitle fonlamasında internet yoluyla sınırları belirsiz büyük bir kitleden küçük oranlarla kaynak sağlandığı için diğer finansman yöntemlerinden farklılık göstermektedir. Yatırımcılar açısından ise projeye karşılıksız, manevi haz bekleyerek, bir getiri karşılığında veya getiri beklentisi olmaksızın iade edilmek üzere yahut şirket ortağı olmak üzere yatırım yapılmaktadır.

Sermaye piyasası mevzuatının esaslı ilkelerinden biri olan kamuyu aydınlatma ilkesi ise sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesini amaçlar. Bu ilke yatırımcıların doğru, açık ve anlaşılabilir bir bilgiye ulaşarak yatırım kararı vermeleri sağlar. Kitle fonlaması finansman yönteminde de sayısı belirsiz bir yatırımcı kitlesi bulunduğu için yatırımcıların korunması önem arz eder.

Kitle fonlaması yöntemleri bağışlama, ödül, ön satış, borçlanma modelleri ile sermaye yatırımı modelinden oluşur. Çalışmamızda 3 Ekim 2019 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren (III – 35/A.1) numaralı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği açısından sermaye yatırımı veya diğer bir deyişle paya dayalı kitle fonlaması modeli ele alınarak; bu kitle fonlaması modelinde kamuyu aydınlatma yükümlülüğü incelenmeye çalışılacaktır.



Çalışmamız kapsamında kamuyu aydınlatma ve kitle fonlaması kavramları açıklanarak kamuyu aydınlatma ilkesinin tanımı, amacı ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında pay sahibinin bilgi alma hakkıyla ilişkisine değinildikten sonra kitle fonlamasının tanımı ve modelleri incelenecektir. Buna müteakip kamuyu aydınlatma yükümlüleri ve bu yükümlülüğün muhatapları belirlenerek; kamuyu aydınlatma yükümlülüğü kapsamında açıklanacak bilgiler ile bu açıklamaların şekli ve süresi izah edilecektir. Nihayetinde ise kamuyu aydınlatma yükümlülüğünde sorumluluğun pozitif hukukta nasıl düzenlendiği konusu ele alınacaktır.

I. KAMUYU AYDINLATMA VE KİTLE FONLAMASI KAVRAMLARI

A. Kamuyu Aydınlatma İlkesi

1. Genel Olarak

Sermaye Piyasası Kanunu'nun² 1. maddesine göre, bu Kanunun amacı; *“sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir”*. Sermaye piyasasında yatırımcıların yatırımda bulunmayı düşündükleri şirketlerin gerçek ekonomik durumu hakkında yeterli ve doğru bilgi edinmeleri ve bu bilgilere dayanarak risk-getiri değerlendirmelerini kendilerinin yapmaları esastır. Bu sebeple, düzenleyici otoritelerin temel görevi, genel olarak kamunun aydınlatılmasını sağlamak çerçevesinde kalmaktadır. Kamuyu aydınlatma sağlanarak, risk-getiri değerlendirilmesinin ve yatırım kararının piyasaya ve yatırımcıya bırakılması, kamunun bu süreçteki rolünü olması gereken bir konuma çekecektir. Aynı zamanda kamuyu aydınlatma ile piyasada çok zengin bir risk-getiri bileşiminde çeşitli araç yelpazesinin meydana gelmesine, doğru yatırım kararları verilmesinde rol oynayan derecelendirme ve danışmanlık kurumları doğacaktır. Bununla birlikte yatırım riskini azaltma ve ölçek ekonomilerden faydalanma anlamında kolektif yatırım ihtiyacının ve bilincinin gelişmesi ve kamuya yeterli ve doğru aydınlatma kaydıyla, riskli olmakla beraber iyi getiri vaat eden yatırımlar için piyasadan fon sağlanabilmesi imkânı söz konusu olacaktır³.

Sermaye piyasasının temel fonksiyonu, fon arz edenler ile fon talep edenleri bir araya getirmek, böylece taleplerin karşılanmasını

2 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı kanun.

3 İHTİYAR, Mustafa (2006), *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, Beta Yayınları, İstanbul, s. 92, 93.

sağlamaktır⁴. Yatırımcının, tasarrufunu menkul kıymetlere yatırarak ihraç edicilere fon sağlayabilmesi ve bunun süreklilik arz edebilmesi, onun bilgi sahibi olmasına ve aldatılmaktan korunmasına, dolayısıyla da sermaye piyasasına güven duymasına bağlıdır. Bu da ancak bu piyasaya ilişkin konuların düzenlenmesi ve denetiminin gerçekleştirilmesi ile mümkündür. Bu çerçevede kamunun aydınlatılması, özel bir önem arz eder⁵. Bu öneme binaen de Sermaye Piyasası Kanunu'nda, kamunun aydınlatılması konusunda çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler, sermaye piyasasında yeterince bilgi edinmenin sağlanmasına matuftur.

2. İlkenin Amacı

Kamuyu aydınlatma ilkesi sermaye piyasası ile ilgili kişilerin, özellikle de yatırımcıların doğru karar verebilmeleri için gerekli olan bilgilerin devamlı olarak açıklanmasını amaçlar⁶. Kamuyu aydınlatma ilkesinin amacı işletmenin ve şirketin iktisadî ve malî durumu ile şirkette iç içe geçmiş olan menfaat ilişkileri hakkında gerçek, tam, açık ve yeterli bilgi sahibi olmaları suretiyle ilgililerin korunmalarının, işletme ve şirket hakkında sağlıklı bir yargıya varmalarının, dolayısıyla haklarını bilinçli olarak kullanmalarının sağlanmasıdır. Ayrıca ilgililerin, kamunun aydınlatılmasından dolayı hem ihraççılara ve hem de menkul kıymetlere ilişkin olarak sunulan bilgiler sayesinde, gerek birinci ve gerekse ikinci el piyasalarda ihraççılar arasında bir mukayese yapma imkânına sahip olması, böylece yatırım kararlarını yönlendirebilmesi, bu ilkenin başka bir amacıdır⁷.

Bununla birlikte, kamuyu aydınlatma ilkesi, yatırımcının yatırım ile ilgili riskini tamamen ortadan kaldırmak amacı gütmemektedir. Yatırımcılar, kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca kendilerine sunulan bilgileri tahlil ederler ve buna göre yatırımlarını gerçekleştirirler⁸. Yani,

4 ÜNAL, Oğuz Kürşat (2005), *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı*, Asil Yayın, Ankara, s. 8-10.

5 ÜNAL, *Piyasa*, s. 386; KARA, M. Sencer (2015), 'Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk', *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 2, s. 133.

6 ÜNAL, Oğuz Kürşat (1999), *Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, s. 129; MANAVGAT, Çağlar (2016), *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 188.

7 ÜNAL, *Ortaklıklar*, s. 127-128; ÜNAL, *Piyasa*, s. 367; KESKİN, Mustafa (2018), *Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü*, On iki Levha Yayınları, s. 34.

8 KAYA, Arslan (2001), *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 20; AKBULAK, Sevinç/AKBULAK, Yavuz (2004), *Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler*, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 16; YANLI, Veliye (2005), *Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması*, Beta Yayınları, İstanbul, s. 105-106; KESKİN, Mustafa (2018), *Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, s. 34.



nihayetinde yatırımcılar, yatırım kararını alırken bilinçlidir ve bunun sonucuna katlanırlar.

3. Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı ile İlişkisi

Kamuyu aydınlatma ilkesi ile pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı arasında bağlantı bulunmakla birlikte iki kavram bazı temel noktalarda birbirinden ayrılmaktadır⁹. Bu kavramların ikisi de esasında ilgilileri bilgilendirerek haklarını bilinçli bir şekilde kullanmalarını amaçlar. Fakat bilgi alma hakkının pay sahibine bir pay sahipliği hakkı olarak tanınması, şirketin kamuyu aydınlatma ilkesine uyarak pay sahiplerinin bilgi edinmelerini sağlamalarından daha öznel bir anlam taşır¹⁰. Yine, pay sahipliği haklarından biri olarak bilgi alma ve inceleme hakkı, pay sahibi olma sıfatına bağlı olarak tanınan bireysel bir haktır.

Kamuyu aydınlatma ilkesi ise, pay sahiplerinin yanında, müstakbel pay sahipleri yani yatırımcıları, şirket alacaklılarını, işçileri hatta devleti bilgilendirmeyi kapsamaktadır¹¹. Kamuyu aydınlatma ilkesiyle bilgi alma hakkı arasındaki diğer bir farklılık, korunması amaçlanan menfaatle ilgilidir. Kamuyu aydınlatma ilkesinde, sermaye piyasasındaki ilgililerin tamamının bilgilendirilmesi sağlanarak sermaye piyasasının açık, doğru ve dürüst bir biçimde işlemesi amaçlanır. Ancak bilgi alma hakkında hedef, öncelikle pay sahibinin bilgilendirilmesinin ve haklarını bilinçli bir şekilde kullanmasının sağlanmasıdır¹². Diğer taraftan bilgi alma hakkı, pay sahibinin bizzat soru sormasına dayanan aktif bir hakkidir. Kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde verilen bilgiler ise genel olarak pasif niteliktedir. Bu sebeple kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde ilgililerin soru sorarak bilgi edinme imkânı yoktur¹³. Fakat 09.10.2003 tarihinde kabul edilen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile sermaye piyasasında ilgililere, bağlantılı kamu kurumlarına soru sormak ve bilgi almak hakkı tanınmıştır. Kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde elde edilen bilgiler, bu açıdan kısmen aktif niteliğe kavuşmuştur¹⁴. Kamuyu aydınlatma ilkesinin uygulanması açısından Sermaye Piyasası Kanunu'nun 14. ve

9 KAYA, kamuyu aydınlatma ilkesi ile bilgi alma hakkının ortak noktalarından ziyade farklılıklarının bulunduğunu savunmaktadır, KAYA, s. 32;

10 CEYLAN, Çiğdem (2019), **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, s. 11.

11 KAYA, s. 29; İHTİYAR, s. 104.

12 KARASU, Rauf (2005), 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı', **BATİDER**, C. XXIII, S. 2, s. 100.

13 İhtiyar, kamuyu aydınlatma ilkesi kapsamında muhatapların soru sorarak bilgi isteme hakkı bulunmadığını kabul etmekle birlikte, bu durum nedeniyle ilkenin statik olarak nitelendirilmesinin de mümkün olmadığını ifade etmektedir, (İHTİYAR, s. 105).

14 YANLI, s. 97.



devamı maddelerine dayanılarak çıkarılan tebliğler ile çeşitli standartlar belirlenmiştir¹⁵. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 1524. maddesi hükmü şirketlere, internet sitesi aracılığıyla kamuya bilgi sağlamak için bazı yükümlülükler getirmiştir. Pay sahibinin bu yolla bir konuda bilgi sahibi olması durumunda ise aynı konuya ilişkin genel kurulda tekrar bilgi alma hakkını kullanamayacağına Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında dürüstlük kuralı uyarınca kabulü gerekir¹⁶. Fakat Türk Ticaret Kanunu'nun 1524. maddesinde 2012 yılında yapılan değişiklik¹⁷ ile internet sitesi açmak yükümlülüğü olan şirketlerin kapsamı oldukça daraltılmıştır. Pay sahibinin internet sitesi üzerinden şirket hakkında bilgi edinmesi de bu sebeple kısıtlı hale gelmiştir.

Kamuyu aydınlatma ilkesiyle bilgi alma hakkı arasındaki ilişkiden söz edilirken pay sahibinin bilgi alma hakkı göz önünde bulundurulur. Fakat bunun dışında pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin Türk Ticaret Kanunu'nun 392. maddesi çerçevesinde sahip oldukları bilgi alma hakkı da kamuyu aydınlatma ilkesiyle dolaylı olarak ilişkilidir¹⁸. Zira bir yönetim kurulu üyesinin pay sahiplerine ve ilgililere kamuyu aydınlatma kapsamında bilgi verebilmesi, kendisinin yeterince bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle kamuyu aydınlatma ilkesi yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkını da korumaktadır. Zira kamuyu aydınlatma kapsamında bilgi vermesi gereken yönetim kurulu üyeleri kendi bilgi alma haklarını kullanırlar. Bu açıdan yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı, Türk Ticaret Kanunu'nda açık olarak düzenlenmemiş olsaydı bile halka açık anonim şirketler bakımından kamuyu aydınlatma yükümlülüklerini yerine getirmek isteyen yönetim kurulu üyelerinin bilgi talebinden bahsedilecekti¹⁹.

B. Kitle Fonlaması

1. Genel Olarak

Kitle fonlaması, belirli bir proje için finansman ihtiyacı olanlara, internet üzerinden ve doğrudan para verilmesiyle gerçekleşen bir finansman yöntemidir. Kitle fonlamasında, yatırımcılar projeye karşılıksız, manevi

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, s. 116 vd.

16 Karasu'ya göre, "pay sahibinin kamuyu aydınlatma ilkesi veya TTK m. 1524 hükmü uyarınca sunulan bilgilere ilişkin olarak genel kurulda bilgi alma talebinde bulunması halinde, bu talebi hakların sakınılmasıyla kullanılması ilkesine aykırı olacağından reddedilebilir," KARASU, s. 100.

17 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1524. maddesine ilişkin 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6335 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle yapılan değişikliktir.

18 KALENDER, Emre (2017), *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 108.

19 KALENDER, s. 108.



haz bekleyerek, bir getiri karşılığında veya getiri beklentisi olmaksızın iade edilmek üzere yahut şirket ortağı olmak üzere yatırım yapmaktadır²⁰.

Kitle fonlaması yönteminde internet yoluyla sınırları belirsiz büyük bir kitleden küçük oranlarla kaynak sağlandığı için bu yöntem diğer finansman yöntemlerinden farklıdır²¹. Henüz kuruluş aşamasını tamamlamış ve projesi için finansman arayan şirketler veya şirket kurmaksızın projesine finansman arayan girişimciler açısından kredi ve halka arz maliyetleri katlanılması oldukça zor birer yüküdür. İşte bu finansman sıkıntısı, girişimcilerin, internet üzerinden büyük kitlelere yönelerek düşük maliyetlerle ve daha hafif yükümlülüklerle kaynak aramalarına neden olmuştur. Projenin finansmanı ise daha küçük oranlarla veya ödünç ya da yatırım amacıyla para toplanarak yapılmıştır. Bu şekilde bir yandan büyük kitlelerden para toplanmış ve projelerin mikro finansmanı sağlanmıştır²². Diğer taraftan 2008 krizinin etkisiyle orta ve küçük ölçekli şirketlerle yeni kurulan şirketlerin banka kredisi ve sermaye piyasası payı hayli azalmıştır. Bu esnada kitle fonlaması yöntemi teminatsız banka kredilerine bir alternatif yöntem olmuştur²³.

Kitle fonlaması yöntemi, finansman sağlanması kolaylığı haricinde girişimcinin karar alma sürecini de etkiler. Yeni bir ürünün tasarlanıp üretilmesi, hizmetin tasarlanıp verilmesi sırasında potansiyel müşteri kitlesinin belirlenmesi, piyasa araştırması yapılması²⁴, yatırım için finansman bulunması ve sonrasında ise ürün ve hizmetin tüketiciye satılması evreleri gerçekleşir. Yatırımcı bu süreçte riski taşımaktadır. Ancak borçlanma veya paya dayalı kitle fonlaması modellerinde, internet aracılığıyla bir piyasa talebi oluşturulur. Ürünün veya hizmetin

20 MANAVGAT, Çağlar (2019), 'Halka Açık Anonim Ortaklık Tanımı Bakımından Kitle Fonlaması', **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 766.

21 BRADFORD, Steven (2012) 'Crowdfunding and the Federal Securities Laws', **Columbia Business Law Review**, V. 1, s. 10; WROLDSEN, John (2013) 'The Social Network and the Crowdfund Act: Zuckerberg, Saverin and Venture Capitalists' Dilution of the Crowd', **Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law** 583, V. 15, s. 10, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141015, s.e.t. 10.12.2019.

22 MANAVGAT, (Kitle Fonlaması), s. 767; BRADFORD, s. 27.

23 Proposal For a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) For Business, 08.03.2018, Explanatory Memorandum, s. 1, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0ea638be-22cb-11e8-ac73-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF, s.e.t. 12.12.2019; MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 767.

24 GIERCZAK, Michael M.(2016), 'Crowdfunding: Outlining the New Era of Fundraising', **Crowdfunding in Europe - State of the Art in Theory and Practice**, (Edt.: BRÜNTJE, Dennis / GAJDA, Oliver), Springer International Publishing, Switzerland, s. 15; GETTY, Paul M. / GUPTA, Dinesh / KAPLAN, Robert R. (2015) **Regulation A+ How the JOBS Act Creates Opportunities for Entrepreneurs and Investors**, Apress Publication, California, USA, s. 38.



finansmanı bu şekilde sağlanır ve proje geliştirilip piyasaya sürüldükten sonra geliri, yatırımcısıyla paylaşılır. Girişimci, projesi için yeterli ilgiyi bulup finansman toplayamazsa projeden vazgeçer; böylelikle projeyi tamamlayarak satış riskine de girmemiş olur²⁵.

2. Kitle Fonlaması Modelleri

Kitle fonlamasının dünya genelinde uygulanması göz önüne alınarak dört tür fonlama modelinden bahsedilebilir²⁶. Bu fonlama modelleri karma olarak oluşturulacak içeriklerle de kullanılabilir.

a. Bağışlama Modeli

Kitle fonlaması yoluyla yatırım kararı alan kişilerin yatırım kararları karşılığında getiri, şirketten pay veya faiz beklentileri olabilir. Ancak kitle fonlaması yatırımcısı hiçbir beklentisi olmaksızın da yatırım yapabilir. Bağışlama modelinde yatırımcılar fiziksel bir ödül veya finansal bir getiri sözü verilmeden, karşılıksız olarak kitle fonlaması yoluyla projeye fon sağlarlar²⁷. İşte yardım etmek amacıyla, karşılıksız olarak yatırım yapılan kitle fonlaması modeli bağışlama modelidir. Tıbbi araştırmalara, politik hareketlere²⁸, spor ve dernek faaliyetlerine kitle fonlaması platformu aracılığıyla karşılıksız para aktarılması mümkündür²⁹.

25 WROLDSEN, s. 27; MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 767.

26 BRADFORD, s. 14-17; WROLDSEN, s. 5.

27 DANMAYR, Florian (2014), **Archetypes of Crowdfunding Platforms**, Gabler Verlag, Steyr, Austria, s. 22.

28 2008 yılı ABD Başkanlık seçimleri için Barack Obama bu kitle fonlaması yöntemiyle fon toplamıştır, PICHLER, Flavio (2016), 'Crowdfunding as a New Phenomenon: Origins, Features and Literature Review', **Crowdfunding for SMEs - A European Perspective** (Edt.: BOTTIGLIA, Roberto / PICHLER, Flavio), The Palgrave Macmillan, London, United Kingdom, s. 10, dn. 6; LUO, Michael (2008), 'Small Online Contributions Add Up to Huge Fundraising Edge for Obama', **New York Times** <<http://www.nytimes.com/2008/02/20/us/politics/20obama.html>>, s.e.t. 02.02.2020.

29 BRADFORD, s. 15; MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 767; WROLDSEN, s. 6; Sadece bağışlama modeline dayanan kitle fonlaması platformları ender görülür; genellikle bu yöntemle projelere değil, dernek ve vakıflara veya kâr amacı gütmeyen kuruluşlara fon sağlanır. Yalnızca bağışlama modeline dayanan kitle fonlaması platformuna ABD'de faaliyet gösteren Globalgiving (<https://www.globalgiving.org/>) ve Donorschoose (<https://www.donorschoose.org/>) siteleri örnek verilebilir. Bu kitle fonlaması yöntemi kitle fonlaması platformlarında alternatif olarak sunuluyor olabilir. Örneğin Türkiye'de faaliyet gösteren Fonbulucu (<https://www.fonbulucu.com/>) platformunda kitle fonlaması modellerinden her birinin uygulandığı belirtilmiştir. İnternet sitesinde bu durum "Bağış Bazlı Kitle Fonlama Modelinde; fon sağlayanlar finansal bir getiri talep etmemekte ve faydasına inandıkları projelere diledikleri miktarda bağış yapabilmektedir. Süresi içerisinde belirlenen bağış miktarına ulaşamaması durumunda bağışçılara ödedikleri miktarlar iade edilmektedir." denilerek açıklanmıştır, <https://www.fonbulucu.com/sayfa/Kitle-Fonlamasi-Modelleri/3>, s.e.t. 15.12.2019.



b. Ödül Modeli

Kitle fonlaması yoluyla yatırım yapan yatırımcının maddi bir beklentisi olmaksızın manevi bir beklentiyle hareket etmesi de söz konusu olabilir. Bahsedilen ödül bir anahtarlık kadar küçük olabilir. Ancak ödül modelinde söz verilen ödülün finansal bir ödül olmaması gerekir³⁰. Örneğin bir sinema filmi projesine yatırım yaparak filmin oyuncularıyla tanışmak, etkinliklere katılmak veya filmin tanıtma yazısında isminin geçmesi gibi manevi tatminler ödül modeline dayanan kitle fonlamasında söz konusu olabilir³¹.

Ödül modeliyle beraber ön satış (*pre-purchase*) modelinden de bahsedilmektedir. Bu kitle fonlaması modelinde yatırımcıya maddi bir getiri sağlanmaz, üretilecek olan ürün üretilir üretilmez fon sağlayana gönderilir veya fon sağlayan ürünü indirimli alma hakkına sahip olur³². Örneğin yatırımcı, müzik albümü prodüksiyonu yapan bir girişimciye fon sağlamışsa, müzik albümü ilk önce ona gönderilebilir³³.

c. Borçlanma Modeli

Borçlanma modelinde kitle fonlaması platformu aracılığıyla yatırımcı, proje veya şirkete ödünç para vermektedir. Bu ödünç ilişkisinde faiz kararlaştırılabileceği gibi faiz beklentisi olmadan da hareket edilebilir. Bu modelde yatırımcı, belirlenen bir vadede aktardığı parayı geri almak istemektedir. Proje veya şirket de iade yükümlülüğü altına girmektedir³⁴.

30 PICHLER, s. 10.

31 BRADFORD, s. 16; MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 767; Kickstarter'da Veronica Mars Film Projesi ödül yöntemiyle kitle fonlamasına sunulmuş ve yatırımcıların sağladığı fonlara karşılık tişört, bir oyuncu tarafından yatırımcıya özel video gönderilmesi, film açılış gecesine davet veya filmde figüran olarak görülme ödülleri vaat edilmiştir. Fakat yatırımcılardan hiçbiri filmin başarısına katkı sağlamak gibi bir istekle yatırım yapmamıştır. DARIAN, M. Ibrahim (2015), 'Equity Crowdfunding: A Market for Lemons?', **100 Minnesota Law Review**, s. 568; <<https://www.kickstarter.com/projects/559914737/the-veronica-mars-movie-project/description>> s.e.t. 05.02.2020.

32 PICHLER, s. 11.

33 BRADFORD, s. 16; ABD'nin en büyük kitle fonlaması platformlarından olan Kickstarter genellikle bu modele dayanmaktadır. Site, ödüllerin genellikle finansman sağlanan projeden üretilen CD, poster veya sınırlı basım bir çizgi roman gibi ürünlerden oluştuğunu açıklamaktadır. Ancak sitenin bunun dışında ödül modeline daha yakın olan örneğin yatırımcıya film setini ziyaret etme veya istediği oyuncuyla telefon görüşmesi yapabileme imkânlarını sağladığı da söz konusu olabilmektedir, Kickstarter: A New Way to Fund & Follow Creativity, <http://www.kickstarter.com/>, s.e.t. 15.12.2019.

34 77 ülkede faaliyet gösteren ve 2005 yılından beri 1.4 milyar dolar ödünç para toplayarak projelere finansman sağlayan bir kitle fonlaması platformu olan Kiva (<https://www.kiva.org/>), yalnızca borçlanmaya dayalı kitle fonlaması modelini kullanmaktadır; BRADFORD, s. 20; WROLDSEN, s. 6.



Borçlanma işlemi faiz borcu da içeriyorsa, sermaye piyasası aracı niteliğindeki araçların satışı şeklinde gerçekleşir. Borçlanma aracının satışı bu çerçevede sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine tabi olur³⁵.

d. Payaya Dayalı Kitle Fonlaması (Sermaye Yatırımı Modeli)

Sermaye yatırımı veya başka bir isimle payaya dayalı kitle fonlaması modelinde, yatırımcı kitle fonlaması platformunda nakit bir ödeme yaparak girişim şirketinde pay sahibi olmaktadır³⁶. Yatırımcının sahip olacağı pay oy hakkına sahip bir pay olabileceği gibi oy hakkından yoksun bir pay da olabilir³⁷. Bu yöntemde, genellikle yeni kurulmuş ve yenilikçi projeleri olan şirketlere yatırım yapılır. Yatırımcı pay sahipliği haklarını elde eder ve risklerine de katlanır. Yatırımcı fon sağladığı zaman yatırımcı ve girişim şirketi arasında bir pay sahipliği sözleşmesi kurulur.

Payaya dayalı kitle fonlaması modelinde girişimci şirket, halka arz işlem masrafları yapmadan ve halka açık şirket statüsüne girmeden geniş bir kitleden fon sağlama şansına sahip olur³⁸.

Payaya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin³⁹ 16. maddesinin ikinci fıkrasına göre girişim şirketinin payları karşılığında yatırımcılardan sağlanan fonların tamamının nakden ödenmiş olması zorunludur.

3. Karşılaştırmalı Hukukta Kitle Fonlaması

a. Amerika Birleşik Devletleri'nde

Amerika Birleşik Devletleri'nde kitle fonlaması 2012 yılında "Jumpstart Our Business Act (JOBS)" ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur⁴⁰. Bu yasa, Amerikan sermaye piyasalarının küçük girişimlere yeniden açılması hedefiyle hazırlanmıştır⁴¹. Yine *Securities Act (SE)*'in 4. maddesine getirilen altıncı fıkra hükmüyle, kitle fonlamasıyla menkul kıymet satışında gerekli şartların sağlanması halinde *Securities and Exchange Commission (SEC)*'a kayıt yükümlülüğüne muafiyet getirilmiştir. Bu muafiyetin uygulanması

35 MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 767.

36 BRADFORD, s. 24; WROLDSEN, s. 6; POPE, Nikki (2011), 'Crowdfunding Microstartups: It's Time for the Securities and Exchange Commission to Approve a Small Offering Exemption', **University of Pennsylvania Journal Of Business Law**, V. 13:4, s. 106; DANMAYR, s. 29.

37 PICHLER, s. 11.

38 MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 766. Kitle fonlaması platformları aracılığıyla pay satan şirketlerin halka açık anonim şirket statüsünde kabul edilmemesinin doğru bir tercih olmadığı ve şartları gerçekleştiğinde bu şirketlerin de halka açık şirket olarak kabul edilmeleri gerektiğine yönelik görüş için bkz. MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 785.

39 Söz konusu Tebliğ, 03.10.2019 tarihli ve 30907 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

40 Söz konusu yasaya <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf>> adresinden ulaşılabilmektedir, s.e.t. 30.01.2020.

41 CUNNINGHAM, William Michael (2016), **The JOBS Act Crowdfunding Guide To Small Businesses And Startups**, Apress Publishing, Maryland, USA, s. xvi.



ile ilgili düzenleme yapma yetkisi SEC'ye verilmiş olsa da kanunda şartları belirlenmiştir. Buna göre bir şirket on iki aylık bir dönemde muafiyete tabi olarak en fazla 1.000.000 Amerikan Doları ile sınırlı olarak kitle fonlaması yoluyla para toplayabilecektir. Yine yatırımcı açısından da yıllık geliri yahut net varlıklarına göre hesaplanan çeşitli sınırlamalar öngörülmüştür.

SE'ye eklenen 4A.b hükmüyle ise kitle fonlamasıyla fon toplayan şirkete SEC'ye bilgi verme yükümlülüğü tahmil edilmişti, söz konusu hükme göre, şirketin sermayesine, işletme konusuna, yöneticilerine, finansal durumuna, iş planlarına ilişkin bilgilerin SEC'ye sunulması gerekir. Ayrıca bu düzenleme ile on iki aylık dönem için beklenen satışın değerine bağlı olarak finansal tablolarının sırasıyla yöneticileri tarafından onaylanması, muhasebe uzmanının incelemesi ve bağımsız denetime konu olması zorunluluğu getirilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde kitle fonlaması, sermaye piyasası aracının satışıyla bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Kitle fonlaması aracılığıyla sermaye piyasası araçlarının satışında da SEC'ye kayıt ve kamuyu aydınlatma yükümlülükleri gibi yükümlülüklerden muafiyet sağlanmıştır. Ancak bununla birlikte kitle fonlamasının halka arza karşı seçenek bir fon sağlama yöntemi olması engellenmek istenmiş; toplanacak fon tutarına ihraççı ve yatırımcı açısından sınırlamalar getirilmiştir. Yine kamuyu aydınlatma yükümlülüğü açısından daha hafif bir düzen öngörülmüştür. Kitle fonlama platformlarının da hem kamuyu aydınlatma hem de diğer yasal yükümlülüklerin yerine getirildiğinin tespitinde görevleri ve sorumlulukları bulunmaktadır⁴².

b. Avrupa Birliği'nde

Avrupa Birliği ülkeleri, kitle fonlamasını ulusal hukuklarında düzenleme yoluna gitmişlerdir. Ancak bu sebeple düzenlemeler arasında farklılıklar ortaya çıkmıştır. Kitle fonlaması için özel düzenleme yapmayarak genel hükümler çerçevesinde uygulanmasının önünü açan ülkeler olduğu gibi, yatırımcının korunması amacıyla kitle fonlamasına katı kurallar getiren ülkeler de söz konusudur. Kitle fonlaması platformlarının Birlik düzeyinde belirli ve yeknesak kurallara tabi olması için bir tüzük taslağı hazırlanmıştır. Bu tüzük taslağı, "Proposal For a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) For Business" adıyla 08.03.2018 tarihinde hazırlanmıştır⁴³. Bu tüzük taslağı, kitle fonlamasına Birlik düzeyindeki yaklaşımı göstermesi açısından önem taşımaktadır.

42 MANAVGAT, **Kitle Fonlaması**, s. 769.

43 Proposal, Explanatory Memorandum, s. 2.



Tüzük taslağının 3. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde kitle fonlaması faaliyeti kitle fonlama platformu tarafından verilen bir hizmet olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda kitle fonlamasının sadece borçlanma ve sermaye yatırımı modelleri ele alınmıştır. Buna göre yatırımcıların, platformun aracılığı ile proje sahiplerine borç vermek yahut ihraç etmiş oldukları sermaye piyasası araçlarını almak suretiyle gerçekleştirdikleri faaliyet, kitle fonlaması faaliyetini oluşturur.

Tüzük taslağının 3. maddesinin ilk fıkrasının (d) bendinde ise kitle fonlaması arzı, yatırımcıların kitle fonlaması hizmet sağlayıcıları aracılığıyla kurulan ve yatırımcıların işlemin faydası ve sonuçları hakkında karar vermesine yarayacak bilgi ve işlemler şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımın kitle fonlamasının hizmet sağlayıcıları aracılığıyla gerçekleşmesi ve yatırımcının yatırım kararını etkileyecek bilgilerin verilmiş olması şeklinde iki unsuru barındırdığı görülmektedir.

Taslak, kitle fonlaması sisteminin güvenliğini platformlar üzerinden sağlamayı hedeflemektedir. Söz konusu tebliğin 14. maddesinde kitle fonlaması şartları, riskleri, proje seçiminde dikkate alınan ölçütler, özellikler de dâhil olmak üzere yatırımcıya verilen bilgilerin açık, anlaşılır, tam ve doğru olması gerekliliği düzenlenmiştir. Bu bilginin tüm yatırımcılara, herhangi bir ayırım yapılmaksızın verilmesi gerektiği belirlenmiştir. Yatırımcının bilgilendirilmesini düzenleyen kamuyu aydınlatma ise taslağın 16. maddesinde düzenlenmiştir.

c. Japonya’da

Kitle fonlaması, Japonya’da ilk olarak hayır amaçlı nedenlerle *Silent Partnership Act (Tokumei Kumiai / 匿名組合)*⁴⁴ kapsamında, toplanan fon üzerinden vergi vermemek amacıyla görülmeye başlanmıştır. Ancak 2015 yılında paya dayalı kitle fonlamasına izin verilmesiyle beraber kitle fonlaması bu amaçla kullanılmaktan kurtarılmıştır.

1990 yılından beri Japonya’da pek çok kâr amacı gütmeyen kurum sosyal amaçlarla fon toplamaktaydı. Ancak ticari olarak ilk kitle fonlaması 2007 yılında *Music Securities* adlı bir kitle fonlama platformunun pirinç şarabı şirketinin sermayesini artırmasına yardım etmesiyle gerçekleştirilmiştir.

44 Bu terim, Japon Ticaret Kanunu’nun 535 ve devamı maddelerinde düzenlenen ve “gizli” veya “sessiz ortaklık” denilen ve kişilerin bir yöneticinin yönettiği bir girişime sermaye getirerek oluşturdukları birliktir. Söz konusu şirketin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ortaklık sözleşmesi gereğince sessiz ortağın girişimin kârına katılma hakkı ortaklık sözleşmesi gereğince vardır, ARNOLD, Martin (2002), ‘Silent Partnership in Japan and Germany’, *Zeitschrift Für Japanisches Recht*, S. 13, s. 212; FUJITA, Tomotaka (2013), ‘De-codification’ of the Commercial Code in Japan’, *UT Soft Law Review*, 2012/5, s. 5; Bu ortaklık tipi Türk hukukunda adi şirketlerin gizli ortakla kurulabiliyor olmasına benzetilebilir.



Bundan sonra ise 2011 yılında büyük Japonya depreminin yaşanması pek çok endüstriyi etkilemiş ve kitle fonlaması girişimcilere fon sağlama aracı olmasını tetiklemiştir. 2015 yılında ise hükümetin, *Financial Services Agency (FSA)*'den kitle fonlamasını desteklemek için inisiyatif kullanmalarını istemesi ve *Financial Instruments and Exchange Act (FIEA)*'i yeniden düzenlemesiyle paya dayalı kitle fonlamasına ve yatırımcıları koruyucu hükümlere yer vermesi sonucu kitle fonlamasının ülkede gelişmesi hızlanmıştır⁴⁵.

d. Türk Hukukunda

Türk sermaye piyasası hukukunda kitle fonlaması modeli ilk kez 7061 sayılı Kanun'un⁴⁶ 107 ve 109. maddeleriyle Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3, 4, 16 ve 99. maddelerinde yapılan değişikliklerle ve Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 35/A maddesi ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Sermaye Piyasası Kurulu ise kanunda verilen ikincil düzenleme yetkisine dayanarak, paya dayalı kitle fonlaması modeli ile sınırlı olarak, "III-35/A.1 Sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği"ni hazırlamıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin (z) bendinde kitle fonlaması, "bir projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla Kurul tarafından belirlenen esaslar dâhilinde bu Kanununun yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanmasını, ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Mezkûr kanunun 3. maddesinin (e) bendi ve 16. maddesinin ilk fıkrası hükümleri ile birlikte kitle fonlaması yoluyla finansman sağlayan şirketler, halka açık şirket statüsü dışında bırakılmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Kitle fonlama platformları" başlıklı 35/A maddesinin ilk fıkrasında kitle fonlama platformları düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre kitle fonlama platformları, kitle fonlamasına aracılık eden ve elektronik ortamda hizmet veren kuruluşlardır. Bu platformların kurulabilmesi ve faaliyete başlaması için Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınması zorunlu tutulmuştur.

Hükümün ikinci fıkrasında platformların kuruluşlarına, ortaklarına, pay devirlerine, çalışanlarına, her bir fon sağlayıcısı tarafından yatırılacak veya proje sahipleri ile girişim şirketleri tarafından toplanabilecek paranın azami limitine ve faaliyetleri sırasında uymaları gereken diğer ilke ve esaslar ile toplanan fonların ilan edilen amaca uygun olarak

45 ADHIKARY, Bishnu Kumar / KUTSUNA, Kenji / HODA, Takahaki (2018), *Crowdfunding-Lessons from Japan's Approach*, Springer Publishing, Kobe, Japan, s. 51.

46 05.12.2017 tarih ve 30261 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları İle Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.



kullanıldığıının kontrolü ve denetimine ilişkin esasların Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir.

Hükmün üçüncü fıkrasında kitle fonlama platformlarının hukuka aykırı faaliyet ve işlemlerinde uygulanacak tedbirler için Sermaye Piyasası Kanunu'nun "*Sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerinde uygulanacak tedbirler*" başlıklı 96. maddesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

Hükmün dördüncü fıkrasında ise kitle fonlaması ve buna bağlı yapılan işlemler ile kitle fonlama platformları Sermaye Piyasası Kanunu'nun 37 ve 38. maddeleri kapsamında değerlendirilmeyeceği, yine bu faaliyetlerin Kanun'un borsalar, piyasa işleticileri ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri ile ilgili hükümlerine tâbi olmayacağı düzenlenmiştir.

Hükmün beşinci fıkrasında ise kitle fonlaması platformları ve kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan kişiler ile bunlara fon sağlayanlar arasındaki ilişkilerin genel hükümlere tâbi olduğu hükme bağlanmıştır.

Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği, paya dayalı kitle fonlamasına, kitle fonlama platformlarının Sermaye Piyasası Kurulu listesine alınmalarına ve faaliyetlerine, paya dayalı kitle fonlaması yoluyla halktan para toplanmasına ve toplanan fonların ilan edilen amacına uygun olarak kullanıldığıının kontrolü ve denetimine ilişkin usul ve esasları düzenler. Bir pay karşılığı olmadan kitle fonlaması platformları aracılığıyla ödül veya bağış karşılığında fon toplanması faaliyetleri ise Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği hükümlerine tâbi değildir.

II. KAMUYU AYDINLATMA YÜKÜMLÜLERİ

A. Genel Olarak

Kamuyu aydınlatma yükümlülüğü sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde ihraççılara⁴⁷, denetçilere⁴⁸, işlemi gerçekleştiren kişilere⁴⁹ ve araçlara kurumlara⁵⁰ yüklenmiş olan bir yükümlülüktür.

47 MANAVGAT, *Halka Arz*, s. 212; Halka açık anonim ortaklıklar açısından ihraççıların kamuyu aydınlatma yükümlülüğü Sermaye Piyasası Kanunu'nun 14. maddesi kapsamında mali tablo ve raporlar ile bağımsız denetim raporu düzenleme yükümlülüğüyle ilgilidir. Kitle fonlama ile finansman elde eden girişim şirketinin bu hükümlere tâbi olmaması sebebiyle bu yükümlülük onun için geçerli olmayacaktır.

48 Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan veya bu belgelere dayanak olmak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar Kanun hükümleri çerçevesinde sorumludur; YANLI, s. 144.

49 Bkz. Özel Durumlar Tebliği'nin (23.01.2014 tarih ve 28891 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) 11, 14. ve 15/4. maddeleri.

50 Bkz. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10. maddesi.



Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15. maddesine göre sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmeler, ihraççılarca veya ilgili taraflarca kamuya açıklanır. Bu bakımdan, kamuya açıklanacak raporları, malî tabloları ve diğer açıklamaları doğru ve dürüst bir şekilde hazırlayarak Kurul'un ve ilgili mevzuatın öngördüğü şekilde Kurul'a ve gerekirse ilgili borsaya göndermek ve gazetelerde ilân ettirmek görevi, esas olarak halka açık anonim şirket yönetim kuruluna aittir⁵¹.

Kamuyu aydınlatma yükümlülüğü, sadece şirket yönetim kuruluna ait değildir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10. maddesinin ilk fıkrasında izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir. Bu hükümde zararın ihraççılardan tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması hâlinde; halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu açıdan izahnamenin kamuya açıklanmasından ihraççılarla birlikte halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyelerinin de yükümlü olduğu görülmektedir⁵². Özel Durumlar Tebliği'ne göre açıklanacak içsel bilgilerle ve bu bilgilere ilişkin daha önce kamuya açıklanan hususlardaki değişiklikler ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde bunları kamuya açıklamakla ihraççılar yükümlüdür.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 14. maddesine göre ihraççı, kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Kurulca istenecek finansal tablo ve raporları, şekil ve içerik bakımından Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak, zamanında, tam ve doğru bir şekilde hazırlamak ve ibraz etmek zorundadır. Finansal tablo ve raporların Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak hazırlanmasından, sunulmasından ve gerçeğe uygunluğu ile doğruluğundan ihraççı ile kusurlarına ve durumun gereklerine göre ihraççının yönetim kurulu üyeleri sorumludur. Kurulca düzenlenmesi istenilen finansal tablo ve raporlar ile bağımsız denetime tabi olunması durumunda bağımsız denetim raporu, Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kamuya duyurulur.

Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili diğer mevzuatta, aracı kuruluşların da, ihraç işlemlerine aracılık ettikleri şirketler ve sermaye piyasası araçları

51 ÜNAL, Piyasa, s. 386; YANLI, s. 144.

52 TURAN, Gökçen (2016), 'Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 1, s. 203-206.



hakkında kamuyu aydınlatmakla yükümlü oldukları belirtilmiştir⁵³. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10. maddesine göre, sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışını yapan aracı kuruluşlar da, satış sonucu hakkında Kurul'a bilgi vermekle yükümlüdürler. "*Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği*"nin⁵⁴ (II-5.2 sayılı Tebliğ) 24. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, aracı kuruluşlar, payların ilk halka arzı ile pay dışındaki sermaye piyasası araçlarının halka arzında, ihracın nihai tutarını, yatırımcı grupları bazında dağıtım yapılan sermaye piyasası araçlarının tutarı, oranı ve yatırımcı sayısı hakkındaki bilgileri de içerecek şekilde hazırlanan dağıtım sonuçlarını, ek satış hakkı ile tahsisatın kaydırılması ile ilgili sonuçları ve halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının nominal değerinin yüzde beşinden fazlasını satın alan kişi ve kurumları, dağıtım listesinin kesinleştiği günü takip eden iki iş günü içerisinde Kurulun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde açıklaması zorunludur.

Payaya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği kapsamında yatırımcının yatırım kararını etkileyebilecek nitelikte olan platform veya girişim şirketiyle ilgili bilgilerin dürüstlük kuralına uygun, tam ve açık olarak⁵⁵ kamuya açıklanması gerekir. Bu bilgiler, fon toplanmasına ilişkin işlemlerle ilgili kitle fonlaması platformu tarafından, girişim şirketine ilişkin işlemlerle ilgili olarak ise girişim şirketinin yönetim kurulu tarafından kamuya açıklanır.

B. Kitle Fonlaması Platformu

Payaya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 4. maddesinin (k) bendi uyarınca kitle fonlama platformu, kitle fonlamasına aracılık eden ve elektronik ortamda hizmet veren kuruluşu ifade eder.

Kitle fonlama platformlarının payaya dayalı kitle fonlaması faaliyeti yürütebilmeleri için Tebliğ kapsamında Kurul tarafından listeye alınmaları gerekir. Bu listeye alınabilmeleri içinse platformun; anonim şirket olması, asgari 1.000.000 Türk Lirası olan sermayesinin tamamının nakden ödenmiş olması ve ödenmiş sermayesi ile öz sermayesinin bu tutardan az olmaması, paylarının tamamının nama yazılı olması, ticaret unvanında "*Kitle Fonlama Platformu*" ibaresinin bulunması, esas sözleşmesinin Tebliğ'de yer alan hükümlere uygun olması ve esas sözleşmesinin faaliyetlere ilişkin maddesinde platformun münhasıran kitle fonlaması

53 YANLI, s. 145.

54 Söz konusu Tebliğ, 28.06.2013 tarihli ve 28691 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

55 Tebliğ'de bu kapsamda verilecek bilgilerin yanlış, yanıltıcı, temelsiz veya eksik ve girişim şirketinin mevcut durumu hakkında yanlış kanaat uyandıracak nitelikte olması yasaklanmıştır. Verilecek bilgiler ayrıca bilgi formundaki bilgilerle tutarlı olmalıdır.



faaliyetinde bulunacağını belirtilmesi, ortaklarının ve yönetim kurulu üyelerinin 6. maddede⁵⁶ belirtilen şartları sağlaması, yönetim kurulunun asgari olarak 3 kişiden oluşması ve Tebliğ'in 5. maddesinde sayılan diğer hususları sağlaması gerekir.

Tebliğ'in 18. maddesinde projenin bilgi formunda meydana gelen değişikliklerin kitle fonlaması platformunda ilan edilerek bilgilendirme yapılmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

C. Girişim Şirketi

Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 22. maddesinde sayılan hususlardan birinin gerçekleşmesi halinde kamuya açıklamanın girişim şirketi tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Tebliğ'in 4. maddesinde ise girişim şirketleri, Türkiye'de kurulu veya kurulacak olan, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak ihtiyacı bulunan anonim şirketler olarak tanımlanmıştır.

Tebliğ'in 21. maddesine göre paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplayacak girişim şirketlerinin; teknoloji faaliyeti ve/veya üretim faaliyetinde bulunmaları, bilgi formunun ilan edildiği tarih itibarıyla son beş yıl içinde kurulmuş olmaları, tabi oldukları mevzuat uyarınca hazırlayacakları en son yıllık ve varsa son güncel ara dönem finansal tablolarında, "*Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği (II-16.1)*"nin⁵⁷ 8.

56 Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 6. maddesinin ilk fıkrasında platform ortakları ve yönetim kurulu üyelerinde aranacak şartlar "*Platformun ortaklarının ve yönetim kurulu üyelerinin;*

a) Müflis olmaması, konkordato ilân etmiş olmaması ya da Kurula başvuru tarihi itibarıyla iflas erteleme süresi içinde olmaması,

b) Faaliyet izinlerinden biri Kurulca iptal edilmiş kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması,

c) Kanunda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunmaması,

ç) 14/1/1982 tarihli ve 35 sayılı mülga Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı oldukları kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,

d) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörizmin finansmanı, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,

e) İşin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması,

f) Kanununun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca işlem yasaklı olmaması," şeklinde sayılmıştır.

57 Söz konusu tebliğ, 30.12.2013 tarihli ve 28867 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.



maddesinde finansal tablo kalemleri için öngörülen eşikleri aşmamaları, düzenli olarak takip ve kontrol edilen tescil edilmiş internet sitelerinin bulunması zorunludur.

Tebliğ'in 21. maddesinin üçüncü fıkrasına göre halka açık şirketler, yönetim kontrolü başka bir tüzel kişiye ait olan şirketler ve halka açık şirketler ile sermaye piyasası kurumlarının, önemli etkiye sahip ortak konumunda bulunduğu şirketler paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplayamazlar.

Tebliğ'in 21. maddesinin dördüncü fıkrasına göre borsa tarafından uygun görülen girişim şirketi paylarına ilişkin ikincil piyasa işlemleri, Borsa tarafından hazırlanan ve Kurulca uygun görülen usul ve esaslar çerçevesinde ilgili pazarda gerçekleştirilebilir.

Tebliğ'in 16. maddesinde ise toplanan fonların aktarılmasından önce girişim şirketinin kuruluş işlemlerinin tamamlanmış olması ve bu fonların yalnızca sermaye artırımı suretiyle çıkarılacak paylar karşılığında girişim şirketine aktarılması zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre kamuyu aydınlatma yükümlüsü olan girişim şirketi, kuruluş işlemlerini tamamlamış bir anonim şirket olmalıdır. Girişim şirketlerinin mevcut paylarının satışı suretiyle fon toplanamaz. Sermaye artırımı suretiyle çıkarılacak payların ise oydan yoksun olabileceği belirtilmiştir. Girişim şirketi payları karşılığında yatırımcılardan sağlanan fonların tamamının nakden ödenmiş olması zorunludur.

D. Proje

Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 4. maddesinde proje, girişim şirketine dönüşme potansiyeli taşıyan, planlanan teknoloji faaliyeti ve/veya üretim faaliyetinin gerçekleştirilmesi için kaynak ihtiyacı olan iş fikri olarak tanımlanmıştır. Kitle fonlaması kural olarak proje veya girişim şirketleri tarafından gerçekleştirilebilse de paya dayalı kitle fonlamasını ancak bir girişim şirketinin yapması mümkündür. Yukarıda değinildiği üzere, paya dayalı kitle fonlaması yöntemi dışında ödül veya bağışlama yöntemiyle ya da sermaye piyasası aracının satışını içermeyen borçlanma yöntemiyle yapılan kitle fonlamasında kamuyu aydınlatma veyahut bilgi verme yükümlülüğü projeye ait olabilecektir. Ancak bu durumda da verilecek bilgiler sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde kamuyu aydınlatma olarak değerlendirilmeyecektir.

III. MUHATABI

Doktrinde, kamuyu aydınlatma ilkesinin yöneldiği menfaat ve ilgi çevrelerinin, mevcut ve muhtemel yatırımcıları, alacaklıları, çalışanları,



müşterileri, hatta şirketin kendisini, toplumu ve devleti de kapsayacak şekilde geniş olduğu ifade edilmiştir⁵⁸.

A. Yatırımcılar

Sermaye piyasasının temel unsurlarından biri olan yatırımcı, Sermaye Piyasası Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Doktrinde ise genel olarak yatırımcı, daha çok gelir elde etmek amacı ile tasarruflarını fon ihtiyacı olan kurum ve şirketler tarafından arz edilen sermaye piyasası araçlarına yatıran kişi, işletme veya kurumlar olarak tanımlanır⁵⁹.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda yatırımcı tanımlanmamış olsa da Kurul'un çıkardığı tebliğlerde çeşitli yatırımcı tanımları yapılmıştır. II-5.2 sayılı "*Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği*"ne göre yatırımcı üçe ayrılır. Söz konusu tebliğin tanımları içeren 4. maddesinin (a) bendine göre bireysel yatırımcı, kurumsal yatırımcı tanımı dışında kalan gerçek ve tüzel kişileri ifade eder. 4. maddenin (j) bendine göre ise kurumsal yatırımcı Kurul'un yatırım kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan ve talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilenler dışındaki profesyonel müşterilerdir. Mezkûr maddenin (m) bendine göre ise nitelikli yatırımcı, Kurul'un yatırım kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan ve talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilenler de dâhil profesyonel müşterileri ifade eder.

III-37.1 sayılı "*Yatırım Hizmetleri Ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ*"de⁶⁰ ise yatırımcı ikili bir ayrımla tanımlanmıştır. Bu tebliğe göre profesyonel ve genel müşteri, Kurul'un yatırım kuruluşlarının kuruluş ve faaliyet esaslarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan profesyonel ve genel müşterileri ifade eder.

Mevcut yatırımcıların⁶¹ ve özellikle de bunlar arasında olan pay sahiplerinin, kamuyu aydınlatmanın muhatapları arasında ilk sırada yer aldıkları ifade edilmektedir⁶². Mevcut pay sahipleri, sermayesine iştirak ettiği şirketin zaman içerisinde nasıl bir seyir takip ettiğini, faaliyetlerinin ne safhada olduğunu, yöneticilerin şirket yönetiminde nasıl bir performans sergilediğini görmek ve yatırımlarına bu çerçevede yön vermek düşüncesiyle bilgi sahibi olmak isterler. Zira pay sahibi, edindiği bilgiye göre mevcut yatırımını devam ettirebilir, azaltabilir veya payını

58 YANLI, s. 101; İHTİYAR, s. 95.

59 KARABABA, Serdar (2001), *Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 40; KESKİN, s. 37.

60 Söz konusu Tebliğ, 11.07.2013 tarihli ve 28704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

61 Yatırımcılar kavramı, sadece pay sahiplerini değil, aynı zamanda pay senetleri dışındaki diğer menkul kıymetlere yatırımda bulunan gerçek ve tüzel kişileri de kapsamaktadır.

62 YANLI, s.103.



devrederek tamamen çekebilir⁶³. Pay senetleri dışında diğer sermaye piyasası araçlarına yatırım yapmış olan yatırımcılar da, edindikleri bilgiler çerçevesinde sahip oldukları menkul kıymetlerin akıbeti hakkında karar verirler.

Muhtemel yatırımcılar ise, tasarruflarını menkul kıymetler satın alarak yatırıma dönüştürmek isteyen kişilerdir⁶⁴. Bunların yapacakları yatırımlar hakkında doğru karar verebilmeleri için, piyasada faaliyet gösteren şirketlerin iktisadî ve idarî durumları ile faaliyetleri konusunda yeterince bilgi sahibi olmaları gerekir. Dolayısıyla, muhtemel yatırımcılar da, kamuyu aydınlatma ilkesinin muhatapları arasındadır. Zira bunların elde edecekleri bilgiler, yatırımlarını yönlendirmede önemli bir temel teşkil edecektir.

Paya dayalı kitle fonlaması açısından kamuyu aydınlatmanın muhatabı olan yatırımcılar, kitle fonlaması yöntemiyle girişim şirketinde şirket elde edebilecek olan, belirsiz sayı ve nitelikte yatırımcılardır. Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 4. maddesinde yalnızca nitelikli yatırımcı tanımına yer verilmiş, bu kapsamda nitelikli yatırımcı, Kurul'un, girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan nitelikli yatırımcılar olarak tanımlanmıştır.

B. Alacaklılar

Bir şirketin iktisadî ve malî durumunu bilmekte, alacaklıların da menfaati bulunmaktadır. Çünkü şirketin iktisadî ve malî açıdan güçlü olması, doğrudan doğruya şirket alacaklılarının lehinedir. Muhtemel alacaklılar ise, kendilerinden talep edilen fonları, kamuyu aydınlatma ilkesi sayesinde edinmiş oldukları bilgiler ışığında şirkete devredip etmeme hususunda karar vereceklerdir⁶⁵.

Alacaklılar açısından şirkete ilişkin bilgi edinmenin önemi, kendisini şirketin borçlarını geri ödeyebilecek malî gücünün olup olmamasında göstermektedir.

C. Çalışanlar

İşçilerin çalıştıkları şirketin iktisadî ve malî durumunu bilmeleri, hem toplu iş sözleşmesi görüşmelerini kolaylaştıracak ve hem de işçilerin çalışmalarında motive olmalarını sağlayacaktır⁶⁶.

63 İHTİYAR, s. 96.

64 KESKİN, s. 38.

65 İHTİYAR, s. 97; YANLI, s. 104.

66 KAYA, s. 20; YANLI, s. 105; İHTİYAR, s. 97.



D. Müşteriler

Müşterilerin de, müşterisi oldukları şirketin iktisadî ve malî durumu hakkında bilgi sahibi olmalarında menfaatleri vardır. Özellikle de şirket ile uzun vadeli iş ilişkisine girmiş veya ona bağımlı hâle gelmiş müşteriler, şirketin devamlılığı konusunda yakından ilgilidirler⁶⁷.

E. Devlet

Kamuyu aydınlatma ilkesi, vergi işlemlerinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesine yardımcı olur. Vergi daireleri ve denetim organları, sayısı gittikçe artan şirketleri denetlemekte yetersiz kalmaktadır. Hâl böyle olunca, kamuya açıklanan malî tablo ve raporlar, vergi dairelerinin faydalandıkları kaynaklar hâline gelmektedir. Devlet, ayrıca işletmelerin faaliyetlerini düzenlemek, vergi politikalarını belirlemek, millî gelir ve benzeri istatistikleri tutmak için şirketler tarafından açıklanan bilgileri kullanmaktadır⁶⁸.

F. Kamu

Kamuyu aydınlatma ilkesinin muhatapları arasında kamu da yer alır. Bu düşüncenin temelini, özel ekonomik gücün denetlenmesi gereği teşkil eder. Ekonomide merkezileşmenin doğurabileceği zararlardan etkilenecek olan her kişi, kamunun bir parçasıdır. Nitekim bir şirketin istihdam kaynağı veya ürettiği malların veya hizmetlerin müşterisi olması sebebiyle, halkın, bu şirketin iktisadî ve malî durumu hakkında bilgi sahibi olmasında fayda olduğu aşîkârdır⁶⁹.

G. Şirketin Kendisi

Kamuyu aydınlatma ilkesi, bizzat ilgili şirketin kendisi açısından da faydalı ve hatta zarurîdir. Zira şirketin, faaliyetleriyle idarî ve malî durumu hakkında objektif ölçüler çerçevesinde piyasaya bilgi sunması, şirket hakkında çıkabilecek yanlış ve aldatıcı nitelikteki haberleri baştan engelleyecektir. Ayrıca bu bilgiler, şirket açısından iç ve dış piyasada tanıtım aracı olabilecektir⁷⁰.

IV. AÇIKLANACAK BİLGİLER

Paya dayalı kitle fonlamasında anonim şirkete fon sağlamak karşılığı pay sahibi olan yatırımcının şirketin ortaklık haklarından hakkaniyete uygun bir biçimde yararlanabilmesi amacıyla, girişim şirketinin

67 YANLI, s. 105.

68 YANLI, s. 105; KAYA, s. 20; İHTİYAR, s. 98.

69 İHTİYAR, s. 98; YANLI, s. 104.

70 İHTİYAR, s. 99.



yönetilmesi ve kontrol mekanizmasında meydana gelen değişikliklerle ilgili bilgilerin kamuya açıklanması gerekir. Bu şekilde yatırım kararına etki edecek olan bilgi yatırımcıya ulaştırılmış olur. Girişim şirketinin yönetiminde ve kontrol mekanizmasında meydana gelen değişikliklerinde ve pay alım tekliflerinde yatırımcıların, yatırım kararı almalarına veya şirket hakkında bilgi edinmelerine, bu şirkete yatırım yapma hususunda bir değerlendirme yapabilecekleri bilgilere ulaşabilmeleri önem arz eder.

Doktrinde kamuyu aydınlatma araçları, birincil piyasa ve ikincil piyasa işlemleri açısından ayrılarak incelenmektedir⁷¹. Paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplayan girişim şirketleri halka açık anonim şirket statüsünden çıkarılmıştır. Bu sebeple girişim şirketleri halka açık şirketlerin tâbi olduğu hükümlere tâbi değildir. Ancak yapılan bu işlem, bir birincil piyasa işlemi niteliğini haiz olduğundan birincil piyasa açısından değerlendirme yapmak gerekir. Bu kapsamda Sermaye Piyasası Kanunu'nun 4. maddesi gereği Sermaye Piyasası Kurulu tarafından faaliyet izni verilen kitle fonlama platformları aracılığıyla gerçekleştirilen kitle fonlaması yoluyla fon toplanması işlemleri Sermaye Piyasası Kanunu'nun izahname ve ihraç belgesi hazırlama yükümlüğüne ilişkin hükümlere tabi olmadığı gibi aynı kanunun yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine de tabi değildir. Ancak Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği çerçevesinde yatırımcının girişim şirketi nezdinde sahip olacağı pay, girişim şirketinin sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren menkul kıymet şeklinde tanımlandığı için kitle fonlaması işlemine konu olan paylar kuşkusuz bir sermaye piyasası aracıdır.

Paya dayalı kitle fonlaması kapsamında Tebliğ ile platformların kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün fon toplayan her bir girişim şirketi veya proje için kampanya sayfası oluşturarak, kampanya süreci ve kampanyanın gerçekleştiği takvim yılını izleyen beş yıl boyunca girişim şirketine ilişkin periyodik açıklamaların bu sayfa üzerinden yapılmasını sağlayacak gerekli altyapıyı kurma, yatırım komitesi tarafından onaylanan bilgi formunu kampanya sayfasında yayımlama, bilgi formu ve kampanyaya ilişkin yatırımcıların yatırım kararını etkileyebilecek her türlü bilgiyi kampanya süresince ve kampanyanın gerçekleştiği takvim yılını izleyen beş yıl boyunca bu sayfada yatırımcıların incelemesine açık tutma ile yerine getirileceği düzenlenmiştir. Kitle fonlaması bilgi formu ise projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonun toplanabilmesi amacıyla kampanya sayfasında ilan edilen ve standartları Kurulca belirlenen formu ifade eder. Bu açıdan kitle fonlaması platformunun kamuyu aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde fon sağlayacak girişim

71 İHTİYAR, 119-259, YANLI, 114.



şirketi için bir kampanya sayfası kurması ve girişim şirketi tarafından hazırlanan bilgi formunu onaylayarak bu sayfada yayımlaması gerekir. Ayrıca platform, yatırımcıların yatırım kararını etkileyebilecek hususların gerçekleşmesi halinde kampanya sayfasında bu bilgileri yayımlamakla ve tutmakla yükümlü kılınmıştır.

Tebliğ kapsamında girişim şirketlerinin ve platformların bilgi formu kapsamında 18. maddede sayılan hususlarda meydana gelen değişiklikleri açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre kampanya süresi içinde, yatırımcıların yatırım kararını etkileyebilecek değişikliklerin veya yeni hususların ortaya çıkması halinde, bu durum bilgi formunun değiştirilmesi ya da yeni eklenmesi öngörülen hususları içeren kısımları ile birlikte girişim şirketi veyahut girişimci tarafından derhal platforma bildirilir. Tebliğ'in 18. maddesinin ikinci fıkrasında da bilgi formunun değiştirilmesi veya yeni eklenmesi öngörülen hususları içeren kısımları birinci fıkra uyarınca girişim şirketi tarafından yapılacak bildirim tarihinden itibaren iki işgünü içinde yatırım komitesi tarafından onaylanır ve kampanya sayfasında derhal yayımlanır hükmü yer alır. Platform, ilgili girişim şirketi veya projeye yönelik fon sağlama talebini iletmış olan üyelere eşanlı olarak uygun iletişim araçlarıyla bilgilendirme yapmakla yükümlüdür.

Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin kamuyu aydınlatmayı düzenleyen 22. maddesinin ilk fıkrası uyarınca şu hallerin gerçekleşmesi halinde kamuya açıklama yapılır:

- a) Girişim şirketi aleyhine fesih davası açılması, bu davanın sonuçlanması, varsa esas sözleşmede tayin edilen bir fesih sebebinin gerçekleşmesi veya genel kurulda girişim şirketinin feshine karar verilmesi,
- b) Girişim şirketinin iflas anlaşması için başvurusu, bu başvurunun sonuçlanması,
- c) Girişim şirketi aleyhine iflas davası açılması, bu davanın sonuçlanması veya girişim şirketinin tasfiyesi sonucunu doğurabilecek sona erme nedenlerinden birinin gerçekleşmesi,
- d) Girişim şirketinin yönetim kontrolünün el değiştirmesi.

Tebliğ'in belirtilen hükmünde sayılan durumlar, Özel Durumlar Tebliği kapsamında açıklanacak özel durumlardır. Zira Özel Durumlar Tebliği'nin ilk maddesinde amacının *"yatırımcıların zamanında, tam ve doğru bilgilendirilerek sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişini sağlamak amacıyla sermaye piyasası*



araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin kamuya açıklanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek” olduğu belirtilmiştir. Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 22. maddesinin ilk fıkrasında kamuya açıklanacağı belirtilen hususlar da sermaye piyasası aracının değerini veya yatırımcının yatırım kararını etkileyecek nitelikte hususlardır. Zira örneğin söz edilen hükmün (a) bendinde sayılan genel kurulda girişim şirketinin feshine karar verilmesi hususu, şirkete yatırım yapmayı düşünen bir yatırımcının yatırım kararını etkileyebilecek nitelikte bir bilgidir. Ancak kitle fonlaması yoluyla fon toplayanların halka açık anonim şirket tanımından çıkarılmış olması sebebiyle bu bilgiler yalnızca bu tebliğ hükümleri kapsamında açıklanacaktır.

Özel Durumlar Tebliği, sermaye piyasası mevzuatınca halka açık şirketlerin kamuya açıklaması gerekli bilgileri düzenlemektedir. Özel Durumlar Tebliği'ne göre sermaye yapısına ve yönetim kontrolüne ilişkin değişiklikler kamuya açıklanır. Tebliğin 12. maddesinde açıklama yükümlülüğü, bir gerçek veya tüzel kişinin, doğrudan ya da dolaylı olarak payları borsada işlem gören bir ihraççının sermayesindeki payının veyahut toplam oy haklarının belirli oranlara ulaşması veya söz konusu oranların altına düşmesi halinde bu kişilere; bir kurucuya ait yatırım fonlarının doğrudan veya dolaylı olarak ihraççının sermayesindeki payının ya da toplam oy haklarının belirlenen oranlarına ulaşması veyahut söz konusu oranların altına düşmesi halinde ise kurucuya yüklenmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan payları borsada işlem gören bir ihraççının sermayesindeki payının belirlenen oranlara ulaşması ya da söz konusu oranların altına düşmesi halinde bu kişiler tarafından yapılması gereken açıklama Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Birlikte hareket ile veya dolaylı olarak ya da oy haklarına bağlı olarak bu fıkra da belirtilen oranlara ulaşılması veyahut oranların altına düşülmesi halinde açıklama yükümlülüğü ilgili gerçek veya tüzel kişi ya da bu gerçek veya tüzel kişi ile birlikte hareket eden diğer gerçek veya tüzel kişiye aittir. Görüldüğü üzere sermaye piyasası mevzuatı, halka açık şirketler açısından yatırımcıyı korumak ilkesine bağlı olarak kamuyu aydınlatma yükümlülüğü açısından verilecek bilgileri daha kapsamlı düzenlemiştir. Bu açıdan kitle fonlaması yoluyla fon toplayan şirketlerin ve buna aracılık eden platformların kamuyu aydınlatma yükümlülüğü Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nde düzenlenen hükümlerle sınırlıdır.

Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 22. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise girişim şirketinin Türk Ticaret Kanunu uyarınca hazırlanan



finansal tablo ve raporları veya Vergi Usul Kanunu uyarınca hazırlanan yıllık finansal tabloları ile faaliyet raporları ilgili takvim yılını izleyen dördüncü ayın sonuna kadar ilan edilir. Kitle fonlaması yoluyla fon toplayan girişim şirketleri sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde halka açık şirketler arasında sayılıydı finansal tabloların da sermaye piyasası mevzuatı kapsamında belli standartlara göre hazırlanması gerekirdi. Zira (II-14.1) numaralı “*Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği*”nde⁷² finansal tabloların, finansal durum tablosu, kapsamlı gelir tablosu, nakit akış tablosu ve öz kaynak tablosundan oluştuğu ve dipnotları da kapsadığı belirtilmektedir. Bu tabloların Türkiye Muhasebe Standartları 1 Finansal Tabloların Sunuluşu Standardına da uygun olması gerekir⁷³. Ancak bu tebliğ yatırım fonları ile konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları dışında kalan ihraççılar ve sermaye piyasası kurumlarının finansal tablo hazırlamaları esaslarını düzenlemektedir. Bu açıdan kitle fonlaması yoluyla fon toplayan girişim şirketlerine getirilen finansal tablo ve raporlar sermaye piyasası mevzuatı kapsamındaki standartlara bağlı olmayacaktır. Bu finansal tablo ve raporlar Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu’nun genel standartları uyarınca hazırlanacaktır. Bu açıdan kitle fonlamasıyla fon toplayan girişim şirketlerinin bir sermaye piyasası aracı arzı gerçekleştirmelerine rağmen Türk Ticaret Kanunu kapsamında kapalı bir anonim şirkete yaklaştırıldığı görülmektedir. Kanaatimizce bu durum yatırımcının korunması açısından sakınca teşkil edebilecektir.

V. AÇIKLAMANIN ŞEKLİ VE SÜRESİ

Sermaye piyasası mevzuatı açısından özel durumların kamuya açıklanmasının zorunlu tutulması, yapılan açıklamaların belirli bir standartta yapılmasını sağlaması açısından olumlu bir etkiye sahiptir. Yapılacak açıklamaların doğru anlaşılır olması açısından bilginin anlaşılabilir derecede ayrıntılı ve sade olması gerekir⁷⁴. Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği çerçevesinde kamuya açıklanacak bilgilerin şekli 22. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre söz konusu madde uyarınca yapılacak açıklamaların dili Türkçe’dir. Açıklamalar yanlış, yanıltıcı, temelsiz veya eksik olamayacağı gibi girişim şirketinin mevcut durumu hakkında yanlış kanaat uyandıracak nitelikte de olamaz.

Tebliğ’in 22. maddesinin dördüncü fıkrasında ise kamuyu aydınlatmanın süresi belirlenmiştir. Madde kapsamında yapılacak açıklamalar kampanyanın gerçekleştiği takvim yılını izleyen beşinci yılın sonuna kadar kampanya safası ve girişim şirketinin tescil edilen internet

72 Söz konusu tebliğ, 03.02.2017 tarih ve 29968 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

73 MANAVGAT, *Halka Arz*, s. 201.

74 MANAVGAT, *Halka Arz*, s. 236.



sitesi üzerinden yapılır. İlgili platformun listeden çıkarılması halinde veya beş yıllık sürenin sona ermesinden sonra yapılacak açıklamalar girişim şirketinin tescil edilen internet sitesi üzerinden yapılır. Madde kapsamında girişim şirketinin tescil edilen internet sitesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 1524. maddesinde düzenlenen internet sitesidir. Söz konusu maddenin beşinci fıkrasına göre ise açıklamaların, açıklamaya konu hususların ortaya çıktığı veya öğrenildiği tarihten itibaren iki işgünü içinde yapılması zorunludur.

Tebliğ'in 22. maddesinin altıncı fıkrasına göre girişim şirketlerine veya projelere ilişkin olarak yapılacak tanıtım ve reklamlarda yer alan bilgiler yanlış, yanıltıcı, temelsiz, abartılı veya eksik olamayacağı gibi, girişim şirketi veya projenin içinde bulunduğu duruma ilişkin olarak yatırımcıların yanlış fikirler edinmelerine yol açacak nitelikte de olamaz. Bu bilgilerin kitle fonlaması bilgi formunda yer verilen bilgilerle tutarlı olması zorunludur. Bu açıdan Sermaye Piyasası Kanunu'nun sorumluluğu düzenleyen 32. maddesinden farklı olarak bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasının yanında temelsiz ve abartılı olması da özellikle yasaklanmıştır. Kanaatimizce kitle fonlamasının tabiatı gereği yatırımcı çekebilmek amacıyla girişim şirketlerinin temelsiz ve abartılı bilgi vermesinin önüne bu şekilde geçilmek istenmiştir.

Halka açık anonim şirketlere ilişkin Özel Durumlar Tebliği'nin 23. maddesinde ise Sermaye Piyasası Kurulu'nun gerekli görmesi durumunda açıklamanın Türkçe dışında bir dilde yapılabilmesi için gereken şartlar gösterilmiştir. Bu hükme göre, şirketin işlem gördüğü pazar, şirketin kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin Kurul düzenlemelerine göre dahil olduğu grup veya Kurulca uygun görülen başka bir kriter gözetilmek suretiyle Türkçe'nin yanı sıra başka dillerde de açıklama yapılmasını talep edebilir. Söz konusu Tebliğ kapsamındaki açıklamaların Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda yer alan ilgili form kullanılarak KAP'ta yapılması gerekir. Ancak kitle fonlaması yoluyla fon toplayan girişim şirketleri, kamuyu aydınlatma yükümlülüğünü KAP üzerinden değil kampanya sayfası ve kendi internet siteleri üzerinden yerine getirirler.

VI. SORUMLULUK

Sermaye piyasası hukuku açısından kamuyu aydınlatma yükümlülüğünde sorumluluk, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10. ve 32. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak 10. madde kamuyu aydınlatmada sorumluluk açısından özel, 32. madde ise genel bir düzenleme niteliğini taşır. Zira 10. maddede izahnamenin kamuya açıklanmasından doğan sorumluluk düzenlenirken, 32. maddede kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk düzenlenmektedir. Doktrinde 32. maddenin başlığının



“kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk” olarak konulması, aydınlatma belgelerinin kamuyu aydınlatmanın bir aracı olması ve sorumluluğu doğuran fiilin kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olması sebebiyle fiil odaklı bir başlık konulması gerekliliği gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁷⁵ Bu bakımdan 32. madde kamuyu aydınlatma fiilinden kaynaklanan bir sorumluluğu düzenlemektedir.

Paya dayalı kitle fonlaması usulü ile fon toplanmasında, fonların ilan edilen amaca uygun kullanılmamasından doğan sorumluluk Tebliğ’in 20. maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, toplanan fonların ilan edilen amacına uygun olarak kullanılmasından girişim şirketinin yönetim kurulu sorumludur. Buna göre toplanan fonlar açıklanan amacına uygun kullanılmazsa girişim şirketi yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilecektir.

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 35/A maddesine 7222 sayılı Bankacılık Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un⁷⁶ 30. maddesi ile eklenen altıncı fıkraya göre kitle fonlaması işlemlerine ilişkin hazırlanan bilgi formunu imzalayan gerçek ve tüzel kişiler bilgi formunda yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur. Bu hükümle bilgi formuyla verilen bilgilerden kaynaklanan sorumluluk bu belgeleri imzalayanlar açısından müteselsil sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

Paya dayalı kitle fonlaması usulü ile fon toplanmasında kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin ihlali halinde ise sorumluluk Tebliğ’in 23. maddesinde de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre bu Tebliğ’de platformlar için öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesinden platformun yönetim kurulu üyeleri, yatırım komitesi için öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesinden yatırım komitesi üyeleri ile platformun yönetim kurulu üyeleri, girişim şirketleri için öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesinden ise girişim şirketinin yönetim kurulu üyeleri sorumludur. Bu kapsamda kamuyu aydınlatma yükümlülüğü açısından platformlara yüklenen yükümlülüklerin ihlalleri halinde platform yönetim kurulu üyeleri ve yatırım komitesi üyeleri sorumludur. Girişim şirketlerinin Tebliğ’de öngörülen kamuyu aydınlatma yükümlülüğünü ihlalleri halinde ise girişim şirketinin yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulacaktır.

Kitle fonlaması bilgi formunun sermaye piyasası mevzuatı kapsamında bir kamuyu aydınlatma belgesi sayılıp sayılmayacağı veya

75 MANAVGAT, *Halka Arz*, s. 230; KESKİN, s. 111, 112.

76 25.02.2020 tarih ve 31050 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk hükümlerine başvurulup başvurulamayacağı sorusu da yine önem taşımaktadır. Zira kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10. ve 32. maddelerinde düzenlenmiş ve izahname ile kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması halinde bu belgeleri düzenlemekle yükümlü kişilerin sorumlulukları öngörülmüştür. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 32. maddesiyle düzenlenen kamuyu aydınlatma belgelerinin hukuka aykırı bilgileri içermesi durumunda mezkûr maddenin üçüncü fıkrası uyarınca kusur sorumluluğu söz konusudur⁷⁷.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 32. maddesinde “izahname, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar”ın birer kamuyu aydınlatma belgesi olduğu düzenlenmiştir. Ancak kamuyu aydınlatma belgeleri maddede sayılanlarla sınırlı değildir⁷⁸. Kamuyu aydınlatma yükümlüsü olanların hazırlamakla yükümlü olacağı diğer belgeleri belirleme yetkisi Sermaye Piyasası Kurulu'na bırakılmıştır. Bu açıdan Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nde öngörülen bilgi formu ile girişim şirketine yüklenen kamuyu aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hazırlanan belgeler de kamuyu aydınlatma belgesi sayılacaktır.

Kusur sorumluluğu çerçevesinde ortaya çıkan zararın doğduğu an ise sermaye piyasası hukukunda yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiye dayanarak yatırımcının aldığı yatırım kararı neticesinde malvarlığında azalmanın meydana geldiği an olarak kabul edilmiştir⁷⁹.

Kitle fonlaması bilgi formunun kamuyu aydınlatma belgesi olduğu kabul edildiğinde, Sermaye Piyasası Kanunu'nun kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluğun düzenlendiği 32. maddesinin bu formlar açısından uygulanabileceği söylenebilir. Yine söz konusu kanunun 35/A maddesinin altıncı fıkrası uyarınca bilgi formunu imzalayanların bu formdaki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden müteselsil sorumluluğu söz konusudur.

Kitle fonlamasına ilişkin düzenlemeler getirilirken kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin ve sorumluluğun düzenlenmesi yatırımcının korunması açısından olumlu gelişmelerdir. Ancak kitle

77 MANAVGAT, *Halka Arz*, s. 232; MERAL, Nevin (2019), ‘Türk ve ABD Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumlulukta Zararın Doğduğu An’, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 2, s. 125.

78 KARA, s. 139.

79 MERAL, s. 143.



fonlaması platformları aracılığıyla fon toplayanların Sermaye Piyasası Kanunu tarafından halka açık anonim şirket tanımından çıkarılması ve bu açıdan sermaye piyasası mevzuatının yatırımcının korunmasına ilişkin getirdiği düzenlemelerden yararlanamayacak olması bir eksiklik olarak karşımıza çıkar. Kitle fonlaması platformları yoluyla finansman sağlayan girişim şirketlerinin sermaye piyasası aracı ihracına oranla daha küçük yatırımlarla gelişme gösterme eğiliminde olması gerekçesiyle halka açık anonim şirket tanımından çıkarıldığı görülmektedir. Böylece girişim şirketlerinin hızlı bir gelişme gösterebilmesi amacıyla Sermaye Piyasası mevzuatının sıkı kuralları dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Ancak kitle fonlaması platformları aracılığıyla fon toplayanların halka açık anonim şirketlere uygulanacak hükümlerin dışında tutulması, kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk açısından bu yükümlülüğün ihlali için Sermaye Piyasası Kanunu'nun getirdiği yaptırımların⁸⁰ kitle fonlaması ile finansman sağlayan girişim şirketlerine uygulanamayacağını göstermektedir. Bu bakımdan yatırımcının kamuyu aydınlatma belgelerinde verilen yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilere karşı yeterinde korunamaması sonucu doğmuştur. Kanun koyucu bu eksikliği gidermek amacıyla Sermaye Piyasası Kanunu'nun 35/A maddesine altıncı fıkrayı eklemiş ve kitle fonlaması işlemlerine ilişkin hazırlanan bilgi formunu imzalayan gerçek ve tüzel kişilerin bilgi formunda yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsil sorumluluğunu düzenlemiştir. Kanaatimizce bu hükümlerle birlikte kitle fonlaması işlemleri açısından kamuyu aydınlatmadan kaynaklanan sorumluluk halka açık şirketlerin kamuyu aydınlatmadan kaynaklanan yükümlülüğüne yaklaştırılmıştır.

SONUÇ

Modern yaşamın beraberinde getirdiği araçlardan biri olan internet, hayatımızın her alanında yerini bulmuştur. Çalışmalara kaynak aramaktan, alışveriş yapmaya internet sıklıkla ve sürekli olarak kullanılıyor. İnternetin bu denli yaygınlaşması ise daha geniş kitlelere ulaşmayı kolaylaştırmıştır. Bu sebeple projelerine fon arayan girişimcilerin internetin ulaştığı geniş kitleden fon sağlayabilmesi, yalnızca onları ikna edebilmesine bağlıdır. Bu açıdan kitle fonlaması internetin de yaygınlaşmasıyla bir gerçek haline gelmiş ve hukuki olarak düzenlemelere konu olmuştur. Türk hukukunda Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklik yapan 7061 sayılı Kanun'un 107 ve 109. maddeleriyle ve kanuna eklenen 35/A maddesi ile kitle fonlaması yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Sermaye Piyasası Kurulu ise kanunda

80 Kamuyu aydınlatma yükümlülüğün ihlali durumunda uygulanacak olan idari ve cezai yaptırımlar için bkz, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 103, 105, 111. maddeleri.



verilen ikincil düzenleme yetkisine dayanarak, paya dayalı kitle fonlaması modeli ile sınırlı olarak, "III-35/A.1 Sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği"ni hazırlamıştır. Anılan tebliğ 03.10.2019 tarih ve 30907 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kitle fonlaması, fon toplayanların yatırımcılara vaat ettiği karşılıklara göre çeşitli modellerle yapılabilir. Bunlardan ilki yatırımcının hiçbir karşılık beklemeden projeye fon sağlanması olarak karşımıza çıkan bağışlama modelidir. Fon sağlanması karşılığında yatırımcıya çeşitli ödüller söz veriliyorsa kitle fonlamasının ödül modelinden bahsedilir. Sağlanan fonun proje gerçekleştikten sonra kararlaştırılan faiziyle veya faizsiz geri ödenmesine ilişkin kitle fonlaması yöntemi ise borçlanma yöntemi olarak adlandırılmıştır. Çalışmamız açısından önem arz eden kitle fonlaması modeli ise yatırımcının sağladığı fon karşılığında girişimci şirkette pay sahibi olmasını sağlayan paya dayalı kitle fonlaması modelidir.

Paya dayalı kitle fonlaması modelinde girişimci şirket, halka arz işlem masrafları yapmadan ve halka açık şirket statüsüne girmeden geniş bir kitleden fon sağlama şansına sahip olur. Ancak paya dayalı kitle fonlaması sisteminde sınırları belli olmayan bir kitleye pay satışı yapılıyorsa, artık sermaye piyasası mevzuatı uyarınca halka arz gerçekleşmiş olur.

Kitle fonlaması yoluyla fon sağlayan girişimci şirketin Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendiyle halka açık şirket tanımından çıkarılmış ve yine kanunun 16. maddesinin ilk fıkrasında ortak sayısı beş yüzü geçse bile halka açık şirket statüsü dışında bırakılmıştır.

Kitle fonlamasına ilişkin düzenlemeler yapılırken kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin ve sorumluluğun düzenlenmesi yatırımcının korunması açısından olumlu gelişmelerdir. Ancak kitle fonlaması platformları aracılığıyla fon toplayanların Sermaye Piyasası Kanunu tarafından halka açık anonim şirket tanımından çıkarılması ve bu açıdan sermaye piyasası mevzuatının yatırımcının korunmasına ilişkin getirdiği düzenlemelerden yararlanamaması, yatırımcının tam olarak korunamaması anlamına gelebilir. Kitle fonlaması platformları yoluyla finansman sağlayan girişim şirketlerinin sermaye piyasası aracı ihracına oranla daha küçük yatırımlarla gelişme gösterecek şirketler olması gerekçesiyle ve hızlı bir gelişme gösterebilmeleri amacıyla Sermaye Piyasası mevzuatının sıkı kuralları dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Ancak kitle fonlaması platformları aracılığıyla fon toplayanların halka açık anonim şirketlere uygulanacak hükümlerin dışında tutulması, kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk açısından ve bu yükümlülüğün ihlali için Sermaye Piyasası Kanunu'nun getirdiği yaptırımların kitle fonlaması ile finansman sağlayan girişim şirketlerine



uygulanamayacağını göstermektedir. Kanaatimizce Sermaye Piyasası Kanunu'nun kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluğu düzenleyen 32. maddesinin kitle fonlaması yoluyla fon toplayan girişim şirketleri açısından uygulanması da mümkündür. Zira girişimci şirketin Tebliğ kapsamında yaptığı açıklamalar birer kamuyu aydınlatma belgesi niteliği taşır. Yine, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 35/A maddesine eklenen altıncı fıkrasıyla birlikte kitle fonlaması işlemlerine ilişkin hazırlanan bilgi formunu imzalayan gerçek ve tüzel kişilerin bilgi formunda yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsil sorumluluğunu düzenlenmiştir. Bu hükümle birlikte kitle fonlaması işlemleri açısından kamuyu aydınlatmadan kaynaklanan sorumluluk halka açık şirketlerin kamuyu aydınlatmadan kaynaklanan yükümlülüğüne yaklaştırılmıştır. Ancak açıklanacak bilgilerin mahiyeti ve şekli açısından Tebliğ'de sermaye piyasası mevzuatına göre çok hafif düzenlemeler yapıldığı görülür. Bu bakımdan yatırımcıların yeterince bilgilendirilememesi veya bilgilerin yanlış, eksik, temelsiz veya abartılı olması halinde yatırımcının yeterince korunamamış olmasından söz edilebilir.



KISALTMALAR

C.:	Cilt
Dn.:	Dipnot
F.:	Fıkra
JOBS:	Jumpstart Our Business Act
KAP:	Kamuyu Aydınlatma Platformu
m.:	madde
No.:	Numara
s.:	sayfa
S.:	Sayı
s.e.t.:	Son Erişim Tarihi
SE:	Securities Act
SEC:	Securities and Exchange Commission
V.:	Volume
vd.:	ve devamı

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

Donorschoose, <<https://www.donorschoose.org/>> s.e.t. 15.12.2019.

Fonbulucu, <<https://www.fonbulucu.com/>> s.e.t. 15.12.2019.

Global Giving, <<https://www.globalgiving.org/>> s.e.t. 15.12.2019.

<<https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf>>, s.e.t. 30.01.2020.

Kickstarter, <<http://www.kickstarter.com/>>, s.e.t. 15.12.2019.

Kickstarter, Veronica Mars Movie Project, <<https://www.kickstarter.com/projects/559914737/the-veronica-mars-movie-project/description>> s.e.t. 05.02.2020.

Kiva <<https://www.kiva.org/>>, s.e.t. 15.12.2019.

LUO, Michael (2008), 'Small Online Contributions Add Up to Huge Fundraising Edge for Obama', **New York Times** <<http://www.nytimes.com/2008/02/20/us/politics/20obama.html>>, s.e.t. 02.02.2020.

Proposal For a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) For Business, 08.03.2018, Explanatory Memorandum, s. 1, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0ea638be-22cb-11e8-ac73-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF>, s.e.t. 12.12.2019. (Proposal)



KAYNAKLAR⁸¹

ADHIKARY Bishnu Kumar / KUTSUNA, Kenji / HODA, Takahaki (2018), **Crowdfunding- Lessons from Japan's Approach**, Springer Publishing, Kobe, Japan.

AKBULAK Sevinç/AKBULAK Yavuz (2004), **Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, Beta Yayınevi, İstanbul.

ARNOLD Martin (2002), 'Silent Partnership in Japan and Germany', **Zeitschrift Für Japanisches Recht**, S. 13., s. 210-216.

BRADFORD Steven (2012) 'Crowdfunding and the Federal Securities Laws', **Columbia Business Law Review**, V. 1, s. 1-150.

CEYLAN Çiğdem (2019), **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı.

CUNNINGHAM William Michael (2016), **The JOBS Act Crowdfunding Guide To Small Businesses And Startups**, Apress Publishing, Maryland, USA.

DANMAYR Florian (2014), **Archetypes of Crowdfunding Platforms**, Gabler Verlag, Steyr, Austria.

DARIAN M. Ibrahim (2015), 'Equity Crowdfunding: A Market for Lemons?', **100 Minnesota Law Review**, s. 561-607.

FUJITA Tomotaka (2013), 'De-codification" of the Commercial Code in Japan', **UT Soft Law Review**, 2012/5, s. 1-12.

GETTY Paul M. / GUPTA, Dinesh / KAPLAN, Robert R. (2015) **Regulation A+ How the JOBS Act Creates Opportunities for Entrepreneurs and Investors**, Apress Publication, California, USA.

GIERCZAK Michael M. (2016), 'Crowdfunding: Outlining the New Era of Fundraising', **Crowdfunding in Europe - State of the Art in Theory and Practice**, (Edt.: BRÜNTJE, Dennis / GAJDA, Oliver), Springer International Publishing, Switzerland, s. 7-23.

İHTİYAR Mustafa (2006), **Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, Beta Yayınları, İstanbul.

81 Aynı yazarın birden çok eserinin kullanılmış olması halinde, yazarın eserine verilen kısa ad, eserin yanında parantez içinde belirtilmiştir.



KALENDER Emre (2017), **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara.

KARA M. Sencer (2015), 'Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk', **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 2, s. 131-172.

KARABABA Serdar (2001), **Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara.

KARASU Rauf (2005), 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı', **BATİDER**, C. XXIII, S. 2, s. 73-114.

KAYA Arslan (2001), **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

KESKİN Mustafa (2018), **Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü**, On iki Levha Yayınları, İstanbul.

MANAVGAT Çağlar (2016), **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara. (Halka Arz)

MANAVGAT Çağlar (2019), 'Halka Açık Anonim Ortaklık Tanımı Bakımından Kitle Fonlaması', **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 765-786. (Kitle Fonlaması)

MERAL Nevin (2019), 'Türk ve ABD Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumlulukta Zararın Doğduğu An', **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, S. 2, s. 121-154.

PICHLER Flavio (2016), 'Crowdfunding as a New Phenomenon: Origins, Features and Literature Review', **Crowdfunding for SMEs - A European Perspective** (Edt.: BOTTIGLIA, Roberto / PICHLER, Flavio), The Palgrave Macmillan, London, United Kingdom, s. 5-43.

POPE Nikki (2011), 'Crowdfunding Microstartups: It's Time for the Securities and Exchange Commission to Approve a Small Offering Exemption', **University of Pennsylvania Journal Of Business Law**, V. 13:4.

TURAN Gökçen (2016), 'Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları', **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, s. 191-231.

ÜNAL Oğuz Kürşat (1999), **Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara. (Ortaklıklar)



ÜNAL Oğuz Kürşat (2005), **Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı**, , Asil Yayın, Ankara. (Piyasa)

WORLDSEN John (2013) 'The Social Network and the Crowdfund Act: Zuckerberg, Saverin and Venture Capitalists' Dilution of the Crowd', **Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law** 583, V. 15, s. 10, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141015>, s.e.t. 10.12.2019.

YANLI Veliye (2005), **Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması**, Beta Yayınları, İstanbul.



KİŞİLİK HAKLARININ ALKAYA-TÜRKİYE DAVASI BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKUNA GÖRE İNCELENMESİ

*(An Analysis of Personal Rights with respect to Personal Data
Protection Law and in the Context of Alkaya v. Turkey Case)*

Abdullah ÖMEROĞLU¹

ÖZ

Kişi, hem özel hem de kamu hukukunun en temel sujesi olduğundan, hukuk sistematığı ve uygulamasında hukuki kurum ve kavramlar, kişi ve kişilik hakları çerçevesinde ele alınmaktadır. Kişinin ayrılmaz ve vazgeçilmez veçheleri olan kişilik hakları ise, kişinin sadece birey olarak içinde yaşadığı toplumla etkileşimini düzenlemekle kalmaz, kişinin yine bizzat kendisi hakkındaki hak ve yükümlülüklerinin de yasal çerçevesini oluşturur. Klasik hukuk doktrininde bireylerin kişilik hakları, kişilik haklarının korunması ilkelerine göre hukuksal zeminde koruma altına alınmıştır. Bununla birlikte, bir çok ulusal ve uluslararası metinde düzenlenen ve yeni kuşak haklardan biri olarak kabul edilebilecek nitelikte olan “kişisel verilerin korunması hakkı” da kişilik haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Yine bu tür hakların aynı zamanda birçok insan hakları metinlerinde de yer bulduğu bilinmektedir. Bu noktadan bakıldığında, hemen hemen tüm kişilik haklarının aynı zamanda “kişisel bir veri” niteliğinde olduğu açıktır. Bu itibarla, çoğu kez aynı zamanda kişisel veri niteliğinde olan bir kişilik hakkının korunması, hem kişilik haklarının korunması ve hem de kişisel verilerin korunması hukukuna göre hukuksal koruma altına alınmıştır. Bu çalışmada, AİHS'nin Alkaya-Türkiye davası ölçeğinde, kişinin özel hayatı ve konut hakkına basın yoluyla yapılan bir saldırı bağlamında kişilik hakları kişisel veri anlamında ele alınmış ve kişilik haklarının kişisel verilerin korunması hukukuna göre korunması irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakları, Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Müdahale, Özel Hayata Saygı Hakkı, Konuta Saygı Hakkı, Kişilik Haklarının Kişisel Verilerin Korunması Hukukuna Göre Korunması.

ABSTRACT

Since the individual is the most basic subject of both private and public law, legal institutions and concepts in legal systematics and practice

1 Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi; Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, abdullah.omeroglu@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-7647-0637



are handled within the framework of individual and personality rights. Personality rights, which are indispensable and indispensable aspects of a person, not only regulate the interaction of the individual with the society in which he / she lives, but also constitute the legal framework of the rights and obligations of the person. Personality rights of individuals in classical doctrine of law have been taken under protection on the legal basis according to the principles of protection of personality rights. However, the right to personal data protection, which can be assumed as one of the new generation rights regulated in many national and international texts, also serves to protect personal rights. It is also known that such rights are also found in many human rights texts. From this point of view, it is clear that almost all personal rights are also “personal data” as well. In this respect, the protection of a personal right, which is often also a personal data, is protected under both the protection of personal rights and the protection of personal data. In this analysis, using the Alkaya-Turkey case as a scale, a person’s private life and his right to housing in an attack by press is elaborated in respect to the right of personal data and the protection of personal rights is discussed in terms of data protection law.

Keywords: Personality Rights, Intervention to Personality Rights by Press, Right to Respect to Private Life, Right to Respect to Housing, Protection of Personality Rights in Accordance with the Law of Protection of Personal Data.

GİRİŞ

Günümüzde internet kullanımının her alanda kullanımı ve sosyal etkileşimin sanal alemle birlikte ayrı bir boyuta evrilmesi sonucunda kişilik haklarında niteliksel anlamda daha özel bir katmanlaşma olduğu ve kişilik haklarına saldırıların da farklı bir özellik kazandığı artık kabul edilen bir olgudur.

Yeni kuşak hakların genişlemesi ve insan haklarının korunmasında bireysel başvuru gibi birçok yeni hukuksal aracın etkin kullanımı sayesinde daha etkin ulusal ve ulusüstü mekanizmaların devreye girmesi başta olmak üzere; kişisel verilerin korunması alanında kat edilen gelişmeler, kişilik haklarının korunması alanında da önemli etkiler bırakmıştır. Bu çerçevede, kişilik hakları hem içerik hem de bu haklara karşı yapılan saldırılar ve bu saldırılardan korunmaya dair yöntem ve mevzuat anlamında esaslı değişikliklere konu olmuştur.

Bu çalışmada kişilik hakları, Alkaya-Türkiye davası esas alınarak, kişilik haklarına yapılan saldırılar ile bu saldırılara karşı korunma yöntemleri, kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında incelenmiştir. Bu açıdan



çalışmanın odak noktasını oluşturan Alkaya-Türkiye davası, insan hakları hukuku bakımından gerektiği kadar ve dolaylı olarak irdelenmiş, söz konusu davanın esasına dair vakıalara yapılan temel atıflar muvacehesinde konu, aynı zamanda tarafı bulunduğumuz “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi)” ile AIHS’nin bahsi geçen davayla ilgili yollama yaptığı nokta olan kişisel verilerin korunması hukuku tahtında değerlendirilmiş bulunmaktadır.

I. ALKAYA-TÜRKİYE DAVASININ GENEL ÇERÇEVESİ

Yasemin Alkaya (Başvuran) tarafından, 13 Ekim 2006 tarihinde Ülkemiz aleyhine açılan başvuru ile, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (Sözleşme) 34’ncü maddesi uyarınca bazı temel haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bir başvuru (42811/06 numaralı başvuru) yapılmıştır².

Başvuran, ayrımcılıkla nitelendirdiği, özel hayatına ve konutuna saygı hakkının (Sözleşme’nin 8’inci maddesi) ihlal edilmesinden yakınmıştır. AIHM tarafından, Sözleşme’nin 29’uncu maddesinin 1’inci paragrafı uyarınca, davanın hem kabul edilebilirlik hem de esas bakımından birlikte hükme bağlanacağı kararlaştırılmıştır.

Başvuran, İstanbul’da ikamet eden, Türkiye’de tanınmış bir sinema ve tiyatro oyuncusudur. Başvuran, 12 Ekim 2002 sabahı, evinde bulunduğu sırada bir hırsızlık olayına maruz kalmış, bunun üzerine polisi arama ve şikâyette bulunmuştur. 15 Ekim 2002 tarihinde, ülke çapında çıkan günlük gazete Akşam Gazetesi’nde, başvuranın bir fotoğrafı ile birlikte, maruz kaldığı hırsızlık olayına ilişkin bir haber yayımlanmıştır. Söz konusu haberde, başvuranın kaldığı semt, sokağın adı ve daire numarası gösterilmek suretiyle, ev adresine açık bir biçimde yer verilmiştir.

Başvuran, 3 Aralık 2002 tarihinde, Zeytinburnu Asliye Hukuk Mahkemesinde (Asliye Hukuk Mahkemesi) söz konusu gazete, gazete müdürü ve ilgili gazeteciye karşı tazminat davası açmıştır. Başvuran, maddi tazminat hakkı saklı kalmak üzere, uyuşmazlık konusu haberin yayımlanmasından dolayı maruz kaldığı manevi zarar karşılığında on milyar Türk Lirası (TRL) tutarında manevi tazminat talep etmiştir.

2 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olan kararın gayri resmi tercümesi için bkz.: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%20CASE%20OF%20ALKAYA%20v.%20TURKEY%20%20%5B%20Turkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%20%5D%22%5D%22%7D>, %-22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%22%7D}.E.T. 26/02/2020.



Başvuran, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne sunduğu çeşitli dilekçelerde, söz konusu haberde açık adresinin belirtilmesiyle, ününden faydalanmak isteyen bazı okuyucular için kendisinin açık bir hedef haline getirildiğini ve bunun da, kendisine göre, hem fiziksel bütünlüğünü hem de malvarlığını tehlikeye soktuğunu ileri sürmüştür. Başvuran böylelikle, konutunun özel ve güvenli bir mekan olma vasfını yitirdiğini eklemiştir. Başvuran, basın rolünün önemini vurgulamakla birlikte, aynı zamanda sorumluluklarının da bulunduğunu ve adresinin yayımlanmasının hiçbir haber değeri taşımadığını, gazetenin bilgilendirme özgürlüğünün sınırlarını aştığını ve kişilik haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir. Başvuran, talebini desteklemek amacıyla, maruz kaldığı hırsızlık olayına ilişkin olarak diğer basın organları tarafından iletişim bilgileri belirtilmeksizin yayımlanan haberleri de örnek olarak sunmuştur.

Davalılar, 14 Mart 2003 tarihinde verdikleri savunma dilekçesinde, başvuranın birçok film ve dizide oynamış olan bir sinema ve tiyatro oyuncusu olduğunu özellikle belirtmişlerdir. Bu nedenle de başvuranın sıradan bir kişi olmadığını ve halka mal olduğunu belirtmişlerdir. Buna ek olarak, yayımlanan bilginin doğruluğuna itiraz edilmemiştir. Son olarak, haberin redaksiyon biçimi bir gazetecilik tekniği olup, ortalama ya da hedef kitle konumundaki okuyucuya cazip gelmesi için, haberin bu şekilde ilgi çekmesi amacıyla yazıldığı belirtilmiştir.

29 Mart 2005 tarihinde, Zeytinburnu Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuranın bir sinema ve tiyatro oyuncusu olarak ününden dolayı halka mal olmuş olduğunu ve bunun avukatı tarafından da kabul edildiğini belirterek tazminat talebini reddetmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuranın adresinin yayımlanmasının kendisini bir hedef haline getirmeyeceği ya da mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49'ncü maddesi kapsamında kişilik haklarını ihlal etmediğine hükmetmiştir.

Bunun üzerine başvuran, bu karara karşı temyiz talebinde bulunmuştur. Başvuranın avukatı temyiz dilekçesinde, söz konusu haberin yayımlanmasından itibaren, özellikle bazı kişilerin oyuncunun evinin önünde sabahtan, akşam geç saatlere kadar beklediklerini ve kendisine uygunsuz tekliflerde bulduklarını belirtmiştir. Başvuranın avukatı, bu sahneler tanık olmuş kişilerin, kendisine güzel olduğunu söyleyerek öpmek isteyen ve kendisi ile çıkmak isteyen bazı erkeklerin müvekkilinin evinin önünde bekledikleri yönündeki ifadelerine atıfta bulunmuştur. Avukat daha sonra, başvuranın korktuğunu ve bu nedenle evinde yalnız kalmasının imkânsız hale geldiğini belirtmiştir. Avukat, müvekkilinin açık adresinin yayımlanmasının bilgilendirme özgürlüğü kapsamına girmediğini ve müvekkilini bir hedef haline getirildiğini ifade



etmiştir. Avukat son olarak, müvekkilinin kişilik haklarının ihlal edilmiş olduğundan şikâyetçi olmuştur.

Bununla birlikte, 12 Haziran 2006 tarihinde Yargıtay, başvuranın temyiz talebini reddetmiş ve ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

A. AİHS Tarafından Başvurunun Ele Alınması

1. Sözleşme'nin 8'nci Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

Başvuran, ünü ve tanınırlığından dolayı ayrımcılıkla nitelendirildiği, özel hayatına ve konutuna saygı hakkının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedir. Bu kapsamda, başvuran, bir basın organı aracılığıyla adresinin yayımlanmasından ve özel hayatın gizliliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle Devlettten şikâyetçidir. Başvuran, aşağıdaki hükmü içeren Sözleşme'nin 8'nci maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir:

«Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.»

Hükümet, başvurunun reddini istemiş ve esasen başvuran tarafından Yargıtay kararına karşı, kendisine göre erişilebilir ve etkili bir başvuru yolu olan karar düzeltme yoluna gidilmediği için iç hukuk yollarının tükenmediğini ileri sürmüştür. Başvuran, bu sava itiraz etmiştir.

AİHM, daha önceden bu başvuru yolu hakkında birçok karar vermiş olduğunu hatırlatmıştır³. AİHM, somut dava itibarıyla, belirtilen başvurularda gösterdiği yaklaşımdan uzaklaşmasına neden olabilecek hiçbir neden görmemiştir. Yukarıda atıf yapılan içtihat ışığında, başvuranın talebi ile ilgili olarak Yargıtay tarafından Zeytinburnu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararının kesin olarak onandığının tespit edilmiş olmasını AİHM yeterli bulmuştur. Buradan hareketle, AİHM, Hükümetin bu ilk itirazını reddetmiştir.

AİHM, bu başvurunun Sözleşme'nin 35'nci maddesinin 3'ncü fıkrası hükümleri bakımından açıkça temelden yoksun olmadığını tespit etmiş ve ayrıca başka herhangi bir kabul edilemezlik nedeni bulunmadığını tespit ederek, başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

3 Bu konuda bkz.: **Gök ve Diğerleri /Türkiye**, no 71867/01, 71869/01, 73319/01 ve 74858/01, 47-48. paragraflar, 27 Temmuz 2006, ve **Kemal Taşkın ve Diğerleri /Türkiye**, no 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05 ve 45609/05, 39-41. paragraflar, 2 Subat 2010. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%7B%22CASE%20OF%20ALKAYA%20v.%20TURKEY%20%20%5B%20Turkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice%20%22%22%7D,%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D%7D> E. T. 26/02/2020.



2. AIHM'nin 8'inci Madde İle İlgili Başvuru Bakımından Esas Hakkındaki Kararı

a. Tarafların Savları

Hükümet, politikacılar, sanatçılar ve sporcular gibi kişilerin ünlerinden dolayı büyük dikkat çektiklerini ve halk tarafından haklarında sıradan kişilere göre daha çok bilgi talep edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, bu gibi kişilerin özel hayatları, dışa yansımaya daha çok müsait olduğundan, kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına saygı ve özel hayatlarının korunması haklarının, toplumun diğer bireyelerine göre daha sınırlı olduğunun belirtildiği Yargıtay 4'ncü Hukuk Dairesinin 28 Kasım 1974 tarihli bir kararına da atıfta bulunmuştur.

Hükümet, özel hayata saygı hakkının, herkese karşı korunması gereken vazgeçilemez ve mutlak bir kişilik hakkı olduğunu esas olarak kabul etmektedir. Diğer yandan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da, özel hayata saygı hakkını ve konut dokunulmazlığını teminat altına almıştır. Buna ek olarak, Medeni Kanun, münhasır bir şekilde özel hayatı koruyan bir hüküm içermemekle birlikte, 23 ve 24'ncü maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49'ncü maddesinin kişilik haklarının korunmasını sağlamaya imkân tanımakta olduğu belirtilmiştir⁴.

Hükümet bu nedenle, kişilik haklarının sınırsız bir yasal korumadan yararlanamayacağını ve bazı durumlarda daha önemli bir hakkın korunması gerektiğinde, diğer hakların sınırlandırılması sonucunu doğurabileceğini belirtmiştir.

4 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 23 üncü maddesine öre: "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve maneî tazminat isteminde bulunulamaz". Yine TMK'nın 24 üncü maddesine göre: "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldıran kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır". Nihayet TMK'nın 25 inci maddesine göre: "Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Davacının, maddî ve maneî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Maneî tazminat istemi, karşı tarafta kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir". <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>, E.T. 24/03/2020.



Buna ek olarak, Hükümete göre, özel hayata saygı hakkının söz konusu medya tarafından ihlal edilmesi durumunda, uyumsuzluğu çözmekle görevli hakim iki yönden takdir hakkı bulunduğu, bunların; “hukuk tarafından korunmayı gerektiren yasal değer belirlenmesi” ve “hukuka aykırılık” faktörleri olduğu belirtilmiştir. Hukuka aykırılık sorununun incelenmesi sırasında, hâkim, çatışan hakları değerlendirecek, sonra da, hangi hakkın daha öncelikli olduğuna karar verecektir.

Yine Hükümete göre, kişilik haklarını etkileyen bir eleştirinin veya bilgilerin hukuka aykırılıklarının tespiti için bir kriterin bulunmaması halinde, her olayın kendi özelliklerine göre, hangi çıkar veya hakkın öncelikli olduğunun tespitinin hakim tarafından yapılacağı dile getirilmiştir. Bu kapsamda, Yargıtay’ın yerleşik içtihadına ve doktrinin yerleşik görüşlerine atıf yapan Hükümet, haberlerin Türk Medeni Kanunu’nun 24’ncü maddesinin 2’nci fıkrası hükümlerine uygun olması için şu iki kriteri karşılaması gerektiğini ileri sürmüştür: doğruluk, halkın ilgisi ve çıkarı, güncellik ve değerlendirilen konu ile konunun ifade edilişi arasında bir bağ bulunması. Hükümet bu açıklamalarını desteklemek amacıyla, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 6 Mayıs ve 15 Temmuz 2009 tarihli iki kararına⁵ ve ayrıca, Yargıtay 4’ncü Hukuk Dairesinin 11 Temmuz 2006 ve 29 Kasım 2007 tarihli kararlarına atıf yapmıştır⁶.

Somut davada iç hukuk hakimi, çatışma halindeki iki menfaatin değerlendirilmesi ile karşı karşıya kalmıştır: özel hayatın ihlal edildiği iddiası ve basın özgürlüğü. İç hukuk hâkimi, basının başvuranın özel hayatına müdahalesinin yasallığı sorununu çözüme bağlamak için yerleşik içtihat tarafından belirlenmiş kriterler doğrultusunda yaptığı inceleme sonucunda, haberin doğru olduğuna, halkın ilgisini hak ettiğine ve kamuya mal olmuş kişiler ile ilgili suç olaylarına ilişkin haberlerin bilinmesinde bir kamu yararının bulunduğu sonucuna varmıştır. Haber ayrıca, olaydan birkaç gün sonra yayımlandığı için güncel bir nitelik taşımakta ve haber konusu ile ifade ediliş şekli arasında bir bağlantı bulunmaktadır. Ayrıca, uyumsuzluk konusu haberin metninin tümüyle incelenmesinde, bu haberin ilgisiz bilgiler içermediği ve kullanılan üslubun yerinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Hükümet son olarak, sahip oldukları takdir yetkisi uyarınca Devletlerin belli bir dava bakımından alınacak önlemleri belirleyebileceklerini ve iç hukukun belli bir ihlali önlemek veya onarmak için çeşitli dava türleri

5 Yargıtay Genel Kurulu’nun E.2009/4-100 – K. 2009/163,ve E. 2009/4-276 –K. 2009/396 Kararları.

6 Yargıtay 4’ncü Hukuk Dairesinin 2005/8200 – K.2006/8394, ve E.2006/13374 – K.2007/15131 Kararları.



öngördüğünü ileri sürmüştür. Hükümet, bu kapsamda, başvuranın davayı kazanamamasının, söz konusu başvuruyu etkisiz kılmadığını ileri sürmüştür.

Başvuran, mağduru olduğu hırsızlık olayının doğurduğu stres ve korkunun, uyumsuzluk konusu haberde adresinin belirtilmesiyle ve haberin ülke genelinde yüksek tirajlı bir gazetede yer verilmesiyle, daha da büyüdüğünü ileri sürmüştür. Başvuran, gerçekten de, tacize maruz kalmış ve konutu özel ve güvenli bir yer olmaktan çıktığını belirtmiştir. Başvuran ayrıca, mağduru olduğu hırsızlık olayına ilişkin bir haberde kişisel adresinin belirtilmesinin, söz konusu olgular göz önüne alındığında, kamuyu bilgilendirme ile hiçbir ilgisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, bilgilendirmenin hırsızlık olayı ile sınırlı tutulması gerekli olup, konutunun tam adresi belirtilmeden de haber yapılması mümkündür. Buna karşılık, maruz kaldığı bu davranış, gazeteciliğin temel ilkelerine de ters düşmektedir. Başvuran, ayrıca söz konusu haberin Yargıtay 3'ncü Hukuk Dairesinin 27 Mart 1986 tarihli kararında⁷ belirtilen ilkelere de aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Başvuran, söz konusu karardan ilgili kısımları da alıntılarla başvurmasına eklemiştir⁸.

Başvuran, aynı zamanda, özel hayatının korunması için gerekli tedbirleri almak konusunda pozitif yükümlülüğü bulunan Devleti, bu yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle eleştirmiştir. Başvuran ayrıca, ünlü bir kişi olduğu için tazminat hakkından faydalanamayacağı yönündeki yaklaşımın, ne demokratik bir toplumun gerekleriyle, ne de hakkaniyet ilkesi ile uyduğuna ileri sürmüştür. Başvuran, resmi makamların, olguları açıklamak için kendisinin ünlü oluşuna dayanmaları suretiyle adaletsizliği ortadan kaldırma ödevlerini yerine getirmediğini iddia etmiştir.

b. AİHM'nin Değerlendirmesi

AİHM, özellikle, kişisel özerklik ve kişisel gelişimi kapsayan ve eksiksiz bir tanımlamaya konu olamayacak kadar geniş bir kavram olan “özel hayat” kavramı hakkında daha önce birçok karar verdiğini hatırlatmıştır⁹. Bu kavram ayrıca, kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğünü¹⁰, her türlü ilgiden uzak bir şekilde kendi başına yaşama hakkını¹¹ da kapsamaktadır.

7 Yargıtay 3'ncü Hukuk Dairesinin 27 Mart 1986 tarihli ve E.1986/984 – K.1986/3196 Kararı.

8 “Bilgi edinme hakkı, kamu yararı ve toplumsal yarar, güncellik, işlenen konu ile ifadesi arasında fikri bir bağ şeklindeki temel ilkelere sınırlıdır. Bir haberin bu ilkelere biri ile ters düşmesi durumunda, hakkın kanun ile uyumlu olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.”

9 Pretty /Birleşik Krallık, no 2346/02, 61. paragraf, AİHM 2002-III.

10 X ve Y/Hollanda, 26 Mart 1985, 22 ila 27. paragraflar, seri A no 91.

11 Smirnova /Rusya, no 46133/99 ve 48183/99, 95. paragraf, AİHM 2003-IX.



Bu kavram bazen, bir bireyin fiziksel ve sosyal kimliği biçimlerine de bürünebilir¹². AİHM ayrıca, Sözleşme'nin 8'nci maddesi tarafından bu kapsamda sağlanan garantinin, temel olarak diğer kişilerle olan ilişkilerinde her bir bireyin kişiliğinin dış bir müdahale olmaksızın gelişimini sağlamaya yönelik olduğunu ve kamusal alanda dahi, birey ile üçüncü kişiler arasında özel hayat olarak kabul edilebilecek bir etkileşim alanının bulunduğuna da işaret etmiştir.

AİHM diğer yandan, Sözleşme'nin 8'nci maddesinin, “*özel hayat ve aile hayatının*” geliştiği fiziksel olarak belirli bir yer olan “*bireyin konutuna saygı hakkını*” koruduğunu yinelemektedir. Bireyin, yalnızca belli fiziksel bir mekan olarak değil, ayrıca huzurlu bir şekilde yaşanan bir mekan olarak konutuna saygı hakkı vardır. Bu bağlamda, konuta saygı hakkının ihlali aynı zamanda somut ve fiziksel olmayan ihlalleri de kapsamaktadır¹³.

Somut davada, AİHM, başvuranın yazılı basında yapılan haberde adresinin belirtilmesinden dolayı, hem “*özel hayatına saygı hakkının*” hem de “*konutuna saygı hakkının*” ihlalden şikayetçi olduğunu gözlemlemektedir. AİHM bu kapsamda, ikamet yeri tercihinin temel olarak özel bir karar olduğunu ve bu tercihin serbestçe yapılmasının Sözleşme'nin 8'nci maddesi tarafından korunan kişisel özerklik alanının bütüncül bir unsuru olduğunu vurgulamanın gerekli olduğu düşüncesindedir.

Bu makalenin konusu anlamında AİHS'ye göre, bir bireyin ev adresi, bu bakımdan, özel hayat kapsamına giren “*kişisel bir veri veya bilgi olup*”, bundan dolayı, kendisine tanınan korumadan yararlanır. AİHM, bu nedenlerden dolayı, özel hayatın korunmasına ilişkin gereklilikler bakımından başvurunun incelenmesi yönünde karar vermiştir.

AİHM ayrıca, tanınmamış bir bireyin özel hayatına saygı hakkının korunmasını isteyebileceği gibi, kamuya mal olmuş kişilerin de aynı talepte bulunma haklarının olduğunu hatırlatmıştır¹⁴. AİHM'ye göre, bir birey, tanınmış bir kişi olsa bile, belli durumlarda, özel hayatının korunması ve özel hayatına saygı konusunda “*meşru bir beklenti*” hakkına sahiptir¹⁵.

12 Mikulić /Hırvatistan, no 53176/99,53. paragraf, AİHM 2002-I.

13 Moreno Gómez/İspanya, no 4143/02, 53. paragraf, AĐHM 2004-X.

14 Minelli /İsviçre (kabul edilebilirlik kararı), no 14991/02, 14 Haziran 2005.

15 Von Hannover /Almanya (no 2) [BD], no 40660/08 ve 60641/08, 97. Paragraph; AİHM 2012, Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue /Belçika, no 64772/01, 78. paragraf, 9 Kasım 2006, ve Hachette Filipacchi Associés (ICIPARIS) /Fransa, no 12268/03, 53. paragraf, 23 Temmuz 2009).



AYİHM, somut davada, uyuşmazlık konusu fiilin devletin bir fiili olmadığını; ancak, başvuranın yetersiz bulduğu hususun, özel hayatı konusunda iç hukuk makamlarınca sağlanan korumanın derecesi olduğunu gözlemlemektedir. Burada AYİHM'ye düşen, Sözleşme'nin 8'nci maddesi kapsamında üzerine düşen pozitif ödevler bakımından devletin, başvuranın özel hayatının korunması hakkı ile karşı tarafın Sözleşme'nin 10'ncü maddesi tarafından korunan ifade özgürlüğü hakkı arasında adil bir denge kurup kurmadığının tespiti noktasına odaklanmaktadır¹⁶.

Bu kapsamda, AYİHM, özel hayatın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü hakkı arasında kurulacak adil dengeyi tespitinin, yayımlanan haberin kamu yararı içeren tartışmalara bir katkısının olup olmadığına yattığını tekrar belirtir¹⁷. Ayrıca, özel hayata müdahalenin ağırlığına ve yayımın hedeflenen kişi üzerinde yaratacağı etkilere de bakılmalıdır¹⁸.

Somut olayın koşullarına bakılacak olursa, AYİHM, başvuranın hiçbir şekilde, ne iç hukuk makamları önünde ne de kendisi önünde, maruz kaldığı hırsızlık ile ilgili haberin yayımlanmasına itiraz etmemiş olduğunu gözlemlemektedir. İtiraz konusu yapılan tek husus ise, kamu için bilgilendirici bakımdan hiçbir ilgisi bulunmayan ve özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturan ev adresinin açıklanması fiili olmuştur.

Bu kapsamda, kamunun bilgilendirilmesi hakkı, demokratik bir toplumdaki temel haklardan olsa bile, AYİHM, kimi özel koşullarda, tanınmışlık dereceleri ne olursa olsun, tek amacı ünlü kişilerin özel hayatı hakkında belli bir kesimin meraklarını gidermek olan kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatı ile ilgili yayımların toplumun genel menfaati için herhangi bir tartışma sağlamayacağını hatırlatır¹⁹.

AYİHM, somut davada, Hükümetin ileri sürdüğü üzere, kamuya mal olmuş kişilerin maruz kaldıkları suç gibi nitelikli fiillerin yayımlanmasının toplumun menfaati için gerekli olduğu ve suçluluk ile ilgili olarak daha büyük bir kamuoyu ilgisini üzerine çektiği bilgisine yer vermiştir. Ancak, AYİHM, ne ilgili haberde, ne de Hükümetin gözlemlerinde, söz konusu gazetenin başvuranın rızası alınmaksızın, açık ev adresini belirtmesine neden olan toplumsal menfaatleri ortaya koyacak bir unsur görmüştür.

16 Bkz. Yukarıda, Von Hannover (Dipnot 13).

17 Von Hannover /Almanya, no 59320/00, 76. paragraf, AYİHM 2004-VI).

18 Bkz. mutatis mutandis, Karhuvaara ve Iltalehti /Finlandiya, no 53678/00, 47. paragraf, AĐHM 2004-X, ve Gourguénidzé /Gürcistan, no 71678/01, 41. paragraf, 17 Ekim 2006.

19 Bkz. Von Hannover.



Buna ek olarak, AİHM'ye göre, Hükümet, ilgili haberin iç hukuk yargı yerleri tarafından incelenmesi sonucunda mevcut çıkarların dengelendiğini ve incelemenin, Yargıtay içtihadı ile saptanmış olan konuyla ilgili ilkelerin ışığında yapıldığını ileri sürüyor olsa bile, iç hukuk yargı mercilerinin karar gerekçelerinden somut dava itibarıyla durumun gerçekten böyle olduğu çıkarılmamaktadır. Başvuranın tazminat talebini reddeden Zeytinburnu Asliye Hukuk Mahkemesinin ret kararına bakıldığında, AİHM, bu yargı merciinin, başvuranın adresinin yayımlanmasının, başvuruyu hedef yapmaya veya kişilik haklarını ihlale neden olamayacağı sonucuna varmak için ilgilinin kamuya mal olmasına dayanarak kendisini sınırlamış olduğunu gözlemlemiştir.

AİHM'ye göre, aynı şekilde, ilgili iç hukuk yargı yerleri, hırsızlık olayının gerçekleşmesinden birkaç gün sonra, ülke genelinde çıkan bir gazete tarafından başvuranın ev adresi hakkında yapılan yayımın başvuranın yaşamı üzerindeki olası etkilerini, başvuranın evinin önüne kadar gelen ve uygunsuz tekliflerde bulunan kişilerden şikayet etmesine ve bunun sonucunda ortaya çıkan güvensizlik duygusuna rağmen, dikkate almamış gözükmektedirler.

AİHM'ye göre, mevcut çıkarların değerlendirilmesindeki bu eksiklik ve yayımın başvuran üzerindeki etkileri, Sözleşmenin 8'nci maddesi uyarınca devlete düşen pozitif yükümlülüklerle uygun düşmemektedir. Yukarıda belirtilen değerlendirmeler ışığında, devletlerin bu konuda takdir yetkileri bulunmakla birlikte, AİHM, iç yargı mercilerinin AİHM tarafından oluşturulan kriterlere saygı çerçevesinde menfaatleri dengeleyemediklerini göz önüne alarak, başvuranın özel hayatı bakımından yeterli ve etkili bir koruma sağlamadıkları sonucuna varmıştır. AİHM, buradan hareketle, Sözleşme'nin 8'nci maddesinin ihlal edildiği sonucuna oy birliğiyle karar vermiştir. AİHM, başvurucuya ayrıca manevi tazminat kapsamında 7.500 Avro ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

II. DAVADA İRDELENEN KİŞİLİK HAKLARI VE BU HAKLARIN KİŞİSEL VERİLER İLE İLİŞKİSİ

A. Kişilik Hakları

Kişilik hakkı, öğretisi ve yargı kararlarında farklı şekillerde tanımlanmıştır. Yargıtaya göre, "kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü kişilik hakkını oluşturur"²⁰.

20 Yargıtay 4. HD. 10.04.2008, 9966/5096 (YKD 2008, C. XXXIV, 1718).



Doktrinde en geniş ifadeyle, kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakları olarak ifade edilmiştir²¹.

Kişilik hakları çok geniş sayılabilecek bir kategoriye sahip olup, bu haklar, kişinin ayrılmaz bir parçası niteliğindedir. Bu açıdan bu hakların, çoğu kez kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamındaki mutlak haklardan oldukları ve herkese karşı ileri sürülebildikleri söylenebilir.

Çalışmamız bakımından kişisel verilerin işlenmesi ile bağlantılı kişilik değerlerine genel olarak bakıldığında; kişinin şeref ve onuru, kişinin hayat alanı, kişinin resmi ve sesi, kişiye ait hassas veri gibi başlıklar sayılabilir²².

Türk hukukunda, kişilik hakkı ve özel hayatın gizliliği ile ilgili temel düzenlemeler, Anayasamızın 20 nci maddesi ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır.

Doktrinde, kişilik haklarının mevzuatta nasıl düzenleneceği hakkında iki farklı usulden söz edilmektedir. Bu yöntemler, kişilik hakkının kapsamının hangi kişisel değerleri içine aldığını teker teker tahdidi olarak sayılması ya da kişilik hakkına ilişkin genel çerçeve çizilerek, bu hakkın içeriğine dahil olan kişisel değerlerin tespitini öğreti ve uygulama yoluyla içtihatlarla bırakılmasıdır²³.

Türk-İsviçre hukukunda, Alman Medeni Kanunu'ndan ayrılarak, Medeni Kanunda kişilik hakkı düzenlenirken kanun koyucu ikinci seçeneği tercih etmiş ve kişilik hakkına ilişkin genel ve çerçeve bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir²⁴.

Bu kanun yapma tekniğinin daha isabetli olduğu kabul edilmekte, böylece kişisel değerlerin gelişen teknoloji ve sosyal çevre karşısında yeni şekillerle karşımıza çıkması halinde, kişilik hakkı başlığı altında hukuken korunabileceği haklı olarak savunulmaktadır²⁵.

21 DURAL Mustafa - ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku**, İstanbul 2018, s. 99; VELİDEDEOĞLU, **Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku**, İstanbul, 1963, s. 107; ATAAY, **Şahsın Hukuku**, İstanbul, 1969, s. 122; ÖZSUNAY Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, 1979, s. 97; TEKİNAY, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, İstanbul, 1992, s. 223; İMRE, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1980, s. 445.

22 ATASOY Kemal, **Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası**, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 275. S. 269-303.

23 DURAL Mustafa - ÖĞÜZ Tufan, s. 100.

24 ÖZEL Sibel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 28.

25 OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku** (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 158; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 453; HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, s. 71.

B. Genel Olarak Ülkemizin Kişisel Verilerin Korunması Mevzuatı

Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili mevzuatımıza bakıldığında Anayasamızın 20 nci maddesi ve tarafı bulunduğumuz Avrupa Konseyi Sözleşmesi (108 Sayılı Sözleşme) ve bunun Ek Protokolü (181 Sayılı Sözleşme) ile ulusal düzenlememiz olan 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu olduğu görülmektedir.

1. Anayasamızın 20'nci Maddesinin Son Fıkrası

Anayasamızın 20'nci maddesinin son fıkrasına 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte kişisel veri ve kişisel verilerin korunması kavramı mevzuatımıza dâhil edilmiştir. Bu kapsamda, “Özel hayatın gizliliği” başlığını taşıyan 20 nci maddeye göre;

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.

Burada değinilmesi gereken önemli bir konu, “kişisel veri ve kişisel verilerin korunması” haklarının Anayasamızda, “özel hayatın gizliliği” başlığı altına derc edilmiş olmasıdır. Anayasa koyucunun kişisel verilerin korunması hakkını kişilik haklarının da önemli bir parçası olan özel hayatın gizliliği altında düzenlemiş olması isabetli olmuştur. Çünkü kanımızca, bu sayede, kişisel verilerin korunması hakkının, önemli bir güvence alanına sahip olan “özel hayatın gizliliği” hakkı çerçevesinde daha güçlü bir şekilde koruma altına alınmış olacaktır.

2. 108 Sayılı Sözleşme

“Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” (108 Sayılı Sözleşme) Ülkemizce 28/01/1981 tarihinde imzalanmış ve 02/05/2016 tarihinde onaylanmıştır²⁶. Sözleşme Ülkemiz bakımından 01/09/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁷.

3. 181 Sayılı Sözleşme

108 Sayılı Sözleşmenin Ek Protokolü olan “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesine Denetleyici Otoriteler ve Sınır

26 ÖMEROĞLU, Abdullah, Kişisel Verilerin Uluslararası Adli Yardımlaşma Alanında Korunması,

Uluslararası Hukuk Bülteni, 2017, 11. Sayı, s. 30.

27 RG, 24 Mayıs 2016, Sayı 29721.



Aşan Veri Akışlarına Ek Protokolü” (181 Sayılı Sözleşme), Ülkemizce 08/11/2001 tarihinde imzalanmış ve 11/07/2016 tarihinde onaylanmıştır. Ek Protokol, Ülkemiz bakımından 01/11/2016 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır²⁸.

4. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (6698 Sayılı Kanun) 24/3/2016 tarihinde kabul edilmiş olup, 7 Nisan 2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. 6698 Sayılı Kanun’un 1 inci maddesine göre, Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.

Bahsi geçen bu düzenlemeler incelendiğinde, bunların “kişisel verilerin korunması” ile ilgili olduğu ve münhasıran kişisel verilere yönelik hükümleri ihtiva ettikleri görülmektedir.

C. Kişilik Haklarının Kişisel Verilerle İlişkisi

6698 Sayılı Kanun’a göre *kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*” kapsamaktadır. Bu tanım, 108 Sayılı Sözleşme’nin 2’nci maddesinde yer alan “kişisel veri” tanımıyla neredeyse aynı niteliktedir. Burada dikkat edilecek nokta, her hangi bir ayırıma gidilmeksizin “kişiye ilişkin her türlü bilginin” kişisel veri sayılmış olması ve tahdidi (numerus clausus) bir tanımlamanın yapılmamış olmasıdır. Bu geniş tanım, sürekli değişen ve gelişen çağın gerekliliklerine kanaatimizce daha uygun bir yaklaşımdır²⁹.

6698 sayılı kanun’un bahsi geçen maddesindeki tanımdan çıkarılabilecek bir başka sonuç da sadece gerçek kişilere dair kişisel verilerin koruma alanına dâhil olmasıdır. Her ne kadar tarafı bulunduğumuz 108 sayılı Sözleşme’nin 3. maddesinin 2. fıkrasının b bendi aracılığıyla 108 sayılı Sözleşme, uygulama alanının tüzel kişilere de teşmil edilebilmesini taraf devletlerin ilan edeceği beyan yoluyla mümkün kılmış ise de³⁰, ülkemiz bu yöndeki genişletici bir beyanda bulunmamış olduğundan, tüzel kişilere dair veriler 108 sayılı Sözleşme ve 6698 sayılı kanun kapsamına girmemektedir³¹. Bu hükme göre, Sözleşme’ye taraf olan devletler,

28 RG, 17 Mart 2016, Sayı 29656.

29 ÖMEROĞLU, Abdullah, Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Kurumu, **Uluslararası Hukuk Bülteni**, 2016, 8. Sayı, s. 37.

30 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/entions/treaty/108/declarations?p_auth=AwcyxWI2, E.T. 01.03.2020.

31 Arnavutluk, Avusturya, İtalya, Lihtenştayn, İsviçre ve Ukrayna, ilan etmiş oldukları beyanlarla, 108 sayılı Sözleşmenin kapsamını gerçek kişilerle sınırlamamış ve genişletmiş olan belli başlı ülkelerdir.



topluluklar, dernekler, vakıflar, şirketler, kurumlar ve tüzel kişiliğe sahip olsun veya olmasın, doğrudan veya dolaylı olarak gerçek kişilerin bir araya gelmesiyle oluşmuş her çeşit diğer kuruluşlar hakkında da uygulayacağını bildirebilir³². Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir husus da, 108 sayılı Sözleşmenin 3. maddesi hükmüne göre uygulama alanının sadece tüzel kişilere değil, gerçek kişiler dışında kalan ve tüzel kişilik kazan(a)mamış şirketler ve ortaklıklar gibi tüm oluşumlara teşmil edilebilmesidir³³.

Kişisel verinin hukukî niteliği, korumaya ilişkin rejimin belirlenmesi açısından önemlidir. Bu konuda doktrinde mülkiyet hakkı, fikri hak ve kişilik hakkı şeklinde üç farklı görüş savunulmaktadır³⁴. Ancak bu üç görüşü iki ana grupta toplamak mümkündür. Doktrinde, kişisel verileri sahibinden soyutlayarak bağımsız bir ürünmüş gibi ortaya koyan mülkiyet hakkına ve fikri hakka ilişkin görüşleri “ekonomik hak yaklaşımı”; buna karşılık kişiyle veri arasındaki bağlantıyı koparmaksızın onu şahsiyet kapsamında değerlendiren kişilik hakkı görüşünün ise “insan hakkı yaklaşımı” altında incelenmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır³⁵.

Yargıtay uygulamasında, kişisel veri kavramı, çok geniş tanımlanmış ve kabul edilmiştir³⁶. İş sözleşmesinin geçersizliğinin ele alındığı bir davada da Yargıtay, benzer yönde genişletici bir yorum yapmıştır³⁷.

- 32 <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf>, E.T. 03.03.2020.
- 33 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000011680078b37>, E.T. 01.03.2020.
- 34 TAŞTAN Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 54.
- 35 KÜZECİ, Elif; *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2010, s. 60.
- 36 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2012/1514 E. , 2014/312 K. Sayılı kararı.
- 37 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10.01.2019 tarih ve 2018/10718 Esas, 2019/559 numaralı Kararı: “Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içerisinde iletişim gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Somut uyumsuzlukta, whatsapp konuşmaları gizlilik içeren kişisel veri niteliğinde olduğundan, salt nasıl temin edildiği anlaşılmayan bu yazışmalara dayanılarak iş akdinin feshi haksız olup, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalıdır...” Yargıtayın konuya dair güncel olan diğer kararları için bkz: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T. 26/02/2020: 11. Hukuk Dairesinin 16/12/2019 tarihli ve 2019/1667 E., 2019/8208 K. sayılı kararı; 12. Ceza Dairesinin 04.12.2019 tarihli ve 2018/8361 E., 2019/11401 K. sayılı kararı; 12. Ceza Dairesinin 04.12.2019 tarihli ve 2019/12708 E., 2019/11398 K. sayılı kararı; 12. Ceza Dairesinin 27.11.2019 tarihli ve 2019/459 E., 2019/11109 K. sayılı kararı; 12. Ceza Dairesinin 27.11.2019 tarihli ve 2019/12443 E., 2019/11106 K. sayılı kararı; 19. Ceza Dairesinin 11.11.2019 tarihli ve 2019/31517 E., 2019/14002 K. sayılı kararı.



Kişisel Verileri Koruma Kurumu da (KVKK), kişisel veri kavramını çok geniş yorumlamaktadır³⁸. KVKK'ya göre, kişisel veri, yalnızca ad, soyad, doğum tarihi ve doğum yeri gibi kişinin kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Bu durum, kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar³⁹. Bu tanıma bakıldığında, hemen hemen tüm kişisel verilerin aynı zamanda kişilik hakkının da bir parçası olduğu sonucuna varılabilir.

6698 Sayılı Kanun'un, 6 ncı maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin tanımı yapılmıştır. Buna göre, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. Burada dikkat edilecek olursa, özel nitelikli kişisel verilerin, kişilik hakkının daha özel ve mahrem bir alanına mümas olduğu görülmektedir⁴⁰.

38 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Sikka-Sorulan-Sorular, E.T. 01.03.2020>.

Kimliği belirli ya da belirlenebilir nitelikteki gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir. Kişisel veriden söz edebilmek için, verinin gerçek kişiye ilişkin olması ve bu kişinin de belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir. Buna göre: a) Gerçek kişiye ilişkin olma: Kişisel veri, gerçek kişiye ilişkin olup, tüzel kişilere ilişkin veriler kişisel verinin tanımının dışındadır. Dolayısıyla, bir şirketin ticaret unvanı, adresi, vergi kimlik numarası, MERSİS numarası ve cirosu gibi tüzel kişiliğe ilişkin bilgiler (bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilecekleri durumlar haricinde) kişisel veri sayılmayacaktır. b) Gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılması: Kişisel veri, T.C. kimlik numarasında olduğu üzere ilgili kişinin doğrudan kimliğini gösterebileceği gibi, o kişinin kimliğini doğrudan göstermemekle birlikte araç plaka numarasında olduğu üzere herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm bilgileri de kapsar. c) Her türlü bilgi: Bu ifade son derece geniş olup, bir gerçek kişinin sadece kimliğini ortaya koyan, adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bilgiler olabileceği gibi; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler de kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Kanunda hangi bilgilerin kişisel veri olarak kabul edileceğine ilişkin sınırlı sayım esas benimsenmediğinden, kişisel verilerin kapsamının genişletilmesi mümkündür. Önemli olan, verinin herhangi bir gerçek kişi ile ilişkilendirilebiliyor olması ya da o gerçek kişiyi tanımlayabilmesidir.

39 Madde ve Gerekçesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara, 2019, s.9.

40 KAYA Afra Ece, Kişilik Hakkı Olarak Kişisel Veriler ve Yeni Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 125, Ocak 2017, Sayfa: 6.



Kişiyi ilişkin bilgilerin kapsamına; numerik, grafiksel, fotografik veya işitsel her türlü biçimdeki veri girmektedir. Örneğin kapalı devre kamera sistemlerinden (CCTV), video konferans sistemlerinden veya cep telefonu kameralarından alınan her türlü fotoğraf ve video kayıtları ya da kişinin eldeki vasıtalarla çözülebilir nitelikteki şifrelenmiş özgeçmiş dosyası veya kişinin ses kaydı bu kapsamdadır⁴¹.

KVKK'nın hassas kişisel veriler ile ilgili kararında da genişletici yorumda bulunduğu açıkça görülmektedir⁴². KVKK, bir gazetede şikayet sahibinin oğluna yönelik yer alan köşe yazısında, babasının kanser tedavisi nedeniyle bir süre önce görevine ara verdiğine ilişkin bir habere yer verildiği dolayısı ile ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verisi olan sağlık verilerinin rızası dışında işlendiği ve üçüncü kişilerle paylaşılması nedeniyle söz konusu Gazete hakkında 125.000 TL idari para cezasının uygulanmasına karar vermiştir⁴³.

KVKK, bir havayolu taşımacılık şirketinin (veri sorumlusu) sunduğu sadakat programını kullanan ilgili kişinin kullanıcı adı ve parola bilgilerini değiştirme talebi karşısında ilgili kişiden arkalı önlü kimlik görüntüsü talep eden, ilgili kişinin kimlik görüntülerinin silinmesi talebine ise verilerin sistemlerinde tutulmadığı ve üçüncü kişilerle paylaşılmadığı yanıtını veren veri sorumlusu hakkında yapılan şikayet konusunda; ilgili kişinin açık rızasının alınmadığı, açık rızanın aranmadığı diğer hallerin bulunmadığı, genel ilkelere uyulmadığı ve ilgili kişinin haklarına riayet edilmediği gerekçesiyle veri işleme faaliyetinin hukuka aykırı olduğu, bu çerçevede kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesini önlemek amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorunda olan veri sorumlusunun veri güvenliğine ilişkin yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına ve ilgili birimleri ile veri işleyenleri bilgilendirmesi hususunda veri sorumlusunun talimatlandırılmasına karar vermiştir⁴⁴.

KVKK, öğretim görevlisi ve araştırma görevlisi kadrolarına yapılacak atamalarda uygulanacak "Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" (Yönetmelik) hükümleri doğrultusunda değerlendirme puanlarının, veri

41 TAŞTAN Furkan Güven, s. 40.

42 KVKK kararları için bakınız: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5406/Kurul-Karar-Ozetleri>.

43 KVKK'nın 09/12/2019 tarihli ve 2019/372 sayılı kararı için bkz: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6663/2019-372>, E.T. 28.02.2020.

44 01.10.2019 tarihli ve 2019/294 sayılı kararı için bkz: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6556/2019-294>, E.T. 28.02.2020.



sorumlusunun internet sitesi aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmasının 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na (Kanun) uygun olup olmadığı konusundaki kendisine yapılan bir görüş talebi konusunda; kişisel verinin işlenmesinde amaca uygunluk, süre ve kişisel verinin diğer üçüncü kişilerce öğrenilmesinde fayda bulunup bulunmadığı gibi kıstaslar bakımından da değerlendirmeler yapmış ve bahsi geçen konuda aşağıdaki gibi karar vermiştir:

Öncelikli olarak belirtilen ilanın, mevzuatta öngörülen süre kadar; böyle bir düzenleme yoksa veri sorumlusu tarafından işlendiği amaç için gerekli olduğu değerlendirilen süre ile sınırlı olması gerektiği, bununla birlikte söz konusu kişisel verilerin, internet ortamında ya da diğer fiziki ortamlarda ilanı halinde üçüncü kişiler tarafından tüm unsurlarıyla bilinir hale gelmesinde bir yarar bulunmadığı dikkate alındığında;

-İnternet ortamında yayımlanan kişisel verilerin tamamen kaybolmadığı göz önüne alındığında değerlendirme puanlarının, Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan genel ilkelere uyumlu şekilde, yalnızca akademik kadrolara müracaat eden ilgili kişilerce görüntülenebildiği bir yöntemle ve kimlik doğrulaması yapılmak suretiyle sorgulamasına imkân verecek şekilde ilan edilmesi gerektiğine,

-İlgili kişiler ile sınav puanları arasındaki bağlantının, maskeleyme (kişisel verilerin belli alanlarının kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde silinmesi, üstlerinin çizilmesi, boyanması ve yıldızlanması gibi işlemler) yöntemleriyle kaldırılmasının uygun olacağına, bu kapsamda adaylara ait ad- soy ad, T.C. kimlik numarası gibi verilerin, kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılabilmek özelliğinin ortadan kaldırılabilmesi adına, anılan bilgilerin açık şekilde yazılması yerine, kişinin kendisinin anlayabileceği şekilde harflerin ya da rakamların "A**** B**** , 11*****11" şeklinde yıldızlanarak yukarıda sözü edilen yöntemlerle yayımlanabileceğine,

-Kanunun 10 uncu maddesinde hükme bağlanan aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, üniversiteler tarafından söz konusu kişisel veri işleme faaliyetine ilişkin olarak ilgili kişilerin aydınlatılması gerektiğine karar verilmiştir⁴⁵.

KVKK, Kişisel Verileri Koruma Günü (8 Nisan) kapsamında konuyla ilgili benzer bir değerlendirmede bulunmuştur⁴⁶.

45 KVKK'nın 26/12/2019 tarihli ve 2019/389 sayılı kararı için bkz.: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6668/2019-389>, E.T. 28.02.2020.

46 "Şuna karar vermemiz gerekiyor. Biz mi kişisel verilerimizi kontrol edeceğiz yoksa kişisel verilerimiz mi bizi kontrol edecek? Tabi ki bizim kişisel verileri kontrol etmemiz gerekiyor.



Anayasa Mahkemesi'nin uygulamasında da, kişisel veriler ve bu verilerin korunması konusunda, benzer nitelikte genişletici ve koruyucu bir yorum göze çarpmaktadır. Yüksek Mahkemenin 12.11.2015 tarihli kararında kişisel verinin “adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler”i ihtiva ettiği hüküm altına alınmıştır⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi, kişisel verileri hukuka aykırı şekilde kaydedildiğine yönelik şikâyet hakkında etkili bir ceza soruşturması yapılmaması nedeniyle kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin kendisine yapılan bir bireysel başvuru incelemesi vesilesiyle, şu şekilde karar vermiştir:

“Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu anayasal güvence, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde koruma altına alınan özel hayata saygı hakkına karşılık gelmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır⁴⁸. Devletin, kişisel verilerin korunması hakkına saygı gösterme yükümlülüğü; öncelikle kamu otoritelerinin öngörülen güvencelere aykırı şekilde bu hakka müdahale etmemelerini gerektirir. Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda

Aksi takdirde hiç yapmam dediğimiz bir davranışı yapmaya, ya da internetten almam dediğimiz bir ürünü almaya zorlanabiliriz. Kişisel verilerin korunmasında insan onuru ve kişilik hakkı bulunmaktadır. Bu koruma mahremiyet ve insan odaklı bir korunmadır. Verilerimin geleceğini kontrol etme yetkisi kendimize aittir. İnsan değerlidir. Dolayısıyla değerli olanın verileri de değerlidir. Özellikle gençlerimizin çocuklarımızın çevrimiçi platformlarda uğrayacakları mağduriyetler konusunda onları bilinçlendirmek istiyoruz. Teknolojiyi kullanacağız ama bu kullanım bilinçli olmalı. Verilerimizi teslim ederken her zaman iki kez düşünmeliyiz”.

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/5427/Kisisel-Verileri-Koruma-Gunu>, E.T. 28. 02.2020.

47 Anayasa Mahkemesi'nin 2015/32 E. 2015/102 K. 12.11.2015 tarihli kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T. 28.02.2020.

48 Anayasa Mahkemesinin 2015/18988 Başvuru Numaralı ve 9/5/2019 Tarihli Kararı için bkz: <file:///C:/Users/ab123189/Desktop/2015-18988.pdf>, E.T. 28.02.2020.



kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsamaktadır. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Yine Anayasa'nın 12. maddesine göre herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bu genel nitelikteki anayasal düzenleme ile bireylerin kişilik değerlerine yönelen ve zarar veren olumsuz tutum ve davranışlar dışlanmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 5. maddesinde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi için gerekli şartların hazırlanması devletin temel amaç ve görevlerinden biri olarak sayılmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında devletin, bireyin kişisel verilerinin korunması hakkına keyfi olarak müdahale etmemenin yanında üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlü kılındığı, bu bağlamda pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu söylenebilir. Dolayısıyla Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen hak kapsamında devletin, pozitif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan tüm bireylerin kişisel verilerin korunması hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır".

Nihayet, KVKK, hassas ve özel nitelikli verilerin korunması için çok sıkı kıstaslar getirmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede KVKK, 6698 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrası ile 22 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi kapsamında hazırlanan "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemleri" açıkça belirtmiş bulunmaktadır⁴⁹.

49 KVKK'nın 31/01/2018 tarihli ve 2018/10 sayılı kararı için bkz: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10, E.T. 28.02.2020.> Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun (Kanun) 6 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasında, "Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır." hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede, Kanunun 22 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) ve (e) bentleri uyarınca özel nitelikli kişisel veri işleyen veri sorumluları tarafından alınması gereken yeterli önlemler Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından aşağıdaki şekilde belirlenmiştir: 1- Özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net bir şekilde belli, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve prosedürün belirlenmesi, 2- Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde yer alan çalışanlara yönelik, a) Kanun ve buna bağlı yönetmelikler ile özel nitelikli kişisel veri güvenliği konularında düzenli olarak eğitimler verilmesi, b) Gizlilik sözleşmelerinin yapılması, c) Verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların, yetki kapsamlarının ve sürelerinin net olarak tanımlanması, ç) Periyodik olarak yetki kontrollerinin gerçekleştirilmesi, d) Görev değişikliği olan ya da işten ayrılan çalışanların bu alandaki yetkilerinin derhal kaldırılması. Bu kapsamda, veri sorumlusu tarafından kendisine tahsis edilen envanterin iade alınması, 3- Özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamlar, elektronik ortam ise, a) Verilerin kriptografik yöntemler kullanılarak muhafaza edilmesi, b) Kriptografik anahtarların güvenli ve farklı ortamlarda tutulması, c) Veriler

Tüm bu açıklamalardan sonra, kişisel verilerin, kişilik haklarıyla mündemiç bir durumda olduğu söylenebilir. Çünkü mevzuat, doktrin ve yargı kararlarından anlaşılacağı üzere, kişilik hakkı olarak sayılan hakların içerisinde birçok kişisel verinin bulunduğu ve kişisel verilerin bu hakların ayrılmaz bir parçası olduğu genel olarak kabul edilmektedir.

Bu nedenle, kişisel verilerin her hangi bir şekilde ihlali söz konusu olduğu zaman, hakları ihlal edilen kişi hem kişilik haklarının korunmasına ilişkin kendisine tanınmış haklardan yararlanabilir, hem de kişisel verilerin korunması hukukuna dair özel koruma araçlarından da yararlanabilecektir. Bu noktada, kişisel verilerin korunması ile kişilik haklarının korunması arasında hakların telahuku (yarışması) söz konusu olacaktır. Ancak, bu durum, kişisel veri sahibi için bir dezavantaj olmayıp, koruma seviyesini genişletip güçlendiren bir nitelik taşımaktadır.

III. DAVA KONUSU EDİLEN KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ KONUSUNUN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE TAHLİLİ

A. Kişilik Haklarına Saldırı ve Basın

Yargıtaya göre, özgürlükçü demokrasilerde basının görevi, kamuyu ilgilendiren konularda topluma bilgi vermek ve kamuoyunu oluşturmaktır⁵⁰. Basının bu görevinin tam tersine, toplumun da bilgi ve

üzerinde gerçekleştirilen tüm hareketlerin işlem kayıtlarının güvenli olarak loglanması, ç) Verilerin bulunduğu ortamlara ait güvenlik güncellemelerinin sürekli takip edilmesi, gerekli güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması/yaptırılması, test sonuçlarının kayıt altına alınması, d) Verilere bir yazılım aracılığı ile erişiliyorsa bu yazılıma ait kullanıcı yetkilendirmelerinin yapılması, bu yazılımların güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması/yaptırılması, test sonuçlarının kayıt altına alınması, e) Verilere uzaktan erişim gerekiyorsa en az iki kademeli kimlik doğrulama sisteminin sağlanması, 4- Özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamlar, fiziksel ortam ise a) Özel nitelikli kişisel verilerin bulunduğu ortamın niteliğine göre yeterli güvenlik önlemlerinin (elektrik kaçağı, yangın, su baskını, hırsızlık vb. durumlara karşı) alındığından emin olunması, b) Bu ortamların fiziksel güvenliğinin sağlanarak yetkisiz giriş çıkışların engellenmesi, 5- Özel nitelikli kişisel veriler aktarılacaksa, a) Verilerin e-posta yoluyla aktarılması gerekiyorsa şifreli olarak kurumsal e-posta adresiyle veya Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) hesabı kullanılarak aktarılması, b) Taşınabilir Bellek, CD, DVD gibi ortamlar yoluyla aktarılması gerekiyorsa kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi ve kriptografik anahtarın farklı ortamda tutulması, c) Farklı fiziksel ortamlardaki sunucular arasında aktarma gerçekleştiriliyorsa, sunucular arasında VPN kurularak veya sFTP yöntemiyle veri aktarımının gerçekleştirilmesi, ç) Verilerin kağıt ortamı yoluyla aktarımı gerekiyorsa evrakın çalınması, kaybolması ya da yetkisiz kişiler tarafından görülmesi gibi risklere karşı gerekli önlemlerin alınması ve evrakın "gizlilik dereceli belgeler" formatında gönderilmesi gerekir. 6- Yukarıda belirtilen önlemlerin yanı sıra Kişisel Verileri Koruma Kurumunun internet sitesinde yayımlanan Kişisel Veri Güvenliği Rehberinde belirtilen uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik teknik ve idari tedbirler de dikkate alınmalıdır.

50 4. HD. 30.05.1975, 2113/2898.



haber alma hakkı bulunmakta olup, basının sayılan görevleri aslında, toplumun bu hakkını yerine getirmeye yöneliktir⁵¹.

Basın, bahsi geçen görevlerini yerine getirirken çoğu kez kişilik haklarına müdahale etmektedir. Genel kaniye göre, olay bildirmenin şeref ve haysiyete saldırı niteliğinde sayılmaması için, en başta olayın gerçek olması gerekmektedir⁵². Bir başka deyişle, basında yer alan olay gerçek değilse, şeref ve haysiyete hukuka aykırı müdahale yapılmış sayılır. Ancak, haberin sadece gerçek ve doğru sayılması, tek başına hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Haberin, daha genel olarak yazının, “*uygun amaca, uygun bir araçla hizmet etmesi*” gerekmektedir⁵³.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 86. maddesine göre, eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse ilgililerin muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez⁵⁴. Ancak, yine aynı maddeye göre muvafakat alınması durumu, memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri için şart değildir⁵⁵. Bu hükme aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanunu’nun 49 uncu maddesi ile koşulları varsa, Türk Ceza Kanunu’nun 134, 139 ve 140 ıncı maddeleri hükümlerinin uygulanacağı, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de Türk Medenî Kanunu’nun 24 üncü maddesi hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir⁵⁶.

Doktrinde, bu durumun sosyal uygunluk teorisinin yasal bir yansıması olduğu ve sosyal uygunluğun, toplum içinde yaşamının bir gereği olarak, kaçınılması mümkün olmayan tecavüzleri ifade ettiği savunulmuştur⁵⁷. Bununla birlikte, kamuya mal olmuş kişilerin dahi görüntüsünün rıza dışı yayımı, ticari çıkar elde etmek amacıyla olmuşsa, kişilik hakkı ihlal edilmiş olur⁵⁸.

51 DURAL Mustafa - ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku**, s. 130.

52 ATAAY, **Şahsın Hukuku**, s. 138.

53 Yargıtay HGK 10.05.2006, 230/288 (YKD 2007, C. XXXIII, 431).

54 <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.3.5846&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=5846&Tur=1&Tertip=3&No=5846>, E.T. 03.03.2020.

55 <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.3.5846&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=5846&Tur=1&Tertip=3&No=5846>, E.T. 03.03.2020.

56 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5846.pdf>, E.T. 27.02.2020.

57 ÖZSUNAY Ergun, s. 146.

58 ÖZSUNAY Ergun, s. 147.



Medya araçlarıyla yapılan bir olay açıklamasının hukuka uygun olabilmesi için, öncelikle açıklamanın gerçeğe uygun olması gerekmektedir⁵⁹. Dolayısıyla şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikte olan bir olay açıklaması gerçek değilse, her durumda hukuka aykırıdır⁶⁰. Buna karşılık bir olay açıklamasının gerçek olması, tek başına bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Söz konusu açıklama gerçek olmasına rağmen, şekil yönünden şeref ve haysiyeti ihlal ediyorsa, hukuka aykırı olmaya devam eder⁶¹.

Basın özgürlüğünün kamusal nitelikte üstün bir yarar olarak hukuka uygunluk sebebi olması, ancak yapılan açıklamaların kamuyu aydınlatmak adına, halkı ilgilendiren ve haber niteliği taşıyan konularla sınırlı olmasıyla mümkündür⁶². Bu özelliği taşımayan açıklamalar şeref ve haysiyeti ihlal ettiğinde artık kişisel değerlerin korunması yararı üstün gelecektir⁶³.

Bir yayının haber niteliği taşıması kamusal yarar ve toplumsal ilgi kavramlarıyla yakından bağlantılıdır. Kamuoyunun dikkatini çeken kişilerin kendileriyle ilgili haberlere daha fazla hoş görüş göstermesi bu açıdan zorunludur⁶⁴.

Bir olay açıklamasının haber niteliğinde olması için güncel olması gerekir. Olayın meydana gelmesinden hemen sonra duyurulması aynı zamanda kamusal yarar ve toplumsal ilgi açısından da önemlidir. Bu nedenle, üzerinden uzun süre geçmiş bir olayın duyurulmasında kamusal yarar ve toplumsal ilgiden bahsetmek kolay olmayacaktır⁶⁵.

Yine, bir olay açıklaması gerçek dahi olsa, kamuoyuna nesnel ölçülere uygun olarak sunulmalıdır⁶⁶. Bu açıdan açıklamanın şekli, kullanılan ifadeler, kamu yararına hizmet ettiği ölçüde hukuka uygunluktan bahsedilebilecektir⁶⁷. Bu açıdan, amaca uygun araçların kullanılıp kullanılmadığı, sunuş biçiminin uygun olup olmadığı yayının nesnel ölçülere uygunluğunu belirleyecek olan kıstaslardır⁶⁸.

59 ÖZEL Sibel, s. 52.

60 KILIÇOĞLU Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993, s.163.

61 KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, İstanbul, 2001, s. 236; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, 1960, s. 121; EREN Fikret, Basında Sorumluluk, **Türk Basınının Sorunları Sempozyumu**, Ankara, 1986, s. 54.

62 KARAHASAN, Mustafa Reşit, s. 251.

63 ÖZEL, Sibel, s. 54.

64 İÇEL, Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, 2001, s. 281.

65 EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku**, Ankara, 2019, s. 802.

66 ÖZEK, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkı**, İstanbul, 1999, s. 252.

67 ÖZEL, Sibel, s. 54.

68 KILIÇOĞLU, Ahmet, s. 170.



Aracın amaca uygun olması, açıklamanın sunulmuş biçiminin bu açıklamayla hedeflenen amacı gerçekleştirmek için zorunlu olması anlamına gelmektedir⁶⁹. Bu da her şeyden önce tarafsızlığı ve kamu yararını gerektirmektedir. Kamu yararı dışında subjektif amaçlarla (sansasyon, kin, intikam, reyting vb.) yapılan bir yayının her zaman hukuka aykırıdır⁷⁰.

Aracın amaca uygunluğu, açıklamanın biçimi ile yakından bağlantılıdır. Eğer başka ifadelerle aynı amaca ulaşmak mümkün idiyse veya şeref ve haysiyet daha az zarar verici başka bir yolla korunabilecek idiyse, söz konusu açıklamanın hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecektir⁷¹. Açıklama kamu yararına olsa bile, bu açıklamanın yapılış biçiminin belirli ölçüler içinde olması gerekir⁷². Olayın abartılması, gerektiğinden çok büyütülmesi, kamuoyunu etkileyecek boyutlara ulaştırılması hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir⁷³.

Burada değinilmesi gereken önemli bir konu da, haberin, daha genel olarak yazının, “uygun amaca, uygun bir araçla hizmet etmesi” gerekmektedir. Yine, kullanılan haberin “elverişlilik ve orantılılık” ilkelerine göre de ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle, çalışmamızın konusunu oluşturan ve dava konusu edilen Başvuranın açık adresine haber içeriğinde yer verilmemiş olsaydı (örneğin, Başvuran hakkında sadece objektif bir anlatım kullanılarak olay ifade edilmiş olsaydı), haber amacına daha uygun düşecek ve verilmek istenen amaç olan kamuoyunun malumatının sağlanması da gerçekleştirilmiş olacaktı.

Kaldı ki, haberdeki açık adres bilgisi Başvuranın özel hayatına dair kişisel bir veridir. Bu kişisel verinin haber yoluyla yayımlanması Başvuranın izni olmadan üçüncü kişilerle paylaşılması sonucu doğurduğundan, bu eylem hem kişisel verilerin korunması hem de kişilik haklarının ihlali anlamına gelmektedir. Bu itibarla, haberin bu anlamda, “uygun amaca, uygun bir araçla hizmet etmesi” ile “elverişlilik ve orantılılık” ilkelerine aykırı olduğu açıktır.

B. Kişilik Haklarının Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Korunması

Kişisel verilerin korunması hakkının, sadece bir temel hak değil, aynı zamanda özel hayatla bağlantılı olan bir kişilik hakkı olduğu olarak

69 KARAHASAN Mustafa Reşit, s. 251.

70 KILIÇOĞLU Ahmet, s. 171.

71 DURAL Mustafa - ÖĞÜZ Tufan, s. 124.

72 ÖZEL Sibel, s. 55.

73 KILIÇOĞLU Ahmet, s. 173.



savunulmuştur⁷⁴. Bir çok kişisel verinin aynı zamanda kişilik haklarından biri olması ya da kişilik haklarıyla murtabıt olabilecek durumda bulunması nedeniyle, aynı zamanda kişisel veri niteliğinde olan kişilik hakları, klasik kişilik haklarının korunması yöntemlerinin yanı sıra, kişisel verilerin korunması çerçevesinde de koruma imkanı bulacaktır.

Yukarıda da değinildiği üzere, Anayasamızın 20 nci maddesine göre; *“herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar”*.

Yine 6698 sayılı Kanun’un “İlgili kişinin hakları” başlığını taşıyan 11 inci maddesine göre; herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu da bu konuda birçok düzenleyici işlem tesis etmiş bulunmaktadır⁷⁵. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun konuya dair kararları kapsamında ele alınan aykırılık ve yaptırım örneklerine yukarıda yer verilmiş olmakla burada yeniden ele alınmamıştır⁷⁶.

Bu kapsamda, veri süjesi, çoğu kez uzun zaman alabilecek adli süreçle girişmeden kendisiyle ilgili kişilik hakkı ihlallerinin düzeltilmesini ya

74 KAYA Afra Ece, A. E. K., **Kişilik Hakkı Olarak Kişisel Veriler ve Yeni Kişisel Verilerin Korunması Kanunu**, s. 2.

75 “Kişisel Verileri Koruma Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği; Kişisel Verileri Koruma Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Ünvan Değişikliği Yönetmeliği; Kişisel Verileri Koruma Kurumu Teşkilat Yönetmeliği; Kişisel Verileri Koruma Uzmanlığı Yönetmeliği; Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik; Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik; Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik” için Bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5257/Yonetmelikler>, E.T. 03.03.2020.

76 KVKK’nın kararları için bkz.: <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5419/Kurul-Kararlari>, E.T. 03.03.2020.



da diğer taleplerini, kişisel verilerin korunması mevzuatı çerçevesinde dile getirebilecektir. Kişisel Verileri Koruma Kanununun “Haklar ve Yükümlülükler” başlıklı üçüncü bölümünün “ilgili kişinin hakları” başlıklı 11. maddesinin son bendine göre, “herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir”. Kanununun “Kurula şikâyet” başlıklı 14. maddesinin üçüncü fıkrasına göre de, “kişilik hakları ihlâl edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır”.

Bununla birlikte, tazminat talepleri gibi münhasıran mahkemeler nezdinde talep edilmesi gereken hukuki istemler, bu yöntemle konu edilemeyecektir. Ancak kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi sonucunda bir zarar doğmuşsa, kişisel verilerin yanlış ve eksik korunmasından kaynaklanan hukuki sorumluluk gündeme gelecektir. Bu çerçeveye göre doktrinde, yukarıda bahsi geçen 14. maddede sözü edilen genel hükümler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 24. ve 25. maddeleri ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 53, 54, 56 ve 58. maddeleridir. Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesine göre, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir⁷⁷. Doktrinde, bu konuda meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar sonucunda bahsi geçen klasik taleplerin yanı sıra, sebepsiz zenginleşme davası, gerçek olmayan anlamda vekaletsiz iş görmeden doğan davaların da açılabilmesi belirtilmiştir⁷⁸. Yine, idari bir eylem ya da işlemten kaynaklanan bir hizmet kusurundan kaynaklanan kişisel verilerin korunması hakkının ihlalleri neticesinde ise idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Nihayet, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanununun “Yayın hizmeti ilkeleri” başlığını taşıyan 8. maddesinin ilk fıkrasının (ç) bendine göre, “İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez”⁷⁹. Adı geçen kanunun 8. Maddesine göre, “Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlâl eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı, medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yapımıcısı müştereken ve müteselsilen sorumludur”⁸⁰.

77 GÜRPINAR Damla, Kişisel Verilerin Korunmamasından Doğan Hukuki Sorumluluk, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s.689.

78 AYDIN Sevil, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Korunma, Adil Yayınevi, Ankara 1997, s. 214.

79 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf>, E.T. 28.02.2020.

80 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf>, E.T. 28.02.2020.



SONUÇ

Çalışmamızda, AİHM nezdinde bireysel başvuruya konu edilmiş, basın yoluyla kişilik hakkı ihlali iddiası, kişisel verilerin korunması hukuku çerçevesinde ele alınmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, aynı zamanda kişisel bir veri niteliğinde olan açık adresinin yerel medyada yayımlanması üzerine Başvuran, Asliye Hukuk Mahkemesinde söz konusu gazete, gazete müdürü ve ilgili gazeteciye karşı tazminat davası açmıştır. Başvuran, maddi tazminat hakkı saklı kalmak üzere, uyuşmazlık konusu haberin yayımlanmasından dolayı maruz kaldığı manevi zararın da tazminini talep etmiştir.

Başvuran, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne sunduğu çeşitli dilekçelerde, söz konusu haberde açık adresinin belirtilmesiyle, ününden faydalanmak isteyen bazı okuyucular için kendisinin açık bir hedef haline getirildiğini ve bunun da, kendisine göre, hem fiziksel bütünlüğünü hem de malvarlığını tehlikeye soktuğunu ileri sürmüştür. Başvuran böylelikle, konutunun özel ve güvenli bir mekan olma vasfını yitirdiğini eklemiştir. Başvuran, basının rolünün önemini vurgulamakla birlikte, aynı zamanda sorumluluklarının da bulunduğunu ve adresinin yayımlanmasının hiçbir haber değeri olmadığını, gazetenin bilgilendirme özgürlüğünün sınırlarını aştığını ve kişilik haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir. Başvuran, talebini desteklemek amacıyla, maruz kaldığı hırsızlık olayına ilişkin olarak diğer basın organları tarafından iletişim bilgileri belirtilmeksizin yayımlanan haberleri de örnek olarak sunmuştur.

Zeytinburnu Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuranın bir sinema ve tiyatro oyuncusu olarak ününden dolayı halka mal olmuş olduğunu ve bunun avukatı tarafından da kabul edildiğini belirterek tazminat talebini reddetmiştir. Bu nedenle, Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuranın adresinin yayımlanmasının kendisini bir hedef haline getirmeyeceği ya da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49'ncü maddesi kapsamında kişilik haklarını ihlal etmediğine hükmetmiştir.

Bunun üzerine Başvuran, bu karara karşı temyiz isteminde bulunmuştur. Başvuranın avukatı temyiz dilekçesinde, söz konusu haberin yayımlanmasından itibaren, özellikle bazı kişilerin oyuncunun evinin önünde sabahtan akşam geç saatlere kadar beklediklerini ve kendisine uygunsuz tekliflerde bulduklarını belirtmiştir. Başvuranın avukatı, bu sahnelere tanık olmuş kişilerin, kendisine güzel olduğunu söyleyerek öpmek isteyen ve kendisi ile çıkmak isteyen bazı erkeklerin oyuncunun evinin önünde bekledikleri yönündeki ifadelerine atıfta



bulunmuştur. Avukat daha sonra, başvuranın korktuğunu ve bu nedenle evinde yalnız kalmasının imkânsız hale geldiğini belirtmiştir. Avukat, müvekkilinin açık adresinin yayımlanmasının bilgilendirme özgürlüğü kapsamına girmediğini ve müvekkilini bir hedef haline getirdiğini ifade etmiştir. Avukat son olarak, müvekkilinin kişilik haklarının ihlal edilmiş olduğundan şikâyetçi olmuştur.

Bununla birlikte, 12 Haziran 2006 tarihinde Yargıtay, Başvuranın temyiz talebini reddetmiş ve ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Konunun AİHM'e intikal etmesi üzerine, AİHM, mevcut çıkarların değerlendirilmesindeki bu eksiklik ve yayımın başvuran üzerindeki etkileri, Sözleşmenin 8'nci maddesi uyarınca Devlete düşen pozitif yükümlülüklerle uygun düşmediğinden bahisle, başvuranın özel hayatı bakımından yeterli ve etkili bir koruma sağlamadıkları sonucuna varmış ve buradan hareketle, Sözleşme'nin 8'nci maddesinin ihlal edildiği sonucuna oy birliğiyle varmıştır. AİHM, başvurucuya manevi tazminat kapsamında ise, 7.500 Avro ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

AİHM'nin konuya dair verdiği kararın yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Yukarıda da izah edildiği üzere, haberin, daha genel olarak yazının, "uygun amaca, uygun bir araçla hizmet etmesi" gerekmektedir.

Yine, kullanılan haberin "elverişlilik ve orantılılık" ilkelerine göre de ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle, çalışmamızın konusunu oluşturan ve dava konusu edilen Başvuranın açık adresine haber içeriğinde yer verilmemiş olsaydı (örneğin, Başvuran hakkında sadece objektif bir anlatım kullanılsaydı), haber amacına daha uygun düşecek ve verilmek istenen amaç olan kamuoyunun malumatının sağlanması da gerçekleştirilmiş olacaktı. Kaldı ki, haberdeki açık adres bilgisi Başvuranın özel hayatına dair kişisel veridir. Bu kişisel verinin haber yoluyla yayımlanması Başvuranın izni olmadan üçüncü kişilerle paylaşılması sonucu doğurduğundan, bu eylem hem kişisel verilerin korunması hem de kişilik haklarının ihlali anlamına gelmektedir. Bu itibarla, haberin bu anlamda, "uygun amaca, uygun bir araçla hizmet etmesi" ile "elverişlilik ve orantılılık" ilkelerine aykırı olduğu açıktır.

Kişisel verilerin korunması hakkının, sadece bir temel hak değil, aynı zamanda özel hayatla bağlantılı olan bir kişilik hakkı olduğu haklı olduğuna yukarıda değindik. Bir çok kişisel verinin aynı zamanda kişilik haklarından biri olması ya da kişilik haklarıyla murtabit olabilecek durumda bulunması nedeniyle, aynı zamanda kişisel veri niteliğinde olan kişilik hakları, klasik kişilik haklarının korunması yöntemlerinin yanı sıra, kişisel verilerin korunması çerçevesinde de koruma imkanı bulacaktır. Bu çerçevede, kişisel bir verinin ihlali, kişilik haklarının da



ihlalini oluşturuyorsa, hakkı ihlal edilen kişi, öncelikle TMK'nın 25 inci maddesi bağlamında; hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Yine ilgili, bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabileceği gibi, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı da saklıdır.

Esas olarak TMK'da düzenlenen bu korunma yolları dışında, hakkı ihlal edilen kişi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 11 inci maddesinde düzenlenmiş olan haklarını kullanabilir. Buna göre, 6698 sayılı Kanun'un 11 inci maddesine göre; herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme, haklarına sahiptir.

6698 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesine göre, hakkı ihlal edilen kişiler, Kişisel Verilerin Koruma Kuruluna başvuru hakkına da sahiptir. Bu kapsamda, veri sorumlusunda yapılan başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde; ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her hâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurula şikâyette bulunabilir, ancak veri sorumlusuna başvuru yolu tüketilmeden şikâyet yoluna başvurulamaz. 6698 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesinin son fıkrasına göre, kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklı olup, bu hükümle kişilik haklarının genel korunma yollarına atıf yapılmış bulunmaktadır. Son olarak belirtilmelidir ki, 6698 sayılı Kanun'un 17 ve 18 inci maddelerine göre çeşitli suç ve kabahatler oluşturulmuş bulunmaktadır⁸¹.

81 6698 sayılı Kanununun 17 nci maddesine göre: "Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ncı madde hükümleri uygulanır. Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle



Diğer taraftan, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 18 inci maddesine göre hakkı ihlal edilen kişinin "düzeltme ve cevap hakkı" bulunmaktadır⁸².

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9 uncu maddesine göre, hakkı ihlal edilen kişi, "içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" ile 9/A maddesine göre, "özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" talebinde bulunabilir⁸³.

Bu itibarla, ülkemizde artık tüm yönleriyle yasal alt yapısı oluşturulmuş olması nedeniyle, "kişisel verilerin korunması konusunda", sadece kişilik haklarının korunması için düzenlenmiş genel hükümlere değil, aynı zamanda, daha özel bir düzenleme alanı öngörülmüş olması nedeniyle, kişisel verilerin korunmasıyla ilgili özel düzenlemelere de başvurulabilir.

getirmeyenler 5237 sayılı Kanununun 138 inci maddesine göre cezalandırılır". 6698 sayılı Kanununun 18 inci maddesine göre: Bu Kanununun; 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar, 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir. Bu maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır. Birinci fıkrada sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir".

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, E.T. 24/03/2020.

82 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf>, E.T. 24/03/2020.

83 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf>, E.T. 24/03/2020.



İNTERNET KAYNAKLARI

Yargıtay Genel Kurulu'nun E.2009/4-100 – K. 2009/163,ve E. 2009/4-276 –K. 2009/396 Kararları.

Yargıtay 4'ncü Hukuk Dairesinin 2005/8200 – K.2006/8394, ve E.2006/13374 K.2007/15131 Kararları.

Yargıtay 3'ncü Hukuk Dairesinin 27 Mart 1986 tarihli ve E.1986/984 – K.1986/3196 Kararı.

Yargıtay 4. HD. 10.04.2008, 9966/5096 (YKD 2008, C. XXXIV, 1718).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2012/1514 E. , 2014/312 K. Sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10.01.2019 tarih ve 2018/10718 Esas, 2019/559 numaralı Kararı.

Yargıtay 4. HD. 30.05.1975, 2113/2898 sayılı Kararı.

Yargıtay HGK 10.05.2006, 230/288 (YKD 2007, C. XXXIII, 431).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5257/Yonetmelikler>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/5406/Kurul-Karar-Ozetleri>

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/6663/2019-372>

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/6556/2019-294>

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/6668/2019-389>

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/5427/Kisisel-Verileri-Koruma-Gunu>

<file:///C:/Users/ab123189/Desktop/2015-18988.pdf>

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-entions/treaty/108/declarations?p_auth=AwcyxWI2

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b37>

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulmasi>

<KarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf>

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakinda-Sikca-Sorulan-Sorular>



<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKd=1.3.5846&MevzuatIliski=>

[0&sourceXmlSearch=5846&Tur=1&Tertip=3&No=5846](https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-193237%22%7D>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>

KAYNAKLAR

ATAAY, **Şahsın Hukuku**, İstanbul, 1969.

ATASOY Kemal, Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası, **Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan**, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, S. 269-303.

AYDIN Sevil, **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Korunma**, Adil Yayınevi, Ankara 1997.

DURAL Mustafa - ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku**, İstanbul 2018.

EREN Fikret, Basında Sorumluluk, **Türk Basınının Sorunları Sempozyumu**, Ankara, 1986.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku**, Ankara, 2019.

GÜRPINAR Damla, Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 679-694.

HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınevi, İstanbul 2013.

İÇEL Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, 2001.

İMRE, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 1980.

KARAHASAN Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, İstanbul, 2001.

KAYA, Afra Ece, Kişilik Hakkı Olarak Kişisel Veriler ve Yeni Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 125, Ocak 2017, Sayfa: 67-80.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, 1993.

KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara 2010.

Madde ve Gereğesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara, 2019.



OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Cilt 2), 13. Baskı, İstanbul 2015 (Kısaltılmışı Cilt II).

OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Cilt 1), 13. Baskı, İstanbul 2015 (Kısaltılmışı Cilt I).

OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay; **Eşya Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul 2009 (Kısaltılmışı Eşya Hukuku).

OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay; **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 15. Bası, İstanbul 2015 (Kısaltılmışı Kişiler Hukuku).

ÖMEROĞLU, Abdullah, Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Kurumu, **Uluslararası Hukuk Bülteni**, 2016, 8. Sayı, s. 34-37.

ÖMEROĞLU, Abdullah, Kişisel Verilerin Uluslararası Adli Yardımlaşma Alanında Korunması, **Uluslararası Hukuk Bülteni**, 2017, 11. Sayı, s. 30-35.

ÖZEK, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkı**, İstanbul, 1999.

ÖZEL Sibel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 28.

ÖZSUNAY Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, 1979.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

TAŞTAN Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

TEKİNALP, Ünal; **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, Beşinci Baskı, İstanbul 2012.

TEKİNAY, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, İstanbul, 1992.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, İstanbul 1993.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Eşya Hukuku**, İstanbul 1971.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul 1992 (Kısaltılmışı Gerçek Kişiler).

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, 1960.

VELİDEDEOĞLU, **Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku**, İstanbul, 1963.



YAVUZ, Cevdet; **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M.Beşir/GÖKYAYLA, K.Emre; **Medeni Hukuk** (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 1999 (Kısaltılmışı Medeni Hukuk).

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K.Emre; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Baskı, Ankara 2015 (Kısaltılmışı Borçlar Özel).



ARAP BAHARI SÜRECİNDE TÜRKİYE'NİN SURİYE'YE YÖNELİK ASKERÎ HAREKÂTLARININ HUKUKÎ TEMELİ¹

(The Legal Basis of Turkish Military Operations to Syria in the Process of Arab Spring)

Dr. Bahadır Bumin ÖZARSLAN²

ÖZ

Arap Baharı sürecinde sorunlu ve önemli bölgelerden biri de Suriye'dir. Çok aktörlü bir yapıya sahip olan Suriye sorununda, pek çok mesele tartışılmaktadır. Bunlardan biri de güvenlik sorunudur. Özellikle Suriye'ye komşu devletler bakımından güvenlik sorunu, oldukça önem taşımaktadır. Komşu bir devlet olması ve 40 yılı aşan bir süreden beri mücadele ettiği terörizm sebebiyle Türkiye, ciddi güvenlik sorunları olan bir devlettir. Bu sebeple Türkiye, Suriye'deki otorite boşluğundan dolayı askerî harekâtlar düzenlemiştir.

Türkiye'nin düzenlediği askerî harekâtların hukukî temeline dair yapılan resmî açıklamalar ve konuyla ilgili yapılan tartışmalar, genellikle Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenmiş olan meşru müdafaa hakkını esas almaktadır. Bununla birlikte konuya, ülke bütünlüğü ilkesi ve Türkiye ile Suriye arasında yapılmış ikili antlaşmalar çerçevesinde bir hukukî temel getirmek daha uygundur. Bu çalışmada askerî harekâtların hukukî temeli, ülke bütünlüğü ilkesi ve ikili antlaşmalar bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Suriye, Türkiye, Askerî harekâtlar, Ülke bütünlüğü ilkesi, İkili antlaşmalar.

ABSTRACT

One of the troubled and important region within the wider setting of the whole process of Arab Spring is Syria. Many issues have been discussed in connection with the Syria problem, which has a multi-actor structure. One of them is the security problem. Especially, in terms of the neighbouring states to Syria, security problem is of great importance. Türkiye is a state which has serious security problems due to the fact that she is a neighbouring state and has been struggling against terrorism for over 40 years. For this reason, Türkiye has conducted military operations because of the authority gap in Syria.

1 Bu çalışma, Türkiye'nin ülke bütünlüğü uğruna mücadele eden, şehit ve gazi olan güvenlik güçlerimize ithaf edilmiştir.

2 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, bbozarlsan@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7433-2900



The official statements and the debates regarding the legal basis of military operations conducted by Türkiye, has generally based on the right to self defence, regulated in the 51st article of the Charter of United Nations. However, it is more proper to base this issue on the ground of the principle of the territorial integrity and the bilateral treaties between Türkiye and Syria. In this essay, the legal basis of the military operations will be evaluated in terms of the principle of territorial integrity and the bilateral treaties.

Keywords: Syria, Türkiye, Military operations, Principle of territorial integrity, Bilateral treaties.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Arap Baharı adı verilen ve Kuzey Afrika'da başlayıp hızlıca Arap Dünyası'na yayılan halk hareketleri, uzunca bir süredir uluslararası toplumun gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. Çok boyutlu ve çok değişkenli muhtelif sorunlar doğuran Arap Baharı süreci, komşumuz Suriye'yi de etkilemiş ve Mart 2011'den itibaren Suriye'de de halk hareketleri görülmeye başlanmıştır. Suriye'ye sığırayan Arap Baharı süreci, kısa sürede bir iç savaşa dönüşmüştür. Olayların başlamasıyla birlikte bölgede yer alan devletler dışında, pek çok önemli devlet de doğrudan veya dolaylı olarak Suriye sorununa müdahil olmuştur. Bu müdahaleler ve Suriye'nin kendi iç sorunları, ortaya pek çok mesele çıkarmıştır ki bunlardan biri de güvenlik sorunudur. Bu sorun, hem Suriye düzeyinde hem Suriye'den kaynaklı olarak komşu coğrafyada hem de giderek genişleyen bir boyutta uluslararası bir sorun teşkil etmiştir.

Suriye'deki halk hareketlerinin iç savaşa dönüşmesi, öncelikle Suriye ile komşu olan devletler bakımından bir güvenlik sorunu yaratmıştır. Bunların başında Türkiye gelmektedir. Zira Türkiye 40 yılı aşkın bir süredir, ülke bütünlüğüne yönelmiş terörizmle³ aralıksız olarak mücadele

3 Bu çalışmada "terör" yerine, "terörizm" tabiri kullanılmıştır. Konuyla ilgili çalışmalarda bu iki kavram, birbirinin yerine kullanılmaktaysa da öğretilde, terör ile terörizm kavramları arasındaki farklardan biri olarak terörizmde, siyasî amaç bulunduğuna işaret edilmektedir. Bu çalışmada kast edilenin, Türkiye'nin devlet ülkesine yönelik "siyasî amaçlı, sistematik ve sürekli şiddet eylemleri" olması münasebetiyle "terörizm" tabiri tercih edilmiştir. Örnek olarak bkz. CASSESE Antonio, **Terrorism, Politics and Law-The Achille Lauro Affair**, Princeton University Press, Princeton / New Jersey, 1989, s. 1-3; AREND Anthony Clark / BECK Robert J., **International Law and the Use of Force**, Routledge, London and New York, 1993, s. 138-141; BADEY Thomas J., "Defining International Terrorism: A Pragmatic Approach", **Terrorism and Political Violence**, Vol. 10, No. 1, 1998, s. 95-96; BAŞEREN Şertaç, "Kavramsal Özellikleri ile Terörizm (Tarihi ve Hukuki Boyutları)", **Küresel Terörizm ve Uluslararası İşbirliği Sempozyumu (Ankara, 23-24 Mart 2006)**, Genelkurmay Başkanlığı Basımevi, s. 7-10; HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, Columbia University Press, New York, 2006, s. 1-3; BOZKURT Enver / KANAT Selim, **Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, 7-19.



eden bir devlettir. Suriye’de olayların çatışmaya dönüşmesi ve ortaya çıkan otorite boşluğu, Türkiye’ye yönelik terörizm niteliğindeki saldırıları arttırmıştır. Türkiye de doğal olarak bu saldırılara karşılık vermiş ve gerek sınırlarının içinde gerekse Suriye’de askerî harekâtlar düzenlemiştir.

Türkiye’nin Suriye’nin yönelik olarak düzenlediği askerî operasyonlarda, kamuoyunda genel olarak Birleşmiş Milletler (BM) Şartı’nın 51. maddesine ve BM Güvenlik Konseyi’nin bazı kararlarına atıf yapılmaktadır. Nitekim resmî açıklamalarda da temel dayanak olarak, 51. maddedeki meşru müdafaa hakkı ve bahsi geçen kararlar gösterilmektedir. Bahsi geçen kaynaklarda ayrıca, “uluslararası hukuktan kaynaklanan haklar” şeklinde bir gerekçeye de yer verilmekte ancak buna ilişkin somut bir dayanaktan bahsedilmemektedir⁴. Ayrıca Türkiye ile Suriye arasında daha önce yapılmış olan ve terörizmle mücadeleyle yönelik ikili antlaşmalara ise hemen hemen hiç değinilmemekte ya da bunlar sadece ismen zikredilmektedir.

Bu çalışmada, Türkiye’nin Suriye’ye yönelik askerî harekâtlarının hukukî temeli, yukarıda işaret edilen eksik hususlar çerçevesinde ele alınacaktır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle Arap Baharı süreci ve olayların Suriye’ye sıçraması üzerinde kısaca durulacaktır. Ardından konunun hukukî temeli olarak düşünülen ve BM Şartı’nın 2. maddesinde düzenlenen “ülke bütünlüğü” ilkesi ele alınacaktır. Genel bir dayanak olan bu ilkenin yanında, Türkiye ile Suriye arasında kabul edilmiş bazı önemli ikili antlaşmaların ilgili hükümleri de incelenecektir. Son olarak, çizilen çerçeve içerisinde genel bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ARAP BAHARI SÜRECİ ve SURIYE SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

2010 yılının sonlarında, Tunus’ta üniversite mezunu bir seyyar satıcının tezgâhına el konulmasını protesto etmek üzere kendisini yakmasıyla başlayan kitlesel hareketler, kısa sürede otoriter rejimler olarak bilinen bazı Arap devletlerine, bir domino etkisiyle yayılmıştır. Arap Dünyası’nı kapsayan, demokrasi ve özgürlük talep eden halk ayaklanmaları kısa sürede şiddetlenmiş ve “Arap Baharı” olarak nitelendirilmiştir. Bu süreç, Suriye dışındaki coğrafyalarda önemli siyasî değişikliklere yol açmıştır⁵.

4 Örnek olarak, Zeytin Dalı Harekâtı ile ilgili resmi açıklama için bkz. Türk Silahlı Kuvvetleri Genelkurmay Başkanlığı Resmî İnternet Sayfası, <https://www.tsk.tr/Home/Detay/497>. Ayrıca Barış Pınarı Harekâtı ile ilgili resmî açıklama için bkz. Millî Savunma Bakanlığı Resmî İnternet Sayfası, <https://www.msb.gov.tr/SlaytHaber/9102019-02880>.

5 ORAN Baskın, “Arap Baharı”, **Türk Dış Politikası**, Cilt III: 2001-2012, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, s. 51; PARGETER Alison, **Müslüman Kardeşler: Muhalefetten İktidara**, Çeviren: Semih Çelik, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016, s. 176-204;



2011 yılında hızlanan ve hızla yayılan halk hareketleri, bugüne kadar Arap Dünyası'nda görülen örneklerin dışında bir tecrübe olarak değerlendirilmektedir. Zira bu hareketlerin arkasında dinî veya ideolojik bir referans bulunmamakta; yerel kaynaklı fakat evrensel bir karakter taşıyan, özgürlük temelli siyasal, sosyal ve ekonomik talepler öne çıkmaktadır. Ayrıca bu talepler, fakir kitlelerden ziyade, eğitilmiş orta sınıfa dayanmaktadır. Sosyal medya aracılığıyla hızla örgütlenmiş ve bu sayede, coğrafya üstü bir olguya dönüşmüş olan halk hareketlerinin temel dayanağı bu orta sınıf da türdeş bir görünüm arz etmemiş; değişik grupları kapsayan, sosyal hareketliliği yüksek bir muhalefet hareketine dönüşmüştür⁶.

Arap Baharı sürecinde yaşananlar ve halk tarafından ileri sürülen bir takım talepler, bölgede gözlenen statükonun, 2000'lerin başından itibaren dile getirilen bazı etkenlerle bağının bir kere daha tartışılmasına yol açmıştır. Otoriter rejimlerin hüküm sürdüğü Kuzey Afrika'daki ve Ortadoğu'daki statüko, üç temel alana dayanmaktadır. Bölgenin kültürel/dinî yönü, devletlerin sosyo-ekonomik durumu ve rejimlerin politik/kurumsal dinamikleri şeklinde sıralanan bu alanlar, birbiriyle kaçınılmaz bir ilişki içindedir⁷. Nitekim Volpi'nin işaret ettiği bu hususlar, Arap Baharı sürecinde bölgeye yönelik olarak sıklıkla tartışılan konu başlıklarıdır. Bahsi geçen hususlar aynı zamanda, sorunlu herhangi bir bölgede ortaya çıkan/çıkacak krizler bakımından da az veya çok geçerlidir/geçerli olacaktır. Zira bu hususlar, gerek içerik gerek nitelik olarak ve gerekse zaman-mekân ilişkisi bakımından, sınırları oldukça geniş meselelerdir.

Arap Baharı'nın ortaya çıktığı diğer coğrafyalarla eş zamanlı olarak 18 Mart 2011'de, Dera şehrinde gerçekleşen protesto gösterileriyle birlikte Suriye'de de Arap Baharı süreci başlamıştır. Protestoların gerekçesi ise reşit olmayan 15 öğrencinin duvara yazdığı ve "halkın rejimi sona erdirmek istediğine" yönelik bir slogan sebebiyle öğrencilerin tutuklanması ve bu öğrencilere yapılan işkencedir. Mısır'daki gösteriler esnasında kullanılan ve El Cezire'de yayınlanan görüntülerle sloganı öğrendikleri anlaşılan öğrencilerin velileri, kendi kabile ilişkilerini harekete geçirerek protesto gösterilerini başlatmış ve bu gösteriler, hızla kitleselleşmiştir⁸.

SÖNMEZOĞLU Faruk, *Son On Yıllarda Türk Dış Politikası (1991-2015)*, DER Yayınları, İstanbul, 2016, s. 547-550.

6 PANEBIANCO Stefania, *The Arab Spring: When Democracy Meets Global Protest*, Italian Political Science Association, Issue 7, Italy, 2012, s. 3-4.

7 VOLPI Frederic, "Explaining (and Re-explaining) Political Change in the Middle East during the Arab Spring: Trajectories of Democratization and of Authoritarianism in the Maghreb", *Democratization*, Vol. 20, No. 6, 2013, s. 974.

8 DROZ-VINCENT Philippe, "State of Barbary (Take Two), From Arab Spring to the Return of Violence in Syria", *The Middle East Journal*, Vol. 68, No. 1, 2014, s. 34.



Öğrencilerin tutuklanması ve gördükleri kötü muamele sebebiyle başlayan gösteriler, kısa sürede Şam, Halep, Hama, Humus, Lazkiye, Banyas, Deyr-i Zor gibi önemli şehirlere de sirayet etmiştir. Haziran 2011 itibarıyla her Cuma günü, 100.000'den fazla insan gösterilere katılmıştır. Bugüne kadar karşılaşmadığı bir muhalefet dalgasıyla karşılaşan Suriye yönetimi, sert tedbirlere başvurmuştur. Rejim askerlerinin sivil halka ateş açarak ölümlere sebep olmasıyla tırmanışa geçen olaylar, günümüze kadar devam eden iç savaşa dönüşmüştür⁹. Rejimin güvenlik güçleri üzerinden yaptığı müdahale, oldukça sert olmuştur. Bu sertlik ve Baas rejiminin talimatlarına riayet, Arap Baharı coğrafyası içinde ayrı bir yer tutmaktadır. Her ne kadar Baas rejimi Suriye Ordusu'na ve diğer güvenlik unsurlarına tamamen hâkim olmasa da özellikle seçkin birliklerin tamamı, Esad'a bağlıdır ve bu bağlılık, Tunus veya Mısır ile kıyaslandığında, çok daha organik ve yakındır. Arap Baharı sürecinde, olayların gerekçesi ve seyri ile ilgili yaklaşım farkı, diğer bölgelerde, iktidar ile güvenlik güçleri arasındaki tutum açısından daha üst düzeydedir¹⁰.

Arap Baharı süreci başladığında, söz konusu halk hareketlerinin Suriye'ye çok etki etmeyeceği düşünülmüştür. Bu kanaatin ortaya çıkmasında, "müşfik diktatör" olarak nitelendirilen Beşar Esad'ın iktidara geldikten sonra gerçekleştirdiği nisbî modernizasyon politikası ile Arap liderler içinde Esad'ın yeni nesli temsil ettiği kanaati ve Suriye'nin türdeş toplum yapısı gibi gerekçeler dile getirilmiştir. Bununla birlikte, kısa sürede bu değerlendirmelerin doğru olmadığı anlaşılmıştır¹¹.

Suriye'deki durum, ilk aylarda sivil protesto gösterileriyle başlamıştır. Yönetimde değişimden ziyade, reform talebi söz konusudur. Kötü ekonomik koşullar, rejimin Şii karakteri, siyasal değişim gibi konular öne çıkmıştır. Bu noktada, Suriye'deki genç neslin gösterilerdeki rolüne işaret etmek gerekmektedir. Zira Arap Baharı'nın yaşandığı diğer coğrafyalarda olduğu gibi Suriye'de de gençlik, sürecin başında oldukça etkindir ve olayların yönlendirilmesinde dikkat çekici bir rol oynamıştır. Beşar Esad'ın, iktidarının ilk 10 yılında gerçekleştirdiği reformlar ve dış dünyayla iletişim kurma çabaları, Hafız Esad dönemini bilmeyen veya hatırlamayacak kadar küçük olan, iletişim teknolojisi ve sosyal medya

9 YAVUZ Celalettin / ERDURMAZ Serdar, **Arap Baharı ve Türkiye**, Berikan Yayınevi, Ankara, 2012, s. 151-152; YAZICI Nevin, "Suriye Siyasi Tarihi", **Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolun İlk Durağı Mı?**, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2012, s. 38; TUDOROIU Theodor, "The Arab Spring: Last Episode of the Cold War", **Contemporary Politics**, Vol. 19, No. 3, 2013, s. 310; DİLEK Bahadır Selim, **Suriyeli Göçü**, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2018, s. 43-59.

10 DROZ-VINCENT, s. 39.

11 DROZ-VINCENT, s. 33.



yoluyla dünyadan haberdar ve daha iyi bir gelecek arzu eden genç kuşakların yetişme dönemiyle çakışmaktadır. Suriye'ye sığırcayan/sığırcatılan Arap Baharı sürecinde, bu genç kuşağın tesiri oldukça fazladır. Her ne kadar Beşar Esad'ın reform çabaları, Hafız Esad dönemiyle mukayese edilemeyecek derecede ileri adımlar olarak görülse bile oğul Esad'ın attığı adımlar ile genç kuşakların talepleri arasında büyük bir fark vardır. Bir yandan rejimin geleneksel yaklaşımını devam ettirmesi ve otoriter vasfı, diğer yandan uluslararası güçlerin dahli, öte yandan da taleplerinin karşılanmasında yetersiz kalınan genç kuşakların çatışmaya ve şiddete daha yatkın tavrı, olayların körüklenmesinde önemli etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır¹².

Suriye'de rejim karşıtı gruplar, olayların başlamasından kısa bir süre sonra tek çatı altında örgütlenmek üzere harekete geçmiştir. Bu çerçevede, muhtelif devletlerde toplantılar yapılmıştır. Ortaya çıkan tabloda, Esad rejimine geleneksel olarak muhalefet eden Sünnî merkezli dinî muhalefetin yanına, yeni muhalif gruplar ile etnik merkezli Kürt muhalefeti ve KİP (PKK)'in¹³ Suriye uzantısı DBP/HSB (PYD/YPG)¹⁴ terör örgütü de eklenmiştir¹⁵.

Suriye krizinde silahlı grupların ortaya çıkışı, 2011'in yaz aylarından itibaren başlamıştır. Rejimin askerî tedbirleri arttırması ve daha da sertleştirmesi, önce "Suriye Özgür Subaylar Hareketi"ni başlatmış ve ardından da yaz sonunda "Özgür Suriye Ordusu" isimli silahlı yapı kurulmuştur. Suriye muhalefetinin değişik unsurlarının da silahlı mücadele başlatmasıyla birlikte siyasî ve askerî boyutu derinleşen krizde, Suriye rejimi ülkenin pek çok yerinde kontrolü kaybetmeye başlamıştır. Bununla birlikte silahlı muhalefetin başlaması, Esad açısından daha elverişli ve meşru bir gerekçe yaratmış ve sivillere nazaran daha katı

12 ATLIOĞLU Yasin, "Suriye Muhalefetinin Anatomisi", *Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolum İlk Durağı Mı?*, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2012, s. 86-89.

13 KİP kısaltması, PKK terör örgütünün Türkçe kısaltması olan "Kürdistan İşçi Partisi"ne karşılık olarak kullanılmıştır. Türkiye içinden ele geçirdiği topraklarla kurmayı hedeflediği sözde devletin dili yerine Türkçe ifadeyi kullanmak, terörizmle mücadele stratejisinde önemli olan "kavramlarla mücadele stratejisi"nin bir gereğidir. Terörizmle mücadelede, kamuoyunda sıklıkla ve yaygın bir şekilde yanlış kullanılan "savaş-barış" örneğinde de olduğu gibi bugüne kadar, kavramlarla mücadelede yeterince etkin bir politika izlendiğini söylemek, maalesef mümkün değildir.

14 DBP/HSB kısaltmaları da KİP-PKK örneğinden hareketle PYD/YPG terör örgütünün Türkçe karşılığı olan "Demokratik Birlik Partisi ve Halk Savunma Birlikleri" tabirlerinin Türkçe kısaltmalarıdır.

15 ATLIOĞLU, s. 86-117; COMMITTERI Camilla, *When Domestic Factors Prevail Upon Foreign Ambitions: Russia's Strategic Game in Syria*, Istituto Affari Internazionali, Roma, 2012, s. 2; SÖNMEZOĞLU, s. 582-586.



uygulamalar, silahlı gruplar üzerinde gerçekleştirilmeye başlanmıştır¹⁶. Bu arada devreye, uluslararası terör örgütlerinin uzantıları da girmiş ve Suriye’de pek çok örgüt, iç savaşın bir parçası olmuştur. Bunlar içinde öne çıkan, “Irak ve Şam İslam Devleti (İŞİD/DEAŞ)” isimli örgüttür. İŞİD’in 2013’te ortaya çıkması ve Suriye ile Irak’ta oldukça geniş bir bölgenin kontrolünü ele geçirmesi, Suriye’deki çatışmaların derinleşmesine ve yaygınlaşmasına yol açmıştır¹⁷.

Zor durumda kalan Esad rejimine önce İran, ardından Rusya Federasyonu (RF) yardım etmiş ve Suriye’de, bahsi geçen bu taraflar açıkça rejimle birlikte hareket etmeye başlamışlardır¹⁸. RF’nin ve İran’ın denkleme dahil olması, Suriye’deki dengeleri aşama aşama değiştirmiştir. Bu arada Amerika Birleşik Devletleri (ABD) de uyguladığı şiddet sebebiyle Beşar Esad’ı kınayan ve meşruiyetini kaybettiğini ileri sürerek görevden çekilme çağrısı yapan politikasını değiştirerek İŞİD ile mücadeleyi esas alan bir yaklaşım geliştirmiş ve müttefik olarak da DBP/HSB terör örgütünü tercih etmiştir¹⁹.

Türkiye ise bütün bu süreçte, ilk aşamada, Suriye’deki muhalif gruplarla birlikte hareket edip rejimin değişmesi yönünde bir politika belirlemiştir. Bununla birlikte RF’nin ve İran’ın desteğini alarak güçlenen Şam rejiminin yanında, İŞİD’in ve DBP/HSB’nin güney sınırlarımızda etkinlik kazanması, Türkiye’nin önceliklerini değiştirmesine yol açmıştır. Suriye meselesinde RF ve İran ile inişli-çıkışlı bir ilişkisi olan Türkiye, özellikle RF ile olan ilişkilerinde çatışma noktalarından ziyade, matematikteki “OKEK (Ortak Katların En Küçüğü)” benzeri bir yaklaşımla uzlaşılabilir hususları öne çıkararak Fırat Kalkanı, Zeytin Dalı ve Barış Pınarı askerî harekâtlarını gerçekleştirmiştir. Böylece Türkiye, ilk defa sahada, gerçek anlamda etkinlik kazanmıştır.

Gelinen noktada Şam rejimi, Fırat’ın batısında genellikle hâkim olmuştur ve iç savaşın başından beri, en güçlü konuma ulaşmıştır. Fırat Kalkanı ve Zeytin Dalı harekât bölgeleri ile birkaç küçük bölge ve İdlib dışında, kontrolü tamamen ele almıştır. Bu durumun ortaya çıkmasında, başta RF’nin ve İran’ın fiilî desteği, çok büyük bir rol oynamıştır. Öte

16 DROZ-VINCENT, s. 50-51.

17 ÖZER Adem, “Kabuk Devlet ve İŞİD”, **Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk**, Editör: Fatma Taşdemir, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 257, 261-263.

18 BOZ Hakan, “Suriye’nin Arkasındaki Cephe: İran”, **Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolun İlk Durağı Mı?**, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2012, s. 178-180.

19 CİĞER Mehmet, “Suriye İç Savaşı ve Devlet Dışı Aktör Olarak PYD’nin Etkisi”, **Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk**, Editör: Fatma Taşdemir, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 196-202.



yandan Fırat'ın doğusunda ise ABD destekli DBP/HSB'nin yaygın fiilî egemenliği ve Barış Pınarı harekât bölgesinde Türkiye destekli Suriye Millî Ordusu'nun²⁰ varlığı söz konusudur.

Suriye'de bir çözüm için tarafların her birinin kendine has tutumları bulunmaktadır. Dolayısıyla kısa vadede çok uzlaşılır durumda olmayan bu tutumların, ortak bir paydada nasıl buluşacağı belirsizliğini korumaktadır. Zira taraflar, Suriye içinde bölgeye, zamana, gelişmelere ve değişen hedeflerine göre eş zamanlı olarak farklı tutum takınabilmekte; muhtelif ittifak ilişkilerine girebilmektedir. Bu bağlamda, Suriye krizinin ortaya çıktığı günden bugüne kadar sahada pek çok sürprizin yaşandığı gözlenmiştir. Kısacası, kalıcı bir çözümün nasıl ve hangi zeminde gerçekleşebileceği, çok öngörülebilir değildir.

Son olarak Suriye kriziyle ilgili önemli hususlardan birinin de göç olgusu olduğu belirtilmelidir. 2. Körfez Harekâtı'ndan sonra yaşanan tablonun bir benzeri, Suriye'de de yaşanmıştır. İç savaşa dönüşen krizde, pek çok ölüm ve yaralanma olduğu gibi uluslararası toplumu ilgilendiren bir başka konu da Suriye'den gerçekleşen göçtür. Rejim güçleri, muhalifler, terör örgütleri ve diğer taraflar arasında yaşanan çatışmalardan kaynaklı olarak, 5 milyondan fazla kişinin başta Türkiye olmak üzere farklı devletlere göç ettiği bilinmektedir²¹. Suriye sorunun çözümünde, yalnızca iç siyasî meseleler değil aynı zamanda, artık uluslararasılaşmış göç meselesi de önemli bir yer tutmaktadır.

II. ÜLKE BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ

A. Ülke Bütünlüğü Kavramı ve Gelişim Süreci

Montevideo Sözleşmesi'nin 1. maddesi, devlet olmanın şartları arasında ilk olarak “tanımlanmış ülke (defined territory)”yi saymaktadır²². Maddenin lafzından, bir devletin “doğal olarak sahip olması gereken” bir gereklilik olarak tanımlanmış ülke şartını aradığı anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle devlet ülkesi, sınırları belirlenmiş bir ülkedir²³. Belirlenmiş olan bu devlet ülkesi, devlet olmanın asgarî şartlarından biri olmanın yanında, egemen devlete özgülenmiş bir alandır. Söz konusu özgülenmiş alanın genişliğinin de herhangi bir önemi yoktur. Sınırları belirli bu alanın büyük veya küçük olması, devletin egemen niteliğini etkilemez²⁴.

20 Özgür Suriye Ordusu, daha sonra adını değiştirerek Suriye Millî Ordusu adını kullanmaya başlamıştır.

21 DİLEK, s. 57-59.

22 Sözleşmenin tam metni için bkz. **League of Nations Treaty Series**, Volume CLXV, No. 3801-3824, s. 21-43.

23 VIDMAR Jure, “Territorial Integrity and the Law of Statehood”, **George Washington International Law Review**, Vol. 44, No. 2, 2012, s. 701.

24 OPPENHEIM Lassa Francis, **International Law: A Treatise, Vol. I**, Gece Kitaplığı, Ankara, 2018, s. 235, 237.



Devlet ülkesi aynı zamanda, o devlete ait bir mülktür. Bu mülk, özel hukuk anlamında bir mülkiyet anlamına gelmediği gibi hanedana, hükümete veya o devlet ülkesinde yaşayan kimselere de ait değildir. Devlet ülkesi, bir kamu hukuku terimi olarak devletin ülke üzerindeki egemenliğinden kaynaklanan bir mülkiyettir²⁵. Bir başka deyişle devlet ülkesi, bir devletin devlet olma vasfından kaynaklanan egemenliğinin bir sonucudur. Herhangi bir kişiye, kuruma veya aşkın değerler atfedilen herhangi bir oluşuma veya yapıya ait değildir. Doğrudan doğruya, bir tüzel kişi olarak ve sadece devletin kendisine aittir.

Bir devletin kurucu unsurları arasında yer alan sınırları belirlenmiş devlet ülkesi, ilgili devletin güvenliği ve bölünmezliği çerçevesinde, devletler için büyük siyasî önem taşımaktadır. Devlet ülkesi, 20. yüzyılda önemli bir uluslararası hukuk ilkesine dönüşmüştür. Bu ilkeye göre, bir devletin rızası olmadıkça o devlet ülkesi, hiçbir şekilde bölünemez ve parçalanamaz. Uluslararası hukuk kurallarına göre kurulmuş olan bu devletin ülke bütünlüğüne, uluslararası toplum üyeleri de saygı göstermek zorundadır²⁶. Zira bir devletin ortaya çıkması için gerekli olan zorunlu maddî unsurlar arasında yer alan ülke, her devletin yoğun olarak faaliyet gösterdiği bir kudret sahasıdır. Bu sahada devlet, tek yetkisine sahiptir²⁷. Dolayısıyla ülke bütünlüğü, devlet olma şartları bakımından devlet ülkesinin asgarî maddi zorunluluk olması ve devletin otorite tekeline sahip olduğu mahfuz bir alan niteliği taşıması sebebiyle her devletin saygı gösterme yükümlülüğü altında olduğu bir ilke olarak kabul edilmiştir.

Ülke bütünlüğü ilkesi, ülke üzerindeki egemenliğe dayanır. Devletin sahip olduğu bu egemenlik, her devletin diğer devletlerin ülkesine yönelik bu egemenliği ihlâl edecek eylemlerden kaçınması yükümlülüğünü getirmektedir. Kaçınma yükümlülüğünün yanında devletlerin, bu yöndeki eylemleri önleme yükümlülüğü de söz konusudur²⁸. Dolayısıyla devletler, yalnızca edilgen (kaçınma) değil aynı zamanda etken (önleme) bir yükümlülük üstlenmişlerdir.

Ülke bütünlüğü ilkesi, doğal olarak sınırlar ile de yakın ilişki içindedir zira devlet ülkesinin tespiti, sınırlar yoluyla gerçekleşir. Bu ilkeye hukukî bakış açısıyla yaklaşıldığında, devlet ülkesinin bütünlüğü kavramının,

25 OPPENHEIM, s. 235-236.

26 PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 15; HOSEIN Sartipi / QASEMI Mohsen, "Responsibility to Protect, Terrorism and the Evolution in Traditional International Law Framework", **International Journal of Humanities & Social Science Studies**, Vol. II, Issue II, January 2016, s. 140, 145.

27 OPPENHEIM, s. 181; AKİPEK Ömer İlhan, **Devletler Hukuku, İkinci Kitap**, İstiklâl Matbaası, Ankara, 1964, s. 83; HOSEIN / QASEMI, s. 140.

28 OPPENHEIM, s. 182-183.



belirlenmiş sınırların değiştirilemezliği çerçevesinde anlaşıldığı görülmektedir²⁹. Ülke bütünlüğü ilkesi, devlet ülkesine saldırının ve devlet ülkesinin işgalinin hukuka aykırı kabul edildiği; sınırların parçalanmasının ve devlet ülkesinden ayrılmanın meşru olmadığı bir çerçeve üzerine bina edilmiştir³⁰. Bu bağlamda da devlet ülkesinin yukarıda işaret edilen niteliği gereği, öncelikle sınırdaş devletlerin birbiriyle iyi ilişkiler tesis etmesi gerekmektedir. Zira devletler arasındaki komşuluk ilişkileri, komşu devletlere zarar verici hareketlerden kaçınma yükümlülüğünü de bünyesinde barındırır³¹. Bir başka deyişle ülke bütünlüğü ilkesi, genel bir saygı yükümlülüğü getirmekle birlikte bu ilke, doğal olarak öncelikle komşu devletler bakımından hassasiyetle riayet edilmesi gereken bir ilkedir.

Bilindiği üzere, devletler arası ilişkiler düzeninin 1648 Westphalia Antlaşması ile kurulduğu kabul edilmektedir. Bu antlaşma ile devlet ülkesinin sınırlarının meşruiyeti de kabul edilmiştir. Her ne kadar sınırlar, hanedan odaklı bir yaklaşımla tanımlanmış olsa da antlaşmadan sonraki dönemde, Westphalia ile belirlenen devlet ülkesi düzeni, dış politikada öncelikli bir yere sahip olmuştur. Bununla birlikte, 20. yüzyılın ortasına kadar savaşlar devam etmiş; devlet ülkesi sınırlarında, ülke kazanma ve kaybetme şeklinde değişiklikler sürmüştür. Ülke sınırlarındaki değişikliklere rağmen devlet ülkesi ve sınırları, önemini korumuştur³². Bir başka ifadeyle daha önce varlığı bilinen ve devletin egemen vasfının tipik bir yansıması olan devlet ülkesinin ve sınırlarının³³, bugünkü uluslararası toplum düzeninin anladığı bir kavram olarak Westphalia Antlaşması ile yerleşik bir hâl aldığı kabul edilmektedir.

Ülke bütünlüğü ilkesinin ilk defa belirtildiği belge, 1856 Paris Barış Antlaşması'dır. 1853-1856 yılları arasında devam eden Kırım Savaşı'nı sona erdiren bu antlaşmanın 7. maddesinde Osmanlı Devleti'nin bir Avrupa Devleti olduğu kabul edilmiş ve Osmanlı Devleti'nin bağımsızlığına ve

29 BUTCHARD Patrick M., "Back to San Francisco: Explaining the Inherent Contradictions of Article 2 (4) of the UN Charter", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 23, No. 2, 2018, s. 255.

30 HOSEIN / QASEMI, s. 145.

31 AKİPEK, s. 13, 24-25.

32 ZACHER Mark W., "Territorial Integrity Norm: International Boundaries and the Use of Force", *International Organization*, Vol. 55, No. 2, Spring 2001, s. 216-217.

33 Türk Tarihi'nde devlet ülkesiyle ve sınırlarıyla ilgili yaklaşım için örnek olarak bkz. ÖZARSLAN Bahadır Bumin, "Dede Korkut Hikâyelerinde Egemenlik Kavramına Ait Unsurlar", *Karadeniz Araştırmaları*, Cilt: 9, Sayı: 35, 2012, s. 104-105. Devlet anlayışıyla ilgili daha geniş bir değerlendirme için bkz. DOĞAN İlyas, "Orhun Kitabelerinde ve İslam Öncesi Türk Topuluklarında Devlet, Toplum ve Siyaset Anlayışı", *XIV. Türk Tarih Kongresi (Ankara, 9-13 Eylül 2002)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Cilt 3: 425-439.



ülke bütünlüğüne saygı duyulduğu ifade edilmiştir³⁴. Dolayısıyla ülke bütünlüğü, savaşı sona erdiren bir antlaşmanın metninde yer alması bakımından dikkat çekicidir. Zira savaşları sona erdiren antlaşmalar, savaşan taraflar arasındaki sınırları da belirlemesi sebebiyle önem taşımaktadır. Öte yandan bu kavramın bir belgede ilk kez kullanılması ile tarihimiz arasındaki bağ da dikkat çekicidir.

20. yüzyılda ülke bütünlüğünün ilk kez dile getirilişi ise ABD Başkanı Thomas Woodrow Wilson'un meşhur ilkeleri aracılığıyla olmuştur. Bu ilkelerden birinde Wilson, büyük veya küçük devlet ayırt edilmeksizin her devletin ülke bütünlüğünün ve bağımsızlığının garanti edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür³⁵. Nitekim yine Wilson'un bir teklifi olarak ortaya çıkan Milletler Cemiyeti (MC) de belirlediği esaslar arasında bu ilkeye yer vermiştir. Ülke bütünlüğü kavramı, 20. yüzyılda bir uluslararası hukuk belgesinde ilk kez, MC Misakı'nda ifade edilmiştir³⁶. MC Misakı'nın 10. maddesinde, MC üyelerinin birbirlerinin ülke bütünlüğüne saygı göstereceği belirtilmiştir. Kuvvet kullanmanın henüz yasaklan(a)madığı bir dönemde kaleme alınan bu ifade, savaşın meşru kabul edildiği hallerde bile ülke bütünlüğünü tehlikeye atmayı yasaklayan bir içeriğe sahiptir³⁷.

Ülke bütünlüğü kavramının bugünkü anlamda doğuşu, Birinci Dünya Savaşı'nın sonuçlarıyla yakından alakalıdır. Zira o tarihe kadar ülke bütünlüğü, evrensel çapta ilgi gören bir kavram niteliği taşımamaktadır. Uluslararası düzeyde bir ilgi çekmeyen bu kavram, 1914 itibarıyla hâlâ ve sadece ulusal politikaların meşru bir aracı olarak kabul edilmekteydi. İnsanlığın ilk kez karşılaştığı bir dünya savaşının ağır yıkıcı etkilerinden hareketle ve kuvvet kullanma yasağıyla birlikte ülke bütünlüğü, ilk defa uluslararası ölçekte gündeme gelmiştir. İki dünya savaşı arasındaki süreçte, Briand-Kellog Paktı (1928), Stimson Doktrini (1932) ve Montevideo Sözleşmesi (1933) gibi belgelerde, doğrudan veya dolaylı olarak ifade edilen bu kavram, bağlayıcı bir ilke niteliği kazanamamıştır. Bunun sebebinin Almanya, Japonya ve İtalya gibi devletlerin 1930'larda gerçekleştirdiği ilhaklar ve kuvvet kullanma yasağını ve ülke bütünlüğü kavramını öngören Briand-Kellog Paktı'nın az sayıda devlet tarafından onaylanmasıdır³⁸. Nitekim aşağıda da işaret edileceği gibi kuvvet kullanma yasağı ile bu ilke arasında, doğal bir ilişki vardır.

34 ODENDAHL Kerstin, "The Scope of Application of the Principle of Territorial Integrity", *German Yearbook of International Law*, Vol. 53, 2010, s. 514.

35 ODENDAHL, s. 514.

36 MC Misakı'nın tam metni için bkz. https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp

37 ZACHER, s. 219; GÜNDÜZ Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, Editör: Reşat Volkan Günel, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2014, s. 101.

38 ODENDAHL, s. 515-516.



B. BM Düzeni İçinde Ülke Bütünlüğü İlkesi ve Yansımaları

Devlet ülkesinin ve sınırlarının bütünlüğü meselesi, İkinci Dünya Savaşı'nın bitimiyle birlikte savaşın galibi Batılı müttefik devletlerin dile getirdiği ve güçlü destek verdiği bir kavram olarak yeniden gündeme girmiştir³⁹. Nitekim ülke bütünlüğü kavramı, bir ilke olarak MC'nin halefi olan BM'nin kuruluş antlaşmasında yer almıştır. Bu ilke, BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen ve emredici bir hukuk kuralı (jus cogens) niteliği taşıyan kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi yasağına kaynaklık etmiştir⁴⁰. Maddeye göre BM üyeleri, herhangi bir devletin ülke bütünlüğüne karşı kuvvet kullanamaz ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunamaz⁴¹. Dolayısıyla BM'nin kurulduğu dönemdeki kurucu üye sayısı dikkate alındığında⁴² her BM üyesinin, BM üyesi olmayan devletler de dahil olmak üzere, bütün devletlerin ülke bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğü söz konusudur.

BM Şartı'nda yer alan bu ilke, BM bünyesinde kabul edilmiş başka bazı uluslararası hukuk belgelerinde de yer almıştır. Bunlardan ilki, BM Genel Kurulu'nun 14.12.1960 tarihli ve 1514 (XV) sayılı "*Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri*"dir⁴³. Bildirinin 6. maddesinde, ülke bütünlüğünü kısmen veya tamamen bozmayı amaçlayan herhangi bir girişimin BM Şartı'nın amaçlarıyla ve ilkeleriyle bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, bildiri metninin tamamıyla birlikte değerlendirildiğinde, sömürge dışındaki devletler bakımından ülke bütünlüğünün korunması gerektiği yönünde bir düzenleme niteliği taşımaktadır⁴⁴. Bildirideki ifadelerden ve bildirinin genel dilinden de anlaşılacağı üzere, BM Şartı'nın 2. maddesinde belirtilen kuvvet kullanma yasağı çerçevesinde ifade edilmiş olan ülke bütünlüğü ilkesi, genişletilmiş olmaktadır⁴⁵.

BM bünyesinde kabul edilen bir diğer belge, 24.10.1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı "*Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Şekilde Dostane İlişkiler Kurma ve İşbirliği Yapmaya Dair Milletlerarası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri*"dir⁴⁶. Kısa adıyla "*Devletler Arasında İşbirliği ve Dostça*

39 ZACHER, s. 220.

40 BM Şartı'nın tam metni için bkz. BM Resmî İnternet Sayfası, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>. Türkçe metin için bkz. GÜNDÜZ, s. 110-128.

41 PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 113.

42 BM, 51 üyeli bir uluslararası örgüt olarak kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. BM Resmî İnternet Sayfası, <https://www.un.org/en/about-un/>

43 Bildirinin tam metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 452-453.

44 ZACHER, s. 220.

45 VIDMAR, s. 707-708.

46 Bildirinin tam metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 131-136.



İlişkiler Bildirisi” olarak bilinen ve BM Genel Kurulu kararıyla kabul edilen bu bildiri, BM Şartı’nda belirtilen ilkelerin ne anlama geldiğini açıklamaktadır. Bildiri, BM Şartı’nda herhangi bir değişiklik getirmemekte, BM üyelerinin BM Şartı’na yüklediği anlamı ortaya koymaktadır⁴⁷.

Devletler Arasında İşbirliği ve Dostça İlişkiler Bildirisi’nin giriş kısmında, dostane ilişkiler ve işbirliği geliştirmenin BM Şartı’nın temel amaçları arasında olduğu hatırlatılarak devletlerin uluslararası ilişkilerinde, ülke bütünlüğüne karşı askerî, siyasî, ekonomik veya benzeri herhangi bir zorlamadan sakınması gerektiği belirtilmiştir. BM üyelerinin iyi komşuluğun bir gereği olarak birbirlerine müsamaha göstermeye ve barış içinde birlikte yaşamaya kararlı oldukları hatırlatılmıştır. Dolayısıyla bildirinin giriş kısmında ülke bütünlüğü ilkesine atfı yapılmış ve bu ilke çerçevesinde öncelikle BM üyelerinin birbirlerine karşı iyi komşuluk yükümlülüğü altında olduğuna işaret edilmiştir.

Devletler Arasında İşbirliği ve Dostça İlişkiler Bildirisi’nde yer alan yedi ilkenin ilkinde, kuvvet kullanmadan ve kuvvet kullanma tehdidinden sakınılması gerektiğine yer verilmiştir. Bu ilkede temel alınan hususlardan biri de ülke bütünlüğü ilkesidir. Bahsi geçen ilke çerçevesinde her devlet, diğer devletlerin sınırlarını ihlâl etme amacıyla ya da devlet ülkesiyle ilgili ihtilafları ve sınırlarla ilgili sorunları çözme aracı olarak kuvvet kullanmaktan veya kuvvet kullanma tehdidinden kaçınma görevi altındadır.

Bildiride her devletin, diğer devletlere yönelik saldırıdan kaçınma yükümlülüğü olduğu belirtilerek bu bağlamda, düzenli kuvvetler veya paralı askerler de dahil olmak üzere, silahlı çeteleri örgütlemek ya da örgütlemeye teşvik etmek de yükümlülüğün sınırları içerisine alınmıştır. Yine bu kapsamda, her devletin diğer devletlerdeki iç savaşı veya terörist hareketleri örgütlemesi, tahrik etmesi, yardım etmesi, bu hareketlere katılması veya kendi ülkesinde bu tip hareketlerin yapılmasına göz yummaktan kaçınması görevi olduğu da ifade edilmiştir. Bahsi geçen hükümle bildiri, BM Şartı’nda belirtilen ülke bütünlüğü ilkesini genişleten bir nitelik de taşımaktadır. Zira devletlerin ülke bütünlüğü aleyhine kuvvet kullanmaktan kaçınması yükümlülüğü, yalnızca doğrudan ve resmî birlikleri eliyle değil dolaylı ve gayriresmî unsurlar aracılığıyla da genişletilmiştir⁴⁸. Dolayısıyla bu ilke, ülke bütünlüğü ilkesi aleyhine gerçekleştirilemeyecek eylemleri sayma yoluyla belirtmiş ve BM Şartı’nda

47 GÜNDÜZ, s. 131.

48 ODENDAHL, s. 520. Aynı yönde bkz. TAŞDEMİR Fatma, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3, 2016, s. 651



belirtilen ülke bütünlüğü ilkesine saygı yükümlülüğünün sınırlarını genişleterek somutlaştırmıştır.

Devletler Arasında İşbirliği ve Dostça İlişkiler Bildirisi'nin yedinci ilkesi olan "devletlerin egemen eşitliği ilkesi" kapsamında da devletin ülke bütünlüğünün dokunulmaz olduğu vurgulanmıştır. Bu vurgu da BM Şartı'nda yer alan ilkeyi genişletici bir mahiyet arz etmektedir⁴⁹. Bildirinin sonunda yer alan "Genel Kısım" başlıklı son bölümün 3. maddesinde ise bildiride yer alan ilkelerin uluslararası hukukun temel ilkelerini teşkil ettiği belirtilmiş ve BM Genel Kurulu tarafından bütün devletlere, bu ilkeler riayet etmesi çağrısı yapılmıştır. Kısacası ülke bütünlüğü ilkesi, uluslararası hukukun temel ilkeleri arasında sayılmış ve her devletin saygı duyması gerektiği bir ilke olarak nitelenmiştir.

Ülke bütünlüğünün konu edildiği ve BM bünyesinde kabul edilmiş bir başka belge de 12.12.1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı "Saldırının Tanımı" kararıdır⁵⁰. Bu kararın 1. maddesinde saldırı, bir devletin başka bir devletin ülke bütünlüğüne yönelik ve BM Şartı ile bağdaşmayan herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılması şeklinde tanımlanmıştır. Saldırı fiillerinin sıralandığı 3. maddenin g bendinde de silahlı kuvvet icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami veya paralı askerlerin bir devlet eliyle başka bir devlete gönderilmesi ya da bu tip fiillere önemli oranda müdahil olunması da saldırı fiili olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla ülke bütünlüğü ilkesinin, bir devlet eliyle dolaylı olarak ihlâl edilmesi de söz konusu olamamaktadır. Burada, devlet dışı silahlı güçlerle devlet arasında ilişkinin varlığının, yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim Gündüz de terör eylemlerini bu kapsamda değerlendirmiş ve dış destekli terörist faaliyetlere muhatap olan devletlerin, "BM Şartı" ve "Saldırının Tanımı Kararı" çerçevesinde, destekleyen devlete veya diğer devletlerdeki terör üslerine karşı kuvvet kullanabileceğini ifade etmiştir⁵¹.

BM Şartı ve BM Genel Kurul kararları dışında, bazı antlaşmalarda da ülke bütünlüğü ilkesi yer almıştır. *Cenevre Sözleşmesi Birinci Ek Protokolü*, *Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi*, *BM Deniz Hukuk Sözleşmesi*, *Roma Statüsü* gibi antlaşmalarda da bu ilke ifade edilmiştir. Bu belgelerde söz konusu ilkenin yer alması, BM Şartı ile kabul edilen bu ilkenin pekişerek evrenselleşmesi anlamına gelmektedir. Ülke bütünlüğü ilkesi, bölgesel bazı düzenlemelerde de ifade edilmiştir. Söz gelimi *Amerikan Devletleri Örgütü*, *Arap Birliği*, *Afrika Birliği*, *Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı/Teşkilatı*, *Bağımsız Devletler Topluluğu* gibi bölgesel örgütler, kurucu

49 ODENDAHL, s. 520.

50 Kararın tam metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 141-142.

51 GÜNDÜZ, s. 151-152.



antlaşmalarında ve/veya örgüt bünyesinde kabul ettikleri kararlarda, bu ilkeye yer vermişlerdir. Yine *Helsinki Nihâî Senedi*, *Paris Şartı* gibi önemli belgelerde de ülke bütünlüğü ilkesine rastlamak mümkündür⁵². Ülke bütünlüğü ilkesi, bir yandan evrensel ve bölgesel düzenlemelerin eş zamanlı konusu olması, diğer yandan da Soğuk Savaş öncesi ve sonrası mevcudiyetini koruması ve giderek güçlenmesi münasebetiyle özgül ağırlığı olan bir konuma yükselmiştir.

Ülke bütünlüğü kavramının yer aldığı uluslararası belgeler genel olarak değerlendirildiğinde, bu kavramın devletler arası ilişkilerde uygulanması gereken bir ilke olduğu sonucu çıkmaktadır. Devletler bakımından bu ilke, saygı yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca bu ilke, uluslararası hukukun diğer kişisi olan uluslararası örgütler bakımından da geçerlidir. Zira uluslararası hukuk, uluslararası hukukun kişileri arasında uygulanan bir hukuk dalı olması münasebetiyle uluslararası örgütleri de aynı yükümlülük altına sokmaktadır⁵³.

Ülke bütünlüğü ilkesi, gelinen aşamada uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri niteliği taşımaktadır. İki dünya savaşının sonuçları, ülke bütünlüğüne saygı ilkesini her devlet için bir yükümlülük haline getirmiştir. Bu ilke, kuvvet kullanma yasağı ile doğası gereği yakından ilişkilidir. Uluslararası hukukun kişileri olan devletler ile uluslararası örgütler, bu ilke kapsamında ülke bütünlüğüne saygı yükümlülüğü altındadır. Bu yolla devletler, devlet ülkesi üzerinde değişiklik yaratacak muhtelif müdahalelere karşı koruma altına alınmış olmaktadır⁵⁴.

20. yüzyılda kabul gören ülke bütünlüğü ilkesi, uluslararası güvenlik düzeni bakımından en önemli gelişmelerden biri olarak kabul edilmektedir. Temelde BM sistemi üzerine bina edilen ve hâlâ geçerliliğini koruyan bu ilke, özellikle Soğuk Savaş sonrası ortaya çıkan uluslararası toplum düzeni içinde ortaya çıkan sınır sorunları bakımından da önemli bir rol oynamıştır. Soğuk Savaş sonrası kurulan denklemde, BM sisteminin getirdiği bu ilkedен sapma olmaması, bu ilkenin uluslararası toplum düzeni için ne kadar önemli olduğunu bir kere daha göstermiştir. İlkenin önemini ve ağırlığını koruması, daha geniş çaplı bir güvenlik sistemini inşa etmek bakımından da anahtar bir rol üstlenmektedir⁵⁵.

52 Bkz. ZACHER, s. 221-222; ODENDAHL, s. 517-518, 521-526.

53 ODENDAHL, s. 527-528.

54 SHAW Malcolm, **International Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 522-523; ODENDAHL, s. 539.

55 ANSTIS, Sebastian C. St. J. / ZACHER Mark W., "The Normative Base of the Global Territorial Order", **Diplomacy & Statecraft**, Vol. 21, No. 2, 2010, s. 318-319. Aynı yönde bkz. TAŞDEMİR, s. 651-652.



III. TÜRKİYE ile SURİYE ARASINDAKİ İKİLİ ANTLAŞMALAR

Türkiye ile Suriye arasındaki komşuluk ilişkileri içinde, önemli hususlardan biri de terörizmle mücadele konusudur. Türkiye'nin 40 yılı aşkın bir süredir yürüttüğü terörizmle mücadelede, Suriye ile ilişkileri de inişli-çıkışlı bir seyir izlemiştir. 1998 yılında yapılan ve aşağıda ele alınacak olan "Adana Mutabakatı"na kadar Suriye, Türkiye'nin ülke bütünlüğünü hedef alan KİP terör örgütünü himaye etmiş ve kendi devlet ülkesi içindeki faaliyetlerine göz yummuştur. Bu da Türkiye ile Suriye arasındaki ilişkilerin gerinleşmesinde önemli bir rol oynamıştır.

Adana Mutabakatı'nın ardından KİP'i açıkça himaye etmeyi bırakan Suriye ile Türkiye arasındaki ilişkiler yumuşamaya başlamış ve Beşar Esad dönemi ile birlikte, çok yönlü bir şekilde hızla gelişmeye başlamıştır. Arap Baharı sürecinin Suriye'ye sıçraması/sıçratılmasına kadar devam eden bu dönemde, Türkiye ile Suriye arasında 2001, 2009 ve 2010 yıllarında üç antlaşma imzalanmıştır. Terörizmle mücadelede işbirliğini esas alan ve aşağıda incelenecek olan bu antlaşmalardan özellikle 2010 yılındaki antlaşma, oldukça detaylı hükümler barındırmaktadır.

Suriye'de iç savaşın başlamasıyla birlikte Türkiye-Suriye ilişkilerinde çok keskin bir dönüş yaşanmış ve adeta "tarih tekerrür ederek" ilişkiler, 1998 öncesine dönüşmüştür. Temelde, Türkiye'nin Esad rejiminin uygulamalarına karşı çıkmasından kaynaklanan bu değişim, Suriye'nin terörizmle mücadele alanındaki işbirliğine yönelik tutumunu da değiştirmiştir. KİP'in Suriye kolu DBP/HSB'nin faaliyetlerine göz yummaya başlayan Suriye, iç savaşın şiddetlenmesiyle kendi devlet ülkesi içindeki etkin otorite tekeline de yitirince, DBP/HSB'nin Türkiye'ye yönelik terörizm faaliyetleri hız kazanmıştır. Ayrıca Arap Baharı sürecinde Irak'ta ve ardından Suriye'de etkinlik kazanıp alan hâkimiyeti tesis eden IŞİD'in Türkiye'ye yönelik terörizm eylemleri de ağırlıklı olarak Suriye üzerinden gerçekleşmiştir. Her iki terör örgütünün Suriye devlet ülkesinden organize edilen ve icrasına başlanan eylemleri karşısında Suriye devleti, Adana Mutabakatı ile 2001, 2009 ve 2010 antlaşmalarındaki hükümlerin gereklerini yerine getir(e)memiştir.

Arap Baharı sürecinde, yukarıda da belirtildiği üzere, Türkiye'ye yönelik ve Suriye kaynaklı terörizm eylemleri hız kazanmıştır. Bu sebeple Türkiye, Suriye kaynaklı bahsi geçen eylemlere yönelik askerî harekâtlar düzenlemiş ve bunlardan bir kısmı, Suriye devlet ülkesinde gerçekleştirilmiştir. Aşağıda, Türkiye'nin gerçekleştirdiği bu sınır ötesi operasyonlar, Türkiye ile Suriye arasında imzalanmış ikili antlaşmalar çerçevesinde ele alınacaktır.



A. Adana Mutabakatı

Türkiye ile Suriye arasındaki komşuluk ilişkilerinde, en önemli sorunlardan biri de yukarıda işaret edildiği üzere Suriye'nin KİP'i himaye etmesidir. Suriye'nin KİP'e desteği, asgarî olarak KİP'in Türkiye'de yeniden etkinlik kazandığı 1980'lere kadar uzanmaktadır. Türkiye, Suriye'yi bu konuda defalarca uyarmış ancak bir sonuç alamamıştır⁵⁶. Suriye, KİP'i engelleme yönünde, somut adım atmamakta ısrar etmiştir. 1998'in ikinci yarısında ise Türkiye, konu üzerinde çok boyutlu bir politika izlemeye başlamıştır. Gerek Genelkurmay Başkanlığı gerekse Cumhurbaşkanlığı ve hükümet seviyesinde, Türkiye tarafından en üst düzeyde yapılan açıklamalar, iki devleti savaşın eşiğine getirmiştir⁵⁷. Açıklamaların devam ettiği bir zaman diliminde, dönemin Başbakanı Mesut Yılmaz, KİP liderinin Suriye'yi terk ettiğini açıklamıştır. Açıklamada Yılmaz ayrıca, Türkiye ile Suriye arasında, "Adana Mutabakatı"nın imzalandığını ve bu mutabakatın 19-20 Ekim 1998'de her iki devletin yetkilileri arasında yapılan görüşmeler neticesinde sağlandığını belirtmiştir⁵⁸.

20 Ekim 1998 tarihli Adana Mutabakatı, temelde 6 maddeden oluşmaktadır⁵⁹. İlk iki maddeye göre terör örgütü KİP'in lideri, Suriye'den çıkarılmış olup tekrar girişine izin verilmeyecektir. Aynı durum KİP üyeleri için de geçerli olup Suriye'deki KİP kamplarının faaliyetine de son verilmiştir. Bunun dışında, KİP kamplarının tekrar faal olmasına müsaade edilmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca birçok KİP üyesinin tutuklandığı ve yargı önüne çıkarıldığı; bu kişilerin yer aldığı listelerin de Türkiye'ye teslim edildiği ifade edilmiştir.

Adana Mutabakatı'nın 3. maddesine göre Suriye, kendi devlet ülkesinden kaynaklanan, Türkiye'nin güvenliğini ve istikrarını tehlikeye atacak eylemlere; KİP'in silah, lojistik ve malî destek sağlamasına ve propaganda faaliyetlerine izin vermeyecektir. Suriye, 4. maddede KİP'i terör örgütü olarak ilân etmiş ve KİP'in kendi devlet ülkesindeki faaliyetlerini yasaklamıştır. Bu yasak, diğer terör örgütlerini de kapsamaktadır.

56 Bkz. AKDEVELİOĞLU Atay / KÜRKCÜOĞLU Ömer, "Orta Doğu'yla İlişkiler", **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt II: 1980-2001**, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s. 131-132, 137-138; YAVUZ Özge, "Temel Parametreler ve Farklılaşan Dinamikler Çerçevesinde Suriye-Türkiye İlişkileri", **Bağımsızlıktan Arap Baharı'na Suriye: İç ve Dış Politika**, Editörler: Mehmet Akif Okur / Nuri Salık, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 325-326.

57 FIRAT Melek / KÜRKCÜOĞLU Ömer, "Orta Doğu'yla İlişkiler", **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt II: 1980-2001**, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s. 565-566.

58 OKTAV Özden Zeynep, **Limits of Relations With the West**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008, s. 94.

59 Adana Mutabakatı'nın metni için bkz. FIRAT / KÜRKCÜOĞLU, s. 566.



Adana Mutabakatı'nın 5. maddesine göre Suriye, kendi devlet ülkesinde KİP'in eğitim kampı kurmasını ve ticarî faaliyetlerde bulunmasını da yasaklamıştır. Ayrıca KİP üyelerinin transit yollarla üçüncü devletlere gidişi de Suriye tarafından engellenecektir. Son olarak 6. maddeye göre Suriye, KİP liderlerinin kendi devlet ülkesine girişine izin vermeyecek ve gümrük yetkililerine de gereken talimatı verecektir.

Adana Mutabakatı'nın etkin bir şekilde uygulanabilmesi maksadıyla Türkiye ile Suriye, bazı mekanizmalar kurmayı da bu antlaşmada öngörmüşlerdir. Buna göre iki devletin üst düzey güvenlik yetkilileri arasında doğrudan telefon hattı tesis edilmesi; tarafların birbirlerinin diplomatik temsilciliklerine ikişer özel görevli ataması; Suriye heyetinin kendi makamlarının onayına sunmak üzere, Türkiye tarafından önerilen ve terörle mücadele konusunda alınacak tedbirlerin etkinliğini denetleyecek bir sistem kurulması; Lübnan'ın da onayının alınması şartıyla KİP ile mücadelede üç devletin birlikte hareket etmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca Suriye heyeti, mutabakat metninde geçen hususların uygulanması ve somut sonuç alınabilmesi için Türkiye ile işbirliği yapılacağını ve gerekli tedbirlerin alınacağını da taahhüt etmiştir.

Adana Mutabakatı'nın hükümlerine bakıldığında ilk dikkat çeken husus, Suriye'nin tek taraflı yükümlülükler üstlenmesidir. Ayrıca mutabakat metninin dili de daha çok Suriye'ye yönelik buyurgan bir nitelik taşımaktadır. Bu iki veriden hareketle Türkiye'nin terörizmle mücadeledeki kararlılığının doruk noktasına ulaştığı ve Suriye üzerinde ciddi bir baskı yarattığı anlaşılmaktadır. Edilgen bir konumda olan Suriye'nin, meselenin iki devlet arasında savaşa evrilmesi ihtimâlinin artmasıyla birlikte mutabakata razı olduğu izlenimi doğmaktadır.

Mutabakat hükümlerinin içeriği irdelendiğinde ise Suriye'nin KİP'e yönelik kapsayıcı yükümlülükler altına girdiği görülmektedir. Herşeyden önce 4. maddede, KİP'i terör örgütü olarak kabul etmesi ve terör örgütü olarak kabul ettiği diğer örgütlerle aynı kategoride değerlendirmeye başlaması, önemli bir tek taraflı taahhüttür. Mutabakat metninin diğer maddeleri, 4. maddedeki bu tek taraflı taahhütün doğal bir sonucudur. Maddelerin çıkardığı genel sonuç ise Suriye'nin, ülke bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünü tekrar taahhüt etmesidir. Burada belki, metnin kaleme alınışıyla ilgili ve esasa müessir olmayan bir eleştiri getirilebilir ki o da 4. maddedeki hükmün, ilk madde olarak yazılmasının daha uygun olacağıdır. Zira bahsi geçen 4. maddedeki hüküm, genel mahiyette ve kapsayıcı bir niteliktedir. Diğer maddeler ise bu maddeden kaynaklanan doğal taahhütlerdir. Ancak belirtildiği üzere, bu sıralama eksiği metnin içeriğini değiştirmemekte ve Suriye'nin taahhütlerini etkilememektedir.



Mutabakatta yer alan ve bazı mekanizmalar öngören hükümlere bakıldığında, iki taraf arasında karşılıklı taahhütlerin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, karşılıklı taahhütlerin kaynağı yine, Suriye'nin tek taraflı olarak üstlendiği yükümlülüklerdir. Nitekim mekanizmalarla ilgili son maddede de Suriye heyeti, mutabakattaki hususların hayata geçmesi için işbirliğinde bulunulacağı ve gerekli tedbirlerin alınacağı yönünde, ayrı bir taahhütte bulunarak Suriye'nin yükümlülüklerini pekiştirmiştir. Uygulamayla ilgili hükümlerdeki son husus ise taraflar arasındaki işbirliğine, Lübnan'ın da örtülü olarak davet edilmesidir. Lübnan'ın onayı şartına bağlanan işbirliği iradesi, KİP'in faal olduğu bir başka devletin de bu mekanizmaya dahil edilmesi anlamına gelmektedir. İlginç olan ise Lübnan'ın bu görüşmelerde yer almaması ve metinde imzasının bulunmamasıdır. Bu hükümden varılacak sonuç ise Türkiye'nin o dönemdeki kararlılığın ne kadar üst düzeyde olduğunun anlaşılmasıdır.

B. 10 Eylül 2001 Tarihli Antlaşma

Türkiye ile Suriye arasında yapılan 10 Eylül 2001 tarihli antlaşma, her iki devletin İçişleri Bakanları arasında imzalanmıştır. Tam adı, "*Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti İçişleri Bakanlıkları Arasında İşbirliği Anlaşması*" olan bu antlaşma, Şam'da imzalanmıştır⁶⁰. Dört bölümden ve 21 maddeden oluşan antlaşmanın Üçüncü Bölümü, "Terörizmle Mücadele Alanında İşbirliği" başlıklıdır ve üç maddeden oluşmaktadır.

2001 Anlaşması'nın Üçüncü Bölümü'nün ilk maddesi olan 12. maddede tarafların, sınırları içinde diğer tarafın ve vatandaşlarının güvenliğine yönelik terörist veya silahlı eylemlerin önlenmesi amacıyla etkin tedbirler alacağı düzenlenmiştir. Takip eden 13. maddede de yine tarafların, diğer tarafın güvenliğini hedef alan terör olaylarına ilişkin talep edilen bütün bilgileri ve belgeleri diğer tarafa aktaracağı ifade edilmiştir.

Üçüncü Bölüm'ün son maddesi olan 14. madde ise Adana Mutabakatı'na ve 17 Temmuz 1987 tarihinde iki devlet arasında imzalanan "güvenlik meselelerinde işbirliği protokolü"ne⁶¹ atıf yapmaktadır. Maddeye göre

60 Bundan sonra, "2001 Anlaşması" olarak anılacaktır. Antlaşmanın tam metni için bkz. 24.11.2001 tarihli ve 24593 sayılı Resmî Gazete.

61 Protokolün tam adı 14. maddede, "Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Güvenlik Meselelerinde İşbirliği Protokolü" şeklinde ifade edilmiştir. Bahsi geçen protokolün metni, açık kaynaklarda yer almamaktadır. Öte yandan içeriği ile ilgili de ayrıntılı bilgi bulunmamaktadır. Söz konusu protokolden bahseden kaynaklar genellikle, taraflardan birinin devlet ülkesinden diğer tarafa yönelik saldırılara karşı önlem almaya ve engellemeye yönelik ifadelerin bulunduğunu belirtmektedirler. KİP'in ismen belirtilmediği bu protokol, Suriye'nin KİP'e olan desteğini önlememiştir. Örnek olarak bkz. AKDEVELİOĞLU / KÜRKCÜOĞLU, s. 137; ARI Tayyar, "Orta Doğu İle İlişkiler",



bahsi geçen mutabakat ve protokol hükümleri uyarınca, tarafların kendi sınırları içerisinde diğer tarafın güvenliğine ve vatandaşlarına yönelik terör eylemleriyle mücadele edileceği ve bu eylemlerin önlenmesi amacıyla işbirliği yapılacağı belirtilmiştir.

2001 Anlaşması'nın konumuzla ilgili yukarıdaki hükümleri değerlendirildiğinde, tarafların kendi devlet ülkelerinden kaynaklanan terörizm eylemlerini önleme yükümlülüğü, açıkça ifade edilmiştir. Bir başka deyişle taraflar, ülke bütünlüğüne saygı ilkesine riayet edeceklerini teyit etmişlerdir. Ayrıca Adana Mutabakatı'na atıf yapılmış olması da özellikle Suriye'nin KİP ve diğer terör örgütlerine yönelik faaliyetlerin önlenmesi bağlamındaki yükümlülüğünü, bu antlaşmanın bir parçası hâline getirmiş olmaktadır. Dolayısıyla tarafların karşılıklı yükümlülükleri yanında, Suriye'nin özel yükümlülüğü de bu belgenin içeriğine dahil edilmiştir.

C. 23 Aralık 2009 Tarihli Antlaşma

Türkiye ile Suriye arasında yapılan diğer antlaşma, 23 Aralık 2009 tarihli olup Şam'da imzalanmıştır. Her iki devletin İçişleri Bakanları arasında yapılan bu antlaşmanın resmî adı, "*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İçişleri Bakanlığı ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti İçişleri Bakanlığı Arasında Güvenlik İşbirliği Anlaşması*" şeklindedir⁶². Beş bölümden ve 41 maddeden oluşan antlaşmanın İkinci Bölümü, "*Terör Örgütleri ve Terörizmle Mücadele Konusunda İşbirliği*" başlıklıdır ve antlaşmanın 7.-14. maddelerinden oluşmaktadır.

İkinci Bölüm'ün giriş kısmında, yukarıda ele alınan 2001 Anlaşması'nın 14. maddesi ve tarafların daha sonra yapacakları antlaşmalar göz önünde bulundurularak terörist eylemlerle mücadelede azamî işbirliği yapılacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda 7. maddenin ilk fıkrasında tarafların, kendi sınırları içinde, diğer tarafın güvenliğine ve vatandaşlarına yönelik terör eylemlerinin hazırlanmasını ve işlenmesini önlemek amacıyla etkin tedbirler alacağı ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre taraflar ayrıca, diğer tarafın talebi üzerine, terör örgütleri ve terör faaliyetleriyle ilgili her türlü bilgiyi ve belgeyi de birbirlerine ileteceklerdir.

Türk Dış Politikası (1919-2008), Editör: Haydar Çakmak, Barış Platin Kitap, Ankara, 2008, s. 775; OKTAV, s. 85-86. 17 Temmuz 1987 tarihli protokol dışında, Nisan 1992 tarihli bir başka güvenlik protokolünden de bahsedilmektedir. Aynı şekilde içeriğine ulaşamayan bu protokolda, güvenlik sorunlarıyla ilgili komite oluşturulması, terörizmin önlenmesi, sınır çizgilerinin netleştirilmesi, sınır ticareti, doğrudan telefon hattı, uyuşturucu madde trafiğinin önlenmesi ve suçluların iadesi gibi konuların düzenlendiği belirtilmektedir. Bu protokol de önceki protokolün akıbetine uğramış ve Suriye'nin KİP'e desteği devam etmiştir. Örnek olarak bkz. OKTAV, s. 86-87.

62 Bundan sonra, "2009 Anlaşması" olarak anılacaktır. Antlaşmanın tam metni için bkz. 05.07.2011 tarihli ve 27985 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete.



İkinci Bölüm'ün diğer maddelerinde, 7. maddenin 1. fıkrasında çerçevesi belirlenen yükümlülük derinleştirilmiştir. Bu bağlamda 8. madde ile bilgi, istihbarat ve değerlendirme paylaşımı ile operasyonel işbirliği; 9. madde ile radyo ve internet de dahil olmak üzere, terör örgütlerinin sesli/görsel veya yazılı yayınlarının engellenmesi; 10. madde ile tarafların kendi ülkelerinde terör örgütlerine çeşitli yollardan yardım edenlerle mücadele; 11. madde ile terörle mücadele yöntemleriyle ilgili bilgi ve tecrübe değişimi; 12. madde ile eğitim amaçlı karşılıklı staj, seminer, istişare toplantısı düzenleme, silah ve teknik donanım konularında bilgi ve tecrübe değişimi; 13. madde ile terör eylemlerinin hazırlanmasında ve gerçekleştirilmesinde kullanılacak teknik donanım ile her türlü silah ve mühimmat hareketiyle ilgili işbirliği ve bilgi değişimi konularında mutabakata varmışlardır. Son madde olan 14. maddede ise taraflar, bu kapsamda yapılan işbirliğini gözden geçirmek, gelecekte yapılacak işbirliğini planlamak ve yeni işbirliği alanları önermek üzere, bir Ortak Çalışma Grubu kurulmasına karar vermişlerdir.

2009 Anlaşması'na bakıldığında ilk dikkat çeken husus, 2009 Anlaşması'nın İkinci Bölümü'nün giriş kısmında, 2001 Anlaşması'nın 14. maddesine yapılan atıftır. Yukarıda görüldüğü üzere 2001 Anlaşması'nın 14. maddesi, Adana Mutabakatı ile alakalıdır. Bahsi geçen 14. madde, Adana Mutabakatı'nın uygulanmasına ilişkin olup Türkiye ile Suriye'nin devlet ülkesi içinden kaynaklanan ve terör eylemleriyle mücadele edilmesi ve işbirliği yapılması yükümlülüğünü düzenlemektedir. 2009 Anlaşması, tarafların bu yöndeki karşılıklı yükümlülüklerini hatırlattığı gibi Suriye'nin Adana Mutabakatı'ndan kaynaklanan tek taraflı yükümlülüğünü de perçinlemektedir.

Öte yandan, 2009 Anlaşması'nın İkinci Bölümü'nün giriş kısmında ayrıca, *“tarafların gelecekte imzalayacakları anlaşma ve protokoller”* tabiri, ele alınması gereken bir hükümdür. Türkiye ile Suriye'nin henüz akdetmedikleri antlaşmalara değinilmiştir. Dolayısıyla her iki devlet arasında, benzer içerikte ve yönde ama henüz imzalanmamış muhtemel antlaşmalarla ilgili bir şerh düşülmüştür. Metnin dilinden, bu konudaki yaklaşımın devam edeceği örtük olarak taahhüt edilmiş olmaktadır.

2009 Anlaşması'nın 7. maddesi, Adana Mutabakatı ve 2001 Anlaşması hükümlerinin tekrarını oluşturmaktadır. Zira bu hükümler, **“tarafların devlet ülkesinden kaynaklanan terör eylemlerinin hazırlanmasını ve işlenmesini önlemeye yönelik tedbirlere”** dairdir. Söz konusu hükümler, genel nitelikte bir irade beyanı niteliği taşımaktadır ve herhangi bir kısıt ya da şart içermemektedir. Dolayısıyla tarafların terörle mücadeleye yönelik ve kendi devlet ülkelerinden kaynaklı terör eylemlerini önlemeye yönelik



çok geniş bir yükümlülüğü doğmaktadır. Bu hükümlerle birlikte taraflar bir kez daha, ülke bütünlüğüne saygı ilkesine uymayı taahhüt etmişlerdir.

2009 Anlaşması'nın İkinci Bölümü'nde yer alan ve devam eden hükümler, taraflar arasındaki işbirliğinin somut alanlarına işaret etmektedir. 2001 Anlaşması ile mukayese edildiğinde, işbirliği alanlarının detaylandırıldığı görülmektedir. 2001 Anlaşması'nın imzalanmasından sonra yapılan bu düzenleme, tarafların meseleye daha titiz yaklaştıklarını da göstermektedir. Öte yandan bahsi geçen 9.-14. maddeler adeta, yukarıda işaret edilen "tarafların gelecekte imzalayacakları anlaşma ve protokoller" in bir habercisi gibidir. Zira aşağıda görüleceği üzere 21 Aralık 2010 tarihli antlaşma, taraflar arasında bu konuda akdedilen en detaylı antlaşmadır.

Ç. 21 Aralık 2010 Tarihli Antlaşma

Türkiye ile Suriye arasında yapılan son antlaşma, 21 Aralık 2010 tarihlidir. Tam adı, "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İşbirliği Terör ve Terör Örgütlerine Karşı Ortak İşbirliği Anlaşması" olup, Ankara'da imzalanmıştır⁶³. Dokuz bölümden ve 23 maddeden oluşan bu antlaşma, 2001 ve 2009 yıllarında yapılan antlaşmalarından farklı olarak genel anlamda bir güvenlik işbirliğine değil terör ve terör örgütlerine yönelik, özel nitelikli bir işbirliği antlaşmasıdır.

2010 Anlaşması'nın giriş kısmında, Adana Mutabakatı'na ve 2009 Anlaşması'na atıf yapılmış ve ayrıca taraflar arasındaki diğer ikili antlaşmalara değinilmiştir. Bir başka deyişle giriş kısmında, o güne kadar taraflar arasında yapılan bütün ikili düzenlemelerin varlığı bir kez daha teyit edilmiştir. Bununla birlikte, dikkat çeken husus, Adana Mutabakatı'nın ve 2009 Anlaşması'nın ismen zikredilmesidir.

2010 Anlaşması'nın Birinci Bölümü, "Anlaşmanın Amacı ve Kapsamı" başlıklıdır ve dört maddeden oluşmaktadır. 1. maddenin a bendinde, Adana Mutabakatı'nın geliştirilmesinin ve etkin kılınmasının; b bendinde, tarafların güvenliğini ve istikrarını tehdit eden terör eylemlerine ve örgütlerine karşı ortak mücadele için yasal ve kapsamlı bir çerçevenin oluşturulmasının; c ve d bentlerinde de ortak bir terörle mücadele politikası geliştirilmesinin, istihbarat paylaşımı ve bilgi değişimi yapılmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Maddenin son bendi olan e bendinde ise Adana Mutabakatı ile oluşturulan uygulama mekanizmalarından hareketle bütün türleriyle birlikte terörle ve terör örgütleriyle mücadele, samimi ve kararlı bir güvenlik işbirliğinin hedeflendiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere 1. madde, genel bir çerçeve çizmiştir.

63 Bundan sonra, "2010 Anlaşması" olarak anılacaktır. Antlaşmanın tam metni için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Dışişleri Komisyonu'nun 21.03.2011 tarihli, 1/1009 Esas ve 202 Karar numaralı Dışişleri Komisyon Raporu.



2. ve 3. maddelerde, “PKK/KONGRA-GEL terör örgütü ve çeşitli adlar altındaki uzantıları/yan kuruluşları” tabiri kullanılarak 2010 Anlaşması’nın KİP ve ona bağlı örgütler başta olmak üzere, diğer terör örgütlerine karşı ortak mücadelede işbirliğini esas aldığı belirtilmiştir. Ayrıca kişi, grup ve eylemler içerisinde hangilerinin terör, terör örgütü ve terörist olarak niteleneceği hususunda da ortak kararlara göre hareket edileceğine işaret edilmiştir. Bölümün son maddesi olan 4. maddede ise 2010 Anlaşması’nın tarafların kendi sınırları içindeki güvenlik işbirliği faaliyetlerini de kapsadığı, Türkiye ile Suriye’nin kendi devlet ülkelerinde etkin güvenlik tedbirleri alacağı ifade edilmiştir.

2010 Anlaşması’nın İkinci Bölümü, “PKK/KONGRA GEL Terör Örgütü ve Diğer Terör Örgütlerine Karşı Ortak Mücadele” başlıklıdır. Bu bölümün tek maddesi olan 5. maddede, ilginç bir ibare dikkat çekmektedir. Buna göre taraflar, “*mevcut adları ve gelecekte alabileceği diğer adlar da dahil olmak üzere PKK/KONGRA GEL*”in ve bununla ilintili diğer kuruluşların ve oluşumların terör niteliğini vurgulayarak bu örgütlerle ve diğerleriyle mücadele etmeyi taahhüt etmişlerdir. Bu hüküm, KİP’in zaman zaman başvurduğu isim değişikliğine karşı alınmış bir önlem olarak düşünülmüştür⁶⁴. Öte yandan 2010 Anlaşması, başlığı ve içeriği itibarıyla genel olarak terörizme ve terör örgütlerine yönelik bir işbirliği antlaşması olmakla birlikte, metinde odak noktasını KİP oluşturmaktadır. Metnin dilinden, tarafların daha çok KİP’e yönelik bir antlaşma için bir araya geldiği anlaşılmaktadır ki bu durumda, Türkiye’nin yaklaşımının Suriye tarafından kabul edildiği sonucu çıkmaktadır. Ayrıca Suriye’nin de Adana Mutabakatı’ndan beri KİP’e olan yaklaşımının devam ettiği görülmektedir.

2010 Anlaşması’nın 5. maddesinin devamında, tarafların taahhüt ettiği terörle genel mücadelenin somut alt alanları belirlenmiştir. Maddenin a bendinde, “özellikle PKK/KONGRA-GEL terör örgütü” ibaresi kullanılarak hiçbir terör örgütünün tarafların devlet ülkesini kullanamayacağı, güvenlik ve istikrarını bozamayacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda, sekiz başlık altında yasaklanan faaliyetler sıralanmış ve tarafların gerekli bütün tedbirleri alacağına işaret edilmiştir. Ayrıca

64 KİP’in isim değiştirme stratejisi, Nisan 2002’de başlamıştır. Bu tarihte ismini, kısa adı KADEK olan Kürdistan Özgürlük ve Demokrasi Kongresi (KÖDK) şeklinde değiştiren KİP, kısa bir süre sonra adını yine değiştirmiş ve Kasım 2003’te, kısaltması KONGRA/GEL olan Kürdistan Halk Kongresi (KHK) adını kullanmaya başlamıştır. Bkz. ÜNSAL Ünal, “Dönemin Bilançosu”, **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt III: 2001-2012**, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 120. Parantez içinde verilen kısaltmalar, yukarıda işaret edilen mantık çerçevesinde, terör örgütünün yeni isimlerinin Türkçe kısaltmalarıdır.



maddenin b ve c bentlerinde de KİP liderlerine ve üyelerine, yasal veya yasa dışı ikamet imkânı tanınmayacağı ve bu kişilerin ticarî, siyasî, askerî, vb. herhangi bir faaliyette bulunamayacağı; bu kimselere herhangi bir kolaylık sağlanamayacağı ve bahsi geçen şahısların diğer tarafa veya üçüncü bir devlete geçmek üzere tarafların devlet ülkesini kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

2010 Anlaşması'nın diğer hükümleri, terör örgütlerinin ve faaliyetlerinin sürekli takibi ve engellenmesi; terör örgütü mensuplarının yakalanması ve teslim edilmesi; bilgi, belge ve istihbarat paylaşımı; işbirliği mekanizmaları ve taraflar arasındaki düzenli görüşmeler ile alakalıdır. Oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenen bu hükümlerle ilgili ortak özellik, terörle ortak mücadelede, KİP ve ilişkili bütün terör örgütlerinin odak noktası olarak seçilmiş olmasıdır.

2010 Anlaşması genel olarak değerlendirildiğinde, Adana Mutabakatı'ndan itibaren taraflar arasında başlayan sürecin devam etmekte olduğu görülmektedir. Nitekim başta Adana Mutabakatı ve 2009 Anlaşması olmak üzere bütün ikili antlaşmalara atıf yapılmıştır. Bununla birlikte, yukarıda işaret ettiğimiz üzere, Adana Mutabakatı dışındaki düzenlemeler karşılıklı yükümlülükler içerirken Adana Mutabakatı, Suriye'nin tek taraflı yükümlülüklerinden oluşmaktadır. Dolayısıyla Suriye'nin KİP ile ilgili yükümlülükleri açısından durum, değişmemiştir. Yine değişmeyen temel esas ise ülke bütünlüğü ilkesine saygı yükümlülüğüdür.

2010 Anlaşması, bir **özel kural** niteliği taşımaktadır. Zira metin, 2001 ve 2009 antlaşmalarının genel kural çerçevesinden farklı olarak sadece terörizmle ve terör örgütleriyle mücadele temelinde kaleme alınmıştır. Bu bağlamda bir başka husus da özel kural niteliği taşıyan 2010 Anlaşması'nda, KİP ve ilişkili bütün kuruluşları için daha da özel bir alan yaratılmış olmasıdır. Dolayısıyla içeriği itibarıyla bu metin, KİP odaklı bir düzenlemedir. Öte yandan KİP'in zaman zaman uyguladığı isim değiştirme stratejisine karşı alınan önlem de dikkat çekicidir. Bu yönüyle metin, sadece mevcut şartları değil gelecekte ortaya çıkabilecek ihtimâlleri de göz önünde tutmuştur.

2010 Anlaşması metninin KİP odaklı olarak kaleme alınmasında, Türkiye'nin etkisinin olduğu açıktır zira KİP ile asıl mücadele eden taraf, Türkiye'dir. Kısacası Türkiye, KİP ile mücadelesindeki stratejisini Suriye'ye bir kez daha benimsetmiştir. Bir başka deyişle Adana Mutabakatı'nda Türkiye'nin etkin iradesiyle ortaya çıkan hükümler, bu antlaşmada da devam etmiştir. Nitekim 2010 Anlaşması hükümleri ile Adana Mutabakatı hükümleri arasında ciddi bir paralellik söz konusudur. Dolayısıyla 2010



Anlaşması için “Adana Mutabakatı”nı da kapsayacak şekilde, söz konusu mutabakatın genişletilmiş hâlidir.” denebilir.

IV. TÜRKİYE’NİN SURİYE’YE YÖNELİK ASKERİ HAREKÂTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye’nin Arap Baharı sürecinde, Suriye’ye yönelik olarak gerçekleştirdiği sınır ötesi harekâtlar, yukarıda çerçevesi çizilen hükümler açısından değerlendirildiğinde, birkaç hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Bunlardan ilki, Türkiye’nin gerçekleştirdiği harekâtların sebebidir. Mart 2011’den itibaren başlayan ve bir süre sonra iç savaşa dönüşen Suriye sorunu, komşu coğrafyada gerçekleşmesi sebebiyle Türkiye’nin güvenliğini yakından ilgilendirmektedir. Bununla birlikte sorun, sadece komşuluk ilişkisi sebebiyle hassasiyet taşımamış; Suriye’nin diğer komşuları gibi Suriye’nin devlet ülkesinden kaynaklanan IŞİD tehdidi Türkiye’ye de somut olarak yansımış ve pek çok terörizm eylemi gerçekleşmiştir. Bunun yanı sıra Türkiye’ye yönelik olarak, KİP’in Suriye uzantısı DBP/HSB⁶⁵ eliyle gerçekleştirilen ve terörizm niteliği taşıyan saldırılar artmıştır. Dolayısıyla Türkiye, Suriye’nin ülke bütünlüğüne yönelik olarak değil başta KİP olmak üzere, terör örgütlerine yönelik harekâtlar gerçekleştirmiştir.

Sınır ötesi harekâtlarda dikkat edilmesi gereken ikinci husus, Türkiye’nin kendi devlet ülkesinin bütünlüğünü sağlama amacıyla söz konusu harekâtları gerçekleştirmesidir. Zira Türkiye, 40 yılı aşkın bir süredir KİP ve uzantılarıyla pek çok zeminde mücadele etmektedir. KİP’in stratejisi, Türkiye’nin ülke bütünlüğünü hedef almaktır. Zira KİP, Türkiye’nin yanında, Suriye, Irak ve İran’dan ele geçireceği alanlardan oluşan, “dört parçalı Büyük Kürdistan” oluşturmayı hedeflemektedir⁶⁶. Her ne kadar mevcut durumda IŞİD’in gücü oldukça kırılmış olsa da benzer hedefler, kendi ideolojik yaklaşımı çerçevesinde ve özellikle IŞİD’e karşı gerçekleştirilen Fırat Kalkanı Harekâtı sırasında, IŞİD için de geçerlidir⁶⁷. Dolayısıyla Suriye kaynaklı KİP ve IŞİD saldırılarının Türkiye’nin ülke bütünlüğüne yönelmesi sebebiyle Türkiye, sınır ötesi harekâtlar tertip etmiştir.

65 KİP ile DBP/HSB arasındaki ilişki için bkz. BOZKURT Ceyhan, “Suriye Kürtleri ve PKK”, *Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolun İlk Durağı Mı?*, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayın, Ankara, 2012, s. 322, 338-348; TERZİOĞLU Süleyman Sırrı, “Uluslararası Hukuk Açısından Fırat Kalkanı Harekâtının Meşruluğu Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 134, Ocak-Şubat 2018, s. 603-607.

66 KİP’in “Bağımsız, Birleşik ve Demokratik Kürdistan” hedefiyle ilgili olarak bkz. ÖZCAN Nihat Ali, *PKK (Kürdistan İşçi Partisi): Tarihi, İdeolojisi ve Yöntemi*, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayınları, Ankara, 1999, s. 55-68. Bu hedefe yönelik olarak KİP’in 1978 ve 1995 yıllarına ait programları için bkz. ÖZCAN, s. 350-369, 370-397.

67 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZER, s. 253-277; TERZİOĞLU, s. 600-603.



Türkiye'nin icra ettiği harekâtlarla ilgili bir diğer husus, bu harekâtların aynı zamanda bölgedeki diğer devletlerin ülke bütünlüğünü de korumaya yönelik olmasıdır. Elbette Türkiye'nin temel hedefi, işaret edildiği üzere, kendi devlet ülkesinin bütünlüğünü sağlamaya yöneliktir. Bunun yanında, Türkiye'nin hedeflerine ulaşması hâlinde, Suriye kaynaklı terörizm faaliyetleri de son bulmuş olacaktır. Dolayısıyla bu harekâtlar aynı zamanda, öncelikle Suriye'nin ve ayrıca, KİP'in hedef aldığı diğer devletler olan İran ile Irak'ın ülke bütünlüğünün tesis edilmesine veya korunmasına yöneliktir.

Türkiye eliyle gerçekleştirilen askerî harekâtlarda dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus, Suriye'nin kendi devlet ülkesinde fiilen otorite tekeline sahip olmamasıdır. Çalışmanın başında da ifade edildiği üzere Suriye, devlet ülkesinin tamamında etkin egemen otorite değildir. Özellikle Türkiye'ye yönelen terörizm eylemlerinin planlandığı ve/veya gerçekleştirildiği alanlarda, uluslararası hukuk açısından gerekli olan etkin egemenlik tekeline sahip değildir. Bir başka deyişle Suriye, başarısız devlet (failed state) niteliği taşımaktadır⁶⁸. **Dolayısıyla Suriye, uluslararası hukuk açısından temel bir ilke olan "ülke bütünlüğü ilkesine saygı" yükümlülüğünü yerine getirememektedir.** Böylesi bir durumda, terörizm niteliği taşıyan ve süreklilik arz eden saldırılar karşısında Suriye devletinin Türkiye'ye karşı yerine getirmek zorunda olduğu, ülke bütünlüğüne saygı yükümlülüğünü gözetmesine ilişkin meşru beklenti gerçekçi görülemez. Zira Suriye, bu yükümlülüğünü yerine getirebilecek fiilî şartları taşımamaktadır. Türkiye'nin bunu beklemesi, kendi devlet ülkesinin bütünlüğüne yönelik saldırıların devam etmesine yol açacaktır. Nitekim Suriye içinde icra edilen ilk harekât olan Fırat Kalkanı Harekâtı, Suriye iç savaşının başlamasından ve Türkiye'ye yönelik terörizm eylemlerinin gerçekleşmesinden oldukça uzun bir süre sonra, 24 Ağustos 2016-29 Mart 2017 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. İlk harekât gerçekleşene kadar, Türkiye pek çok saldırıya maruz kalmıştır. Dolayısıyla Türkiye'nin, kendi devlet ülkesine yönelik saldırıların devam ettiği ve kaynak devletin, ülke bütünlüğüne saygı ilkesinden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getir(e)mediği durumlarda, bu saldırılara katlanma yükümlülüğü yoktur. Zaten uluslararası hukuktaki yerleşik anlayışa göre böyle bir tutum da Türkiye'den beklenemez. Bu gerekçe, sadece Suriye sorununa has bir gerekçe olmayıp ülke bütünlüğüne saygı

68 Başarısız devlet (Failed State), bir devletin devlet olma vasıflarının ortadan kalkmadığı ancak siyasî otoritenin etkin merkezî kontrole sahip olmadığı, buna yönelik alt yapının yeterince güçlü olmadığı ve kurulu düzenin önemli ölçüde bozulduğu bir devlettir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SHAW, s. 199-201; THÜRER, Daniel, "The 'failed state' and international law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, No. 836, 1999: 731-761.



ilkesinin ihlâl edildiği bütün durumlarda, uluslararası hukuk açısından geçerli ve meşru bir gerektir.

Türkiye'nin gerçekleştirdiği askerî harekâtlarla ilgili bir başka husus da harekâtlar tamamlandıktan sonra, Türkiye'nin askerî varlığının ilgili bölgelerde devam etmesi zorunluluğudur. Zira bahsedildiği üzere, Suriye'de hâlâ etkin egemen otorite tekeli tesis edilememiştir. Yani Suriye sorunu, tam anlamıyla çözülmüş değildir. Türkiye'nin harekât bölgelerini terk etmesi hâlinde, yeni saldırılara maruz kalma ihtimâli hâlâ yüksektir. Nitekim ilk harekâttan bugüne kadar, harekât bölgelerinin içinde ve harekât bölgelerinden Türkiye'ye yönelik pek çok saldırı gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla askerî harekâtların tamamlanmış olması, Suriye sorununun devam ediyor olması münasebetiyle Türkiye'ye yönelik saldırıları bitirmemiştir. Bu sebeple Suriye'de kalıcı bir çözüm gerçekleşmeden, bir başka deyişle etkin egemen otorite tekeli kurulmadan, Türkiye'nin askerî varlığının devam etmesinde bir sakınca yoktur. Aksi takdirde yine, "**ülke bütünlüğüne saygı ilkesi**"nin gerekleri yerine getirilememiş olacaktır. Zira bu ilke, geçici veya dönemlik bir yükümlülük olmayıp her devlete sürekli ve genel bir yükümlülük getirmektedir. Genel ve sürekli yükümlülüğün yerine getirilmediği veya getirilemediği durumlarda Türkiye, yeniden sınır ötesi harekât düzenlemek zorunda kalacağı için ilgili bölgelerde, askerî mevcudiyetini koruyabilir.

Türkiye'nin Suriye'ye yönelik gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonların bir başka boyutu da Türkiye ile Suriye arasında imzalanmış ikili antlaşmalardır. Yukarıda ele alınan bu antlaşmalara bakıldığında, her iki devletin de karşılıklı yükümlülüklerinin bulunduğu; özellikle kendi devlet ülkelerinden kaynaklanan ve diğer tarafa yönelen saldırıları önleme yükümlülüğü olduğu çok açıktır. Yani taraflar, ülke bütünlüğü ilkesine saygı göstermek zorundadır. Bunun dışında, ele aldığımız ikili antlaşmaların metinlerinde atıf yapılan ve Suriye'yi tek taraflı yükümlülük altına sokan Adana Mutabakatı'nda ve 2010 Anlaşması'nda da KİP'e yönelik özel hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla Suriye, bahsi geçen ikili düzenlemeler ve özellikle Adana Mutabakatı ile 2010 Anlaşması çerçevesinde, kendi devlet ülkesinden Türkiye'ye yönelen terörizm eylemlerini önleme yükümlülüğü altındadır. **Bir başka deyişle uluslararası hukuk açısından Suriye, antlaşmalar hukukunun en temel ilkelerinden biri olan ahde vefa (pacta sunt servanda) yükümlülüğü altındadır.** Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere Suriye, içinde bulunduğu iç savaş şartları sebebiyle bu yükümlülüklerini yerine getirememektedir. Başarısız devlet olması münasebetiyle bu yükümlülüklerini yerine getiremeyişi, yukarıda da işaret edildiği üzere, Türkiye'nin bu saldırılara katlanma yükümlülüğünü doğurmadığı gibi yine ülke bütünlüğü ilkesine saygı çerçevesinde, Türkiye'nin askerî harekât düzenlemesini engellemez.



SONUÇ

Türkiye, belirli dönemlerde sınır ötesi askerî harekâtlar düzenlemekte olan bir devlettir. Bu harekâtlar, genellikle komşu devletlerin devlet ülkesinden kaynaklanan ve terörizm niteliği taşıyan eylemlerin komşu devletler tarafından engellenmemesi veya engellenememesi sebebiyle gerçekleştirilmiştir. Sınır ötesi harekâtihtiyacının ortaya çıktığı durumlarda, Türkiye'nin bu yönde hareket edeceğini beyan ettiği dönemlerde, gerek iç kamuoyunda gerekse ve özellikle uluslararası toplum nezdinde, muhtelif tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Söz konusu tartışmalar, gerçekleştirilmesi düşünülen askerî harekâtın meşruiyeti üzerine odaklanmaktadır.

Türkiye, terörizm niteliği taşıyan saldırılara maruz kalmaya devam ettiği müddetçe ve saldırıların kaynaklandığı devletler, bu eylemleri engelle(ye)mediği sürece sınır ötesi askerî harekât düzenlemeye devam edecektir. Bu durum, Türkiye için bir güvenlik ve beka meselesi olduğu gibi aynı zamanda, uluslararası hukuk açısından bakıldığında, bir devletin en doğal hakkıdır. Dolayısıyla Türkiye'nin yapacağı bu tip harekâtların öncesinde ve sırasında, yine benzer tartışmalar gündeme gelecektir. Bu sebeple sınır ötesi harekâtların hukukî temeli, sadece döneme göre belirlenen gerekçelere ve/veya ilgili devletlerle yapılmış veya yapılacak olan antlaşmalara dayandırılmamalıdır. Zira böyle bir yaklaşım, bugüne kadar tartışmaları sona erdirmemiştir. Bundan sonra da sona ereceğini düşünmek, çok gerçekçi olmayacaktır. Dolayısıyla meseleye, daha temelden, kalıcı ve her duruma dayanak teşkil edecek meşru bir gerekçe bulmak gerekmektedir.

Türkiye'nin terörizm niteliğindeki saldırılar sebebiyle sınır ötesi harekât düzenlemesinin temel dayanağı, uluslararası hukukun önemli ilkelerinden biri olan “**ülke bütünlüğüne saygı**” olmalıdır. Zira Türkiye, yukarıda işaret edildiği üzere, genellikle KİP ve uzantılarının eylemlerine maruz kalmaktadır. KİP de Türkiye'nin ülke bütünlüğüne açıkça tehdit oluşturan ve Türkiye'nin ülke bütünlüğünü parçalamayı amaçlayan bir terör örgütüdür. Bu durumda, saldırıların kaynaklandığı bölgede egemen otorite olduğu iddiasındaki devletin bu saldırıları önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği ve/veya getiremediği durumda ilgili devlet, ülke bütünlüğüne saygı ilkesini ihlâl etmiş olmaktadır. Dolayısıyla Türkiye'nin sınır ötesi harekât yapma hakkı, doğal olarak ortaya çıkmaktadır. Suriye'ye yönelik askerî harekâtlarda da böylesi bir durum çıkmıştır. Sonuç olarak Türkiye, “ülke bütünlüğüne saygı ilkesi” çerçevesinde sınır ötesi askerî harekât yapabilir ve bu ilkenin temel gerekçe olması da askerî harekâtların meşruiyetini güçlendirir.

Öte yandan sınır ötesi harekâtların tamamlanmasından sonra Türkiye, harekât bölgesinde kalmaya devam edebilir. Buradaki ölçü, Türkiye'ye



yönelik saldırıların kaynağı olan ilgili devlette etkin egemen otorite tekelinin sağlanıp sağlanmadığıdır. Eğer ilgili devlet, ülke bütünlüğüne saygı ilkesinin gereğini yerine getirebilecek durumda değilse Türkiye'nin askerî varlığının bölgeden çekilmesi, yeni saldırıların gerçekleştirilmesine yol açacaktır. Nitekim Suriye örneğinde görüldüğü üzere, harekât bölgelerinin içinde ve harekât bölgelerinden Türkiye'ye yönelik saldırılar sürmektedir. Genel ve sürekli bir yükümlülük olan ülke bütünlüğüne saygı ilkesinin yeniden ihlâl edilme ihtimâlinin olduğu durumlarda, Türkiye askerî varlığını koruyabilir. Dolayısıyla Türkiye'nin Suriye'deki askerî varlığını devam ettirmesi yine, ülke bütünlüğü ilkesine saygı yükümlülüğünün Suriye tarafından yerine getirilemeyecek olmasından kaynaklanmaktadır.

Türkiye'nin Suriye'ye yönelik olarak gerçekleştirdiği askerî harekâtların bir başka hukukî dayanağı da taraflar arasında imzalanmış olan ikili antlaşmalardır. Yukarıda ele alınan ikili düzenlemelerde de açıkça belirtildiği üzere taraflar, kendi devlet ülkelerinden diğer devlete yönelecek saldırıları önleme yükümlülüğü altındadırlar. Bu antlaşmalarda taraflar, ülke bütünlüğü ilkesine saygı yükümlülüğü çerçevesinde birbirlerine taahhütlerde bulunmuşlardır. Ayrıca Suriye bakımından, tek taraflı yükümlülükler içeren Adana Mutabakatı da bulunmaktadır. Bu sebeple taraflar, hukukun en temel ilkelerinden biri olan ve uluslararası hukukta da antlaşmalar hukukunun temelini oluşturan "**ahde vefa**" ilkesi gereğince yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar. Dolayısıyla Suriye, söz konusu ikili antlaşmalar çerçevesinde, Türkiye'ye yönelik saldırıları engelleme yükümlülüğü altındadır.

Sonuç olarak Türkiye'nin Suriye'de gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonları, "**ülke bütünlüğüne saygı**" ve "**ahde vefa**" ilkeleri çerçevesinde hukuka uygundur. Operasyonların meşruiyetine ilişkin gerekçelendirilmede, her iki ilkeden hareket edilebilir. Zira bu ilkeler, uluslararası hukukun en temel ilkeleri arasındadır. Ayrıca devletler bakımından bu ilkeler, genel ve sürekli bir yükümlülük doğururlar. Bu sebeple şartlara ve döneme göre değişen genel-geçer gerekçeler dışında bu ilkelere dayanılarak yapılacak bir gerekçelendirme, askerî harekâtların meşruiyetini güçlendirecek ve tartışmaların açılmamak üzere kapanması için önemli bir mesafe aldıracaktır.



KAYNAKLAR

AKİPEK Ömer İlhan, **Devletler Hukuku, İkinci Kitap, İstiklâl Matbaası, Ankara, 1964.**

ANSTIS, Sebastian C. St. J. / ZACHER Mark W., "The Normative Base of the Global Territorial Order", **Diplomacy & Statecraft**, Vol. 21, No. 2, 2010: 306-323.

AKDEVELİOĞLU Atay / KÜRKÇÜOĞLU Ömer, "Orta Doğu'yla İlişkiler", **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt II: 1980-2001**, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006: 124-157.

AREND Anthony Clark / BECK Robert J., **International Law and the Use of Force**, Routledge, London and New York, 1993.

ARI Tayyar, "Orta Doğu İle İlişkiler", **Türk Dış Politikası (1919-2008)**, Editör: Haydar Çakmak, Barış Platin Kitap, Ankara, 2008: 772-778.

ATLIOĞLU Yasin, "Suriye Muhalefetine Anatomisi", **Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolun İlk Durağı Mı?**, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2012: 79-121.

BADEY Thomas J., "Defining International Terrorism: A Pragmatic Approach", **Terrorism and Political Violence**, Vol. 10, No. 1, 1998: 90-107.

BAŞEREN Sertaç, "Kavramsal Özellikleri ile Terörizm (Tarihi ve Hukuki Boyutları)", **Küresel Terörizm ve Uluslararası İşbirliği Sempozyumu (Ankara, 23-24 Mart 2006)**, Genelkurmay Başkanlığı Basımevi: 7-18.

BOZ Hakan, "Suriye'nin Arkasındaki Cephe: İran", **Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolun İlk Durağı Mı?**, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2012: 175-194.

BOZKURT Ceyhun, "Suriye Kürtleri ve PKK", **Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolun İlk Durağı Mı?**, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2012: 313-348.

BOZKURT Enver / KANAT Selim, **Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007.

BUTCHARD Patrick M., "Back to San Francisco: Explaining the Inherent Contradictions of Article 2 (4) of the UN Charter", **Journal of Conflict & Security Law**, Vol. 23, No. 2, 2018: 229-267.

CASSESE Antonio, **Terrorism, Politics and Law-The Achille Lauro Affair**, Princeton University Press, Princeton / New Jersey, 1989.



CİĞER Mehmet, “Suriye İç Savaşı ve Devlet Dışı Aktör Olarak PYD’nin Etkisi”, **Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk**, Editör: Fatma Taşdemir, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2016: 183-208.

COMMITTERI Camilla, **When Domestic Factors Prevail Upon Foreign Ambitions: Russia’s Strategic Game in Syria**, Istituto Affari Internazionali, Roma, 2012.

DİLEK Bahadır Selim, **Suriyeli Göçü**, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2018.

DOĞAN İlyas, “Orhun Kitabelerinde ve İslam Öncesi Türk Topuluklarında Devlet, Toplum ve Siyaset Anlayışı”, **XIV. Türk Tarih Kongresi (Ankara, 9-13 Eylül 2002)**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Cilt 3: 425-439.

DROZ-VINCENT Philippe, “State of Barbary (Take Two), From Arab Spring to the Return of Violence in Syria”, **The Middle East Journal**, Vol. 68, No. 1, 2014: 33-58.

FIRAT Melek / KÜRKÇÜOĞLU Ömer, “Orta Doğu’yla İlişkiler”, **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt II: 1980-2001**, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006: 551-568.

GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, Editör: Reşat Volkan Günel, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2014.

HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, Columbia University Press, New York, 2006.

HOSEIN Sartipi / QASEMI Mohsen, “Responsibility to Protect, Terrorism and the Evolution in Traditional International Law Framework”, **International Journal of Humanities & Social Science Studies**, Vol. II, Issue II, January 2016: 138-164.

League of Nations Treaty Series, Volume CLXV, No. 3801-3824.

ODENDAHL Kerstin, “The Scope of Application of the Principle of Territorial Integrity”, **German Yearbook of International Law**, Vol. 53, 2010, s: 511-540.

OKTAV Özden Zeynep, **Limits of Relations With the West**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008.

OPPENHEIM Lassa Francis, **International Law: A Treatise, Vol. I**, Gece Kitaplığı, Ankara, 2018.

ORAN Baskın, “Arap Baharı”, **Türk Dış Politikası, Cilt III: 2001-2012**, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2013: 51-52.



ÖZARSLAN Bahadır Bumin, “Dede Korkut Hikâyelerinde Egemenlik Kavramına Ait Unsurlar”, **Karadeniz Araştırmaları**, Cilt: 9, Sayı: 35, 2012: 101-109.

ÖZCAN Nihat Ali, **PKK (Kürdistan İşçi Partisi): Tarihi, İdeolojisi ve Yöntemi**, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayınları, Ankara, 1999.

ÖZER Adem, “Kabuk Devlet ve IŞİD”, **Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk**, Editör: Fatma Taşdemir, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2016: 253-277.

PANEBIANCO Stefania, **The Arab Spring: When Democracy Meets Global Protest**, Italian Political Science Association, Issue 7, Italy, 2012.

PARGETER Alison, **Müslüman Kardeşler: Muhalefetten İktidara**, Çeviren: Semih Çelik, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2016.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

SHAW Malcolm, **International Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

SÖNMEZOĞLU Faruk, **Son On Yıllarda Türk Dış Politikası (1991-2015)**, DER Yayınları, İstanbul, 2016.

TAŞDEMİR Fatma, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 3, 2016: 644-688.

TERZİOĞLU Süleyman Sırrı, “Uluslararası Hukuk Açısından Fırat Kalkanı Harekâtının Meşruluğu Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 134, Ocak-Şubat 2018: 587-638.

THÜRER, Daniel, “The ‘failed state’ and international law”, **International Review of the Red Cross**, Vol. 81, No. 836, 1999: 731-761.

TUDOROIU Theodor, “The Arab Spring: Last Episode of the Cold War”, **Contemporary Politics**, Vol. 19, No. 3, 2013: 304-320.

ÜNSAL Ünal, “Dönemin Bilançosu”, **Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt III: 2001-2012**, Editör: Baskın Oran, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012: 13-248.



VIDMAR Jure, "Territorial Integrity and the Law of Statehood", **George Washington International Law Review**, Vol. 44, No. 2, 2012: 697-748.

VOLPI Frederic, "Explaining (and Re-explaining) Political Change in the Middle East during the Arab Spring: Trajectories of Democratization and of Authoritarianism in the Maghreb", **Democratization**, Vol. 20, No. 6, 2013: 969-990.

YAVUZ Celalettin / ERDURMAZ Serdar, **Arap Baharı ve Türkiye**, Berikan Yayınevi, Ankara, 2012.

YAVUZ Özge, "Temel Parametreler ve Farklılaşan Dinamikler Çerçevesinde Suriye-Türkiye İlişkileri", **Bağımsızlıktan Arap Baharı'na Suriye: İç ve Dış Politika**, Editörler: Mehmet Akif Okur / Nuri Salık, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2016: 313-340.

YAZICI Nevin, "Suriye Siyasi Tarihi", **Küçük Orta Doğu Suriye: İç Çatışmadan Orta Doğu İç Savaşına Giden Yolun İlk Durağı Mı?**, Editör: Ümit Özdağ, Kripto Basım Yayım, Ankara, 2012: 13-38.

ZACHER Mark W., "Territorial Integrity Norm: International Boundaries and the Use of Force", **International Organization**, Vol. 55, No. 2, Spring 2001: 215-250.

<https://www.law.yale.edu>

<https://www.msb.gov.tr>

<https://www.tsk.tr>

<https://www.un.org>



AVRUPA BİRLİĞİ MARKASI OLARAK SLOGANLAR

(Slogans as European Union Trademarks)

Dr. Özge ÖZSOY¹

ÖZ

Reklamcılıkta kullanılan kısa ve vurucu veya hatırlanabilir ifade olarak tanımlanabilen sloganlar, Avrupa Birliği (AB) Markası olarak tescil edilmektedir. AB’de slogan markalarının hukuki altyapısını 89/104/AET sayılı Konsey Direktifi ile 40/94/AT sayılı Konsey Tüzüğü oluşturmaktadır. Markayı oluşturan işaretler arasında sözcükler de sayıldığı için, her ne kadar sloganlar marka tanımına özel olarak dahil edilmese de, diğer sözcük markaları gibi tescil edilebilir. Ancak, ayırt edici olmayan ve tanımlayıcı olan sloganlar tescil edilemez. AB Adalet Divanı (ABAD) sloganların ayırt ediciliğini tespit etmenin daha zor olduğunu kabul etmekte ama bu gerçek, sloganlardan başka işaretler için konulan şartlardan daha sıkı şartlar koymayı haklı göstermemektedir. ABAD’a göre, sırf ilgili tüketici kesiminin markayı tanıtım formülü olarak algılaması ve markanın övücü niteliği nedeniyle başka teşebbüsler tarafından ilke olarak kullanılabilmesi gerçeği, tek başına bu markanın ayırt edici özellikten yoksun olduğu sonucunu desteklemek için yeterli değildir. Halk markayı o işletmesel kökenin işareti olarak algıladığı sürece, markanın aynı zamanda tanıtım formülü olarak anlaşılması gerçeği ayırt edici özelliği üzerinde hiçbir etkiye sahip değildir.

Son olarak, ABAD’ın sloganları sözcük markalarının bir alt grubu olarak görmediğini açıkça ortaya koyabiliriz. Nitekim, davaların incelenmesinden ABAD’ın son yıllarda sloganların ayırt ediciliği için daha esnek kriterler uyguladığı aşikardır. Bu nedenle, ayırt ediciliği belirleme konusunda sözcük markalarından daha sıkı şartlar uygulanmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Sloganlar, Avrupa Birliği Markası, Ayırt edicilik, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Mutlak ret nedenleri.

ABSTRACT

Slogans, which may be defined as the short and striking or recallable expression used in advertising, are registered as European Union (EU) Trademarks. The Council Directive 89/104/EC and the Council Regulation 40/94/EC constitute the legal infrastructure of the slogan trademarks in the EU. Since the words are listed among the signs forming trademarks, although the slogans are not included specifically in the definition

1 Dr., ozgeakin@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0003-0740-8933



of trademark, they may be registered as the other word trademarks. However, nondistinctive and descriptive slogans may not be registered. The Court of Justice of the EU (ECJ) accepts that it is more difficult to determine the distinctiveness of slogans, however this reality does not justify to impose more strict conditions than the conditions imposed for signs other than slogans. According to the ECJ, the mere reality that the related consumer group perceives the trademark as a promotional formula and the trademark may be used in principle by other undertakings due to the laudatory nature of trademark is not enough to support in itself the result that this trademark lacks distinctive character. As long as the public perceives the trademark as the sign of that origin, the reality that the trademark is at the same time understood as the promotional formula has no effect on the distinctive character.

Finally, we may clearly put forward that the ECJ does not consider the slogans as a subgroup of the word trademarks. As a matter of fact, it is obvious from the analysis of the cases that the ECJ applies more flexible criteria for the distinctiveness of the slogans in the recent years. Therefore, more strict conditions should not be applied in respect of determining distinctiveness.

Keywords: Slogans, European Union Trademark, Distinctiveness, Court of Justice of the European Union, Absolute grounds for refusal.

GİRİŞ

Slogan, reklamcılıkta kullanılan kısa ve vurucu veya hatırlanabilir bir ifade olarak tanımlanabilir. Tüketicie belirli bir markayı hatırlatma ve onun gelecekte yapacağı mal veya hizmet alımlarını etkileme amacı taşır.² Ürünlerin tanıtımı (promosyonu) için kullanılırlar. Birkaç sözcükten oluşan kısa cümlelere, kısa söz dizinlerine ise slogan markaları denir.³

Malların ve hizmetlerin tüketici tarafından tercih edilmesini sağlamak için kullanılan reklamların en önemli dilsel öğesi sloganlardır.⁴ Hızlı tüketim dünyasında kısa, çarpıcı ve yaratıcı sloganlar, markaların bireyler tarafından pazarda fark edilmesini ve sevilmesini sağlamaktadır.⁵

2 KULKE Christin, *Is There Such a Thing as a Trademark for Slogans?*, (Yayımlanmamış YL Tezi), Lund, 2014, s. 29 <https://pdfs.semanticscholar.org/76f2/5b444412d25f7cf40a3384bc2caa05bc62cd.pdf> (Erişim tarihi: 01.04.2020)

3 ÇOLAK Uğur, *Türk Marka Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 75.

4 KALE Serdar, "Reklam Sloganlarının Taklitle Karşı Korunması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 14, S. 3, 2008, s. 265; GÜNEŞ, İlhami, "Yanlış ve Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı, Reklamlarda Yer Alması ve Tescilleri", *FMR*, C. 8, S. 4, 2008, s. 80.

5 YILDIRIM Figen / BAŞAR Özlem Deniz, *Marka Sloganları – Türkiye Sigorta Pazarı'na İlişkin İçerik Analizi*, Beta, İstanbul, 2013, s. 1.



Sloganların reklam fonksiyonu, onların ilgi çekme ve hatırlanma yöntemi olmasında yatar. Reklamın çarpıcı bir cümlesinden hareketle oluşturulan sloganlar, müşteriyi satın alma konusunda harekete geçirmeyi amaçlar.⁶ Sloganların marka ile ilişkisine bakarsak, sloganların markanın iddiasını ve felsefesini ortaya koyduğunu belirtebiliriz.⁷ Sloganlar, reklamın ve markanın tanınırlığını sağlayarak, akılda kalıcılığı sayesinde sloganla karşılaşılacak her durumda tüketicinin zihninde marka ismi yer edecektir.⁸ Sloganların markaya üç temel faydası bulunmaktadır. İlk olarak, markanın kapsamını özetlemektedir. İkinci faydası, sloganın markayı belli bir konumda göstermesidir. Sloganın markaya üçüncü faydası ise, çeşitli söz oyunları ve farklı mizahi kullanımlar yoluyla markayı daha dikkat çekici kılmasıdır.⁹

Slogan markaları, Avrupa Birliği'nde (AB) 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94/AT sayılı Konsey Tüzüğü'nde¹⁰ ve 89/104/AET sayılı Konsey Direktifi'nde¹¹ açıkça belirtilmemiş, fakat uygulamada geliştirilmiş bir terimdir. Hatta aşağıda görüleceği üzere, Avrupa Birliği'nin temyiz mahkemesi olan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), sloganları sözcük markalarının bir alt grubu olarak değerlendirmemiştir.¹²

Bu çalışma, AB Markası olarak tescil edilen slogan markalarının özellikle ayırt ediciliği konusunu işleyecektir. Bu konu irdelenirken, AB içtihatlarından faydalanılmıştır. Bu nedenle, AB Markası başvurularının tescil edilememesi halinde hangi yollara başvurulabileceği önem taşımaktadır. AB Markalarının tescili ile görevli marka ofisi olan EUIPO'na¹³ yapılan AB Markası başvuruları inceleme uzmanları tarafından değerlendirilmektedir. EUIPO'nun ilk derece kararlarına karşı yapılan itiraz, EUIPO Temyiz Kurulunda sonuca bağlanmaktadır. Temyiz Kurulları, bağımsız olup; herhangi bir talimatla bağlı değildir.

6 ibid., s. 17.

7 ibid., s. 18.

8 MENGÜ M. Murat, "Reklam Sloganları ve Tüketici Zihni", *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, S. 25, 2006, s. 114, 118.

9 ATEŞOĞLU İ., *Marka İnşasında Slogan*, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, Cilt: 8, No: 1, s. 260.

10 14.06.2017 tarih, 2017/1001/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (**OJ of the European Union**, L 154, 16.06.2017) ("*Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark*"). Çalışmamızda söz konusu Tüzük kısaca "**AB Markası Tüzüğü**" olarak anılacaktır.

11 16.12.2015 tarih, 2015/2436/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (**OJ of the European Union**, L 336, 23.12.2015) ("*Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*").

12 ÇOLAK, s. 75.

13 "European Intellectual Property Office" in kısaltması. Ofisin eski adı OHİM'dir. Çalışmamızda "**AB Fikri Mülkiyet Ofisi**" veya "**EUIPO**" olarak anılacaktır.



Ancak belirtmek gerekir ki; bunlar yargı organları değildir. EUIPO Temyiz Kurullarının kararlarına karşı, AB'nin ilk derece mahkemesi olan Genel Mahkeme¹⁴ nezdinde dava yoluna gidilebilir. Genel Mahkeme'nin kararları da ABAD nezdinde temyiz edilebilir.

I. AVRUPA BİRLİĞİ MARKALARININ HUKUKİ ALTYAPISI

AB iç pazarının temel ilkesi, Üye Devletler arasındaki ticaret engellerini ortadan kaldırmaktır. Ülkesellik ilkesi nedeniyle, markalar sadece ulusal sınırlar içinde korunmakta ve markalı ürünler iç pazar içinde sıklıkla hareket etmektedir. Dolayısıyla, markaların tesciline ve bunların uygulanmasına ilişkin ulusal usullerde ve mevzuatta birçok farklılık olmaktadır. Bu farklılıklar, ciddi ticaret engelleri yaratabilir. Bu tür kaygılar, aşağıdaki gibi çözüm bulunması çabalarına yol açmıştır.¹⁵

Öncelikle, AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma¹⁶ m. 36, malların serbest dolaşımından muafiyet gerekçelerine, "sınai ve ticari mülkiyetin korunması" nı dahil etmiştir. "Sınai ve ticari mülkiyet" kavramı, telif hakları, patentler, markalar, tasarımlar ve faydalı modeller ile coğrafi işaretler dahil olmak üzere, tüm fikri ve sınai haklarına uygulanabilir.¹⁷ Bu madde ile, Üye Devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayrımcılık veya üstü örtülü bir sınırlama oluşturmamak şartıyla, fikrî ve sınai mülkiyet haklarının korunması amacıyla getirilen ithalat ve ihracat yasaklamaları ile sınırlamalarının istisnaen mazur görüldüğü vurgulanmıştır.

AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 345'e göre, "*Bu Antlaşma, hiçbir şekilde Üye Devletlerdeki mülkiyet sistemlerini düzenleyen kurallara hâlel getirmez.*" Bu hükme göre, ABAD tarafından geliştirilen içtihatla¹⁸, bunun mülkiyet hukukuna Avrupa mevzuatı ile ihlal edilemeyeceği anlamına gelmediği açık hale gelmiştir. ABAD, sınai mülkiyet haklarının varlığı ile kullanımı arasında ayırım çizerek bir yargısal çözüm bulmuştur. ABAD, m. 345'e uyararak, fikri mülkiyet haklarının geçerliliğini sorgulamamaktadır. Ancak, fikri mülkiyet hakkının kullanımı, Antlaşma'nın yasağı (ithalat ve

14 Genel Mahkeme, AB yargı sisteminin bir parçası olup, ulusal hukuk sistemlerindeki ilk derece mahkemesine karşılık gelmektedir. Kararları ABAD nezdinde temyiz edilebilmektedir. İngilizce'de "General Court" olarak geçmektedir.

15 BROWN Abbe E., 'Illuminating European Trade Marks?' http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/docs/trade_marks.asp, s. 37-47 (Erişim tarihi: 01.04.2020)

16 "Treaty on the Functioning of the European Union", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

17 POLER Alja, **Slogan Trade Marks**, (Yayımlanmamış YL Tezi), Leiden, 2006, s. 16, www.ie-forum.nl › getobject (Erişim tarihi: 01.04.2020)

18 Case C-350/92, *Kingdom of Spain v Council of the European Union* [1995] ECR I-1985, Case C-222/97, *Trummer and Mayer* [1999] ECR I-1661 (Bu çalışmadaki bütün ABAD ve Genel Mahkeme kararları https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106308/en/ adresinden alınmıştır.)



ihracat sınırlamalarının yasak olması) kapsamına girebilir.¹⁹ Bu durum, hakkın varlığı ile kullanımı arasındaki ayırım testinin uygulandığı ünlü *Deutsche Grammophon Gesellschaft*²⁰ kararında teyit edilmiştir.²¹

Yasama uyumlaştırması, aşağıda belirtilen araçlar vasıtasıyla meydana gelmiştir.

89/104/AET sayılı Konsey Direktifi, markaları oluşturan işaretler, red veya hükümsüzlük gerekçeleri ve markalar ile tanınan haklar hakkında ortak kurallar öngörerek ulusal düzenlemelerini uyumlaştırır.²² Direktif, ticaret engellerine yol açan ve iç pazarın gelişmesini engelleyen, ulusal marka sistemleri arasındaki farklılıkları azaltma amacıyla getirilmiştir.

AB Markası Tüzüğü, ulusal markalar yanında bir marka türü yaratmış ve bir marka ofisi olan EUIPO'yu²³ düzenlemiştir. AB Markası, üniter özelliğe sahiptir. Bir başka deyişle, anılan türden marka; tek bir başvuru, mevzuat, usul, ofis ve üniter bir ücret sistemi ile tüm Üye Devletler için tescil edilebilir. Söz konusu Tüzük, AB Markası'nın ulusal markalar ile birlikte bulunmasına dayanan ve her ikisinin de eşit statüye sahip olduğu, ikili bir sistem öngörmektedir.²⁴

II. MARKALARA İLİŞKİN AB MEVZUATININ SLOGAN MARKALARINA UYGULANMASI

Her ne kadar AB mevzuatı sloganları özel olarak marka şeklinde adlandırmasa da, markalar ile ilgili hükümler sloganlara da uygulanır.²⁵

A. Markayı Oluşturan İşaretler

AB Markası Tüzüğü m. 4, hangi işaretlerin AB Markası olarak korunabileceğini şöyle tanımlar: “Bir AB Markası, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edebilmesi ve yetkili makamların ve halkın marka sahibine sağlanan korumanın konusunu açık ve kesin olarak belirlemesini sağlayacak şekilde AB Markalar

19 TURNEY, James, “Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation”, *NwJ of Tech & IP*, S. 3, 2005, 179.

20 Case C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*. [1971] ECR 487, par. 11 onwards.

21 POLER, s. 17.

22 Avrupa Parlamentosu, **European Parliament Fact Sheets, 3.4.4. Intellectual, industrial and commercial property**, 24.04.2001, http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_4_4_en.htm (Erişim tarihi: 01.04.2020).

23 EUIPO, Alicante, İspanya’da kurulmuş ve 1996’da faaliyete geçmiştir.

24 AKIN Özge, “Avrupa Birliği, Topluluk Markalarına Reform Getirebildi mi?”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 162, 2016, s. 3034.

25 POLER, s. 18.



Sicili'nde gösterilebilir olması şartıyla, özellikle kişi adları dahil sözcükler veya şekiller, harfler, sayılar, renkler, malların veya ambalajlarının biçimi veya sesler olmak üzere her tür işareten oluşabilir."

Görüldüğü üzere, bu tanım AB Markası olarak tescil edilebilecek işaretler için sınırlı olmayan bir liste sunmuştur. Tek şart, ilgili işaretin sicilde gösterilebilir olmasıdır.²⁶

Her ne kadar sloganlar bu tanıma özel olarak dahil edilmese de, diğer sözcük markaları (ör: isimler, kişi adları, olağan sözcükler, uydurma terimler, kısaltmalar, bileşik sözcükler, sayılar, harfler ve yansımali sözcükler) gibi bu markalar da tescil edilebilir.²⁷

B. Marka Sahibi

AB Markası Tüzüğü m. 5'e göre, gerçek kişiler veya kamu hukuku çerçevesinde kurulmuş merciler dâhil tüm tüzel kişiler AB Markası sahibi olabilirler. AB Markası Tüzüğü bakımından tüzel kişi ise m. 3'te tanımlanmıştır. Buna göre; şirketler ve diğer hukukî organlar, eğer kendilerini düzenleyen kanun hükümleri çerçevesinde kendi namlarına her türlü hak ve borç sahibi olma, sözleşme veya diğer hukukî işlemleri yapma ve dava etme ve dava edilme ehliyetine sahipse, tüzel kişi addedilmektedir. Burada hak ehliyeti, muamele ehliyeti ve dava ehliyeti şartları her ülkenin kendi mevzuatına göre belirlenmelidir. Bu nedenle, AB'ye üye olmayan bir devlet için, bir kurumun tüzel kişi olup olmayacağı ne Birlik müktesebatına göre, ne de AB'ye üye devletlerin mevzuatına göre tayin edilmelidir.²⁸

Türk vatandaşları ile Türkiye'de ikametgâhı veya merkezi ya da faal bir ticarî işletmesi bulunan gerçek ve tüzel kişiler, AB Markası başvurusunda bulunabilirler. Nitekim; OTACI, OTACI DIET LIFE BRUNCH, OTACI DIET LIFE PLUS, ASELSAN, FANATIK, SABANCI, TURKCELL, TURKCELL İletişim Hizmetleri A.Ş., İŞBANK, ÜLKER ve ARÇELİK AB Markaları, Türk şirketleri tarafından tescil ettirilmiştir.²⁹

C. Mutlak Ret Nedenleri

Bir sözcük markasının AB Markası olarak uygunluğuna ilişkin tescil süreci sırasında yürütülen inceleme, mutlak veya nispi ret nedenlerinin var olup olmadığına dayanır.³⁰ AB Markası olarak tescil edilebilmek için,

26 Aksi takdirde, işaret AB Markası Tüzüğü m. 7/1/a'daki mutlak ret nedeni kapsamında yer alır.

27 MICHAELS Amanda, *A Practical Guide to Trade Mark Law*, 3. Baskı, Sweet & Maxwell, Oxford, 2001, s. 23.

28 AKIN, s. 3043.

29 ibid., s. 3044.

30 GASTINEL Eric / MILFORD Mark, *The Legal Aspects of the Community Trade Mark*, Kluwer Law International, Lahey, 2001, s. 67.



bir işaret, AB Markası Tüzüğü'nde belirtilen olumlu ve olumsuz şartlara uymalıdır. EUIPO inceleme görevlileri, bir AB Markası başvurusunu öncelikle AB Markası Tüzüğü'nün 7'nci maddesi birinci fıkrası uyarınca mutlak ret nedenlerine göre incelerler. İnceleme sonucunda; başvurunun kapsadığı mal veya hizmetlerin tamamı bakımından kabul, tamamı bakımından ret veya bir kısmı bakımından ret (bir başka deyişle, bir kısmı bakımından kabul) şeklinde karar alırlar.

AB Markası Tüzüğü m. 7, işaretin AB Markası olarak tescil edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken 5 şart veya ölçüt belirtir: (1) Marka ayırt edici olmalı; (2) marka tanımlayıcı veya jenerik olmamalı; (3) marka yanıltıcı olmamalı; (4) marka kamu düzenini veya ahlak ilkelerini ihlal etmemeli; (5) AB Markası Tüzüğü'nde özel olarak yasaklanan işaretler (örneğin, amblemler, resmi nişanlar ve şarap markaları) AB Markası olamaz. Bunların hepsi, bir mutlak ret nedeni teşkil eder.

Sloganlar ya tamamen tanımlayıcı olmaktan ya da herhangi bir tacirin kendi mallarını ve hizmetlerini tanımlamak için kullanabileceği terimleri ve ifadeleri kullanmaktan dolayı tescil edilememe tehlikesi altındadır.³¹ Slogan markalarının tescilindeki en önemli engeller ayırt ediciliğe sahip olmayan ve tanımlayıcı olan sloganların tescil edilememesi olduğundan; anılan konular aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Ayırt Edicilik Şartı

AB Markası Tüzüğü m. 7/1/b, ret nedenlerinden birinin işaretin ayırt edicilikten yoksun olması olduğunu öngörmektedir. *Rewe-Zentral* davasında, ABAD, ayırt edicilikten yoksun olmanın ne anlama geldiğini açıklamaktadır: bu Madde'de zikredilen markalar, "söz konusu malların veya hizmetlerin bir sonraki satın alınması vesilesiyle satın alma deneyimi olumlu ise ilgili tüketici kesimin bunu tekrarlamasını veya olumsuz ise bundan kaçınmasını sağlamayan markalardır" ki bu, "özellikle ilgili malların veya hizmetlerin pazarlanmasında çoğunlukla kullanılan işaretler için doğrudur."³²

Bu nedenle, işaret öyle ayırt edici olmalıdır ki, tüketiciler hem onu özel bir ürün olarak tanımlayabilmeli hem de diğer markalardan farkını anlayabilmelidirler.³³ Bir işaretin ayırt edici olup olmadığını belirleme testi, ilgili tüketici kesiminin anlayışına bağlı olmak zorundadır.³⁴ Bir

31 MICHAELS, s. 28.

32 Case T-79/00 *Rewe-Zentral v OHIM (LITE)*[2002] ECR II-705, par. 26 & Case T-122/01 *Best Buy Concepts v OHIM* (re 'BEST BUY') [2003] ECR II-2235, par. 20.

33 van der KOOIJ, P.A.C.E., **The Community Trade Mark Regulation: An article by article guide**, Sweet and Maxwell, Londra, 2000, s. 20-24.

34 CORNISH, W. / LLEWELYN, D., **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights**, 5. Baskı, Sweet & Maxwell, Londra, 2003, s. 590.



işaret, hitap ettiği kişiler tarafından malları veya hizmetleri belirli bir kaynaktan tespit etme olarak tanındığı veya bu şekilde tanınabilir olduğu zaman, uygulandığı mallar veya hizmetler için ayırt edicidir.³⁵ Hukuk Sözcüsü *Jacobs*'un³⁶ görüşüne göre, sözcüklerin birleşimi “aşırı eksiltme, alışılmadık ve mantıksız gramatik yapıları, tanım olarak eksiklik ve yaratıcılık” gibi özellikler göstermelidir.

2. Marka Tanımlayıcı veya Jenerik Olmamalı

Bir işaret tanımlayıcı olamaz, bir başka deyişle, üzerinde kullanılacağı mal ve hizmetlerin esaslı özelliklerini tanımlayamaz. Bir işaret jenerik de olamaz.³⁷

AB Markası Tüzüğü m. 7/1/c, şu markaların tescil edilemeyeceğini belirler: cins, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran içeren işaretler. Bu tür markalar, sırf tanımlayıcı niteliktedir.³⁸

Eğer bir marka başlı başına ayırt edici özellikten yoksun olacak çeşitli öğelerin birleşimine dayanıyorsa, marka bütün olarak ele alındığında yine de yeterli ayırt edici özelliğe sahip olabilir.³⁹ Bileşik markalar olan “Baby-dry”⁴⁰ veya “Postkantoor”⁴¹ buna örnek gösterilebilir.

Tanımlayıcı işaretleri tescil edilebilir olan imalı (“*suggestive*”) veya kinayeli (“*allusive*”) işaretlerden ayırt etmek önemlidir. İmalı bir marka, ilgili malların ve hizmetlerin kalitesini veya özelliğini ima ettiği için böyle adlandırılır. Ancak, bu tür bir marka, düşüncede kurnaz bir atılımı veya başka deyişle, tüketicinin malların kesin niteliğine ilişkin bir sonuca varmak için bazı düşüncelerini, hayalini veya algısını gerektirir. Bu nedenle, ince çizgiyi bulmanın her zaman kolay olmadığı aşıkardır ve birçok ulusal marka ile ilgili karşılaşılan klasik bir sorun haline gelmiştir.⁴²

Buna ek olarak, AB Markası Tüzüğü m. 7/1/d'e göre, mevcut dilde mutata hale gelmiş işaretler ve adlandırmalar, AB Markası olarak tescil

35 POLER, s. 22.

36 Hukuk Sözcüsü Görüşü, Case C-383/99, *P Procter & Gamble v OHIM* (re ‘BABY-DRY’) [2001] ECR I-6251, par. 96.

37 GASTINEL / MILFORD, s. 71. Bir marka, kullanım yoluyla zamanla ayırt ediciliğini kazanabilir veya kaybedebilir. İşte tanımlayıcı markalar da sonradan ayırt edicilik kazanırsa, tescil edilebilir. Bkz. aşağıda D. Kullanım yoluyla kazanılmış ayırt edicilik.

38 POLER, s. 22.

39 GASTINEL / MILFORD, s. 72.

40 Case C-383/99 *P, Procter & Gamble v OHIM* (re ‘BABY-DRY’) [2001] ECR I-6251.

41 Case C-363/99, *Koninklijke KPN Nederland NV v Benelux-Merkenbureau* (re ‘Postkantoor’) [2004] ETMR 57.

42 GASTINEL / MILFORD, s. 73.



edilemez. Sloganlar, örneğin ortalama Türkçe konuşan bir tüketicinin malları veya hizmetleri adlandırmanın veya tanımlamanın normal bir yolu olarak düşüneneceği kelime bileşiminden oluşuyorlarsa veya ifade reklamcılıkta yaygın şekilde kullanılıyorsa, bunlara itiraz edilebilir. Jenerik slogana örnek olarak “tüketiciyi birinci plana koymak” verilebilir, zira bu tür slogan herhangi bir ticaret şekline uygulanabilir. Başka bir örnek, doğal ipliklerden yapılmış tekstil ve giysi sınıfında kullanılan “Tamamen Doğal” ifadesidir. Bir tacire münhasır bir hak tanımak ve diğer dürüst tacirlerin kendi mallarını aynı şekilde tanımlama konusundaki özgürlüklerini kısıtlamak haksız olacaktır.⁴³

Merz & Krell⁴⁴ davasında, ABAD, işaretin malları ve hizmetleri belirlemek için günlük dilde mutad hale gelmesi halinde, bir reklamcılık sloganı veya bir kalite göstergesi veya satın alma teşviki olarak kullanılmış olmasının önemli olmadığına karar vermiştir.⁴⁵

D. Kullanım Yoluyla Kazanılmış Ayırt Edicilik

AB Markası Tüzüğü m. 7/3 uyarınca, ayırt edici olmayan bir marka, kullanımı yoluyla ayırt edicilik kazanabilir. Bu, yıllar içinde, halkın bir kalite ürünü ile ilişkili hale gelmiş bir markaya güvenebileceği anlamına gelir.⁴⁶

III. EUIPO KILAVUZU'NUN SLOGAN MARKALARINA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

EUIPO, AB Markalarının incelenmesi için bir kılavuzdan faydalanır. Bu kılavuz, AB Markaları kullanıcıları için EUIPO uygulamalarını yansıtan ana referanstır. Genel talimatlar içeren Kılavuz, hukuken bağlayıcı değildir. EUIPO son incelemeler ve yargı kararları ile Kılavuz'u düzenli olarak günceller. Kılavuz, Sloganların marka korumasının mevcut durumuna dair iyi bir özet sunar.⁴⁷ EUIPO'nun en son Kılavuzu 1 Şubat 2017'de yürürlüğe girmiştir.

Sloganların ayırt ediciliğine ilişkin olarak, Kılavuz ABAD'ın sloganlara herhangi diğer işaret türünden daha sıkı ölçütler uygulanmaması gerektiğine karar verdiğini belirtmiştir.⁴⁸ Bir sloganın, halk kendisini sadece

⁴³ POLER, s. 23.

⁴⁴ Case C-517/99, *Merz & Krell GmbH & Co v. Deutsches Patentamt* (re 'Bravo') [2001] ECR I-6959, par. 39.

⁴⁵ CORNISH / LLEWELYN, s. 669.

⁴⁶ BENTLEY, Lionel / BRAD, Sherman, *Intellectual Property Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 834.

⁴⁷ KULKE, s. 53-54.

⁴⁸ EUIPO, *Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part B - Examination, Section 4 – Absolute Grounds for Refusal, Chapter 3 – Non-distinctive*



tanıtım formülü olarak algılsa, ayırt edici özellikten yoksun olduğuna karar verilecektir.⁴⁹ Ayrıca, Kılavuz, ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde kullanılması gereken ve “Vorsprung Durch Technik” ve “Wir Machen das Besondere Einfach” kararlarında⁵⁰ geliştirilmiş ölçütler belirlemiştir: sözcük oyunu; hayal ürünü, şaşırtıcı veya beklenmedik şekilde algılanabilmesi için kavramsal entrika veya sürpriz öğeleri; birtakım özel orijinallik veya rezonans; ve/veya ilgili tüketici kesimin zihinlerinde bilişsel bir süreç harekete geçiren veya bir yorum çabası gerektiren bir slogan.⁵¹ Olağandışı sözdizimsel yapılar ve aliterasyon,⁵² metafor,⁵³ uyak, paradoks gibi dilbilimsel ve biçimsel yöntemlerin kullanımı da ayırt ediciliğe katkıda bulunabilir.⁵⁴ Yine de, sloganların kısa ve basitleştirilmiş özelliğini akılda tutarak, zamir, bağlaç ve edat eksikliği her zaman ayırt edicilik yaratmak için yeterli değildir. Örneğin, “Safety 1st” (“1inci (önce) emniyet” anlamına gelir) sloganında, birinci yerine “1inci” sözcüğünün kullanımı işarete ayırt edicilik kazandırmak için yetersiz görülmüştür.⁵⁵ Ayrıca, anlamı muğlak olan veya yorumu ilgili tüketiciler nezdinde önemli zihinsel çaba gerektiren sloganların ayırt edici olması daha olasıdır.⁵⁶ Bunun yanında, Kılavuz, “Wir Machen das Besondere Einfach” kararında⁵⁷ hükmedildiği üzere, uzmanlardan oluşan bir ilgili tüketici kesimin ayırt edici özelliği değerlendirirken belirleyici olmadığını belirtmiştir.⁵⁸

Kılavuz, “Genel Mahkeme’nin yerleşmiş içtihadına göre, ilgili kesim ister ortalama son tüketiciler olsun ister uzmanlardan veya bilinçli tüketicilerden oluşan daha dikkatli bir kesim olsun, tanıtım adlandırmaları söz konusu iken ilgili tüketici kesimin dikkat düzeyinin göreceli olarak düşük” olduğunu belirtmiştir. “Bu bulgu, mali ve parasal hizmetler gibi ilgili tüketici kesimin dikkat düzeyinin genellikle yüksek olduğu mallar ve/veya hizmetler için bile geçerlidir.”⁵⁹

Ayrıca, Kılavuz, olağan dilde malları ve hizmetleri tanımlayan, banka ve kredi kartı hizmetleri için “MORE THAN JUST A CARD” (“sadece bir karttan daha fazlası” anlamına gelir) gibi bir işaretin ayırt edici özellikten

Trademarks (Article 7(1)(b) EUTMR), <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803422> (Erişim tarihi: 01.04.2020), para. 1.

49 ibid., para. 2.

50 Bu kararlar için bkz. aşağıda IV. Sloganların ayırt ediciliği ile ilgili yargı kararları

51 ibid., para. 3-4.

52 Ses yinelemesi, aynı sesi tekrar etme anlamına gelir.

53 Edebiyatta benzetme anlamına gelir.

54 ibid., para. 5.

55 ibid., para. 6.

56 ibid., para. 7.

57 Karar için bkz. aşağıda IV. Sloganların ayırt ediciliği ile ilgili yargı kararları

58 ibid., para. 8.

59 ibid., para. 9.

yoksun olduğunu açıklamıştır.⁶⁰ Bunun yanında, övücü mesajların ayırt edici olmadığı hatırlatılmıştır. Örneğin, “WE PUT YOU FIRST. AND KEEP YOU AHEAD” (“Sizi ilk plana koyuyoruz. Ve önde tutuyoruz” anlamına gelir) sloganı ticarete en iyi konumu elde etmeye yardım etme ve bunu muhafaza etme avantajını ortaya koyar.⁶¹ “SAVE OUR EARTH NOW” (“Şimdi yeryüzümüzü kurtarın” anlamına gelir) sloganı da ayırt edici olamaz, zira “şimdi” sözcüğü tüketicileri beklemeksizin tüketmeye sevk etmek için pazarlamada yaygın olarak kullanılır.⁶² Ayrıca, Kılavuz, ikincil bir anlamı olmayan, hiçbir hayal ürünü ögesi olmayan veya sade ve doğrudan bir mesaj ileten sloganların ayırt edici özellikten yoksun olduğunu açıklamıştır. Örneğin, “DRINK WATER, NOT SUGAR” (“şeker değil, su iç” anlamına gelir) sloganı, şekerli içecekler yerine gerçek su içilmesi mesajı iletmektedir.⁶³ Tanımlayıcı sloganların değerlendirilmesine ilişkin olarak, Kılavuz, sloganın hemen malların veya hizmetlerin türünü, kalitesini, amacını veya diğer özelliklerini iletirse tescil edilemez olduğunu öngörmüştür.⁶⁴ Tanımlayıcılığın değerlendirilmesi sırasında sloganlara diğer sözcük markalarından daha sıkı ölçütler uygulamak uygun değildir.⁶⁵

IV. SLOGANLARIN AYIRT EDİCİLİĞİ İLE İLGİLİ BAŞLICA AB YARGI KARARLARI

A. “Best Buy”

3 Temmuz 2003’te verilen Genel Mahkeme kararı, Best Buy Inc. Şirketinin “en iyiyi satın al” anlamına gelen “BEST BUY” kelime ögesini içeren bir kelime ve şekil markasına ilişkin başvurunun reddi talebi hakkındadır.⁶⁶ Mahkeme, “BEST BUY”ın öncelikli etkisinin bir işletmesel kökeni belirtmekten ziyade tanıtmak veya reklam yapmak olduğu sonucuna varmıştır.

B. “Looks like grass... Feels like grass... Plays like grass”

31 Mart 2004’te, Genel Mahkeme, spor amaçlı sentetik yüzeyler için “çimen gibi görünüyor... çimen gibi hissediyor... çimen gibi oynuyor” anlamına gelen “LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS” sloganını tescil ettirme başvurusunu reddeden EUIPO’nun kararını onaylamıştır.⁶⁷ Kararda, özel bir retorik süslü sözün, şiirsel

60 ibid., Tablo 1. satır.

61 ibid., Tablo 2. satır.

62 ibid., Tablo 3. satır.

63 ibid., Tablo 4. satır.

64 ibid., para. 11.

65 KULKE, s. 55.

66 Case T-122/01, *Best Buy Concepts v OHIM* (re ‘BEST BUY’) [2003] ECR II-2235.

67 Case T-216/02, *Fieldturf v OHIM* (re ‘LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS’) [2004] ECR II-01023.



özelliğın veya ahenkin bir slogana ayırt edicilik verebileceği belirtilmiştir.⁶⁸ Buna rağmen, söz konusu sloganın, herhangi bir ayırt edici özellikten yoksun olduğuna karar verilmiş ve markanın esaslı işlevini, bir başka deyişle slogan altında satılan malların veya hizmetlerin işletmesel kökenini belirleme işlevini yerine getiremediği için AB Markası olarak tescil edilememiştir.⁶⁹

C. “*Mehr Für Ihr Geld*”

30 Haziran 2004'te, Genel Mahkeme, “MEHR FÜR IHR GELD” (“paran için daha fazla” anlamına gelir) markasının 3, 9, 30 ve 35. sınıflara ilişkin olarak ayırt edici olmadığına dair EUIPO Temyiz Kurulu tarafından verilen kararı onaylamıştır,⁷⁰ zira “başvurusu yapılan marka, ilgili tüketici kesimi tarafından her şeyden önce markadan ziyade anlamı nedeniyle bir tanıtım sloganı olarak algılanacaktır ve bu yüzden herhangi bir ayırt edici özellikten yoksundur.”⁷¹ Bu kararda Best Buy kararına atıfta bulunulmuştur.

D. “*Das Prinzip der Bequemlichkeit*”

Alman şirketi Erpo, çeşitli mal sınıfları için ama özellikle mobilya için, Rahatlık İlkesi anlamına gelen “Das Prinzip der Bequemlichkeit” sloganını AB Markası olarak tescil ettirmek için başvurmuştur. EUIPO inceleme uzmanı, herhangi bir ayırt edici özellikten yoksun olan sırf bir reklam sloganı olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir ve EUIPO Temyiz Kurulu'na göre ise slogan herhangi bir yaratıcılık öğesi ortaya koymamıştır. EUIPO Temyiz Kurulu, 8. sınıftaki el aletleri bakımından itirazı kabul etmiştir. Erpo daha sonra Genel Mahkeme'ye başvurmuş, o da sloganlar için bu fazladan yaratıcılık şartını reddetmiş ve diğer marka türlerine uygulanabilir ölçütlerden daha farklı ölçütler uygulamanın uygunsuz olduğunu teyit etmiştir. Mahkeme, ilgili ifadenin ticari iletişimde ve reklamcılıkta yaygın olarak kullanıldığı ortaya konmuş olmadıkça AB Markası Tüzüğü m. 7/1/b itirazının bir slogana uygulanmayacağına karar vermiştir. EUIPO, kararı ABAD nezdinde temyiz etmiştir.⁷²

Hukuk sözcüsü *Maduro*'nun görüşü'nün⁷³ aksine, ABAD, Genel Mahkeme'nin bulgularını teyit etmiş, fakat gerekçesini kabul etmemiştir.

68 *ibid.*, para. 31.

69 POLER, s. 28.

70 Case T-281/02, *Norma Lebensmittelfilialbetrieb v OHIM* (re ‘MEHR FÜR IHR GELD’) [2004] ECR II- 01915.

71 *ibid.*, para. 34.

72 POLER, s. 30-31.

73 Hukuk Sözcüsü Görüşü, Case C-64/02 P, *OHIM v Erpo Möbelwerk* (re ‘DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT’) [2004] rec. I-10031, para.48-50.



Aslında, ABAD, Genel Mahkeme'nin yanıldığını fakat bu hatanın redde yol açmaması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁴

Her şeyden önce, ABAD, sloganlara diğer işaret kategorilerinden farklı ölçütler uygulamak uygun olmadığı için, sloganlar için orijinallik veya yaratıcılık ögesi göstermek şartı önerisini reddetmiştir.⁷⁵ Uygulanabilecek tek ayırt edicilik testinin bir sloganın işletmesel kökenin işareti olarak hareket etme kriterini yerine getirip getirmediği olduğunu teyit etmiştir. ABAD'ın içtihadına göre, ayırt edici özelliği değerlendirme için ölçütler uygularken, markanın bağlamı ve niteliği dikkate alınmalıdır. Divan, "her ne kadar ayırt ediciliği değerlendirme ölçütleri çeşitli marka kategorileri için aynı olsa da, bu ölçütleri uygulamada ilgili tüketici kesimin algısının bu kategorilerin her birisi için aynı olmak zorunda olmadığını ve ... ayırt ediciliği tespit etmenin bazı marka kategorileri için diğerlerinden daha zor olabileceğini",⁷⁶ bunun özellikle sloganlar için doğru olabileceğini kabul etmiştir.

Ancak, ABAD, markanın ticari iletişimde yaygın kullanımda olup olmadığı gibi ek testler getirmenin uygun olduğu konusunda Genel Mahkeme'nin görüşüne katılmamıştır.⁷⁷ ABAD, bir işaretin ticarete yaygın kullanımının AB Markası Tüzüğü m. 7/1/b'nin uygulanabilmesi için olmazsa olmaz şart olmadığını belirtmiştir.⁷⁸

E. "Have a Break"

"HAVE A BREAK" kararı ile, bir markanın bir kısmının ana markanın ayırt ediciliğinden bağımsız olarak kendi ayırt edici özelliğini kazanıp kazanamayacağına ilişkin soru cevaplandırılmıştır.⁷⁹

Nestlé şirketi, çikolata, şekerleme, şeker ve bisküviler için "Mola ver... Kit Kat al" anlamına gelen "HAVE A BREAK ... HAVE A KIT KAT" sloganından oluşan markasını 1983'te tescil ettirmiştir. Şirket daha sonra bu sloganın bir kısmı olan "Mola ver" anlamındaki "HAVE A BREAK" sloganını tek başına tescil ettirmek istemiş, ancak İngiliz Marka Sicili'nin reddi ile karşılaşmıştır. Bunun üzerine, Nestlé, kararı önce Yüksek Mahkeme ("High Court") nezdinde, burada da reddedilmesi üzerine

74 Case C-64/02 P, *OHIM v Erpo Möbelwerk* (re 'Das Prinzip Der Bequemlichkeit') [2004] rec. I-10031, para. 46-52.

75 *ibid.*, para. 44.

76 *ibid.*, para. 34.

77 *ibid.*, para. 38-40.

78 FOLLIARD-MONGUIRAL, Arnaud / ROGERS, David, "Significant Case Law from 2004 on the Community Trade Mark from the Court of First Instance, the European Court of Justice and OHIM", *EIPR*, C. 27, S. 4, 2005, s. 135.

79 POLER, s. 35.



Temyiz Mahkemesi (“*Court of Appeal*”) nezdinde temyiz etmiştir. Temyiz Mahkemesi, ön karar yoluyla ABAD’a şu soruyu sormaya karar vermiştir: AB Markası Tüzüğü m. 7/3’te zikredilen bir markanın ayırt edici özelliği, başka bir markanın parçası olarak veya onunla beraber o markanın kullanımını takiben veya onun sonucunda kazanılabilir mi?⁸⁰

ABAD, öncelikle ayırt edicilik kavramının evrensel bir kavram olduğuna ilişkin olarak “*Das Prinzip der Bequemlichkeit*” kararını yinelemiştir. ABAD’a göre, ayırt edici özellik, tescilli markanın bir kısmı olarak veya onunla beraber kullanım yoluyla kazanılabilir. Bir işaret bir teşebbüsün mallarını veya hizmetlerini diğer teşebbüsün mallarından veya hizmetlerinden ayırt edebildiği zaman, ayırt edici özelliğe sahiptir ki bu, tescil başvurusunun yapıldığı mallar ve hizmetler ile ilgili olarak ve söz konusu mallar ve hizmetler kategorisinin ortalama tüketicisinin varsayılan beklentileri ile ilgili olarak değerlendirilmelidir. Tüketici, makul olarak bilgili, dikkatli ve bilinçli olmalıdır.⁸¹

Divan, Paragraf 27’de, “tescilin istendiği markanın bağımsız olarak kullanılmış olmasının şart olmadığını” açıklığa kavuşturmuştur. Divan, “bağımsız olarak” ifadesiyle aslında “ayrı olarak” ifadesini kastetmiştir.⁸²

F. “*Live richly*”

“Zengin yaşa” anlamına gelen “LIVE RICHLY” sloganının tescili, Genel Mahkeme tarafından yeterince ayırt edici olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁸³ Slogan yeterince ayırt edici değildir, çünkü “ilgili tüketici kesim, mali ve parasal hizmetler bağlamında, bu işareti esasen söz konusu hizmetlerin ticari kaynağının bir işareti olarak değil, bir tanıtım formülü olarak algılayacaktır. LIVE RICHLY işaretinde, aşikar tanıtım anlamı ötesinde ilgili tüketici kesimin belirlenen hizmetler için işareti ayırt edici bir marka olarak kolayca ve anında hatırlamasını sağlayabilecek hiçbir şey yoktur. İşaret herhangi bir diğer işaret veya marka olmaksızın yalnız başına kullanılsa bile, ilgili tüketici kesim önceki bilginin yokluğunda tanıtım anlamı haricinde algılayamaz.”⁸⁴

G. “*Cargo partner*”

“Kargo ortağı” anlamına gelen “CARGO PARTNER” sloganının tescili, Genel Mahkeme tarafından yeterince ayırt edici olmadığı gerekçesiyle

80 Bu dava ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DAVIS, Jennifer / DURANT, Alan, “HAVE A BREAK and the changing demands of trade mark registration”, *QMJP*, C. 5, S. 2, 2015, s. 132-156.

81 Case C-353/03, *Société des produits Nestlé v Mars UK Ltd* [2005] ECR I-6135, para. 25.

82 POLER, s. 36.

83 Case T-320/03, *Citicorp v OHIM* (re ‘LIVE RICHLY’) [2005] ECR II-3411.

84 *ibid.*, para. 84-86.



reddedilmiştir.⁸⁵ Slogan yeterince ayırt edici değildir, çünkü “cargo” ve “partner” terimleri, Mahkeme’ye göre “jenerik kelimeler olup, başvuru sahibinin hizmetlerini diğer teşebbüslerin hizmetlerinden ayırt edemez.”⁸⁶

H. “Vorsprung Durch Technik”

Alman otomobil üreticisi Audi, kelime markası “VORSPRUNG DURCH TECHNIK”in (teknoloji yoluyla avantaj/ilerleme anlamına gelir) teçhizat, araçlar, metaller, kağıt, deri, giysi, oyunlar, reklamcılık veya telekomünikasyon gibi hizmetler ve hukuki hizmetler sınıfları için başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla, Audi, motorlu araç sınıfı dışındaki sınıflar için başvuru yapmıştır.

EUIPO Temyiz Kurulu’nun red kararına karşı dava açılması sonucunda, Genel Mahkeme, ayırt ediciliğin ilk olarak tescilin istendiği mallara veya hizmetlere ve ikinci olarak ilgili tüketici kesimin bu işareti algılamasına atıfta bulunarak değerlendirilebileceği ve Temyiz Kurulu’nun ilgili kararda bu incelemeyi yaptığı sonucuna varmıştır.⁸⁷ Mahkeme, “LOOKS LIKE GRASS ... FEELS LIKE GRASS ... PLAYS LIKE GRASS” ve “LIVE RICHLY” sloganları hakkındaki kararlara atıfta bulunmuştur. Bu içtihatlar, eğer inceleme uzmanı veya Temyiz Kurulu ilgili tüketici kesimin tüm malları ve hizmetleri aynı şekilde algıladığını gösterebilirse söz konusu malların ve hizmetlerin tümünün detaylı incelenmesine ihtiyaç olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Temyiz Kurulu bu tür bir değerlendirmeyi yürütmüş ve ilgili tüketici kesimin malları ve hizmetleri aynı şekilde algıladığı sonucuna varmıştır.⁸⁸

Ayrıca, Genel Mahkeme, işaretin muğlak, bir kelime oyunu, yaratıcı, şaşırtıcı veya beklenmedik olabileceğine karar vermiştir. Fakat bu, ayırt edici olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak ilgili tüketici kesim tarafından hemen bir işletmesel kökenin işareti olarak algılanırsa ayırt edici özelliğe sahiptir.⁸⁹ Mahkeme, mevcut sloganın bir tanıtım formülü olarak algılandığına dair Temyiz Kurulu’nun kararını teyit etmiştir.⁹⁰ Bunun üzerine Audi, kararı ABAD nezdinde temyiz etmiştir.

ABAD, Genel Mahkeme’nin kararını iptal etmiştir. ABAD, bu kararın Tüzük m. 7/1/b’yi ihlal ettiğini belirtmiştir, zira Genel Mahkeme içtihatlarla tespit edilen şu ilkeleri yanlış yorumlamıştır: Nitelikleri nedeniyle, reklam sloganlarından oluşan sözcük markaları ayırt ediciliği oluşturmakta

85 Case T-123/04, *Cargo Partner v OHIM* (re ‘CARGO PARTNER’) [2005] ECR II-3979.

86 ibid., para. 49-60.

87 Case T-70/06, *Audi v OHIM* [2008] ECR II-00131, para. 28-30.

88 ibid., para. 32.

89 ibid., para. 41.

90 ibid., para. 43-45.



zorluklarla karşılaşabilir. Fakat, yine de sloganların ayırt ediciliği için “yaratıcılık” veya hatta minimal düzeyde ayırt ediciliğe sahip olmak için “sürpriz yaratacak ve böylece çarpıcı izlenim yapacak kavramsal gerilim” gibi belirli ölçütlerin olması zorunlu değildir.⁹¹

ABAD’a göre, Genel Mahkeme kararını bu markanın bir tanıtım formülü olarak algılandığı gerçeğine dayandırmıştır, bir başka deyişle bulgusu tam olarak markanın reklamcılık kullanımını esas almıştır.⁹² Divan, halkın sloganı tanıtım formülü olarak algılaması gerçeğinin tek başına sloganın ayırt edici olmadığı sonucunu desteklemek için yeterli olmadığına işaret etmiştir.⁹³ İşaret, övücü bir özelliğe sahip olsa dahi, tüketicilere malların ve hizmetlerin işletmesel kökenini garanti etmeye hizmet edebilir.⁹⁴

ABAD, mevcut sloganın ayırt edici özelliği olduğuna dair bulgusunu şu iddialara dayandırmıştır: Öncelikle, “VORSPRUNG DURCH TECHNIK” kelimelerinin bileşimi, ilk bakışta sadece bir illiyet bağı hissini vermektedir ve dolayısıyla halk nezdinde bir yorum gerektirmektedir. İkinci olarak, slogan, belirli bir orijinallik ve kolay akılda tutulmasını sağlayan rezonans (yankılama) ortaya koymaktadır. Ve üçüncü olarak, yıllarca Audi tarafından kullanılmış olan yaygın bilinen bir slogan olduğu için, ilgili tüketici kesimin üyeleri bu slogan ile Audi tarafından üretilen motorlu araçlar arasında bağlantı kurmaya alışkın olabilir, böylece bu halkın kapsanan malların veya hizmetlerin ticari kökenini tanıması kolaylaşır.⁹⁵

Doktrinde, ABAD’ın bu kararda sloganların tescili hakkında öncekinden çok daha esnek bir görüş benimsediği ileri sürülmüştür.⁹⁶ Divan’ın ilk iki nihai iddiası yeni geliştirilmiş düşünceler değildir, zira yorum ve orijinallik ihtiyacının, markaya ayırt edici özellik vermesi olası olan ölçütler olduğu yerleşmiş içtihatır. Bu kararda yeni geliştirilen husus, belirli mal grupları için markanın kullanımının halkın diğer malların ticari kökenini tanınmasına yardımcı olacağı ve dolayısıyla bunu ayırt edici yapacağı gerçeğidir. Ancak, bu ölçüt ile kullanım yoluyla kazanılmış ayırt edicilik arasındaki ilişkinin ne olduğu açık değildir. Muhtemelen kullanım yoluyla kazanılmış ayırt ediciliğin ön aşaması olarak anlaşılabilir.⁹⁷

I. “Wir machen das Besondere einfach”

Kanadalı teknoloji sağlayıcısı Smart Technologies, “WIRMACHENDAS BESONDERE EINFACH” (“Biz özel şeyleri basit yaparız” anlamına gelir)

91 Case C-398/08, *Audi v OHIM* [2010] ECR I-535, para. 36-39.

92 *ibid.*, para. 41.

93 *ibid.*, para. 44.

94 KULKE, s. 42.

95 Case C-398/08, *Audi v OHIM* [2010] ECR I-535, para. 59.

96 KULKE, s. 43.

97 KULKE, s. 43.



sloganını AB Markası olarak tescil ettirmek için başvuruda bulunmuştur. Tescilin istendiği mallar, 9. sınıfta yer almaktadır, yani koordinat girdilerini ele geçirmek için bilgisayarlı sistemleri kapsamaktadır.

EUIPO Temyiz Kurulu'nun red kararına karşı dava açılması sonucunda, Genel Mahkeme, Temyiz Kurulu kararının Tüzük m. 7/1/b'yi ihlal etmediğini tespit ederek davayı reddetmiştir. Öncelikle bir sloganın ayırt ediciliği hakkında "Vorsprung Durch Technik" kararına atıfta bulunmuştur. Bir reklamcılık sloganından oluşan bir markanın ilgili tüketici kesim tarafından sırf bir tanıtım formülü olarak algılanıyorsa, ayırt edici özellikten yoksun olarak addedilmek zorunda olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, bu tür bir marka, tanıtım işlevi dışında hemen söz konusu malların veya hizmetlerin ticari kökeninin işareti olarak algılanabiliyorsa, ayırt ediciliğe sahip olarak tanınmalıdır.⁹⁸

İkinci olarak, Genel Mahkeme, markanın beş Almanca standart sözcüğünden oluştuğunu belirtmiştir.⁹⁹

Ayrıca, Genel Mahkeme, bu markanın belirli özelliklerinin herhangi bir özel orijinallik veya rezonans vermediğini ve ilgili tüketici kesimin zihinlerinde bir bilişsel süreci veya yorum çabasını harekete geçirmedicine işaret etmiştir.¹⁰⁰

ABAD, özellikle "Das Prinzip der Bequemlichkeit" ve "Vorsprung Durch Technik" kararları olmak üzere, içtihatlarla oluşturulmuş sloganın ayırt ediciliğine ilişkin ilkeleri hatırlatmıştır. "Halk markayı malların veya hizmetlerin ticari kökeninin işareti olarak algıladığı sürece, markanın aynı zamanda – belki de öncelikle – tanıtım formülü olarak anlaşıldığı gerçeği ayırt edici özelliği üzerinde hiçbir etkiye sahip değildir."¹⁰¹ Sonuç olarak, Genel Mahkeme, sonucunu işaretin bir tanıtım formülü olduğuna dair gerçeğine dayandırmamış ve dolayısıyla, ABAD ilk temyiz gerekçesini reddetmiştir.¹⁰²

İkinci olarak, ABAD, Genel Mahkeme'nin Smart Technologies'in şikayetinin aksine sloganlar için bir sözcük markaları alt grubu oluşturmadığını belirtmiştir. Sözcük markaları için oluşturulanlardan daha sıkı ölçütler uygulamamıştır. Dolayısıyla, ABAD ikinci temyiz gerekçesini de reddetmiştir.¹⁰³

98 Case T-523/09, *Smart Technologies v OHIM* [2011] ECR II-00127, para. 31.

99 *ibid.*, para. 33.

100 *ibid.*, para. 37.

101 Case C-311/11, *Smart Technologies v OHIM*, ECLI:EU:C:2012:460, para. 32.

102 KULKE, s. 46.

103 Case C-311/11, *Smart Technologies v OHIM*, ECLI:EU:C:2012:460, para. 40-44.



Üçüncü olarak, ABAD ilgili tüketici kesimin bilgisayar alanında uzman olan Almanca konuşan kişilerden oluştuğu gerçeğinin bir işaretin ayırt ediciliğini değerlendirmek için kullanılan hukuki ölçütler üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olmadığına karar vermiştir. Her ne kadar alanında uzman kişilerin dikkati ortalama bir tüketicinin dikkatinden daha fazla ise de, ilgili tüketici kesimin uzmanlardan oluştuğu durumda illaha ki daha zayıf bir ayırt edici özelliğın yeterli olduğu anlamına gelmez.¹⁰⁴ ABAD, her durumda, ilgili tüketici kesimin dikkatine, algılamasına ve tavrına ilişkin bulguların vakanın değerlendirilmesini ilgilendirdiğini belirtmiştir.¹⁰⁵

J. *“La qualité est la meilleure des recettes”*

Genel Mahkeme'nin son kararlarından biri, kitaplar ve gazeteler, besin maddesi, pişirme ürünleri ve içecekler sınıfları için Alman gıda üreticisi Dr. August Oetker Nahrungsmittel tarafından AB Markası olarak tescil ettirilmesi talep edilen Fransızca slogan “LA QUALITÉ EST LA MEILLEURE DES RECETTES” ile ilgilidir. Slogan, “Kalite en iyi tariftir” şeklinde Türkçe'ye çevrilebilir.

EUIPO Temyiz Kurulu'nun red kararına karşı dava açılması sonucunda, Genel Mahkeme, Temyiz Kurulu'nun kararını onaylamıştır. İlk olarak, Genel Mahkeme, “Vorsprung Durch Technik” ve “Wir machen das Besondere einfach” kararlarına atıfta bulunmuştur. Başvuru sahibinin Temyiz Kurulu'nun sadece sloganın tek tek kelimelerini incelediğine dair şikayeti kabul edilmemiştir, zira Genel Mahkeme'ye göre Temyiz Kurulu markayı bütün olarak da değerlendirmiştir.¹⁰⁶ Ayrıca, başvuru sahibi sloganın tüketici tarafından yorumlanması zorunlu olan bir paradoks olduğunu belirtmiştir. Genel Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir, çünkü slogan herhangi bir muğlaklık olmaksızın basit bir reklamcılık mesajı iletmektedir.¹⁰⁷ Söz konusu sloganın “Vorsprung Durch Technik” sloganı ile karşılaştırması ile ilgili olarak, Genel Mahkeme sadece uzunluk, dil ve içerik değil, ilgili malların da farklı olduğunu belirtmiştir. Tüketicinin günlük besin maddeleri ve içeceklere kıyasla maliyetli arabalara ilişkin olarak daha fazla dikkati vardır.¹⁰⁸

K. *“Passion to Perform”*

Alman bankacılık ve mali hizmetler şirketi Deutsche Bank AG, “PASSION TO PERFORM” (“icra etme tutkusu” anlamına gelir) sloganını, AB'yi bölge olarak tayin edecek şekilde WIPO'ya uluslararası marka

104 ibid., para. 48.

105 ibid., para. 51.

106 Case T-570/11, *Dr Oetker v OHIM*, ECLI:EU:T:2014:72, para. 40.

107 ibid., para. 43.

108 ibid., para. 60.



olarak tescil ettirmiştir. Tescil, reklamcılık, sigorta, telekomünikasyon, eğitim ve teknoloji hizmetleri sınıfları ile ilgili olarak yapılmıştır. Daha sonra AB Markası için başvuruda bulunulmuştur.¹⁰⁹

Genel Mahkeme, Temyiz Kurulu'nun red kararını onaylamıştır. İlk olarak, Mahkeme, "Das Prinzip der Bequemlichkeit", "Vorsprung Durch Technik" ve "Wir machen das Besondere einfach" kararlarını hatırlatmıştır. Ayrıca, Temyiz Kurulu'nun ek bir orijinal veya hayal ürünü bir öge şart koşmadığına karar vermiştir.¹¹⁰ Genel Mahkeme, daha çok veya az dikkatli tüketiciler içermesine bakmaksızın halkın reklamcılık sloganlarına ilişkin dikkatinin nispeten düşük olduğunu belirten içtihatlarla atıfta bulunmuştur. Genel Mahkeme, ortalama tüketicinin markayı bağımsız parçalarını incelemeksizin bir bütün olarak algıladığına karar vermiştir. Bu nedenle, işaretin genel izlenimi değerlendirilmelidir. Genel Mahkeme'ye göre, söz konusu işaret birkaç anlamı öngörmemektedir: mesaj açıkça söz konusu hizmetlerin tutkuyla icrasıdır. Bunun yanında, sloganın duygusal bir kelime ile fikri bir kelimeyi birleştirdiği gerçeği, slogana ayırt edicilik kazandırmaz. Genel Mahkeme'ye göre, bu bileşim söz konusu hizmetlere ilişkin olarak alışılmadık değildir. Başvuru sahibinin sloganın İngilizce konuşulan çeşitli ülkelerde tescil edildiğine dair iddiasına ilişkin olarak, Genel Mahkeme bunun işaretin ayırt ediciliğini kesin olarak etkilemediğini belirtmiştir, zira AB Markası sistemi ulusal sistemlerden bağımsızdır. Genel Mahkeme, işaretin ayırt edici özellikten yoksun olduğu sonucuna varmıştır.¹¹¹

L. "Innovation for the Real World"

Delphi Technologies Inc. 2008'de "innovation for the real world" ("gerçek dünya için yenilik" anlamına gelir) sloganının AB Markası olarak tescili için EUIPO'ya başvurmuştur. EUIPO inceleme uzmanı, ayırt edici olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir ve karar EUIPO Temyiz Kurulu tarafından itiraz üzerine incelenmiştir. EUIPO Temyiz Kurulu da sloganın ayırt edici özellikten yoksun olduğu gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. EUIPO Temyiz Kurulu'un red kararına karşı dava açılması sonucunda, Genel Mahkeme davayı reddetmiştir.¹¹²

109 KULKE, s. 50.

110 Case T-291/12, *Deutsche Bank AG v OHIM*, ECLI:EU:T:2014:155, para. 23.

111 KULKE, s. 51.

112 ÜNSAL, Önder Erol, *Sloganlardan Oluşan Markaların Ayırt Edici Niteliği – Adalet Divanı Genel Mahkemesi "Innovation for the Real World" kararı (T-555/11)*, <https://iprgezgini.org/2013/10/29/sloganlardan-olusan-markalarin-ayirt-edici-niteligi-adalet-divani-genel-mahkemesi-innovation-for-the-real-world-karari-t-51511/> (Erişim tarihi: 01.04.2020).



Genel Mahkeme'ye göre, bir markanın Tüzük m. 7/1/b anlamında ayırt edici özelliğe sahip olması için, markanın tescil başvurusunda bulunulan malların belirli bir işletmeden kaynaklandığını tespit etmeye ve böylece bu malları diğer işletmelerin mallarından ayırt etmeye hizmet etmesi zorunludur. Bu durum, malları edinen tüketicinin sonraki bir satın alma sırasında deneyiminin olumlu olması halinde bunu tekrarlamasını veya olumsuz olması halinde bundan kaçınmalarını sağlar.¹¹³ Bir markanın ayırt edici özelliği, ilk olarak tescil başvurusunun yapıldığı mallara veya hizmetlere ve ikinci olarak ilgili tüketici kesimin bu malları veya hizmetleri algılamasına atıfta bulunarak değerlendirilmek zorundadır.¹¹⁴

Genel Mahkeme'nin red kararının temyiz edilmesi üzerine, konu ABAD önüne gelmiştir. ABAD, sloganın ayırt edici olmadığı gerekçesiyle temyiz başvurusunu reddetmiştir. ABAD'a göre, Genel Mahkeme, tanıtım formülünden oluşan bir markanın ilgili tüketici kesim tarafından tescilin talep edildiği malların ve hizmetlerin ticari kökeninin göstergesi olarak hemen algılanabilirse ayırt edici özelliğe sahip olarak tanınmak zorunda olduğu konusunda doğru karar vermiştir.¹¹⁵ "Böyle yaparak..., Genel Mahkeme tanıtım sloganından oluşan bir markanın algılamasının tanıtım yönü ile ticari yönü arasında herhangi bir hiyerarşi tesis etmemiştir. Aksine, ..., bu tür bir markanın ilgili tüketici kesim tarafından tescilin talep edildiği ürünlerin ve hizmetlerin ticari kökeninin göstergesi olarak değil, sadece bir tanıtım formülü olarak algılanmadıkça, ayırt edici özellikten yoksun olmak zorunda olacağını belirtmiştir."¹¹⁶

M. "Wet Dust Can't Fly"

Rexair LLC şirketi, "Wet Dust Can't Fly" ("ıslak toz uçamaz" anlamına gelir) sloganını EUIPO nezdinde 2009'da tescil ettirmiştir. Ancak, Pro-Aqua International GmbH şirketi, 2011'de EUIPO'ya başvurmuş ve markanın kısmen hükümsüzlüğünü talep etmiştir. Tüzük m. 7/1/b ve 7/1/c'ye dayanan Pro-Aqua International GmbH, sloganın ayırt edici özelliğe sahip olmadığını ve doğrudan tanımlayıcı olduğunu iddia etmiştir.¹¹⁷

EUIPO İptal Birimi'nin 30.11.2011 tarihli red kararına yapılan itiraz üzerine, EUIPO Temyiz Kurulu 25.01.2012'de kararı onamıştır. Onama kararına karşı dava açılması üzerine, Genel Mahkeme sloganın ayırt

113 Case T-515/11, *Delphi Technologies, Inc. v OHIM*, ECLI:EU:T:2013:300, para. 15.

114 *ibid.*, para. 16.

115 Case C-448/13 P, *Delphi Technologies v OHIM*, ECLI:EU:C:2014:1746, para. 36.

116 *ibid.*, para. 37.

117 ÜNSAL Önder Erol, *Sloganlardan Oluşan Markaların Değerlendirilmesi – Adalet Divanı Genel Mahkemesi "Wet Dust Can't Fly" Kararı (T-133/13)*, <https://iprgezgini.org/tag/slogan-markalari/> (Erişim tarihi: 01.04.2020).



edicilikten yoksunluk ve tanımlayıcılık gerekçesiyle hükümsüz kılınması talebini reddetmiştir. Genel Mahkeme'ye göre, bir işaretin Tüzük m. 7/1/c'de öngörülen yasak kapsamına girebilmesi için, işaretin anlamı göz önüne alındığında, ilgili tüketici kesimin söz konusu malların veya hizmetlerin veya özelliklerinden birinin tanımını ek düşünce olmaksızın hemen algılamasını sağlamak için işaret ile mallar veya hizmetler arasında yeterli derecede doğrudan ve belirli bir ilişki olmalıdır.¹¹⁸

Tüzük m. 7/1/c'nin temelini oluşturan genel menfaat kavramı, ticarete tescilin talep edildiği malların veya hizmetlerin özelliklerini belirlemeye hizmet edebilen işaretlerin veya adlandırmaların herkes tarafından serbestçe kullanılabilmesini zorunlu kılar. Bu hüküm, bu işaretlerin veya adlandırmaların marka olarak tescilleri nedeniyle tek bir teşebbüse mahsus olmasını engeller ve bir teşebbüsün rakipleri dahil olmak üzere diğer teşebbüsler zararına tanımlayıcı bir terimin kullanımını tekelleştirmesine engel olur.¹¹⁹

V. TÜRK HUKUKUNDA SLOGAN MARKALARI

Türk hukukunda slogan markaları, AB Marka Tüzüğü'nde olduğu gibi, ayırt edici niteliğe sahip olduğu ve tasviri işaret niteliğinde olmadığı sürece tescil edilebilirler.¹²⁰

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4, markayı AB Markası Tüzüğü m. 5 ile aynı şekilde tanımlamış olduğu için, diğer sözcük markaları gibi sloganlar da tescil edilebilir.

Yargıtay kararlarına bakacak olursak, karşımıza ilk olarak "*Become what you are*" (*ne isen o ol*) şeklindeki sloganın Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından marka olarak tescilinin reddedilmesi üzerine Yargıtay'ın verdiği tescil edilebilirlik kararı çıkmaktadır. Yargıtay, söz konusu sloganın bir anlam taşımakla birlikte, tescil edildiği mal ve hizmete yabancı bir işaretin ayırt edicilik niteliğini taşıdığını belirtmiştir.¹²¹

Yargıtay, "*Get connected to the flavour of the world*" (Dünyanın aromasıyla birleşin) sloganı hakkındaki Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun olumsuz yöndeki kararını

118 Case T-133/13, *Pro-Aqua International v OHIM – Rexair (Wet Dust Can't Fly)*, ECLI:EU:T:2015:46, para. 17.

119 *ibid.*, para. 18.

120 KERVANKIRAN Emrullah, "Reklam Sloganları ve Hukuken Korunması", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*, Tekin Memiş (ed.), Ankara, 2013, s. 311-313.

121 Yargıtay 11. HD. T. 20.11.2000, E. 2000/7674, K. 2000/9346. Kararla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. KERVANKIRAN, s. 312;; GÜNEŞ, s. 85-86.



iptal etmiş ve pek çok ülkede zaten tescilli ve tanınan bu sloganın ayırt ediciliğinin olmadığını söyleyemeyeceğini belirtmiştir.¹²²

Yargıtay, sloganların marka olarak tescilini uygun görmesine rağmen, abartılı övgü ifadeleri veya yanıltıcı göndermeler içeren sloganların marka olarak tescilinin uygun olmadığı yönünde kararlar vermektedir.¹²³

SONUÇ

Son davaların incelenmesinden, ABAD'ın sloganların ayırt ediciliğine ilişkin olarak birtakım hususlar tespit edilebilir. İlk olarak, kalite işaretleri veya satın alma teşvikleri içeren reklamcılık sloganları olarak kullanılan işaretler, sırf bu tür kullanım nedeniyle tescilden muaf tutulmaz. ABAD sloganların ayırt ediciliğini tespit etmenin daha zor olduğunu kabul etmekte ama bu gerçek, sloganlardan başka işaretler için konulan şartlardan daha sıkı şartlar koymayı haklı göstermemektedir. Ancak, bir reklamcılık sloganı, Tüzük m. 7/1/b çerçevesinde şart koşulan minimal düzeyde ayırt ediciliğe sahip olmak için “yaratıcılık” veya hatta “sürpriz yaratacak ve böylece çarpıcı izlenim yapacak kavramsal gerilim” göstermek zorunda olamaz. Buna ek olarak, ABAD'a göre, sırf ilgili tüketici kesimin markayı tanıtım formülü olarak algılaması ve markanın övücü niteliği nedeniyle başka teşebbüsler tarafından ilke olarak kullanılabilmesi gerçeği, tek başına bu markanın ayırt edici özellikten yoksun olduğu sonucunu desteklemek için yeterli değildir. Halk markayı o işletmesel kökenin işareti olarak algıladığı sürece, markanın aynı zamanda tanıtım formülü olarak anlaşılması gerçeği ayırt edici özelliği üzerinde hiçbir etkiye sahip değildir.¹²⁴

Davaların incelenmesinden ABAD'ın son yıllarda sloganların ayırt ediciliği için daha esnek kriterler uyguladığı aşikardır. ABAD “Das Prinzip der Bequemlichkeit” kararında sloganın hem işletmesel köken işareti olarak hem tanıtım formülü olarak anlaşılabilmesini belirtmişken, “Wir Machen das Besondere einfach” kararında esasen tanıtım formülü olarak bile anlaşılabilmesine karar vermiştir. Sadece münhasıran tanıtım formülünden oluşan bir slogan, ayırt edici özellikten yoksundur.¹²⁵

Son olarak, ABAD'ın sloganları sözcük markalarının bir alt grubu olarak görmediğini açıkça ortaya koyabiliriz. Bu nedenle, ayırt ediciliği belirleme konusunda sözcük markalarından daha sıkı şartlar uygulanmamalıdır.

122 Yargıtay 11. HD. T. 17.03.2003, E. 2002/10068, K. 2003/2475.

123 GÜNEŞ, s. 86. Karar örneği için bkz. Yargıtay 11. HD. T. 22.12.1992, E. 1991/4992, K. 1992/11613.

124 KULKE, s. 52.

125 ibid.



KAYNAKLAR

AKIN Özge, "Avrupa Birliği, Topluluk Markalarına Reform Getirebildi mi?", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 162, 2016, s. 3033-3058

BENTLEY Lionel / BRAD Sherman, **Intellectual Property Law**, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2004

BROWN Abbe E. L., **Illuminating European Trade Marks?**, http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/docs/trade_marks.asp

CORNISH William / LLEWELYN David, **Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights**, 5. Baskı, Sweet & Maxwell, Londra, 2003

ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018

DAVIS Jennifer / DURANT Alan, "HAVE A BREAK and the changing demands of trade mark registration", **QMJP**, C. 5, S. 2, 2015, s. 132-156.

EUIPO, **Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part B - Examination, Section 4 – Absolute Grounds for Refusal, Chapter 3 – Non-distinctive Trademarks (Article 7(1)(b) EUTMR)**, <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803422>

FOLLIARD-MONGUIRAL Arnaud / ROGERS David, "Significant Case Law from 2004 on the Community Trade Mark from the Court of First Instance, the European Court of Justice and OHIM", **EIPR**, C. 27, S. 4, 2005, s. 133-149

GASTINEL Eric / MILFORD Mark, **The Legal Aspects of the Community Trade Mark**, Kluwer Law International, Lahey, 2001

KULKE Christin, **Is There Such a Thing as a Trademark for Slogans?**, (Yayımlanmamış YL Tezi, Lund, 2014, <https://pdfs.semanticscholar.org/76f2/5b444412d25f7cf40a3384bc2caa05bc62cd.pdf>)

MICHAELS Amanda, **A Practical Guide to Trade Mark Law**, 3. Baskı, Sweet & Maxwell, Londra, 2001

POLER Alja, **Slogan Trade Marks**, (Yayımlanmamış YL Tezi), Leiden, 2006, www.ie-forum.nl getobject

TURNERY James, "Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation", **NwJ of Tech & IP**, S. 3, 2005, s. 179-202.



ÜNSAL Önder Erol, **Sloganlardan Oluşan Markaların Ayırt Edici Niteliği – Adalet Divanı Genel Mahkemesi “Innovation for the Real World” kararı (T-555/11)**, <https://iprgezgini.org/2013/10/29/sloganlardan-olusan-markalarin-ayirt-edici-niteliği-adalet-divani-genel-mahkemesi-innovation-for-the-real-world-karari-t-51511/>

ÜNSAL Önder, **Sloganlardan Oluşan Markaların Değerlendirilmesi – Adalet Divanı Genel Mahkemesi “Wet Dust Can’t Fly” Kararı (T-133/13)**, <https://iprgezgini.org/tag/slogan-markalari/>

Van der KOOIJ, P.A.C.E., **The Community Trade Mark Regulation: An article by article guide**, Sweet and Maxwell, Londra, 2000

MENGÜ M. Murat, “Reklam Sloganları ve Tüketici Zihni”, **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, S. 25, 2006

KALE, Serdar, “Reklam Sloganlarının Taklitle Karşı Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 3, 2008

GÜNEŞ İlhami, “Yanlış ve Yanıltıcı Sloganların Marka Olarak Kullanımı, Reklamlarda Yer Alması ve Tescilleri”, **FMR**, C. 8, S. 4, 2008

YILDIRIM, Figen / BAŞAR, Özlem Deniz, **Marka Sloganları – Türkiye Sigorta Pazarı’na İlişkin İçerik Analizi**, Beta, İstanbul, 2013

KERVANKIRAN Emrullah, “Reklam Sloganları ve Hukuken Korunması”, **Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012**, Tekin Memiş (ed.), Ankara, 2013

Avrupa Parlamentosu, **European Parliament Fact Sheets, 3.4.4. Intellectual, industrial and commercial property**, 24.04.2001, http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_4_4_en.htm



EKSİK BORÇLARIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

(*Legal Character of Asserting Imperfect Obligation*)

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN¹

ÖZ

Eksik borçlar, geçerli olarak doğan borçlardır. Borçlu tarafından ifa edilebilir. Borçlu, bu borçları ifa ettiği zaman, iadesini de talep edemez. Eksik borçların ifa edilmesi sebepsiz zenginleşme ve bağışlama olmaz. Ortada geçerli bir ifa vardır. Ancak alacaklı tarafından dava ve takip edilemezler. Bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesi bir itiraz değil, def'iidir. İtiraz bir borcun doğmadığının veya sona erdiğinin ileri sürülmesidir. Def'i ise, borcun ifa edilmesini geçici veya sürekli olarak engelleyen bir haktır. Def'i borcu sona erdirmez, sadece ifayı engeller. Bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, borcun ifa edilmesini, dava açılmasını veya takip yapılmasını engeller. Borcu sona erdiren bir durum değildir. Bu sebeple eksik borcun ileri sürülmesi def'i olarak kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Eksik borç, Def'i, itiraz.

ABSTRACT

Imperfect obligation is the debt validly arising. Imperfect obligation can be performed by the debtor. The debtor cannot request a refund when these debts are performed. Performing imperfect obligation unjust enrichment and donation. In case of performance, there is a valid performance. Yet it cannot be sued and followed by the collector. It is not an absolute defense but a partial defense. Partial defense is the assertion that a debt is not originated or terminated. Partial defense, on the other hand, is the assertion of a right that temporarily or permanently prevents the performance of the debt. Partial defense does not end the debt, it just prevents execution. Asserting that a debt is imperfect obligation prevents the demand of performing a debt, filing a lawsuit or execution proceeding. It is not a situation that terminates the debt. For this reason, it should be considered as partial defense (exceptio) to put forward the missing debt.

Keywords: Responsibility, Deficient debt, Exceptio, Appeal.

GİRİŞ

Bir borç ilişkisinde borçlu edimini yerine getirmediğinde, alacaklı dava açarak veya cebri icra yollarına başvurup takip yaparak alacağını elde

1 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gokhansahan38@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2605-5857

edebilir. Ancak bazı borçlar vardır ki, bu borçlarda, alacaklı, ifa için dava açamayacağı gibi takip de yapamaz. Söz konusu borçlara uygulamada ve doktrinde eksik borç denmektedir. Eksik borçlar söz konusu olduğunda, aslında ortada geçerli bir borç ilişkisi ve borç vardır. Eksik borçlar ifa edilmişse, geçerli bir ifa söz konusu olur. Bu borçların eksik borç olduğu, borçlu tarafından bilinerek veya bilinmeyerek hataen ifa edilmiş olsa dahi, iadesi talep edilemez. Ancak eksik borç için dava açılmış veya takip başlatılmış ise, borçlu, borcun eksik borç olduğunu ileri sürerek davanın veya takibin reddedilmesini sağlayabilir. Bu çerçevede eksik borcun ileri sürülmesinin bir def'i mi, itiraz mı olduğu meselesi ortaya çıkar. Çalışmamızda, Borçlar Hukuku anlamında borçlunun savunma aracı olan def'i ve itiraz kurumları çerçevesinde, eksik borcun ileri sürülmesinin hukuki niteliği açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda, öncelikle eksik borç kavramı, türleri ve özellikleri hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra borçlunun birer savunma aracı olan def'i ve itiraz kurumları ile bu iki husus arasındaki farklar ortaya konmuştur. Son olarak da, eksik borcun ileri sürülmesinin Borçlar Hukuku kapsamında bir def'i mi, itiraz mı olduğu meselesi değerlendirilmiştir.

I. GENEL OLARAK EKSİK BORÇ KAVRAMI

Alacak hakkı, kural olarak alacaklıya borçlanılan edimi borçludan dava ya da cebri icra yolu ile talep ve takip hakkı vermektedir. Bu husus, borç ilişkisinin, dolayısıyla alacak hakkının temel özelliğini oluşturur². Ancak hukuk düzeni bazı hallerde alacaklıya, borçluyu dava veya cebri icra yoluyla zorlama hakkı vermemiştir. Bu tür borçlara, “*eksik borç*” ya da “*tabii borç*”³ adı verilmektedir⁴.

2 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 44; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 91; AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 99; DOĞAN Murat/ŞAHAN Gökhan/ATAMULU İsmail, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Ankara 2019, s. 79; GÜVEN Kudret, Eksik Borçlar Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme, **BAÜHFD**, C. 2, S. 2, Y. 2016, s. 38; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 23; Doktrinde teknik olarak borcun tüm özelliklerine sahip olan borcun eksiksiz olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda eksik borçlardan alacağın tüm özelliklerini bir araya toplayamayan borç anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s. 98.

3 ANTALYA Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/I, I, Ankara 2019, s. 81; Doktrinde von TUHR, tabii borç kavramının Roma Hukukunun tekamülü ile izah edilebileceğini, oysaki bugünkü hukuk sisteminin Romalıların tanıdıklarından farklı olarak dava hakkından mahrum alacaklar da tanıdığı cihetle, başka bir tabir kullanılarak bunlara “nakis borçlar” denilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Biz de bu sebeple çalışmamızda tabii borç kavramı yerine eksik borç kavramını kullanmayı tercih ettik. Bkz. von TUHR, Andreas (Çev. Cevat Edege); **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Cilt:1-2, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 33.

4 GUHL Theo (Çev. A. Pulat Gözübüyük); Eksik Borcun Mahiyeti, **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, Y. 1958, s. 158-161; Doktrinde HATEMİ/GÖKYAYLA bu tanımlamanın bütün örneklerle tam



Eksik borçlarda, esasen bir borç ilişkisi mevcuttur⁵. Ancak hukuk düzeni eksik borçların ifasını, borçlunun iradesine bırakmıştır. Başka bir ifade ile alacaklı, borçlunun sadece kendi isteğiyle borcunu ifa ettiği zaman, alacağını alma hakkına sahiptir⁶. Yani bu borçlarda, borcun müeyyidesi ve borçlunun sorumluluğu mevcut değildir⁷.

Eksik borç, koruması zayıflamış borçlardan farklıdır. Koruması zayıflamış borçlarda da alacaklı cebri icra ile alacağını elde edemez. Ancak bu borçlarda, şartların oluşması halinde tazminat talebinde bulunulabilir. Koruması zayıflamış borçlara, her ne kadar bazen karşı tarafın zararını gidermek zorunda kalsa da, vekâlet sözleşmesinde taraflardan her birinin sözleşmeyi istedikleri an sona erdirebilmesi (TBK md. 512) misal olarak gösterilebilir⁸.

Hukuk düzeninin eksik borçlarda alacaklıya talep hakkı tanımaması, emeksiz kazanç sağlamayı yasaklama, toplumun barış ve düzenini koruma, adalet ve genel ahlâk gibi düşünce ve sebeplere dayanmaktadır⁹. Bu bağlamda hangi borçların eksik borç olarak tanınması gerektiği, bir sosyal politik tercih sorunu olduğu ifade edilebilir¹⁰.

Eksik borçların ifası mümkün olduğundan, isteyerek ifada bulunan borçlu, ifa edilen edimin iadesini isteyemez. Öyle ki borçlunun borcun eksik borç olduğunu bilmeden yani hataen borcu ifa etmesi de sonucu değiştirmez. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere eksik olmasına rağmen geçerli bir borç mevcut olduğu için, ifa edilen edim alacaklı açısından TBK 77 ve devamı maddelerine göre sebepsiz zenginleşme de teşkil etmez¹¹.

olarak uymadığını ancak yine de eksik borçlarda bu borca tekabül eden dava edilebilir bir alacak hakkının olmadığını ifade etmiştir. Bkz. HATEMİ, HÜSEYİN/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 21; CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 88; ANTALYA, s. 81; EREN, s. 91; GÜVEN, 38; AYAN, s. 99; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.23-24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 44.

5 KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara 2019, s. 35; YILDIRIM Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 31; EREN, 91; AYAN, s. 99; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 79.

6 Eksik borçlarda da alacaklı, borçludan borcunu yerine getirmesini talep edebilir. Fakat borçlu bu talebe uygun hareket etmediği takdirde dava yoluna gidilemez. Bu sebeple bu borçlara “talep edilebilir fakat dava edilemez borçlar” da denilebilir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 39; Ayan, s. 99; EREN, s. 91.

7 CANSE/ÖZEL, s. 88; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 79; EREN, s. 91; KILIÇOĞLU, s. 35.

8 TERCIER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s. 99.

9 EREN, s. 91.

10 KILIÇOĞLU, s. 36. Doktrinde tarafların sözleşme ile alacaklının dava hakkının olmayacağını kararlaştırabilecekleri ileri sürülmektedir. Bkz. TERCIER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s. 98.

11 DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 79; GÜVEN, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 30; CANSEL/ÖZEL, s. 88; AYAN, s. 99; ANTALYA, 81; EREN, s. 92; KILIÇOĞLU, s. 39; YILDIRIM, s. 31.



Eksik borç, ifa edildiği takdirde, borcun bulunmadığı durumlardan farklı olarak, borç olmayan bir şey ifa edilmesi veya bir bağışlamada bulunulmuş olması söz konusu olmayıp, borç ifa edilmiş sayılmaktadır¹². Bu sebeple TBK'nun 295. ve 296. maddelerinde düzenlenmiş olan bağışlamanın geri alınmasına ve bağışlamanın tenkisine (TMK md. 565) ilişkin kuralların burada uygulanması söz konusu değildir¹³.

Eksik borç olarak nitelendirilen ilişkiler yukarıda belirtilen ortak özellikleri dışında birbirinden farklılıklar arz etmekte ve tabi olacakları esaslar da değişmektedir¹⁴.

II. EKSİK BORCUN ÇEŞİTLERİ

Eksik borçlar doktrinde, doğuştan eksik borç, sonradan eksik hale gelen borç olarak bir ayrıma tabi tutulduğu gibi sürekli ve geçici eksik borç olarak da bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır¹⁵.

A. Doğumu Anında Eksik Olan Borçlar

1. Kumar ve Bahissten Doğan Borçlar

Kumar birden fazla kişinin kişisel yeteneklerini ortaya koydukları ya da sonucu talih ve tesadüfe bıraktıkları, kazanç sağlamak amacıyla kazanan tarafa borç altına girme konusunda yaptıkları bir sözleşmedir. Bahis ise yine birden fazla kişinin belirli bir iddiayı ortaya koyarak, iddiasında haklı çıkan tarafa karşı bir edimde bulunmayı üstlendikleri anlaşmadır¹⁶.

Kumar ve bahis sözleşmesi, amacı bakımından talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler içerisinde yer alır. Ancak kumar ve bahiste kişilerin emek ortaya koymaksızın kazanç sağlamaları söz konusudur¹⁷. Kanun Koyucu emeksiz kazancı kınamak istemesi sebebiyle kumar ve bahis borcunu eksik borç olarak kabul etmiştir¹⁸. TBK'nun 604. maddesinin I. fıkrasına göre,

12 OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 17. Baskı, İstanbul 2019, s. 19; ANTALYA, 81; AYAN, s. 99; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 79; EREN, s. 92; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 29.

13 EREN, s. 92; AYAN, s. 99; CANSEL/ÖZEL, s. 88.

14 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 44; OĞUZMAN/ÖZ, s. 19.

15 GÜVEN, s. 38; YILDIRIM, s. 32; AYAN, s. 99; CANSEL/ÖZEL, s. 89; Doktrinde eksik borçlar, doğal borçlar, def'îye tabi borçlar (alacaklar) ve ahlâki ödevler olarak da sınıflandırılmaktadır. Bkz. TERCIER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s. 98-99.

16 BİLGE Necip, Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege FERENda Düşünceler, **TBBD**, C. 26, S. 107, Y. 2013, s. 246; EREN, s. 93; GÜVEN, s. 9; KILIÇOĞLU, s. 36; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI s. 53.

17 TÜZÜNER, s. 251; EREN, s. 92; BİLGE, s. 10.

18 BİLGE, s. 11; TÜZÜNER, s. 251; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 80; EREN, s. 92; von TUHR, s. 33-34; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 54; Guhl, s. 160; CANSEL/ÖZEL, s. 89; Doktrinde bir başka görüşe göre kumar ve bahis borcunda



“Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.”

Bu hükme göre, alacak hakkı bulunmasına rağmen, bu alacak hakkı için dava ve takip hakkı bulunmamaktadır¹⁹. Doktrindeki bir görüşe göre²⁰, kumar ve bahisten bir borç doğmamaktadır. Burada, borç ifa edilince söz konusu alacaklı bakımından hukukîleşen bir iktisap sebebi halini almakta olduğu savunulmaktadır. Ancak söz konusu görüş yapılan ifanın da geri istenemeyeceğini kabul etmektedir. Bu halde, borç doğmamasına rağmen, ifadan söz etmenin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Şayet bir ifa varsa, borç da vardır. Ancak bu borçlar dava ve takip edilemezler. Bu haliyle de eksik borç tanımına uymaktadırlar.

Türk Borçlar Kanununda kumar ve bahis dışında kalan bazı işlemler de aynı hükme tabi tutulmuştur. Bu işlemler, TBK'nun 604. maddesinin II. fıkrasına göre; kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlardır. Piyango veya diğer şans oyunları da, kanun ya da yetkili makamlarca izin verilmedikçe kumar ve bahis gibidir (TBK md. 606 f. I).

Borçlu, kumar ve bahis borcunu kendi isteği ile ödemişse bunu geri alamaz²¹. Fakat kumar ve bahsin usulüne göre yürütülmemesi, beklenmedik bir olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellemesi halinde ya da diğer tarafın kumar ve bahise hile karıştırması durumunda, isteyerek yapılan ödeme TBK'nun 605. maddesinin II. fıkrası hükmüne dayanarak geri alınabilir²².

Kumar ve bahis borcu eksik bir borç olmasına rağmen bu tür borçların dava edilmesi halinde, bunun bir itiraz sebebi olarak kabul edilip, hâkimin bu durumu resen araştırması ve dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir²³.

eksik borç değil, TBK m. 81 temeline dayanan bir *contictio* engeli vardır. Bkz. HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 23.

19 EREN, s. 92; BİLGE, s. 11; CANSEL/ÖZEL, s. 89; Eski BK 504/I hükmünde kumar ve bahis bir alacak hakkı doğurmaz ifadesi yer almaktaydı. Ancak bu ifade doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve bu hükmün dava hakkı doğurmaz olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 36.

20 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 27.

21 EREN, s. 93; ANTALYA, s. 82; BİLGE, 11; von TUHR, s. 34; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 56; CANSEL/ÖZEL, s. 90.

22 BİLGE, 13-14; YILDIRIM, s. 33.

23 CANSEL/ÖZEL, s. 90; BİLGE, 11; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 55; EREN, s. 93; KILIÇOĞLU, s. 36. Doktrinde Yıldırım hakimin dosyaya giren delillerden, alacağın kumar veya bahisten doğduğunu anlarsa davayı reddetmesi gerektiğini ifade etmiştir, Bkz. YILDIRIM, s. 33.

Kumar borcundan kaynaklı olarak borçlu alacaklıya bir senet verebilir. Ancak kumar ve bahis borçlarının ifası TBK'nun 605. maddesinin I. fıkrası gereğince vaad edilemeyeceği gibi, bu borçlar, kefalet veya rehin yoluyla da teminat altına alınamaz ve takas edilemez. Bu sebeple bu senede dayanılarak da dava açılmaz ve takip yapılamaz²⁴. Ayrıca bir kambiyo senedinin düzenlenmiş olması halinde dahi, kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar hariç olmak üzere, hiç kimse bunlara dayanarak dava açamaz veya takip yapamaz²⁵.

Devlet tarafından bazı özel kanunlarla izin verilen kumar ve bahisler ise eksik değil tam borç niteliğindedir. Milli Piyango İdaresi tarafından düzenlenen piyango çekilişleri; at yarışları; futbol karşılaşmaları ile ilgili müşterek bahisler özel kanunlarla izin verilmiş bahisler olup, kazanan kişinin tüm hakları eksiksiz korunmaktadır²⁶.

2. Evlenme Sımsarlığından Doğan Ücret Borçları

Sımsarlık, taraflar arasında bir sözleşme kurulması olanağının hazırlanması ya da sözleşmenin kurulmasına aracılık edilmesidir²⁷. Sözleşmenin kurulması halinde sımsar, TBK'nun 521. maddesinin I. fıkrası uyarınca kural olarak ücrete hak kazanmaktadır²⁸.

Evlenme sımsarlığı ise taraflar arasında sımsarın devreye girerek, evliliğe olanak hazırlaması veya evlilik ilişkisinin kurulmasına aracılık etmesi amacıyla kurulan hukuki ilişkidir²⁹.

Evlenme sımsarlığının en önemli özelliği sımsarın bu işi ücretsiz yapmasıdır. Doktrinde bir görüş, evlenme sımsarlığı için bir ücret kararlaştırılmışsa, bunun ahlâka ve hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir³⁰. Ancak bu görüş kabul edilirse, ücret karşılığı yapılan evlenme sımsarlığı sözleşmesinin TBK'nun 27. maddesi gereği geçersiz olması gerekir. Bu durumda da borç doğmaz. Ancak bu ücret bir eksik borç olarak kabul edilmekte ve ifa edildiğinde geri istenemeyeceği aynı görüşü savunular tarafından ifade edilmektedir³¹. Bu sebeple kanaatimizce burada hukuka ve ahlâka aykırılık yoktur. Sadece dava ve takip edilemez, bir eksik borç vardır.

24 EREN, s. 93; BİLGE, s. 11-12; ANTALYA, s. 82; CANSEL/ÖZEL, s. 89-90; YILDIRIM, s. 33.

25 TÜZÜNER, 254-255; BİLGE, 12; CANSEL/ÖZEL, s. 90; ANTALYA, s. 82.

26 CANSEL/ÖZEL, s. 90; BİLGE, s. 14; YILDIRIM, s. 34; KILIÇOĞLU, s. 36-37.

27 AYDEMİR Efrail, Taşınmaz Mal Sımsarlığı İlişkisinde Sözleşmenin Kurulması ve Konusu, *THD*, C. 9, S. 100, Y. 2014, s. 267-270; CANSEL/ÖZEL, s. 91; GÜVEN, s. 40; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 56; ANTALYA, s. 83.

28 ANTALYA, s. 83; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 56; EREN, s. 94; GÜVEN, 40; YILDIRIM, s. 34; CANSEL/ÖZEL, s. 91.

29 AYDEMİR, s. 268.

30 EREN, s. 94.

31 EREN, s. 94.



TBK'nun 524. maddesine göre, “Evllenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz”. Bu hükme göre, evlenme simsarlığı için bir ücret kararlaştırılmış olsa dahi, simsar, bu ücret için dava açamaz ve takip yapamaz³². Ancak, simsara bir ücret ödenmiş ise, eksik borç olmasından dolayı iadesi de istenemez. Doktrinde evlenmeye aracılık faaliyetinin hukuka aykırılık oluşturduğu, örneğin evlenecek kişiyi dolandırma, iyiniyetini suistimal etme gibi durumlarda ücretin iadesinin talep edilebileceği kabul edilmektedir³³.

Hâkim dosyaya giren delillerden, alacağın evlenme simsarlığından doğduğunu anlarsa resen davayı reddetmesi gerektiği, savunulmaktadır³⁴. Bu borçlar takas edilemeyeceği gibi, kefalet ya da rehin ile teminat altına da alınmaz. Yine söz konusu borçlar için ceza koşulu öngörülemez³⁵.

Evllenme simsarlığında temel ilişki hukuka uygundur. Bu sebeple evlenme simsarlığını “muhabbet simsarlığından” ayırt etmek gerekir. Muhabbet simsarları birbirleri ile hukuki ilişkileri olmayan kişileri ücret karşılığında cinsel birliktelik amacıyla bir araya getirirler. Böyle bir ilişki ise tam olarak ahlâka ve hukuka aykırıdır³⁶. Bu sebeple muhabbet simsarlığı için yapılan sözleşme geçersizdir ve borç doğmaz.

3. Ahlâki Ödevlerden Doğan Borçlar

Objektif ahlâk kuralları, başkalarına karşı zararlı olmayı değil, yararlı olmayı emreder. Bu ahlâk olgusu her türlü kötülüğü yasaklarken, iyilik yapmayı öğütler. Hukuken yardım etmek zorunluluğu olmayan kişilere, bu ahlâki duygular neticesinde yardım etmek istenebilir³⁷. Ancak bir kimse, hukuken borçlu olmadığı halde ahlâki bir görevi ifaya zorlanamaz³⁸. Bununla birlikte TMK'nun 364. maddesinde yardım edilmediği takdirde sıkıntıya düşecek olan belirli derecedeki yakınlarla yardım nafakası verilmesi borcu öngörülmüştür. Bu kimseler, altsoy, üstsoy ve kardeşlerdir³⁹. Kişilerin bu kimseler dışındaki hısımlarına veya yakınlarına yardım etme gibi bir yükümlülüğü yoktur. Misal olarak, bir kimseyi amcasına nafaka vermeye zorlayan hukuki bir yükümlülük yoktur. Kanun Koyucu yeğenlere böyle bir yükümlülük getirmemiştir. Fakat yeğen zarurete düşen amcasına ahlâki duygular neticesinde

32 GÜVEN, s. 41; EREN, s. 94; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 56.

33 KILIÇOĞLU, s. 38.

34 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 57; YILDIRIM, s. 34.

35 YILDIRIM, s. 34; EREN, s. 94.

36 EREN, s. 94.

37 von TUHR, s. 34; EREN, s. 95.

38 CANSAL/ÖZEL s. 91; OĞUZMAN/ÖZ, s. 20; GÜVEN, 43; TERCİER/PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 99.

39 KILIÇOĞLU, s. 37.



yardımda bulunmuş olabilir⁴⁰. Kanun Koyucu nafaka ödeme yükümlülüğü olmamasına rağmen, ahlâki ödevin yerine getirilmesi için üstlenilen ve ifa edilen borçları da eksik borçlardan saymıştır⁴¹.

Ahlâki ödevden doğan borç yerine getirilmezse, dava edilemez. Fakat buna rağmen dava açıldığı takdirde, bu borcun eksik borç olduğunun hâkim tarafından resen dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴².

Ahlâki ödevden doğan bir borcun hem ifası mümkündür hem de ifası geçerli olarak vaad edilebilir⁴³. Bu sebeple ahlâki ödevden doğan borç tanımaları hukuken geçerlidir. Ayrıca bu borçlar kefalet ve rehinle teminat altına alınabileceği gibi ceza koşuluna da bağlanabilir. Bu borçların takas edilmesi mümkündür. Ayrıca bunların devri de mümkündür. Yine eksik bir borç olarak bu borcun üstlenilmesi de hukuka uygundur⁴⁴.

4. Malikin İyiniyetli Zilyet Karşısındaki Borcu

Malikin, iyiniyetli zilyedin kendisine iade etmek zorunda olduğu mala ilişkin yapmış olduğu zaruri ve faydalı masraflardan dolayı olan borcunun bir eksik borç olduğu ileri sürülmektedir⁴⁵. Bu görüşe göre, iyiniyetli zilyet, alacak hakkını yani masrafların ödenmesini bağımsız olarak talep ve dava edemez. Çünkü burada teknik anlamda bir talep hakkı mevcut olmayıp, kanundan doğan bir def'i hakkı mevcuttur. İyiniyetli zilyet, masraflar malik tarafından ödenmedikçe malı iade etmek zorunda değildir. Bu durum, TMK'nun 994. maddesinin I. fıkrasında "*İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna karşılık malik, malı aldıktan sonra iyiniyetli zilyede yapmış olduğu masrafları ödemişse, bu bir bağışlama olmadığı gibi bunun sebepsiz zenginleşme yoluyla da iadesi istenemez⁴⁶. Doktrinde bir başka görüş ise malikin borcunun bir eksik borç olmadığı yönündedir. Çünkü kötü niyetli zilyedin iade zorunda olduğu mallar için yapmış olduğu masraflardan doğan alacak hakkı, talep ve dava edilebilir bir alacak hakkıdır. Nitekim TMK'nun 995. maddesinin II. fıkrasında bu husus "*İyiniyetli olmayan zilyet, yaptığı giderlerden ancak hak sahibi için de zorunlu olanların tazmin edilmesini isteyebilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Kötü niyetli zilyedin böyle bir hakkı varken, iyi niyetli zilyedin

40 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 28.

41 ANTALYA, s. 83; GÜVEN, s. 43; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 21; EREN, s. 95; GUHL, s. 160.

42 YILDIRIM, s. 35.

43 von TUHR, s. 35.

44 CANSEL/ÖZEL, 92; EREN, s. 95.

45 AYDOS Oğuz Sadık, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s. 31.

46 von TUHR, s. 37; EREN, s. 96.



evleviyetle bu hakkı olmalıdır⁴⁷. Kanaatimizce, iyi niyetli zilyedin şey için yaptığı masrafları talep etmesi eksik borç değildir. Hem iyiniyetli hem de kötüniyetli zilyedin masraflar için tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Kanun ifadesine göre, söz konusu masraflar birer tazminat olarak talep edilebileceğine göre, dava ve takip konusu olabilir⁴⁸.

5. Sözleşmeden Doğan Eksik Borçlar

Bir borç ilişkisinde tarafların, bir alacak hakkının dava ve cebri icra yoluyla takip edilemeyeceğini sözleşme ile kararlaştırabilecekleri doktrinde bir görüş tarafından kabul edilmektedir⁴⁹. Bu takdirde sözleşmeden doğan bu borç eksik bir borç niteliğini taşır. Buna karşılık diğer bir fikre göre ise talep ve dava hakkı kamu düzenini ilgilendirdiği için emredici bir hukuk kuralıdır. Bu sebeple tarafların sözleşme yoluyla eksik borç meydana getirmeleri mümkün değildir⁵⁰. Bu görüşü göre⁵¹, bu şekilde yapılan bir anlaşma TMK'nun 23. maddesi gereği kişilik haklarına aykırı olacağından geçersiz olur. Bu sebeple eksik borçların istisnai bir durum olduğu, kanunda sınırlı sayıda düzenlendiği, kanunun eksik saymadığı bir borcun sözleşme ile eksik borç haline getirilemeyeceği kabul edilmektedir⁵².

B. Sonradan Eksik Borçlar

1. Zamanaşımına Uğramış Borçlar

Borcun ifa zamanı geldiği ve talep edilebilir nitelikte olduğu halde, alacaklı kanunda öngörülen sürede, dava açmaz ya da alacağını takip etmez ise alacak zamanaşımına uğrar⁵³.

Bir borcun zamanaşımına uğramış olması halinde, borçlu borcu ifadan kaçınma hususunda bir def'i hakkına sahiptir. Bu durumda borç, hukuken varlığını sürdürmekle birlikte, talep ve dava edilebilir niteliktedir. Ancak borçlu def'i hakkını kullanarak davanın reddini sağlayabilir. Zira borçlu, bu hakkını kullanmadığı durumlarda, ifaya mahkûm edilebilir⁵⁴. Gerçekten de zamanaşımı süresinin geçmesi ile alacak hakları hiçbir

47 Doktrinde EREN, malikin iyiniyetli zilyet karşısındaki borcunun eksik borç olmayıp, tam bir borç olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Yazar, masraflara ilişkin bu borcun eşyaya bağlı bir borç olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. EREN, s. 96.

48 GÜVEN, 46.

49 ANTALYA, s. 83; EREN, s. 96; Aydos, 31-32; von TUHR, s. 37.

50 GÜVEN, 47.

51 GÜVEN, 47.

52 GÜVEN, 47.

53 CANSEL/ÖZEL s. 93; GÜVEN, 51; KILIÇOĞLU, s. 36; von TUHR, s. 35.

54 von TUHR, s. 35; EREN, s. 97; ANTALYA, s. 84; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 25; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 48; OĞUZMAN/ÖZ, s. 20.



şekilde düşmediği gibi, dava hakkı da düşmemektedir. Borçlu def'i hakkını kullanarak sadece talep hakkını durdurur ya da başka bir ifade ile etkisiz kılar⁵⁵.

Zamanaşımı ileri sürmek bir def'i olarak kabul edildiği için, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz. Borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir⁵⁶.

Borçlu zamanaşımına uğramış olan bir borcu dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra öderse, bu ifa geçerli olup, sebepsiz zenginleşme söz konusu olmaz⁵⁷. Ayrıca zamanaşımına uğramış olan bir borç için, borçlunun bir senet vermesi veya teminat göstermesi de geçerlidir⁵⁸. Hatta bu tür borçlar ceza koşuluna da bağlanabilir. Bu durum borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanmaktadır⁵⁹. Bununla birlikte zamanaşımına uğramış bir alacak, takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış ise takas ileri sürülebilir (TBK md. 139 f. III). Yine zamanaşımına uğramış olan bir alacağın devri de mümkündür⁶⁰.

Borçlunun, zamanaşımı def'ini ileri sürdükten sonra dahi bundan rücu edip, borcu ödemesi de geçerli olarak kabul edilmektedir. Nitekim TBK'nun 160.maddesine göre borçlu, zamanaşımı def'inin doğmasından sonra dahi bundan feragat edebilir ve bu feragat geçerlidir⁶¹.

Zamanaşımı hususunda üzerinde durulması gereken meselelerden birisi de alacaklının mahkeme dışı talebine karşı zamanaşımı savunması yapan borçlunun, dava da susması halinde hâkimin bu durumu resen dikkate alıp almayacağıdır. Doktrindeki bir fikre göre bu durum resen dikkate alınmalıdır. Ancak borçlu zamanaşımı def'inden sonra alacaklıya yönelteceği tek taraflı irade beyanı ile her zaman bu def'iden vazgeçmesinin mümkün olduğu unutulmamalıdır. Yeter ki dava kesin hükme bağlanmamış olsun⁶².

55 Guhl, s. 161; GÜVEN, 51; ANTALYA, s. 84; EREN, s. 97; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 47-48.

56 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 25; EREN, s. 97.

57 TERCİER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s. 99; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI s. 47-48; ANTALYA, s. 84; CANSEL/ÖZEL, s. 93.

58 CANSEL/ÖZEL s. 95; EREN, s. 97; OĞUZMAN/ÖZ, s. 20.

59 YILDIRIM, s. 36; EREN, s. 97; CANSEL/ÖZEL, 95.

60 CANSEL/ÖZEL, s. 95; YILDIRIM, s. 36.

61 von TUHR, s. 35-36; OĞUZMAN/ÖZ, s. 21; EREN, s. 96; Doktrinde, def'i ileri sürüldükten sonra borcun ödenmiş olması durumunda bir yandan ahlâki vazifenin yerine getirildiği diğer taraftan ise yanılma ileri sürülecek durumdan çıkıldığı ileri sürülmüştür. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 22.

62 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 49-50.



2. Konkordato Dışında Kalan Borç

Bir diğer eksik borç ise konkordato sonunda borcun ortadan kalkan kısmıdır. Konkordato, alacaklıların alacaklarının belli bir kısmından vazgeçmeleri esasına dayanan ve kanun tarafından belli usule tabi tutulan bir sözleşmedir⁶³. Zira alacaklı konkordato dışında kalan alacak tutarını dava edemez. Ancak borçlu, konkordato dışında kalan borcunu öderse, geçerli bir ifa söz konusu olup, yapılan ödeme geri istenemez. Ayrıca bu durum bir bağışlama da teşkil etmez⁶⁴.

C. Geçici Eksik Borçlar

Eksik borcun sınıflandırılmasında üzerinde durulması gereken bir başka husus geçici eksik borçlar ayrımıdır. Geçici eksik borçlar, alacaklı tarafından belirli bir süre talep ve dava edilemeyen hallerde söz konusu olup, söz konusu durum ortadan kalktığında ise talep ve dava edilebilir borçlardır⁶⁵.

Geçici eksik borç olarak ebeveynleri ile birlikte yaşayan ergin altsoyların, emek ve kazançlarını aileye özgüledikleri durum misal gösterilebilir. Ana ve babası veya büyükanne ve büyükbabası ile birlikte yaşayan ergin altsoylar, emek ve kazançlarını aileye özgülemişse, bundan dolayı uygun bir bedel talep edebilirler (TMK md. 370 f. I). Ancak bu alacak, borçlunun sağlığında talep edilemez (TMK md. 371 f. I). Meğer ki üçüncü kişilerle birlikte hacze veya iflasa katılma hakkına sahip olsunlar (TMK md. 371 f. II)⁶⁶. Ayrıca bu çocukların TMK'nun 641. maddesi uyarınca mirasın paylaşılması halinde belirli bir tazminat talep hakları da mevcuttur⁶⁷.

III. DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMI

Alacaklı, ifa talebinde bulunduğu anda, borçlu varsa usul hukukuna veya maddi hukuka ilişkin savunmalarda bulunabilir⁶⁸. Alacaklının ifa taleplerine engel olan ve borçluya bazı hususları ileri sürerek ifadan geçici ya da sürekli olarak kaçınma imkânı veren maddi hukuka dair savunmaları, def'i ve itiraz olarak iki gruba ayırmak mümkündür⁶⁹.

63 YILDIRIM, s. 36; GÜVEN, 52.

64 GÜVEN, 52; ANTALYA, s. 85; von TUHR, s. 38; CANSEL/ÖZEL, 93; EREN, s. 98.

65 Ayan, s. 100; GÜVEN, 53; EREN, s. 96-97; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, 80.

66 von TUHR, s. 38; GÜVEN, s. 53; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU s. 80; YILDIRIM, s. 35; EREN, s. 96-97.

67 EREN, s. 97.

68 NOMER Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 27; CANSEL/ÖZEL s. 78.

69 ÇUKADAR Neslihan, *Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar*, Ankara 2014, s. 15; CANPOLAT Ferhat, *Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları*, EÜHFD, C. 3, S. 1, Y. 2008, s. 255; CANSEL/ÖZEL, s. 76; NOMER s. 27.



Eksik borcun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar, özellikle def'i ve itiraz kavramları üzerinde yoğunlaştığı için çalışmamızın bu bölümünde def'i ve itiraz kavramları üzerinde durulmuştur. Nitekim def'i ve itiraz kavramları birbirinden farklı olmasına rağmen sıklıkla birbiriyile karıştırılmaktadır.

A. Def'i Kavramı

Def'i, hak sahibine söz konusu hakkı kullanmak suretiyle, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, özel bir sebebe dayanarak belirli bir oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen ya da kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı veren bir haktır⁷⁰.

Doktrinde, def'i hakkının yöneldiği hakkın alacak olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple def'i hakkı, alacak hakkına karşı kullanılan bir savunma vasıtası olarak nitelendirilebilir⁷¹.

Def'i hakkının varlığı, hak sahibine karşı başka bir hakkın mevcut olmasına bağlıdır. Başka bir ifade ile def'i hakkı sahibine karşı bir hak kullanılması halinde, def'i hakkı sahibi, bu hakkını kullanarak edimin yerine getirilmesi talebini reddeder veya edimi sürekli ya da geçici olarak yerine getirmekten kaçınır⁷².

Usul hukukunda def'i kavramı ise maddi hukuktaki def'i anlamından farklı olup, daha geniştir. Zira usul hukukunda def'i kavramı, usul hukukuna dayanan savunma imkânlarını da içine almaktadır. Örneğin usul hukuku açısından ilk itirazlar da def'i kavramının içerisinde yer alır⁷³.

Def'i kavramı doktrinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan en önemlisi "*sürekli def'i*" ve "*geçici def'i*" ayrımıdır. Sürekli def'iler, ileri sürüldüğünde karşı tarafın hakkını tamamen engelleyip, def'i hakkı sahibine edimi ifadan sürekli kaçınma hakkı vermektedir. Buna karşılık geciktirici def'i ise hak sahibinin hakkını kullanmasını yalnızca bir süre engelleyebilmektedir. Sürekli def'ilere zamanaşımı def'i, geciktirici def'ilere ise ödemezlik def'i (TBK md. 81) misal olarak verilebilir⁷⁴.

70 ERDOĞAN İhsan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 25; AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 10. Baskı, Konya 2017, s. 36; ÇUKADAR s. 20; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 22; YILDIRIM, s. 18; ANTALYA, s. 92; KILIÇOĞLU, s. 25; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU 66; CANPOLAT s. 256; EREN, s. 73-74.

71 ÇUKADAR s. 39; CANPOLAT s. 257; EREN, s. 73.

72 EREN, s. 74; ÇUKADAR s. 39; CANPOLAT s. 257-258.

73 CANPOLAT s. 259. Doktrinde KILIÇOĞLU haklı olarak def'i hakkı ile ilk itirazların birbirine karıştırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, davalı tarafın maddi hukuk bakımından def'i niteliğinde bir savunma hakkına sahip olsa bile, bunun ileri sürülmesinin usul hukukundaki ilk itirazların ileri sürülmesine ve usulüne bağlı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 25-26.

74 ÇUKADAR s. 51 vd.; ANTALYA, s. 94; EREN, s. 75-76; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU s. 67; CANSEL/ÖZEL, 77; YILDIRIM, s. 18; CANPOLAT s. 259.



B. İtiraz Kavramı

İtiraz, karşı tarafın iddia ettiği hakkın ya hiç oluşmadığı ya da sona erdiğine ilişkin bir olayın ileri sürülmesidir. İtirazda ileri sürülen olayla talep edilen hakkın veya alacağın mevcut olmadığı iddia edilmektedir⁷⁵. Alacak hakkının bulunmadığı ya da sona erdiği bir borç ilişkisinde borç da bulunmaz⁷⁶.

Doktrinde itiraz da çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan bir tanesi de “*hakkın doğumuna engel olan itiraz*” ve “*hakkı sona erdiren itiraz*” şeklindedir. Hakkın doğumuna engel olan itirazda hakkın hiç doğmadığı ileri sürülürken, hakkı sona erdiren itirazda ise bir olay nedeniyle söz konusu hakkın sona erdiği iddia edilmektedir. Şekil şartına uyulmadığının ya da ehliyetsizliğin ileri sürülmesi hakkın doğumuna engel olan itiraza, alacağın ödendiği, ibra ya da imkânsızlık sebebiyle sona erdiğinin ileri sürülmesi ise hakkı sona erdiren itiraza misal olarak verilebilir⁷⁷.

C. Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar

Def’i ve itiraz kavramları arasında pek çok farklılık mevcuttur. Bunlardan ilki hukuki niteliğe ilişkindir. Nitekim def’i bir hak iken, itiraz bir olaydır. Bunun bir sonucu olarak borçlu def’i hakkını kullanmaktan hem yargılama aşamasında hem de yargılama dışında tek taraflı olarak her zaman vazgeçebilmesine rağmen, itiraz da bu mümkün değildir. Çünkü itirazın bir olay olması ve olayların tek taraflı bir vazgeçme iradesi ile ortadan kalkmaması sebebiyle borçlunun bundan vazgeçemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁸.

Def’i ve itiraz arasındaki bir başka fark ise ileri sürülebilmesi açısındandır. Def’i sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir. Buna karşılık itiraz menfaati bulunan herkes tarafından ileri sürülebilmektedir⁷⁹.

Def’i ve itiraz ileri sürülebileceği zaman açısından da birbirinden oldukça farklıdır. Şöyle ki borçlu aleyhine açılmış olan alacak davasında, sahip olduğu def’i haklarını cevap veya ikinci cevap dilekçesinde serbestçe ileri sürebilir. Ön inceleme aşamasında ise kural olarak ancak alacaklının açık muvafakati ile def’i hakkını ileri sürebilir. Yani def’i hakkı kural olarak ön inceleme aşamasından sonra ileri sürülemez. Buna

75 REİSOĞLU, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 40; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 22; CANPOLAT s. 260; EREN, s. 77; ÇUKADAR s. 20-21; YILDIRIM, s. 19; EREN, s. 77; ANTALYA, s. 92; CANSEL/ÖZEL, s. 76; AKINCI, s. 37.

76 ERDOĞAN s. 25.

77 ÇUKADAR s. 77 vd.; EREN, s. 77; ANTALYA, s. 92; 93; CANPOLAT s. 260.

78 CANSEL/ÖZEL, 79; ERDOĞAN s. 25-26; YILDIRIM, s. 19; EREN, s. 77; CANPOLAT s. 261.

79 AKINCI, s. 37; ANTALYA, s. 93; CANPOLAT s. 261; YILDIRIM, s. 19; EREN, s. 78.



karşılık itiraz sebepleri sonradan da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Savunmanın genişletilmesi yasağı, itirazlar için söz konusu değildir. Misal olarak borçlu, ödeme yaptığına ilişkin belgeyi sonradan ibraz etmesi halinde, bu durum savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamına girmez⁸⁰.

Def'i ve itiraz arasındaki bir başka farklılık ise bunların hakim tarafından resen dikkate alınıp alınmamasında kendisini gösterir. Def'i, ancak def'i hakkı sahibinin ileri sürmesi halinde dikkate alınabilir. İtiraz ise davalı tarafından açıkça ileri sürülme dahi, hakim tarafından resen dikkate alınmaktadır⁸¹.

Def'i ve itiraz arasındaki farklılardan birisi de yöneldiği savunmaların birbirinden başka oluşudur. Şöyle ki def'i, hakkı sona erdirmeyip, sürekli veya geçici olarak kullanılmasını engellemektedir. Bun karşılık itirazın ileri sürülmesi bir hakkın doğmadığını veya doğmuş olan bir hakkın sona erdiğine yöneliktir⁸².

IV. EKSİK BORCUN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARINDAKİ VE DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Eksik borcun hukuki niteliğine ilişkin doktrin ve uygulamada ileri sürülen görüşleri, def'i ve itiraz olmak üzere iki ana başlık altında toplayabiliriz.

Yargıtay, bazı kararlarında zamanaşımının ileri sürülmesine ilişkin olarak kanaatimizce hatalı olarak "*itiraz*" kavramını kullanmıştır⁸³. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.03.2019 tarihli kararında açıkça zamanaşımının borcu sona erdirmedeğini, eksik borç haline getirdiğini

80 NÖMER s. 28-29.

81 ANTALYA, s. 93; REİSOĞLU, s. 40; YILDIRIM, s. 19; CANSEL/ÖZEL, 79; AKINCI, s. 37; EREN, s. 78; ERDOĞAN s. 25-26; CANPOLAT s. 261.

82 EREN, s. 78; CANPOLAT s. 263.

83 Y. 23. HD., T. 16.12.2019, 2016/8366 E., 2019/5332 K, "Bu durumda mahkemece talep edilen aidatın niteliği belirlenerek yukarıda bahsedilen ilke çerçevesinde zamanaşımına uğrayan aidat cinsinden olması halinde davacının zamanaşımı itirazının değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu hususta değerlendirme yapılmadan karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir."; Y. 23. HD., T. 19.12.2019, 2017/2602 E., 2019/5472k., "Bu nedenlerle süresinde ileri sürülen zamanaşımı itirazının kabulüyle davanın reddine karar verilmek gerekirken, aksine düşüncelerle davanın kısmen kabulüne ilişkin karar usul ve yasaya aykırı olup bozulmasına karar vermek gerekmiştir."; Y. 23. HD, T. 5.12.2019, 2016/5758 E., 2019/5122 K, "...davalının zamanaşımı itirazının yerinde olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmede, davacının alt işveren, davalının asıl işveren konumunda olduğu, sözleşme ve şartname hükümleri uyarınca, işçilerle ilgili olarak ortaya çıkacak tüm hukuki sorumlulukların davacı yükleniciye ait bulunduğu, bu itibarla iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacaklarından, davacının tek başına sorumlu olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.", Kazancı Bilişim Otomasyon.



ve zamanaşımı ileri sürmenin def'i olduğunu belirtmiştir⁸⁴. Yüksek Mahkemenin sonraki kararları da aynı yöndedir⁸⁵. Bununla birlikte doktrinde genel kabul gören görüş de, zamanaşımının ileri sürülmesinin itiraz değil, bir def'i olduğunu kabul etmektedir⁸⁶.

Kumar ve bahis borçları ile ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁸⁷, kumar ve bahis sözleşmelerinin geçerli olduğunu, bu sözleşmelerden doğan borçların da geçerli olarak doğduğunu kabul etmiştir. Ancak Yargıtay aynı kararda, kumar ve bahis borçlarının eksik borç olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun ileri sürülmesinin def'i değil, itiraz olduğunu ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Doktrinde çoğunlukla kumar ve bahis borcu savunmasının bir def'i değil, itiraz olduğu, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁸. Kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme

84 YHGK., 12.03.2019 T., 2015/2925 E., 2019/277 K., "Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden, dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade etmektedir. Sonucu alacak hakkına son verme değil, onu eksik borç hâline getirme olarak ortaya çıkmaktadır. Zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin temelinde iddia edilen alacağın, aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen kullanılmaması karşısında borçlunun oldukça uzak geçmişte kalan bir borçtan doğabilecek ihtilaflara karşı korunması, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalan kimsenin bu hakkının artık korunmaya layık olmadığını kabul etmiş sayılması yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir. Yargıtayın istikrar kazanmış son uygulamalarına göre, zamanaşımı hukuki niteliği itibarıyla, maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i olup, usul hukuku anlamında ise bir savunma aracıdır.", <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 03.02.2020).

85 Y. 17. HD., T. 10.12.2019, E. 2017/2526, K. 2019/11742.; Y. 11. HD., T. 4.12.2019, E. 2018/4624, K. 2019/7856; Y. 11. HD., T. 2.12.2019, E. 2019/904 K. 2019/7660, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

86 NOMER s. 28; REİSOĞLU, s. 40; EREN, s. 96; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 67; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 25.

87 YHGK, T. 22.02.2017, 2015/932 E., 2017/315 K., "Kanun koyucu, sosyal ve ahlâki yönlerden zararları olan kumar ve bahis için hükümsüzlük müeyyidesi öngörmemiş, kumar ve bahis borcuna ilişkin ifanın geçerli olması esasını benimsemiştir (Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1996, s. 831). Öğretide baskın olan görüşe göre, kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir; bunlardan borç doğar. Fakat bu borçlara dayanarak borçluyu borcunu ifa etmek üzere zorlama imkanı yoktur. Bu borç, dava hakkından yoksun, eksik (tabii) bir borçtur. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N., Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 1978, s. 70) Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def'i değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz (Yavuz, C., a.g.e., s. 831).", <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 02.02.2020). Aynı yönde; Y. 11. HD., T. 25.6.2018, E. 2016/13566, K. 2018/4748; YHGK, T. 22.2.2017, E. 2015/7-932, K. 2017/315, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

88 CANSEL/ÖZEL, s. 90; Bilge, s. 11; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 55; EREN, s. 93; KILIÇOĞLU, s. 36; YILDIRIM, s. 33; ÇUKADAR s. 91-92.



simsarlığından doğan borçlar, doktrinde bir görüş tarafından dar anlamda eksik borç olarak kabul edilmiş ve bu borçların tam olarak geçersiz olmadığı, ancak dava hakkının tanınmadığı ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, söz konusu borçların ikrarı geçerli değildir. Bu borçlar teminat altına alınamaz. Dolayısıyla kumar ve bahis borçları ile evlenme simsarlığından doğan borçların ileri sürülmesi itirazdır ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir⁸⁹. Evlenme simsarlığından doğan borçlarda, hâkimin sunulan delillerden, bu borcun evlenme simsarlığından doğduğunu anlarsa resen davayı reddetmesi gerektiği de kabul edilmektedir⁹⁰. Ahlâki ödevden doğan borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesinin de hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği doktrinde bir görüş tarafından kabul edilmektedir⁹¹.

Doktrinde başka bir görüşe göre ise⁹², eksik borcun ileri sürülmesi bir def'idir. Borcun eksik borç olduğunun sadece borçlu tarafından ileri sürülebileceği, hakim tarafından re'sen dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre⁹³, borcun eksik borç olması, borcu sona erdiren bir sebep olmadığı gibi, borcun doğuma engel olan bir durum da değildir. Borcun eksik borç olması bir olay değildir. Kanunun kendisine bağladığı hukuki bir sonuçtur. Borç, geçerli olarak doğmuştur. Sadece belirli hukuki sebeplerin varlığı halinde dava ve takip edilebilme özelliği bulunmamaktadır. Eksik borç olmasına rağmen, borçlu borcu ifa edebildiğine göre, borcun doğmadığı veya sona erdiği ileri sürülemez. Def'i, bir borcun özel sebepler dolayısıyla ifa etmekten kaçınma hakkıdır. Bu haliyle eksik borç, def'i tanımına uymaktadır⁹⁴. Eksik borç halinde borç sona ermediğinden veya borcun doğumuna engel bir durum olmadığından, eksik borç itiraz olarak kabul edilemez. Çünkü itiraz bir borcun sona erdiğinin veya doğmadığının ileri sürülmesidir. Eksik borçta böyle bir durum söz konusu değildir⁹⁵.

V. DEĞERLENDİRME

Eksik borçlar söz konusu olduğunda, ortada geçerli bir borç ilişkisi vardır. Buna bağlı olarak da geçerli olarak doğmuş borç bulunmaktadır. Ancak bu borçlar dava ve takip edilemez. Eksik borca ilişkin bir dava veya takip bulunsa dahi, borçlu, bunun eksik borç olduğunu ispat ederse, dava ve takip reddedilmelidir. Eksik borç olmasına rağmen, borçlu bilerek veya

89 OĞUZMAN/ÖZ, s. 19-20.

90 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, 57; YILDIRIM, s. 34.

91 YILDIRIM, s. 35.

92 GÜVEN, 55.

93 GÜVEN, 56.

94 GÜVEN, 56.

95 GÜVEN, 56.



bilmeyerek ifade bulunursa bunun iadesini de isteyemez. Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, eksik borcun ileri sürülmesi, borcun sona erdiği veya borcun doğmadığı yönünde bir iddia değildir. Sadece dava ve takip edilemez olduğunun dile getirilmesidir.

Def'i bir hakttır. İtiraz ise bir olaydır. Bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, borçlu açısından, bu borcun dava ve takip edilemez olduğu yönünde bir hakkın ortaya konmasıdır. Borcun sona erdiği veya doğmadığına ilişkin bir olay ileri sürülmemektedir. Eksik borç dolayısıyla alacaklıya karşı dava açıldığında veya takip başlatıldığında, söz konusu borcun eksik borç olduğu, dava ve takibin muhatabı olan borçlu tarafından ileri sürülebilir. İtirazda olduğu gibi, eksik borç iddiası ilgili olan herkes tarafından ileri sürülemez.

Eksik borcun ileri sürülmesini def'i olarak veya itiraz olarak kabul eden yukarıda açıkladığımız yargı kararları ve bütün görüşler, eksik borç halinde geçerli bir borç doğduğu, bunun ifa edilebileceği ve ifa edildiğinde de iadesinin talep edilemeyeceği konusunda ittifak halindedirler. Bu sebeple, eksik borcun ileri sürülmesinin itiraz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü itiraz, bir borcun doğmadığı veya sona erdiğine ilişkin bir savunma aracıdır. Ancak eksik borç söz konusu olduğunda, geçerli ve ifa edilebilir bir borç bulunmaktadır.

Borcu, eksik borç haline getiren zamanaşımının ileri sürülmesinin bir def'i olarak kabul edilmesi konusunda uygulamada ve doktrinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kumar ve bahis borçlarının, evlenme simsarlığından doğan ücret borcunun ve hatta ahlâki bir ödevin yerine getirilmesinden doğan borçların hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği yukarıda açıkladığımız üzere kabul edilmektedir. Bu sebeple bir borcun eksik borç olduğunun ileri sürülmesinin bütün eksik borçlarda, istisnasız olarak tam anlamıyla bir def'i olduğunu kabul etmek doğru olmaz. Şöyle ki, evlenme simsarlığında doğan ücret hakkı ile kumar ve bahisten doğan borçlar için dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı kanunda açıkça ifade edilmiştir. Kanunun açık hükmü karşısında hâkim, açılmış olan bir davada, dava konusu alacağın evlenme simsarlığından doğan veya kumar ve bahisten doğan bir borç olduğunu tespit ederse, ilgili emredici hükümler gereği davayı reddetmesi gerekir. Borçlu tarafından eksik borç olduğu ileri sürülmesi dahi dava kanunun ilgili maddelerinde açıkça "*dava açılmaz ve takip yapılamaz*" hükmü yer aldığından, hâkimin bu durumu re'sen dikkate alması gerekir. Bu açıklamalara göre, evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesini, teknik anlamda def'i olarak da kabul etmek mümkün değildir. Zira def'i söz konusu olduğunda hâkim re'sen dikkate



alamaz taraflarca ileri sürülmelidir. Yukarıda yaptığımız açıklamalara göre, bu borçlar geçerli ve ifa edilebilir bir borç olduğu için, evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların ileri sürülmesi itiraz da değildir. Buna göre evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların ileri sürülmesi, itiraz olmadığı gibi tam anlamıyla def'i de değildir. Bu borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesini re'sen dikkate alınması gereken bir def'i olduğunu kabul etmek de yerinde bir değerlendirme olmaz. Dolayısıyla kanaatimizce evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesinin kendine özgü bir hukuki niteliği vardır.

Evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlarda, dava devam ederken, borçlu ifada bulunursa, hâkim geçerli bir ifa olduğu için, yapılan ifanın iadesine de karar veremez. Hâkim burada borcun ifasıyla ilgilenmez. Ancak kanunda açıkça dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı ifade edilmiş olduğundan, hâkimin bu hükmü dikkate alması gerekir.

Evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlar dışındaki eksik borçların, eksik borç olup olmadığı konusunda hâkim tarafından re'sen değerlendirme yapılmamalıdır. Davada taraflar, özellikle borçlu tarafından ileri sürülmediği müddetçe hâkime böyle bir görev vermek hâkimin işini zorlaştırır. Bu durum kabul edildiğinde, hâkimden her alacak davasında, borcun eksik borç olup olmadığını araştırması beklenmesi gerekir. Hâkimin her alacak davası için böyle bir görevinin bulunduğunu kabul etmek, hem yargılama hukuku hem de maddi hukuk açısından yerinde bir değerlendirme olmaz. Evlenme simsarlığında veya kumar ve bahisten doğan borçlarda kanunda açık hüküm olduğundan, hâkim bu hususu re'sen dikkate almak zorundadır. Bu borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesini def'i olmaktan ayıran özelliği de bu durumdur.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ve itiraz ve def'i haklarının farkları bağlamında bir değerlendirme yaptığımızda, evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlar dışında diğer eksik borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesi bir def'idir.



SONUÇ

Eksik borçlar, geçerli olarak doğmuş, ancak dava ve takip edilemez borçlardır. Borçlu, söz konusu borcu ifa ettiğinde de iadesini talep edemez. Eksik borcun ifası sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği gibi bağışlama da olmaz. Bir borç, kumar ve bahis borçlarında veya ahlâki bir görevin yerine getirilmesinden doğan borçlarda olduğu gibi, doğuştan eksik borç olabileceği gibi, sonradan da, zamanaşımına uğramış borçlarda olduğu gibi, eksik borç haline gelebilir. Evlenme simsarlığında veya kumar ve bahis borcundan doğan borçlar dışındaki borçların eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, itiraz değil, def’idir. Çünkü itiraz bir borcun doğmadığının veya sona erdiğinin ileri sürülmesidir. Oysa eksik borçlar, doğmuş, geçerli ve varlığını devam ettiren borçlardır. Sadece dava ve takip edilemezler. Bu sebeple ifayı geçici veya sürekli olarak engelleyen def’i savunması, eksik borçlar için daha uygundur. Ancak evlenme simsarlığından veya kumar ve bahisten doğan borçlar Kanununun açık hükmü gereği, hâkim tarafından re’sen dikkate alınması gerektiğinden, bunların ileri sürülmesi tam anlamıyla bir def’i değildir. Söz konusu borçların, eksik borç olduğunun ileri sürülmesi, itiraz da olmadığından kanaatimizce kendine özgü bir hukuki niteliğe sahiptir.



KAYNAKLAR

AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 10. Baskı, Konya 2017.

ANTALYA Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/I, I, Ankara 2019.

AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara 2016.

AYDEMİR Efrail, Taşınmaz Mal Sımsarlığı İlişkisinde Sözleşmenin Kurulması ve Konusu, **THD**, C. 9, S. 100, Y. 2014, s. 267-270.

BİLGE Necip, Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar, **İÜMHAD**, C. 3, S. 1, Y. 1958, s. 7-15.

CANPOLAT Ferhat, Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, **EÜHFD**, C. 3, S. 1, Y. 2008, s. 255-270.

CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 2. Baskı, Ankara 2017.

ÇUKADAR Neslihan, **Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar**, Ankara 2014.

DOĞAN Murat/ŞAHAN Gökhan/ATAMULU İsmail, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Ankara 2019.

ERDOĞAN İhsan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2019.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019.

GUHL Theo (Çev. A. Pulat Gözübüyük), Eksik Borcun Mahiyeti, **İÜMHAD**, C. 3, S. 4, Y. 1958, s. 158-161.

GÜVEN Kudret, Eksik Borçlar Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme, **BAÜHFD**, C. 2, S. 2, Y. 2016, s. s. 37-72.

HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul 2017.

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara 2019.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 6. Bası, İstanbul 2014.



NOMER Haluk N, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, İstanbul 2017.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 17. Baskı, İstanbul 2019.

REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, İstanbul 2014.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s. 98.

TÜZÜNER Özlem, Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler, **TBBD**, C. 26, S. 107, Y. 2013, s. 245-272.

von TUHR Andreas (Çev. Cevat Edege), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Cilt:1-2, 2. Baskı, Ankara 1983.

YILDIRIM Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2018.



TÜRK MEDENİ KANUNU m. 722 vd. İLE KADASTRO KANUNU m. 19/II HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE MUHDESAT KAVRAMI VE MUHDESATI OLUŞTURAN KİŞİNİN HUKUKİ TALEPLERİ

(Notion of the Innovation (Muhdesat) and Legal Requests of the Person that Created It within the Framework of Articles 722 et. al of the Turkish Civil Law and Article 19/II of the Cadastre Law)

Arş. Gör. Dr. Burcu YAĞCIOĞLU¹

ÖZ

Uygulamada muhdesatı konu alan davalara epey rastlanmaktadır. Bu davalara ilişkin olarak yargı mekanizmasının tutumu, çözümlenmesi ve açıklığa kavuşturulması gereken birçok soruna neden olmaktadır. Bunlardan biri, muhdesata yüklenen anlam bakımındadır. Aslında bütünleyici parçadan başka bir şey olmayan muhdesata ilişkin olarak açılan davaların adlandırılmasında, eşya hukuku kurallarının dışına çıkılması ve muhdesatın bu özelliğinin görmezden gelinmesi; hatta özel kanunlarda muhdesat kavramının niteliğiyle bağdaşmayacak şekilde birtakım düzenlemelerin getirilmesi, onun kavram olarak net bir şekilde ortaya konulmasını gerekli kılmıştır.

Muhdesatı meydana getirenlerin taleplerinin neler olacağı ve bu taleplerin hukuki dayanağı da açıklanması gereken bir konudur. Özellikle uygulamada, Türk Medeni Kanunu'nun 722 ve devamı maddelerindeki hükümler göz ardı edilerek, bu hükümlerin uygulama şartlarının oluşup oluşmadığına bakılmadan, çoğu durumda Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler çerçevesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak kararlar verilmesi, bu gerekliliğin sebeplerinden biridir. Muhdesatın Kadastro Kanunu hükümleri çerçevesinde tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirilmesi imkânının hem kanuni düzenleme şekli hem de bu imkânın uygulama tarafından ele alınış şekli söz konusu gerekliliğin başka bir sebebini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Muhdesat, Bütünleyici Parça, Haksız İnşaat, Tazminat, Mülkiyet, Kadastro, Tapu Kütüğünün Beyanlar Hanesi.

ABSTRACT

In practice, lawsuits involving muhdesat are quite common. The attitude of the judicial mechanism in relation to these cases causes many problems that need to be resolved and clarified. One of them is about the

¹ Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, burcu.kanatlarli@deu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8794-6901



meaning that given to the muhdesat. Elaboration on the notion of the muhdesat is essential because of the violation of the legal rules concerning law of property, the connivance of the muhdesat's this speciality in the interpretation of lawsuits that are related to the muhdesat which is not really different from component part and existing of incompatible some legislative regulations with the notion of the muhdesat's speciality in the special laws.

They are necessary to explain what the requests of the persons who created the muhdesat are and what legal basis of these requests is. In practice, one of the reasons for this requirement is presence of the court decisions on the provisions of the unjust enrichment within the general provisions of the Turkish Code of Obligations by ignoring of provisions in 722 ff articles of the Turkish Civil Code and by regardless of whether the circumstances of application of these provisions comprise. Other reasons for this requirement are legislative regulation format of enrolling of the muhdesat in the column of the statements on the land registry within the scope of the Cadastre Law and and assessment of the practice about it.

Keywords: Muhdesat, Component Part, Unfair Construction, Compensation, Ownership, Cadastre, The Column of The Statements on The Land Registry.

GİRİŞ

Uygulama açısından muhdesata ilişkin talepleri içeren davalar, aslında birçok çözümlenmesi gereken sorunu da beraberinde getirmektedir.

Bu sorunlardan ilki, muhdesat kavramının hukuki olarak kapsamının belirli olmaması ve bu nedenle doktrinde ve uygulamada, muhdesata ilişkin bir kavram birliğinin bulunmamasıdır. Muhdesata ilişkin gerek "*bir arazinin malikinin dışında başkasına veya bir paydaşa ait yapı ve tesisler/bağ ve bahçe şeklinde dikili ağaçlar*" şeklinde tanımlamalar yapılması gerek aidiyeti adıyla davalar açılması, bu kanımızı destekler niteliktedir. Bu sebeple, muhdesatın üzerinde oluşturulduğu taşınmazın malikinden başka bir kimseye ait olabileceği sonucuna götüren doktrin ve uygulamanın bu tutumlarının sebebinin ilgili kanun hükmünün değerlendirilmesiyle ortaya konulması; ilgili kanun hükmünün ne şekilde düzenlenmesi gerektiği; sorunları çözümlenebilecek bir muhdesat tanımının oluşturulması ve bu noktada muhdesat kavramının hukuki olarak sınırlarının çizilmesi gibi hususlar çalışmamızın ilk kısmında öncelikle ortaya konulmuştur.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, muhdesata ilişkin taleplerde geniş bir uygulama alanına sahip olan Türk Medeni Kanunu'nun 723 ve devamı maddelerindeki hükümlerin göz ardı edilerek, uygulama şartlarının



oluşup oluşmadığına bakılmadan, çoğu durumda Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler çerçevesinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak kararlar verildiği görülmektedir. Yine Yargıtay'ın birçok kararında yerinde olmayarak, muhdesatın tapu kütüğüne şerhinden söz ettiği ve muhdesatın tapu kütüğüne kaydedilmesiyle de lehine kayıt yapılan kişiye aynı bir hak sağlayacağını ifade ettiği görülmektedir. Yargıtay'ın bu tutumları karşısında, çözümlenmesi gereken ikinci temel sorunun da muhdesatı oluşturan kişilerin taleplerine ilişkin olduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla muhdesatı oluşturan kişinin ve bu kişinin taleplerinin hukuki dayanağının; muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmesi imkânının ve bunun etkisinin net bir şekilde ortaya konulması zorunluluk arz etmektedir. Bu sebeple çalışmamızın ikinci kısmında da muhdesatı oluşturan kişinin başvurabileceği hukuki imkânların neler olabileceği ve bu imkânların kapsamı ayrı ayrı incelenmiştir.

I. MUHDESAT KAVRAMI

Muhdesatın kelime anlamı, önceden mevcut olmayan yeni bir durumun ihdas edilmesidir². Eşya hukuku bakımından muhdesatın anlamına geçmeden önce bu kavramın kanuni olarak düzenlendiği ve ilişkili olduğu hükümleri ortaya koymak yerinde olacaktır.

Öncelikle ifade edilmeli ki Türk Medeni Kanunu'nda "muhdesat" ifadesine yer verilmemiştir. Ancak uygulama açısından çok kullanılan bu ifadeye çalışmamız bakımından da önem arz eden Kadastro Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun "Takyitler, sınırlı aynı haklar ve muhdesat" başlıklı 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, muhdesata ilişkin olarak şu şekilde bir hüküm mevcuttur: "Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir."³. Kadastro Kanunu'nun söz konusu

2 OZANALP A. Nusret, **Tapulama Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ünal Matbaası, Ankara, 1976, s. 578; ÖZMEN İhsan/ÇORBALI Halim, **3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 799; ERTAŞ Şeref, **Eşya Hukuku**, 11. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2014, kn. 624; DURMAN Okay, **Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 54; KILIÇ Halil, **3402 Sayılı Kadastro Kanunu**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2006, s. 764.

3 1934 tarihli ve 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu'nda muhdesat konusunu düzenleyen bir hükme yer verilmemişti. Söz konusu bu kanunun yetersizliği sebebiyle çıkarılan 1950 tarihli ve 5602 sayılı Tapulama Kanunu'nun ardından sadece iki yıl yürürlükte kalan 1964 tarihli ve 509 sayılı Tapulama Kanunu'ndan sonra yürürlüğe giren 1966 tarihli ve 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 40'ncü maddesinde ise muhdesatla ilgili bir düzenleme getirildi. Daha sonra hem 2613 sayılı Kadastro Kanunu'nu hem de 766 sayılı Tapulama Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19'uncü maddesinin ikinci fıkrasıyla da muhdesata ilişkin bir düzenlemeye yer verildi.



bu hükmünde muhdesat ile ne kastedilmek istendiğini anlamak için de öncelikle hükmün gerekçesine bakmanın faydalı olacağı kanısındayız. Muhdesatın tanımına da yer veren hükmün gerekçesi aynen şu şekildedir:

“Muhdesat, geçici olmayan bina ve ağaç gibi şeylerdir. Bilindiği üzere eski hukukta, taşınmaz malların zemini ve muhdesatının ayrı ayrı özel mülkiyete konu olabileceği kabul edilmiş ve böylece ayrı ayrı tapu kayıtları tesis olunmuştur. Nitekim Medenî Kanunun Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkındaki Kanunun 39 uncu maddesinde bu husus işaret edilmektedir. Medenî Kanunun yürürlüğünden sonra, muhdesatı vücuda getiren ile zemin sahibi arasındaki münasebeti Medenî Kanunun 649, 650 ve 655 inci maddeleri düzenlenmektedir. Kadastro sırasında zeminin maliki belirtilmekle beraber, muhdesat zemin maliki dışında bir başkası tarafından vücuda getirilmiş ise muhdesatın cinsi, ihdas tarihi ve vücuda getirenin kim olduğu tespit edilerek, muhdesatın sahibi tutanakta ve kütüğün beyanlar hanesinde açıkça gösterilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.9.1965 tarih 7/153 esas ve 1965/293 sayılı kararında da belirtildiği gibi muhdesatın kadastro tutanağında ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesi, eylemli (fili) durumun belirtilmesi demek olup, muhdesat sahibi yararına sürekli ve aynî bir hak meydana getirmez. Eski hükümde açıklık bulunmadığından müşterek taşınmaz malda paydaşlardan birisine veya birkaçına ait tek veya birden fazla muhdesat bulunduğu da aynı işlemin yapılacağı esası getirilmiştir.”⁴

Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliği'nin⁵ “Tanımlar” başlıklı 4'üncü maddesinde de muhdesat şu şekilde tanımlanmıştır: “Arsa ve arazi üzerinde malikinden başka bir kimse veya paydaşlardan birisi tarafından yapılan yapı, tesis veya dikilen şeyler...”.

Kadastro Kanunu'nun gerekçesinde, muhdesatın geçici olmayan bina veya ağaç gibi şeyler olduğu açıkça ifade edildiği için, geçici nitelikteki yapı, fidan veya ağaçların muhdesatın kapsamında olmayacağı gerekçenin zıt anlamından çıkmaktadır. Zaten Kadastro Kanunu'nun kadastro mahkemelerinin görevine ilişkin düzenleme getiren 25'inci maddesinde de muhdesatın yıkılıp kaldırılmasından söz etmesi, muhdesat niteliğindeki yapının geçici nitelikte olmayacağına başka bir kanıt oluşturmaktadır. Ayrıca Kadastro Kanunu'ndaki düzenlemeye ve bunun gerekçesine ve Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliği'nin ilgili hükmüne bakıldığında, söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi için muhdesatın üzerinde oluşturulduğu taşınmaz malın malikinden başka bir kimse tarafından oluşturulması gerektiği açıktır. İşte bu noktada Kadastro Kanunu'nun gerekçesinden de anlaşılmaktadır ki aslında böyle bir

4 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=38745&pkanunnumarasi=3402,E.T.20.12.2019>.

5 Resmî Gazete Tarihi: 21.03.1995, Resmî Gazete Sayısı: 22234.



durumun varlığı halinde aynı zamanda Türk Medeni Kanunu'nun 723, 724 ve 729'uncu maddelerinin de uygulanması söz konusu olacaktır⁶. Çünkü bilindiği üzere söz konusu bu hükümler, malikinden başkası tarafından o taşınmaz üzerinde bir yapı yapılması ya da fidan dikilmesi halinde söz konusu bu yapının ya da fidanın hukuki niteliğinin ne olacağını ve bunu oluşturan kişinin neleri talep edebileceğini hükme bağlanmıştır (İMK m. 672, m. 673, m. 678).

Doktrinde de muhdesatın varlığı halinde, Türk Medeni Kanunu'ndaki söz konusu bu hükümlerin uygulanmasının gerektiğini veya mümkün olduğunu ifade eden görüşler bulunduğu gibi⁷, söz konusu bu hükümlerin muhdesatı meydana getiren ile muhdesatın üzerinde oluşturulduğu taşınmaz malın (arsa/arazi) maliki arasındaki ilişkiyi düzenlediğini açıkça ifade eden görüşler⁸ de bulunmaktadır. Hatta doktrinde başka bir görüş de muhdesatı, *“kadaastro tespiti yapılan bir taşınmaz üzerinde Türk Medeni Kanunu'nun 724 ve 729'uncu maddeleri anlamında yapılmış inşaat, dikilmiş ağaç, meydana getirilmiş bağ, bahçe gibi şeyleri ifade eder”* şeklinde tanımlayarak⁹, ilgili hükümlerin muhdesatı da kapsadığını belirtmiştir. Yine doktrindeki bir görüş de 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 40'ncü maddesinin (Kadaastro Kanunu'nun 19'uncü maddesinin ikinci fıkrasının karşılık hükmü), Medeni Kanun'un 650 ve 655'ncü maddelerine (TMK m. 724, m. 729) göre hak ileri süreceklerin hukuksal durumlarını güvence altına almak amacıyla düzenlendiğini ifade ederek aslında muhdesata ilişkin taleplerin dayanağının Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri olacağını ortaya koymuştur¹⁰.

Türk Medeni Kanunu'nun 722'nci maddesinin birinci fıkrasına göre (İMK m. 671/I), bir kimse başkasının arazindeki yapıda kendisinin veya başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olur. Söz konusu bu hüküm, taşınmaz mülkiyetinin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla yapıların, bitkilerin ve kaynakların da gireceğini belirten Türk Medeni Kanunu'nun 718'nci maddesinin ikinci

6 Kadaastro Kanunu'nun kadaastro mahkemelerinin görevine ilişkin düzenleme getiren 25'inci maddesinde de “muhdesata bağlı olarak taşınmaz malı iktisap”tan söz edilmesi, muhdesatın söz konusu olduğu durumlarda Türk Medeni Kanunu'nun 722 ve devamı hükümlerinin uygulama alanı bulacağına ilişkin başka bir kanıt oluşturmaktadır.

7 GÜRSEL Mustafa, *Açıklamalı Kadaastro ve Tapu Tahriri Kanunu ve Uygulaması*, Bilim Matbaası, Ankara, 1978, s. 244. Aynı yönde bkz. Yarg. 7. HD., T. 12.5.1980, E. 1980/5544, K. 1980/6030, ÖZMEN/ÇORBALI, s. 815). Benzer yönde bkz. DURMAN, s. 54; KILIÇ, s. 758.

8 ÖZGÜR Yılmaz, *Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi*, İstanbul, 1995, s. 107; KILIÇ, s. 758. Benzer yönde bkz. Yarg. 14. HD., T. 7.3.2016, E. 16490, K. 2870, (ÖZKAN Hasan, *Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Eşya Hukuku (Md. 683-778)*, 6. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 4068-4069, (“m. 683-778”).

9 SİRMEŒ Lale, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 159.

10 OZANALP, s. 578-579, 580.



fıkrasıyla (İMK m. 667/II) da uyum içindedir¹¹. Görüldüğü üzere başkasına ait taşınmaz üzerinde yapılan yapılan yapılar ve dikilen fidanlar (TMK m. 729 atfıyla) söz konusu taşınmazın bütünleyici parçası niteliğinde olacaktır¹². Hatta bu durumdaki bir yapının ya da ağacın bütünleyici parça olarak nitelendirilebilmesi için bütünleyici parçanın düzenleme alanı bulduğu Türk Medeni Kanunu'nun 684'üncü maddesinde aranan şartların bulunup bulunmamasının bir önemi de yoktur. Dolayısıyla söz konusu hükümdeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, kalıcı olması amacıyla oluşturulan yapının ya da dikilen fidanın üzerinde bulunduğu taşınmaz malın mülkiyetine ve onun kaderine tabi olacağı, bütünleyici parçası olacağı ifade edilmelidir¹³. Doktrinde de muhdesatın bütünleyici parça olduğunu ifade eden görüşler bulunduğu gibi¹⁴, muhdesatı bütünleyici parça tanımıyla aynı şekilde tanımlayan görüş de bulunmaktadır¹⁵.

- 11 BERGER-STEINER Isabelle/SCHMID Dominik, **OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, m. 667-679a**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Basel, Bern, Freiburg und Zürich, 2016, m. 671, kn. 1, ("OFK"); SCHMID Jörg, "Einbau von eigenem Material auf fremdem Grund: unscheinbar, aber praktisch relevant", **Tagungsunterlagen Baurechtstagung 2019**, (Hrsg. Hubert Stöckli), Freiburg, 2019, s. 162.
- 12 Yargıtay da bazı kararlarında, "muhdesat"ı bütünleyici parça kavramı ile aynı anlamda kullanmıştır. Bkz. Yarg. 3. HD., T. 10.12.2018, E. 2018/2766, K. 2019/862; Yarg. 14. HD., T. 22.1.2019, E. 2016/4132, K. 2019/654; Yarg. 14. HD., T. 22.1.2019, E. 2016/4271, K. 2019/646; Yarg. 14. HD., T. 21.1.2019, E. 2016/3878, K. 2019/610, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Ancak Yargıtay bazı kararlarında muhdesatı sadece yapı ya da ekili-dikili şeyler şeklinde [Bkz. YHGK, T. 16.10.2018, E. 2017/16-474, K. 2018/1435, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019)]; bazı kararlarında da muhdesatın bütünleyici parçadan ayrı olarak [Bkz. "...taşınmazın varsa mütemmim cüzleri, muhdesat ve sökülemeyen teferruatlarının değerleri bayındırlık birim fiyatları ve yıpranma oranları gözetilerek değerlendirilerek tespit ettirilmeli, bu şekilde tapusu iptal edilen taşınmazların zemin değeri, üzerindeki mütemmim cüz, muhdesat ve sökülemeyen teferruatları esas alınarak, ...", Yarg. 20. HD., T. 12.12.2018, E. 2018/899, K. 2018/8266; Yarg. 20. HD., T. 10.12.2018, E. 2018/4999, K. 2018/8022; Yarg. 20. HD., T. 6.12.2018, E. 2018/4555, K. 2018/7988, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019)] ifade etmiştir.
- 13 AKİPEK Jale G., **Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 74-75, ("Tapu Sicili"); AKİPEK Jale G., **Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, İkinci Kitap, Mülkiyet**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 171-172, ("Mülkiyet"); GÜRİSOY Kemal T./EREN Fikret/CANSEL Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984, s. 381, 569; OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 480-483; EREN Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 62; SİRMEN, s. 265; AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 57; TOPUZ Murat, **Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 255; SCHMID, s. 161.
- 14 ÖZGÜR, s. 107. Benzer yönde bkz. KÜLEY Muin M./ULUKUT Bülent, **Medeni Kanunda ve Tatbikatında Arsa Üzerine İnşaat Hükümleri**, Bilgi Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1955, s. 8.
- 15 YARDIM Orhan, **Kadastro Kanunu Şerhi ve Örnek Kararlar (3402 Sayılı Yasa)**, Kadioğlu Matbaası, Kırkkale, 1991, s. 275.



Dolayısıyla muhdesatı tanımlarken, Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin gerekçesindeki kısa da olsa muhdesat tanımı ve ilgili hükmün gerekçesinin Türk Medeni Kanunu'nun 723 ve devamı hükümlerine atfı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda da *eşya hukuku bakımından muhdesat, bir taşınmaz üzerinde geçici olmayacak şekilde oluşturulmuş bütünleyici parça niteliğinde yapı ya da dikilen fidan* olarak tanımlanabilir¹⁶. Ancak hem yukarıda sözünü ettiğimiz hükümlerin hem de uygulamanın yüklediği anlamın göz önünde bulundurulması neticesinde muhdesata daha özel bir anlam yüklenmiş olduğu açıktır. Dolayısıyla tüm bu hususların göz önünde bulundurulmasıyla *muhdesat, bir taşınmaz (arazi/arsa) üzerinde bu taşınmazın maliki olmayan bir kimse tarafından geçici olmayacak şekilde oluşturulmuş bütünleyici parça niteliğinde yapı ya da dikilen fidan (ekilen bağ/dikilen bahçe)* olarak tanımlanabilir¹⁷. Ayrıca ifade edilmeli ki, bütünleyici parça niteliğindeki bu yapı ya da fidanlar, arazinin maliki tarafından yapılmış ya da dikilmiş olursa, bunlar, üzerinde bulunduğu arazinin maliki dışında bir kimse tarafından oluşturulma şartını sağlamadıkları için muhdesat olarak nitelendirilemeyeceklerdir¹⁸.

16 M. GÜRSEL, s. 244; KILIÇ, s. 758. Muhdesatın geçici inşaat olmadığı yönünde ayrıca bkz. ESMEER Galip, *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 141.

17 YARDIM, s. 276; SİRMEN, s. 159; "...Eşya Hukukunda muhdesattan, bir arazi üzerinde arz malikinden başkasına veya bir paydaşa ait yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçları anlamak gerekir. ...", Yarg. 8. HD., T. 26.6.2012, E. 6512, K. 6360, (ÖZKAN Hasan, *Açıklamalı-İçtihatlı, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Mülkiyet, (TMY Md. 683-703)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 419-422, ("m. 683-703").

Serozan'ın da bir eserindeki, "Bir kimsenin kendisine ait olmayan arsanın üstüne diktiği yapı (ihdas ettiği muhdesat) arsa sahibinin mülkü olur." şeklindeki ifadesiyle, bir kimsenin başkasına ait bir taşınmaz üzerinde oluşturduğu yapının muhdesat olarak nitelendirilebileceği yönündeki vardığımız sonuçla aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. SEROZAN Rona, "Başkasına Ait Arsaya İnşaat Yapan ve "Asla Bağlılık" Kuralı Uyarınca Bu İnşaatın Mülkiyetini Arsa Sahibine Kaptıran İnşaat Sahibi, Bu Sayede Arsa Sahibinin Sağladığı Değerin Karşılanmasını İsterken, Bu İstemin Tutarı Yönünden Herhangi Bir Sınırlamaya Tabi Midir? (Yargıtay'ın 22.02.1991 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Üstüne Düşünceler)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 65, S. 10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık 1991, s. 797, ("Başkasına Ait Arsaya İnşaat").

Hatta doktrinde, daha da özelleştirilerek, muhdesatın, kadastro tespiti yapılan bir taşınmaz üzerinde Türk Medeni Kanunu'nun 724 ve 729'uncu maddeleri anlamında yapılmış inşaat, dikilmiş ağaç, meydana getirilmiş bağ, bahçe gibi şeyleri ifade ettiği de belirtilmektedir. Bkz. SİRMEN, s. 159. Benzer şekilde başka bir görüş de muhdesatı aynen şu şekilde tanımlamıştır: "Muhdesat, 766 Sayılı Tapulama Kanunu'na göre, tapu kütüğünün beyanlar sütununa konan, ağaçlarla veya binalarla ilgili durumun saptanmasıdır ve ağaçların taşınmazın malikinden başkasına ait olduğunu gösterir. Muhdesat ağaç sahibine bu kişisel haktan başka bir hak tanımaz ve malikin mülkiyet hakkını da sınırlamaz." Bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 336, dn. 102.

18 Yarg. 16. HD., T. 28.10.1994, E. 1994/5771, K. 1994/10167, (www.kazanci.com, E.T.: 16.05.2019); OZANALP, s. 580-581; ERTAŞ, kn. 627.



Doktrinde ve uygulamada muhdesatın, “bir arazinin malikinin dışında, başkasına veya bir paydaşına ait yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikili ağaçlar” olarak tanımlandığı görülmektedir¹⁹. Tanımın muhdesatla ilgili Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümden yola çıkılarak yapıldığı söylenebilir. Şöyle ki anılan hükümde “Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir.” denilerek muhdesatın taşınmaz malikine değil de muhdesatı oluşturan kişiye ait olacağı kanısı uyandırılmıştır²⁰. Hatta bu konuda Yargıtay bazı kararlarında, daha da ileri giderek, Kadastro Kanunu’nun ilgili hükmü gereği tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilen kayıtlı muhdesatın; arzın mülkiyetine tabi olmayacağı, asıl eşyanın malikinden başkasına ait olabileceği, tapudaki bu kayıtlı, bu kişiye aynı bir hak sağlanacağı sonuçlarına varmıştır:

“... Uygulamada kısa olarak “muhtesat şerhi” olarak bilinen bu şerh, mahkemece doğru olarak saptandığı üzere hak sahibi kişinin durumunu üçüncü kişilere duyurur. Ancak, bu tür bir şerh Türk Medeni Kanunu’nun 684. maddesine sınırlama getirerek muhtesat konusu ile arazinin bütünlüşmesine engel olur. ...”²¹.

- 19 OZANALP, s. 578; ÖZMEN/ÇORBALI, s. 799; ERTAŞ, kn. 624; “... 22.12.1995 tarih ve 1/3 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgulandığı gibi Eşya Hukukunda, muhdesattan, bir arazi üzerinde kalıcı yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçları anlamak gerekir. ...”, Yarg. 14. HD., T. 15.1.2019, E. 2016/20950, K. 2019/341, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Yargıtay’ın muhdesatın sahipliğinden bahsettiği başka kararları için bkz. Yarg. 14. HD., T. 10.12.2018, E. 2018/2927, K. 2018/8775, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019).
- 20 Eski hukukumuzda, 743 sayılı Medeni Kanun yürürlüğe girmeden önceki zamanda, arazinin başka, bu arazi üzerindeki muhdesatın başka bir kimseye ait olması ve yer için ayrı muhdesat için ayrı tapu verilmesi mümkündü. Bkz. ESMER, s. 75 vd.; AKİPEK, *Tapu Sicili*, s. 75, (“*Tapu Sicili*”); M. GÜRSEL, s. 244; ÖZMEN/ÇORBALI, s. 801; KILIÇ, s. 758; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 57-58. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. MARDİN Ebül’ulâ, “Aynı Haklarda Mütemmim Cüzü Telâkkisiyle Husule Gelen İnkılâp Hükümleri”, **Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 821 vd. Hatta Kanunu Medeninın Sureti Mer’iyet ve Şekil Tatbiki Hakkında Kanun’un 21’nci ve 39’uncu maddeleri ile Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli HakkındaakkiH Kanun’un 18’inci maddelerinin varlığı da bu sebeple olmuştur ve bu haklar saklı tutulmuştur. Doktrinde de 743 sayılı Medeni Kanun’un Yürürlüğü ve Şekli Hakkındaki Kanun’un 39. maddesindeki hükmün sebebiyle, tapu siciline ilişkin hükümlere göre bundan sonra tescil edilemeyen aynı hakların, örneğin başkasının arazinin üzerine dikilmiş ağaçların mülkiyetinin beyan edileceği, tapunun beyanlar hanesinde gösterileceği ifade edilmiştir. Bkz. ÜLGER Talat, **Medeni Kanun Karşısında Tapu Sicili**, Kanaat Matbaası, Ankara, 1944, s. 197; GÜRZUMAR Fikri, **Kadastro Tapulama ve Tescil Müessesesi**, Örnek Matbaası, Ankara, 1956, s. 125; REİSOĞLU Safa, **Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu-Tapulama Kanunu**, 7. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s. 223-224; OZANALP, s. 580.
- 21 Yarg. 14. HD., T. 5.4.2007, E. 2007/2759, K. 2007/3688, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).



“...Açıklanan yasa maddesinde; kural olarak binanın mülkiyetinin, arzun (arsanın) mülkiyetine tâbi olduğu ve arzun maliki kim ise muhtesatın (binanın) malikinin de aynı kimse olduğu kabul edilmektedir. Ancak, taşınmazlar üzerinde... lehine muhdesat şerhleri bulunduğundan, arsa üzerinde yer alan konutların (muhdesatın) mülkiyetinin arzun mülkiyetine tâbi olduğundan söz edilemez. Bu durumda, meskeniyet iddiası ileri sürülen konutlar (binalar) borçluya ait olmayıp, üçüncü kişi «...»'a ait olduğuna göre, borçlunun bu taşınmazlar ile ilgili meskeniyet şikâyetinde bulunmasına yasal olarak imkân bulunmamaktadır. ...”²².

Kanaatimizce hem hükümdeki ifade tarzı hem de Yargıtay'ın vardığı bu sonuç yerinde değildir. Çünkü kelime anlamı olarak önceden mevcut olmayan yeni bir durumun ihdas edilmesi olan muhdesat, eşya hukuku bakımından, bir taşınmaz üzerinde geçici olmayacak şekilde meydana getirilmiş bina veya dikilen fidan (ekilmiş/dikilmiş bağ/bahçe) olarak tanımlanabilir. Türk Medeni Kanunu'nun mülkiyete ilişkin genel hükümler arasındaki 684'üncü maddesinin birinci fıkrasında da ifade edildiği gibi, nitelik olarak aslında bütünleyici parça niteliğinde olan (TMK m. 722) muhdesatın malikinin, üzerinde bulunduğu taşınmazın (arsanın/arazinin) malikinden başka bir kimse olması ve onun başka bir kimseye aitliğinden söz edilmesi yerinde değildir²³. Dolayısıyla söz konusu bu hükümde “*oluşturulan muhdesat*” ifadesine yer verilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Hatta Yargıtay da bazı kararlarında, yerinde olarak, muhdesatın üzerinde bulunduğu taşınmazın malikinden başka bir kimseye ait olamayacağını; başkasına ait bir taşınmaz üzerinde muhdesat oluşturan bir kimseden söz edileceğini vurgulamıştır:

“... 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesinde, muhtesata ait hükümler düzenlenmiştir. Başkasına ait bir taşınmaz üzerinde muhtesat

22 Yarg. 12. HD., T. 5.12.2018, E. 2018/9715, K. 2018/12891, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019). Benzer yönde bkz. Yarg. 3. HD., T. 10.12.2018, E. 2017/2487, K. 2018/12566; “*Dava, TMK'nun 724'üncü maddesi gereğince temlikten tescil, mümkün olmaz ise kat irtifakı kurularak aynı yerin tapuya kayıt ve tescili, olmazsa muhdesatın aidiyetinin tespiti isteğine ilişkindir. ...*”, Yarg. 14. HD., T. 12.12.2018, E. 2018/1018, K. 2018/8965; Yarg. 3. HD., T. 19.12.2018, E. 2018/7092, K. 2018/13017, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

23 TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicil-Mülkiyet**, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 406, dn. 2.

Arazi sahibi ile muhdesat sahibinin ayrı ayrı kişiler olacağını belirten görüş için bkz. HAKSUN Necati, **Açıklamalı ve İctihatlı Yeni Tapulama Kanunu ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 2. Baskı, Özdemir Basımevi, İstanbul, 1967, s. 124. Ancak bu görüş daha sonraki açıklamalarında, 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun muhdesatla ilgili hükmünün (m. 40) Türk Medeni Kanunu'nun 718'inci maddesine (MK m. 644) aykırı olmadığını, “muhdesat sahibinin”, (kanaatimizce doğru ifadesiyle muhdesatı oluşturan kişinin), muhdesattan dolayı tazminat talebinde bulunmaya veya ivaz karşılığında tescil davası açmaya hakkı olacağını belirtmiştir. Bkz. HAKSUN, s. 124.



meydana getiren kimse, taşınmaz malikine karşı tazminat veya alacak isteminde bulunabilir...”²⁴.

“...Muhdesat, sahibine arazi mülkiyetinden ayrı, bağımsız bir mülkiyet veya sınırlı bir aynı hak bahşetmez. Muhdesat sahibinin hakkı, sadece şahsi bir haktır (TMK 722, 724, 729 m.ler). Taşınmaz üzerindeki bina, ağaç gibi bütünleyici parça niteliğindeki muhdesatların taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyetin varlığından söz edilemez. Açıklanan ilke ve esaslara göre, kural olarak muhdesatın arz malikinden başkasına aidiyetinin tespiti istenemez. Ne var ki çoğun içinde az da vardır kuralı gereğince, muhdesatın mülkiyetinin aidiyetinin tespiti isteğinin, muhdesatı meydana getirenin tespitini de kapsadığı kabul edilmelidir. Muhdesatın aidiyeti isteğiyle açılan bu tür davalarda, güncel hukuki yararın mevcut olması ve iddianın kanıtlanması durumunda muhdesatın davacı tarafca meydana getirildiğinin tespitine karar verilmesi gerekir. ... Mahkemece muhdesatın davacı tarafından meydana getirildiğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, muhdesatın davacıya aidiyetine karar verilmesi doğru değildir. ...”²⁵.

“...mahkemece taşınmaz üzerindeki zeytin ağaçlarının kim tarafından dikilip yetiştirildiği, cins ve yaşlarınının 3402 Sayılı Kanun’un 19. maddesi hükmü uyarınca araştırılarak tutanağın beyanlar hanesine gösterilmesi gerekirken, bu konuda yanılığa düşülerek yazılı biçimde karar verilmesinin kanuna aykırı olduğu” gereğine değinilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir. ...”²⁶.

Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesinin gerekçesi ve Türk Medeni Kanunu’nun 722 ve devamı hükümlerinin göz önünde bulundurulmasıyla muhdesatın inşa edilen bir yapı ya da dikilen bir fidan olabilmesi bakımından, kapsamının belirlenmesi yerinde olacaktır.

Konuyu öncelikle “yapı”²⁷ bakımından ele alalım. Öncelikle Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesinin gerekçesinde binanın (doğru ifadeyle

24 YHGK, T. 8.3.2006, E. 2006/8-8, K. 2006/51, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

25 Yarg. 8. HD., T. 28.1.2016, E. 16903, K. 1465, (ÖZKAN, m. 683-778, s. 4066-4067). Benzer yönde bkz. “...Eşya Hukukunda, muhdesattan, bir arazi üzerinde yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçları anlamak gerekir. Muhdesat, sahibine arazi mülkiyetinden ayrı, bağımsız bir mülkiyet veya sınırlı bir aynı hak bahşetmez. Muhdesat sahibinin hakkı, sadece şahsi bir haktır (TMK 722, 724, 729 m.ler). Taşınmaz üzerindeki bina, ağaç gibi bütünleyici parça niteliğindeki muhdesatların taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyetinin varlığından söz edilemez. Açıklanan ilke ve esaslara göre, kural olarak muhdesatın arz malikinden başkasına aidiyetinin tespiti istenemez. Ne var ki; çoğun içinde azda vardır kuralı gereğince, muhdesatın aidiyetinin tespiti isteğinin, muhdesatı meydana getirenin tespitini de kapsadığı kabul edilmelidir ...”, Yarg. 14. HD., T. 8.1.2019, E. 2016/10343, K. 2019/106, (www.kazanci.com, E.T.: 16.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 15.1.2019, E. 2016/20950, K. 2019/341, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019).

26 Yarg. 20. HD., T. 9.4.2019, E. 2016/12261, K. 2019/2501, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

27 Önceki Medeni Kanun’da, söz konusu hükümlerde bina terimi tercih edilmişti. Şimdiki Türk Medeni Kanunu’nda ise bilinçli olarak yapı terimi tercih edilmiştir. Anlaşıldığı üzere, yapı terimi bina terimini de içine alan geniş bir ifadedir. Hatta 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun gerekçesinde de “bina” terimine yer verilmesinin sebebinin, önceki Medeni Kanun’undan kaynaklandığı söylenebilir.



yapının) geçici olmaması gerekliliğinden söz edilmiştir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 728'inci maddesinin göz önünde bulundurulmasıyla da yapıdan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulabilir.

Bu hükümde, başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapıların, bunların malikine ait olacağı; bu tür yapıların taşınır mal hükümlerine tabi olacağı ve tapu kütüğünde gösterilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bir kimsenin kendisine ait olmayan bir taşınmaz üzerinde, söz konusu hükümde belirtilen şekilde taşınır niteliğinde bir yapı oluşturması halinde, taşınır niteliğindeki bu yapıların muhdesat olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü bu yapılar zaten üzerinde oluşturulan taşınmaz malın bütünleyici parçası olmayacakları için oluşturan kişinin mülkiyetinde sayılacaklar ve hem Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası hem de Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri (m. 722, m. 723, m. 724, m. 729) uygulanmayacaktır.

Anlaşılacağı üzere, muhdesatın kapsamına giren yapıların kalıcı olması amaçlanarak yapılan bir yapı olması gerekliliği, hem Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin gerekçesinden hem Türk Medeni Kanunu'nun 728'inci maddesinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan yapılardan söz ettiği için hükmün zıt anlamından hem de Türk Medeni Kanunu'nun 722'nci maddesinde muhdesatın bütünleyici parça olarak nitelendirilmesinden çıkan bir sonuçtur. Dolayısıyla muhdesat niteliğindeki yapı, bina şeklinde bir ev olabileceği gibi bütünleyici parça niteliğinde herhangi bir yapı da olabilir. Doktrinde de teknik kullanılarak arazinin üstüne veya altına bağlanan her şeyin, duvarların, köprülerin, su arklarının, direklerin, demirlerin, demiryolunun, toprağın altında yapılan galerilerin, sığınakların, depoların da bu anlamda yapı olacağı ifade edilmiştir²⁸. Hatta Yargıtay da bir kararında çevre duvarını muhdesat kavramı içinde değerlendirmiş, buna göre tazminat miktarını

28 Bkz. EREN, s. 330; AKİPEK, *Mülkiyet*, s. 173-174; SİRMEN, s. 381. Benzer yönde bkz. GÜRSEL Nurettin, *Gayrimenkul Mülkiyetine Tecavüz Ederek Kendi Levazımile Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımile Kendi Arsasına İnşaat Yapmak ve Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat*, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1953, s. 38; EDİS Seyfullah, "Kendi Malzemesi ile Başkasının Taşınmazında İnşaat (Gecekondu Sorunu Dahil)", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 295; İNAL Emrehan, "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması", *İUHFM*, C. LXX, S. 1, 2012, s. 248-249; YÜCEL Özge, "Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 2, 2013, s. 539-563, s. 544; ŞENOL Hilal, *Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2015, s. 10, 27; TOPUZ, s. 255-256; SCHMID, s. 161.



belirlemiştir²⁹. Yargıtay başka bir kararında ise kuyuyu muhdesat olarak nitelendirmemiştir³⁰. Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, muhdesata ilişkin taleplerde uygulama alanı bulabilecek olan Türk Medeni Kanunu'nun 722'nci maddesinde de arazideki yapıdan söz edildiği için, yapının arazinin üstünde veya altında olması onun niteliğini değiştirmemelidir³¹. Muhdesat niteliğindeki yapının bütünleyici parça niteliğinde olmasının ve Türk Medeni Kanunu'nun 728'inci maddesindeki düzenlemesinin bir sonucu olarak geçici nitelikteki bekçi kulübesi, fidanlık, sera gibi tesislerin muhdesat sayılmayacağı ifade edilmelidir³². Bu tür yapılar, özellikle seralar, pek tabii sökülüp başka bir arazi üzerine yeniden inşa edilebilirler. Ancak Yargıtay, bir kararında plastik ve cam seraların muhdesat niteliğinde olduğuna kanaat getirmiştir³³. Doktrinde bir görüş de, Türk Medeni Kanunu'nun 776'ncı maddesinin birinci fıkrasındaki, "*Birden çok kişinin taşınır malları önemli bir zarara uğratılmadan veya aşırı bir emek ve para harcanmadan ayrılamayacak şekilde birbiriyle birleşmiş veya karışmışsa o kişiler, yeni şey üzerinde kendi taşınırlarının birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olurlar.*" hükmünün kıyasen, Türk Medeni Kanunu'nun 684'üncü maddesinin ikinci fıkrasına dâhil olduğunu ve aşırı emek ve harcamada bulunmaksızın ayrılamayacak bir eşyanın varlığı halinde de bütünleyici parça ilişkisinin varlığının kabulünün gerekeceğini ifade etmiştir³⁴. Dolayısıyla bu görüş kabul edilirse, bu nitelikteki seraların da bütünleyici parça niteliğinde ve hatta muhdesat niteliğinde olduğu sonucuna varılabilir. Yapı niteliğindeki muhdesatın kapsamı bakımından ifade edilmeli ki bir kişinin mevcut bir yapıda meydana getirdiği iyileştirmeler, muhdesat olarak nitelendirilemezken³⁵; mevcut bir yapı üzerinde meydana getirilen

29 "... Somut olayda, ..., arsa üzerinde bulunan yığılma tek katlı ev, depo, baraka ve çevre duvarı değeri toplamının ise 34.199,28TL olduğu hesap edilmiş; anılan muhdesatların hangi ortağa ait olduğu yönünde raporda tespit yapılmadığı anlaşılmıştır. ...", Yarg. 14. HD., T. 17.1.2019, E. 2016/3977, K. 2019/491, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Bahçe duvarının bina kavramına girmeyeceğinden bahisle muhdesat sayılmayacağı yönündeki görüş için bkz. OZANALP, s. 580.

30 Yarg. 14. HD., T. 28.1.1993, E. 1992/4670, K. 1993/605, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019). Kuyunun muhdesat olduğuna ilişkin görüş için bkz. HAKSUN, s. 124.

31 Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 484, dn. 879; KILIÇ, s. 766.

32 GÜRSEL Mustafa/DÖNMEZ İrfan, **En Son İçtihatlarla-Notlu-İzahlı 766 Sayılı Tapulama Kanunu, Tatbikatı ve İlgili Mevzuat**, Hüsniyatı Matbaası, İstanbul, 1965, s. 92; OZANALP, s. 580; M. GÜRSEL, s. 244; YARDIM, s. 276; ERTAŞ, kn. 626; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 480-482; SCHMID, s. 161.

33 Yarg. 5. HD., T. 17.12.2018, E. 2017/10147, K. 2018/25019, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

34 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 521.

35 "... Mahkemece, elbirliği ortaklarından ...'m, ..., dava konusu taşınmazda bulunan binada yaptığı iyileştirmelerin hüküm altına alındığı ilamın yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda muhdesat olarak nitelendirilemeyeceği göz önüne alınarak ...", Yarg. 14. HD., T.



yapının (örneğin tek katlı evin üzerine inşa edilen ikinci katın) muhdesat olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir³⁶.

Muhdesatın kapsamının “dikilen bağ/bahçe şeklindeki ağaçlar (fidanlar)” bakımından belirlenmesi açısından da Türk Medeni Kanunu’nun 729’uncu maddesinin yorumlanmasında dikilen şeyin fidanla sınırlı tutulmaması gerektiği ifade edilmelidir³⁷. Buradaki belirleyici husus, dikilen şeyin geçici olmayan, yani sürekli amaçla dikilmiş olması ve derin köklerle araziye sıkı şekilde bağlı olması gerekliliğidir³⁸. Bu durumda dikilen şeyler bakımından ilk akla gelen ağaçlardır. Kaldı ki, Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesinin gerekçesinde de muhdesat, geçici olmayan ağaç gibi şeyler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bu durumda ifade edilmeli ki muhdesatın, bir kimse tarafından meydana getirilmiş olması şart olduğu için, bir ağaç niteliğinde olması halinde de onun muhdesat kapsamında değerlendirilebilmesi ancak kültür bitkisi türünde olması durumunda mümkün olacaktır. Dolayısıyla yabancı bitkiler, yani kendiliğinden yetişen ağaçlar, her ne kadar taşınmazın (arazinin) maliki dışında başka bir kişinin zilyetlik süresinde oluşmuş ve yetişmiş olsa bile muhdesat niteliğinde olmayacaktır³⁹. Ancak söz konusu bu yabancı ağaçların taşınmaz (arazi) maliki dışında bir kişi tarafından aşılana meyve veren ağaçlara dönüştürülmesi hali, ayrı değerlendirilmelidir⁴⁰. Bu durumdaki ağaçlar ancak bu şartla muhdesat niteliğini alabilir⁴¹.

4.12.2018, E. 2018/4718, K. 2018/8556, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Yargıtay benzer yönde bir kararında da binaya pencere ve kapı taktırmak biçiminde gerçekleşen ilaveler nedeniyle, Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesinin ikinci fıkrası (Tapulama Kanunu m. 40) hükmünün uygulanmasını gerektirmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Yarg. 7. HD., T. 15.1.1970, E. 1969/8187, K. 1970/131, (OZANALP, s. 586, n. 461).

Doktrinde ise bir görüş, mevcut bir yapıda eklentiler ve tadilatlar yapma durumunda da Türk Medeni Kanunu’nun 722’nci maddesi anlamında haksız yapının söz konusu olacağını ifade etmiştir. Bkz. İNAL, s. 247-248.

36 ATAAY AYTEKİN M., **Kendi Malzemesiyle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat**, Baha Matbaası, İstanbul, 1959, s. 28; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 484, dn. 879; EDİS, s. 296-297; EREN, s. 331; ŞENOL, s. 12; TOPUZ, s. 257. Farklı yönde bkz. BELGE Ayşe Merve, **Arazi Mülkiyetinin Maddi Kapsamı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 82-83.

37 KÜLEY/ULUKUT, s. 14; EREN, s. 341.

38 KÜLEY/ULUKUT, s. 14; BELGE, s. 149.

Bağ kütüklerinin muhdesat niteliğinde olacağı yönünde bkz. Yarg. 14. HD., T. 11.12.2018, E. 2016/3446, K. 2018/8900, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019).

39 ERTAŞ, kn. 628; “...Davacının muhdesat olarak tutanağın beyanlar hanesinde gösterilmesini istediği Meşe Palamutları, davacı tarafca meydana getirilmeyen, kendiliğinden yetişmiş ağaçlar olup, 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 19/2. maddesi hükmünde tanımlanan muhdesat niteliğinde değildir. ...”, Yarg. 7. HD., T. 1.12.1995, E. 5481, K. 13805, (KILIÇ, s. 785, n. 356).

40 Bu işlem devlete ait, devletin hüküm ve tasarrufundaki bir arazide gerçekleştirilmişse, bu durum, Kadastro Kanunu’nun 17’nci maddesi çerçevesinde imar-ihya kapsamında değerlendirilebilir.

41 “... Deliceliklerin aşılama suretiyle kültür bitkisi haline dönüştürülmesi de yeni ve evvelce mevcut olmayan bir olgudur. Zira, deliceliklerin iktisadi değeri yok denecek kadar azdır. Zeytinliklerin



Muhdesatın dikilen fidan olarak nitelendirildiği durumlarda dikilen fidanın taşınmasının mümkün olup olmadığına da değerlendirilmesi gereklidir. Şöyle ki eğer bir fidanın ya da bitkinin zarar görmeden başka bir yere taşınması mümkün ise, artık bu durumda bu bitkiler bütünleyici parça niteliğinde olamayacağı için, muhdesat olarak da nitelendirilemeyecektir⁴². Buna benzer şekilde, Yargıtay, kavak ve söğüt ağacı gibi ticari amaçla kesilip götürülmek için dikilip yetiştirilen ağaçların arazinin bütünleyici parçası olmadığına karar vermiştir⁴³. Dolayısıyla bu kapsamda, fidan olmasalar bile söz konusu bu ağaçlar gibi ağaçların da muhdesat olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilebilir.

Ayrıca muhdesatın üzerinde bulunduğu taşınmaz (arazi) bakımından da bir değerlendirme yapılacak olursa, özel mülkiyete konu olsun ya da olmasın her türlü arazi üzerinde, oluşturulmuş bir muhdesatın olabileceği

bulunduğu arazi genelde tarıma elverişli olmayan, verimsiz topraklardır. Bu tür topraklar deliceliklerin aşılması ile değer kazanır ve bu suretle yurt ekonomisine de katkı sağlar. Aşılı zeytin ağacının değeri, üzerinde bulunduğu zeminden fazladır. ... Deliceliklerin aşılmasıyla niteliği tamamen değişmekte, verimsiz bitki, ürün veren hale dönüşmekte, kalıcı bir olgu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle artık var olan bir ağaçtan söz edilemez. Aşılma suretiyle evvelce mevcut olmayan ve yeni bir durum oluşmaktadır. Kanun koyucu, muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi ilkesini kabul etmekte başkasına ait hakların güvence altına alınmasını sağlamayı amaçlamıştır. Bu yaklaşımla, aşılama işleminin muhdesat olarak kabulü amaca göre yorum kurallarının gereğidir. ...", YHGK, T. 2.10.1991, E. 1991/16-311, K. 1991/450, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019); ERTAŞ, kn. 629; DURMAN, s. 55.

Yargıtay'ın delicelerin aşılmasının Kadastro Kanunu çerçevesinde muhdesat olarak tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmesi imkânını vermeyeceği yönünde kararları da bulunmaktaydı. Bkz. Yarg. 7. HD., T. 24.2.1970, E. 1970/842, K. 1970/999, (OZANALP, s. 586, n. 462); Yarg. 7. HD., T. 25.11.1982, E. 1982/6508, K. 1982/12326, ÖZMEN/ÇORBALI, s. 814). Yargıtay bu hususta içtihatı birleştirme yoluna giderek, delicelerin aşılması halinde bunların muhdesat olarak kabul edileceğini ve Kadastro Kanunun ilgili hükmünün bunlar hakkında uygulanacağı sonucuna varmıştır. Bkz. "Yabani ağaçların (delicelik ve menençicilerin) aşılana meyve ağacı haline dönüştürülmesi durumunda, bunun 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesinde öngörülen ve tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesi gereken bir "muhdesat" olarak kabul edilmesi gerekir. ...", YİBGK, T. 22.12.1995, E. 1994/1, K. 1995/3, (www.kazanci.com, E.T.: 16.05.2019).

42 OZANALP, s. 580; "...dava konusu taşınmaz üzerine dikilmiş olan çiçek soğanlarının taşınabilirliği nazara alındığında muhdesat kabul edilemeyeceği değerlendirilmeden çiçek soğanları nedeniyle muhdesat oranlaması yapılması ve davalı paydaş ...'ya satış bedelinden muhdesat bedeli nedeniyle birlikte fazla pay verilmesi doğru görülmemiştir. ...", Yarg. 14. HD., T. 10.1.2019, E. 2016/3759, K. 2019/249, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Benzer yönde bkz. KÜLEY/ULUKUT, s. 14.-15.

43 YHGK., T. 3.5.1972, E. 1970/4-287, K. 1974/168, (OZANALP, s. 585, n. 457); YHGK., T. 23.11.1994, E. 1994/17-403, K. 1994/732, (ÖZMEN/ÇORBALI, s. 802-803). Ancak, bir kimsenin kendisine ait olmayan bir araziye (Örneğin Hazineye ait bir araziye) kavak ağacı dikmesi durumunda, yaptığı faydalı masrafları sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilmesinin mümkün olup olmadığı da ayrıca değerlendirilebilir. Bunun mümkün olduğu yönünde bkz. Yarg. 3. HD., T. 11.3.1966, E. 1504, K. 1621, (ÖZ Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlarla**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 87, İstanbul, 1990, s. 308).

sonucuna varmak yerinde olacaktır⁴⁴. Taşınmazın niteliği muhdesatın muhdesat olma niteliğine etkili değildir. Ancak muhdesatı oluşturan kişinin talep edip edemeyeceklerini belirlemek açısından önem arz eden bu hususun bu açıdan ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla bir şeyin muhdesat olup olmadığı ile muhdesatı oluşturan kişinin haklarının ve taleplerinin neler olabileceği ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken konulardır.

II. MUHDESATI OLUŞTURAN KİŞİNİN TALEPLERİ

Konumuz bakımından her şeyden önce muhdesatı oluşturan kişinin kim olacağı belirlenmelidir. Bu noktada, Türk Medeni Kanunu'nun 722'nci ve devamı maddeleri ile Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası hükümleri bize yol gösterecek olsa da bu kişinin sadece kanunların lafzı göz önünde tutularak belirlenmesi yeterli değildir. Türk Medeni Kanunu'nun yapı bakımından malzeme kullanan kişiden (m. 723, m. 724); fidan bakımından bunu diken kişiden (m. 729); Kadastro Kanunu'nun muhdesatın sahibinden söz etmesi bu hususun açıklığa kavuşturulmaya muhtaç olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda genel olarak ifade etmek gerekir ki, muhdesatı oluşturan kişi, yani yapı yapan ya da fidan diken kişi, bunları sahip olduğu malzemeye kendi emeğiyle bizzat yapan kişi olabileceği gibi, bizzat kendisi çalışmasa da yardımcı kişi kullanarak (kendi işçilerini çalıştırarak) yapının yapılmasını ya da fidanın dikilmesini sağlayan kişi de olabilir⁴⁵. Hatta muhdesatı oluşturan kişi, başkasının

44 ERTAŞ, kn. 625; Yarg. 20. HD., T. 9.4.2019, E. 2016/12261, K. 2019/2501, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019); Yarg. 20. HD., T. 6.12.2018, E. 2018/4555, K. 2018/7988; Yarg. 16. HD., T. 6.12.2018, E. 2017/4298, K. 2018/7490, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019). Yargıtay bir kararında orman arazisine ilişkin muhdesat şerhi verilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. "... Orman kamu malıdır. Kamu mallarında 3402 Sayılı Yasanın 19'uncu maddesine göre muhdesat şerhi verilemez. ...", Yarg. 20. HD., T. 28.9.1995, E. 1995/1636, K. 1995/11088, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019). Benzer yönde bkz. "... Ormanlar özel mülkiyete konu olması mümkün olmadığından, orman niteliğindeki taşınmazlarda bulunan muhdesata ilişkin hüküm kurulamaz. ...", Yarg. 16. HD., T. 28.3.1991, E. 1990/11485, K. 1991/4580, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

Yargıtay başka bir kararında merada muhdesat olamayacağı belirtmiştir. Bkz. "... Hazine adına tespit edilen ve bilahare komisyonca mera olarak sınırlandırılmasına karar verilip buna ilişkin karar tutanakları askıya çıkarılan taşınmazla ilgili olarak, yalnızca orman yönetimi tarafından orman savıyla açılan dava sonunda, taşınmazın orman sayılmayan yerlerden olduğu belirlendiği takdirde; bu parselin orta malı mera olarak sınırlandırılıp özel siciline tesciline karar verilmesi ve merada muhdesat olamayacağı hususunun gözetilmesi gerekir. ...", Yarg. 20. HD., T. 8.7.1998, E. 1998/6604, K. 1998/7179, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019). Benzer yönde bkz. "...3194 sayılı İmar Kanununun 11 /son maddesi uyarınca; imar planının kesinleşmesiyle mera olan taşınmazların niteliği değiştiğinden, imar planındaki niteliği belirlenerek ilgili kamu kuruluşu adına tescili düşünülmeli; özel mülkiyete konu olması durumunda ise, taşınmaz üzerindeki muhdesatın da davalılara ait olduğunun kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesine karar verilmelidir. ...", Yarg. 16. HD., T. 2.7.1996, E. 1996/2624, K.1996/3121, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

45 PIOTET Paul, İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) 671-673. Maddeleri Anlamında Başkasının Arazası Üzerindeki Haksız İnşaatta Kullanılan Malzemelerin Sahibi Kimdir?", (Çev. Mehmet



taşınmazı üzerinde bir yapı oluşturmak üzere eser sözleşmesi çerçevesinde bir yükleniciyle anlaşmış olan iş sahibi sıfatına sahip bir kişi de olabilir⁴⁶. Muhdesatı oluşturan kişilerin sahip olması gereken diğer özellikler de her bir talep türü bakımından aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere Türk Medeni Kanunu'nun 684'üncü ve 718'inci maddeleri gereğince, bir şeye malik olan kimse o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur ve arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer. Eşya hukukuna ilişkin genel ilkeler gereğince bir bütünleyici parça ile asıl şeyin maliki farklı olamaz. Dolayısıyla hukukumuz bakımından bütünleyici parça olan muhdesat da ancak şahsi bir hakka konu olabilir. Üzerinde bulunduğu taşınmaz (arsa/arazi) mülkiyetinden ayrı olarak bir muhdesat üzerinde, ayrı bir mülkiyet veya sınırlı aynı hak sahibi olunması mümkün değildir. Dolayısıyla muhdesatı oluşturan kişinin buna ilişkin hak ve taleplerinin aynı değil, şahsi bir hakka dayalı olabileceği ifade edilmelidir⁴⁷. Bu kapsamda, muhdesatı oluşturan kişilerin taleplerinin bu husus göz önünde bulundurularak ortaya konulması yerinde olacaktır.

Muhdesat kavramına her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiş olsa da aslında muhdesatı oluşturan kişilerin hak ve taleplerine ilişkin bir düzenleme getirildiğini daha önce ifade etmiştik⁴⁸. Şöyle ki, Türk Medeni Kanunu'nun 722'nci ve devamı maddelerinde

Ünal), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 34, Y. 1977, S. 1, s. 241, 243; ERKAN Vehbi Umut, "Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, 2014, s. 453; ŞENOL, s. 30.

46 PİOTET, (Çev. Mehmet Ünal), s. 241, 243. Aksi yönde görüş için bkz. ERKAN, s. 453-456; ŞENOL, s. 32-33.

47 M. GÜRSEL, s. 244; YARDIM, s. 276; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 575; ERTAŞ, kn. 626; ESMER, s. 123; KARAHASAN Mustafa Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, Öğreti, Yargı, Kararları, İlgili Mevzuat, 1. Cilt*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 781; YHGK, T. 14.4.1993, E. 1993/1-54, K. 1993/163; YİBGK, T. 22.12.1995, E. 1994/1, K. 1995/3, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 8.1.2019, E. 2016/10343, K. 2019/106, (www.kazanci.com, E.T.: 16.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 15.1.2019, E. 2016/20950, K. 2019/341, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019); Yarg. 8. HD., T. 17.12.2018, E. 2018/14796, K. 2018/20284, (www.kazanci.com, E.T.: 17.05.2019).

Doktrinde, bunlar üzerinde istisnai olarak, üçüncü şahıslara ait eski hukuktan gelen aynı haklar (Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli HakkındaakıH Kanun m. 18; Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekil Tatbiki Hakkında Kanun m. 21, 39) ile Türk Medeni Kanunu'nun 826 ve 838'inci maddeleri uyarınca kurulmuş irtifak hakları da olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. ERTAŞ, kn. 626.

48 Aynı yönde bkz. ÖZGÜR, s. 107; OZANALP, s. 578-579, 580.



bir kimsenin başkasının arazisinde kendi malzemesini kullanarak yapı yapması veya kendi fidanını kullanarak ağaç dikmesi (TMK m. 729 atfıyla) durumu düzenlenmiştir. Başkasının taşınmaz malı üzerinde muhdesat oluşturan kimseyi, kendi malzemesiyle başkasının arazisi üzerinde bir haksız inşaat yapan kişi olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Zaten Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde de muhdesatı oluşturan kişi ile üzerinde bulunduğu taşınmazın (arazinin/arsanın) sahibi arasındaki ilişkinin Türk Medeni Kanunu'nun 723, 724 ve 729'uncu maddelerinde düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. Bu hükümlere (TMK m. 722, m. 723, m. 724, m. 729) göre başkasının arazisinin üzerine yapı yapan veya fidan diken kişiye iki ayrı imkân tanınmıştır: Bunlardan biri, Kanunun 724'üncü maddesine göre, yapıyı yapanın veya ağacı dikenin; yapının değerinin açıkça arazinin değerinden fazla olması ve kendisinin iyiniyetli olması koşuluyla, uygun bir bedel ödemesi karşılığında arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilmesidir. Diğeri de Kanun'un 723'üncü maddesine göre, arazi malikinden uygun bir tazminat talep edebilme hakkıdır. Ancak bu taleplerin, arazi malikinin malzemenin sökülerek kaldırılmasını istemediği ya da şartları gerçekleşmediği için istenemediği hallerde söz konusu olacağı belirtilmelidir⁴⁹. Neticede ifade edilmeli ki buradaki hükümler, muhdesatı oluşturan kişinin şahsi hakkının dayanağını oluşturmaktadır. Bu hükümlerdeki yapı ve ağaçlar muhdesattan başka bir şey değildir⁵⁰; başkasının taşınmaz malı üzerinde

49 BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m.672, kn. 2; REY Heinz/STREBEL Lorenz, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB**, (Hrsg. Thomas Geiser, Stephan Wolf), Art. 664-712, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, m. 672, kn. 1, ("BSK"); AKİPEK, *Mülkiyet*, s. 182-183; SİRMEN, s. 387.

50 KÜLEY/ULUKUT, s. 28 vd.; OZANALP, s. 580; DURMAN, s. 54. Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 14. HD., T. 31.1.2012, E. 15303, K. 1100, (ÖZKAN Hasan, **Açıklamalı-İçtihatlı, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Zilyetlik ve Tapu Sicili, (TMY Md. 1007-1027)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 277-278, ("m. 1007, 1027").

Doktrinde, Türk Medeni Kanunu'nun 723 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan talep haklarının (tazminat-arazinin mülkiyetinin devrini isteme); kişisel nitelikte bir hak olduğu (hâkim görüş) (bkz. MEIER-HAYOZ Arthur, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 2. Teilband Artikel 655-679 ZGB**, Verlag Stämpfli & CIE, Bern, 1965, m. 671, kn. 18; KOLLER Alfred, "Bundesgericht, II. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_160/2007/5A_161/2007 vom 6. Dezember 2007 (BGE 134 III 147)", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2009/4, s. 510; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 824; EDİS, s. 315-317; ERTAŞ, kn. 626) ve eşyaya bağlı borç [aynı (nesnel)borç ilişkisi] olduğu yönünde (bkz. SEROZAN Rona, "Nisbi Hakların Güçlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XL, S. 1-4, 1974, s. 472 vd.) iki farklı görüş bulunmaktadır. Biz yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, çoğunluk görüşüne katılarak söz konusu bu hükümlere dayalı talebin kişisel bir hak niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

Söz konusu hükümlerde belirtilen yapı yapan kimsenin haklarının niteliğinin nesnel borç olmadığını ifade eden başka bir görüş için bkz. SUNGURBEY İsmet, "Başkasının Nesnesine



muhdesat oluşturan kimse de kendi malzemesiyle başkasının arazisi üzerinde bir haksız inşaat yapmış durumdadır⁵¹. Dolayısıyla muhdesata ilişkin talepleri de bu kapsamda değerlendirmek yerinde olacaktır. Ancak söz konusu bu hükümlerin de tamamlayıcı nitelikte hükümler olduğu unutulmamalıdır. Şöyle ki, bu hükümler, taraflar arasında aksine bir kararlaşırma olmaması halinde uygulanabilir niteliktedir; taraflar, aralarındaki hukuki ilişkiye bu hükümlerin dışında başka hükümlerin uygulanmasını kararlaştırabilirler⁵². Muhdesatı oluşturan kişinin sahip olduğu bu imkânlar, aşağıda ayrı başlıklar altında daha detaylı olarak değerlendirilecektir.

Yine Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında muhdesatı oluşturan kişinin kadastro tespiti sırasında, muhdesatın kendisi tarafından oluşturulduğunun tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirebilme imkânının da olduğu belirtilmelidir. Bu husus da aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

Uygulamada bazı durumlarda, özellikle ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davaları kapsamında açılan tespit davaları da muhdesatı oluşturan kişinin talep edebileceği hukuki imkânlardan biri olarak düşünülebilir⁵³. Bu kapsamda, muhdesatın arazi maliki dışında başkaca bir kimse tarafından yapıldığının veya dikildiğinin tespitinin isteminde, bunu talep eden kişinin hukuki yararının bulunmasının gerekliliği ifade edilmelidir. Yargıtay kararlarında, ortaklığın giderilmesi davasıyla bağlantılı olarak bu hususun bekletici mesele yapılması, kentsel dönüşüm uygulamasının ya da kamulaştırma işleminin bulunması gibi istisnai

Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği; Özellikle Nesnel Borç Görüşünün Eleştirisi", **İÜHF'nin 50. Yıl Armağanı, (Cumhuriyet Döneminde Hukuk)**, İstanbul, 1973, s. 315, ("*Nesnel Borç*"); SENGURBEY İsmet, **Medeni Hukuk Sorunları, I. Cilt**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, s. 70 vd., ("*Medeni Hukuk Sorunları*").

51 Aynı yönde bkz. KÜLEY/ULUKUT, s. 28 vd.; DURMAN, s. 54.

52 REY/STREBEL, BSK, m. 671, kn. 1; BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, m.671, kn. 3; GÖKSU Tarkan, **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB**, (Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2016, m. 671, kn. 4, ("*CHK HandK.*").

53 Yarg. 14. HD., T. 12.12.2018, E. 2018/1018, K. 2018/8965, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019); "... Dava muhdesatın aidiyetinin tespitine ilişkindir. ... Tespiti istenen muhdesatın üzerinde bulunduğu taşınmazın zemininin paylı mülkiyete konu olmadığı, bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasına da konu olamayacağı kuşkusuzdur. ...", Yarg. 7. HD., T. 25.3.2004, E. 2004/674, K. 2004/1085, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019). Kamulaştırma işlemi nedeniyle muhdesata ilişkin tespit davalarını konu olan Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 8. HD., T. 22.11.2018, E. 2018/13223, K. 2018/19082; Yarg. 5. HD., T. 22.11.2018, E. 2017/29156, K. 2018/21814, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 15.1.2019, E. 2016/20950, K. 2019/341, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019); Yarg. 20. HD., T. 24.6.2003, E. 2002/6489, K. 2003/5371, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

durumlarda muhdesatın tespiti davasının açılmasında hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Bunun dışında, eda davasının açılmasının mümkün olduğu durumlarda, tespit davası açmakta hukuki yararın bulunmadığı ifade edilmelidir. Şöyle ki, ortaklığın giderilmesi davasında, malik olmayan davacıların, ilgili hükümlere göre eda davası açması mümkünken, muhdesatın tespiti davası açmalarında hukuki yararları bulunmamaktadır⁵⁵. Yargıtay, bir kararında da davacının zilyetliğinin devam etmesi halinde, muhdesatın aidiyetine ilişkin açmış olduğu davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁶. Ancak ifade edilmeli ki zilyetliği devam ederken bu davayı açmasındaki hukuki yarar yokluğu her durum açısından söz konusu olmayabilir; somut olayı değerlendirmekte fayda vardır. Muhdesata ilişkin tespit davaları, muhdesatın üzerinde bulunduğu arazinin malikine karşı açılmalıdır⁵⁷. Özellikle uygulaması en çok olan ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi (TMK m. 703, m. 698) davası sebebiyle açılan tespit davalarında, davalı tarafı, ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davasının yargılması sırasında muhdesatın davacı tarafça meydana getirildiğini açıkça kabul edenler dışında kalan ve muhdesatın üzerinde meydana getirildiği taşınmaza ortak (paydaş) olan tapu maliklerinin tümü ya da mirasçıları olacaktır⁵⁸. Davacının da muhdesatı oluşturduğunu iddia eden

54 "... Öğretide ve Yargıtay'ın devamlılık gösteren uygulamalarında, taşınmaz hakkında derdest ortaklığın giderilmesi davasının, kentsel dönüşüm uygulamasının ya da kamulaştırma işleminin bulunması gibi istisnai durumlarda muhdesatın tespiti davasının açılmasında güncel hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir. ...", Yarg. 8. HD., T. 17.12.2018, E. 2018/14796, K. 2018/20284, (www.kazanci.com, E.T.: 17.05.2019); "... Dava muhdesatın aidiyetinin tespitine ilişkindir. Davaya konu binanın davalı adına kayıtlı 198 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunduğu, zeminde davacıların hak sahibi olmadıkları tartışmasızdır. Davacıların ikinci katının kendilerine ait olduğunu öne sürerek dava açmışlardır. Tespiti istenen muhdesatın üzerinde bulunduğu taşınmazın zemininin paylı mülkiyete konu olmadığı, bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasına da konu olamayacağı kuşkusuzdur. Tespit davaları kendine özgü belli koşulların varlığı halinde hukukten bu nitelikteki davaların dinlenilebilme olanağı vardır. Davanın ileriye sürülüş biçimi itibarı ile dinlenmesine olanak yoktur. Diğer bir ifade ile davacıların eda davası açabilecekleri hallerde icra ve infaz kabiliyeti bulunmayan tespit davası açamayacakları kuşkusuzdur. ...", Yarg. 7. HD., T. 25.3.2004, E. 2004/674, K. 2004/1085, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

55 Yarg. 8. HD., T. 1.3.2016, E. 2932, K. 3681, (ÖZKAN, m. 683-778, s. 4082-4083).

56 Yarg. 3. HD., T. 20.12.2018, E. 2018/7552, K. 2018/13023, (www.kazanci.com, E.T.: 17.05.2019).

57 "...Kabule göre de kural olarak taşınmaz üzerindeki muhdesatın tespiti davalarında husumetin muhdesatın bulunduğu taşınmaz maliki ya da maliklerine yöneltilmesi zorunludur. Davacı dava dilekçesinde taşınmaz maliki olmayan, kamulaştırma işlemini yapan... 2. Bölge Müdürlüğünü hasım göstererek dava açmıştır. Aleyhine dava açılan... 2. Bölge Müdürlüğü taşınmazın maliki olmadığı gibi, davanın açılmasına sebep olacak bir eylemde de bulunmadığından davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi gerekirken ...", Yarg. 8. HD., T. 22.11.2018, E. 2018/13011, K. 2018/19083, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

58 Yarg. 8. HD., T. 7.12.2016, E. 2014/25744, K. 2016/16622, (BERBEROĞLU YENİPİNAR Filiz, **Harçlar, Yargılama, Adli Yardım, (Hukuk Mahkemeleri)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 67-68; Yarg. 14. HD., T. 15.1.2019, E. 2016/20950, K. 2019/341, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019).



kişi olacağı açıktır. Uygulamada daha çok muhdesatın aidiyetini tespit olarak adlandırılan bu davaların⁵⁹ adındaki isabetsizlik de önceki başlık altındaki açıklamalarımız sebebiyle ortadır.

Son olarak, muhdesat niteliğindeki yapıya ilişkin taleplerin yapının hukuka uygun nitelikte olup olmaması durumuna göre bir farklılık yaratıp yaratmayacağına ilişkin olarak Yargıtay'ın bu yöndeki tutumunu da ifade etmek gerekir. Yargıtay, muhdesatın kaçak yapı olması halinde dahi buna ilişkin tespit davasının açılmasının mümkün olduğunu⁶⁰; özel mülkiyete konu olmayan yerler bakımından ise Türk Medeni Kanunu'nun 724 ve 729'uncu maddelerinin uygulama alanı bulmayacağını ve böyle bir durumda tazminat talebinde de bulunulamayacağını⁶¹ kabul etmektedir.

A. Tazminat

Bir kişinin kendisine ait olmayan bir arazi üzerine bir yapı yapması ya da fidan dikmesi durumunda tazminat talebi kanunda özel olarak düzenlenmiştir (TMK m. 723; m. 729). Tazminatın kapsamının belirlenmesinde de kişinin iyiniyetli olup olmamasına göre ayırım yapılmıştır. Buna göre kişinin iyiniyetli olması durumunda, arazi malikinin malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu; kişinin iyiniyetli olmaması halinde ise hâkimin hükmedeceği miktarın bu malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyebileceği ifade edilmiştir.

Doktrin ve uygulama muhdesatı oluşturan kişinin tazminat talebinin hukuki dayanağının ne olacağına ilişkin gerek kendi içinde gerek birbiriyle görüş birliği içinde değildir.

Şöyle ki Yargıtay'ın bazı kararlarında muhdesata ilişkin talepleri sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirdiği görülmektedir⁶². Örneğin Yargıtay bir kararında, tapulu bir taşınmazın resmi olmayan bir sözleşmeyle devrinin gerçekleştirilmesi halinde,

59 "Dava, TMK'nın 724'üncü maddesi gereğince temlikten tescil, mümkün olmaz ise kat irtifakı kurularak aynı yerin tapuya kayıt ve tescili, olmazsa muhdesatın aidiyetinin tespiti isteğine ilişkindir. ...", Yarg. 14. HD., T. 12.12.2018, E. 2018/1018, K. 2018/8965, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019); "... Dava muhdesatın aidiyetinin tespitine ilişkindir..." , Yarg. 7. HD., T. 25.3.2004, E. 2004/674, K. 2004/1085, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

60 "Dava taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın mülkiyetinin tespiti istemine ilişkindir. Muhdesatın aidiyetinin tespiti davasında, taşınmaz üstündeki yapının kaçak yapı olması davanın reddini gerektirmez..." , Yarg. 7. HD., T. 6.11.2008, E. 2008/4096, K. 2008/4718, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019). Haksız inşaat hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından aynı yönde bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 570.

61 YHGK., T. 2.3.1974, E. 1970/4-287, K. 1974/168, (OZANALP, s. 585, n. 458). Aynı yönde bkz. ŞENOL, s. 33-40.

62 Yarg. 3. HD., T. 20.12.2018, E. 2018/7552, K. 2018/13023, (www.kazanci.com, E.T.: 17.05.2019).



geçerli olmayan bu sözleşmenin alıcı tarafında olan kişinin söz konusu arazi üzerine yapı yapması ve ağaç dikmesi halinde, araziye yapmış olduğu bu kazandırmaların iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceğini belirtmiştir⁶³. Yine Yargıtay, paylı mülkiyet veya elbirliğiyle mülkiyet halindeki maliklerden birinin ortak arazi üzerine bir yapı yapması halinde, Türk Medeni Kanunu'nun 722-724 hükümlerine değinmeksizin, genel olarak sebepsiz zenginleşme üzerinde durmuştur:

“... Tarafların yarı yarıya malik oldukları taşınmaz mal üstündeki muhdesatın davacıların miras bırakanları tarafından yaklaşık olarak 30 yıl önce yapılmış olup o tarihten taşınmazın satım tarihine kadar çekişmesiz ve kesintisiz bir biçimde önce miras bırakan, sonra da davacılar tarafından kullanıldığı ve davacıların salt arsadaki payı için davalı idareye kira parası ödedikleri davada uyuşmazlık konusu teşkil etmemektedir. Taşınmaz malın üstündeki muhdesatla beraber (şüyuun giderilmesi) yoluyla satıldığı ve satış bedelinden sadece muhdesata ilişkin bulunan paranın yarısının davalı idareye ödendiği yönleri dahi taraflar arasında uyuşmazlık oluşturmamaktadır. Davacılar, işte muhdesata ait bu yarı payın “nedensiz zenginleşme- sebepsiz iktisap” kuralları gereğince kendilerine ödenmesini istemişlerdir. ... Bu açıdan olaya yaklaşıldığında, davanın nedensiz zenginleşmeye dayanan bir geri alma istemi niteliğini taşıdığı yönü ortaya konulmalıdır. Gerçekten taşınmazın satımı ile muhdesatın yarı bedeli, davalı idarenin mal varlığına girerek onu zenginleştirmekte, buna karşın, davacıların muhdesat üzerindeki ekonomik yararları son bularak onların mal varlıkları yoksullaşmaktadır. Değişik bir anlatımla, yoksullaşanların mal varlıklarından ekonomik bir değer, zenginleşen davalı idarenin mal varlığına kaymaktadır. Yargıtay kararlarında da şimdiye değin bir temel çizgide böyle bir nitelendirme belirgin bir biçimde egemen olmuştur. Nitekim konunun Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda tartışılması sırasında görüşler, davanın (nedensiz zenginleşmeye dayanan bir geri alma davası) olduğu yolunda birleşmiştir. ...”⁶⁴.

“Müşterek veya iştirak halindeki mülkiyette şüyuun giderilmesi sonucu elde edilen satış bedelinden muhdesatı yapan paydaşa ödenecek miktarın muhdesatın

63 Yarg. 3. HD., T. 17.12.2018, E. 2017/9808, K. 2018/12867, (www.kazanci.com, E.T.: 17.05.2019). Benzer yönde bkz. “... Sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için bir tarafın mal varlığının diğer tarafın malvarlığına aleyhine çoğalması gerekir. İade borcunun kapsamını belirlemede öncelikle fakirleşme ve zenginleşme zamanının tespit edilmesi gerekir. Sebepsiz zenginleşme borçlusunun, muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiği, yapanın ise o anda fakirleştiği ileri sürülemez. Zira, öncuda getiren tarafından kullanılan muhdesatın, taşınmaz malikine herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ekonomik yönden zenginleşme ve fakirleşmenin, satış suretiyle taşınmazdaki ortaklığın giderildiği anda gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Daha açık deyişle, sebepsiz zenginleşme, satışın yapıldığı tarihte gerçekleşir. ...”, Yarg. 3. HD., T. 4.12.2018, E. 2016/19861, K. 2018/12317, (www.kazanci.com, E.T.: 17.05.2019).

64 YHGK., T. 19.1.1983, E. 1979/4-1771, K. 1983/13, (www.kazanci.com, E.T.: 25.09.2019). Benzer yönde bkz. YHGK., T. 9.9.1964, E. 4-236, K. 537, (ERDOĞAN Celal, Açıklamalı ve İctihatlı Ortaklığın Giderilmesi ve Şufa Davaları, Ankara, 1999, s. 428).



vücuda getirildiği tarihte bunun yapılması için harcanan parayla sınırlı değildir. Öte yandan, sebepsiz zenginleşmede bir tarafın mal varlığının diğer tarafın mal varlığı aleyhinde çoğalması gerekir. Yani zenginleşme fakirleşmenin karşılığı olmalıdır. Başka bir anlatımla aralarında illiyet bağı bulunmalıdır. İade borcunun kapsamını belirlemede öncelikle fakirleşme ve zenginleşme zamanının tespit edilmesi gerekir. Yıllarca evvel paydaşlardan biri tarafından vücuda getirilen ve onun tarafından kullanılıp yararlanan muhdesat (bina yapılması, bahçe tesisi gibi) nedeniyle iade borçlusu ne zaman zenginleşmiş, alacaklısı ne zaman fakirleşmiş sayılacaktır? Sebepsiz zenginleşme borçlusunun bu muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiği yapanın ise o anda fakirleştiği ileri sürülemez. Zira vücuda getiren paydaş tarafından kullanılan muhdesatın diğer paydaşlara herhangi bir katkısı kural olarak olmayacaktır. Ekonomik yönden zenginleşme ve fakirleşmenin taşınmazın şuyununun satış suretiyle giderildiği anda gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Yapılan şeyin arzın mütemmim cüzü olması da iade borcunun kapsamını belirlemede etkili değildir. Hal böyle olunca muhdesatın yapıldığı güne dönülerek o tarih itibarıyla muhdesatın sürüm değerinin iade borcunda aşulamayacağı kabulü az önce açıklanan ilkeye ters düşeceği gibi; hakkaniyete de aykırı bir çözüm yolu benimsenmiş olacaktır. Bu nedenlerle iade borcunda salt haksız iktisap kurallarına dayanılarak muhdesatın yapıldığı gün itibarıyla sürüm değerinin aşulamayacağı yolunda bir sınırlama benimsenmemiştir. Genel Kuruldaki görüşmeler sırasında, böyle bir sınırlama benimsenmemiş, ancak iade borcunun kapsamı tayin keyfiyetinin uygulamaya bırakılması, uygun görülmüştür. ...”⁶⁵.

Yargıtay, başka bir kararında ise, muhdesatı oluşturan kişinin talebinin hukuki dayanağının hem Türk Medeni Kanunu’nun 722 ve 723’üncü maddeleri olacağını hem de söz konusu yerin davacının tasarruf ve zilyetliğinde bulunması sebebiyle sebepsiz zenginleşmenin henüz gerçekleşmemesi sebebiyle talebinin reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir:

“... Hemen belirtelim ki, davacı başkasına ait tapulu taşınmaza kendi fidanlarını dikip yetiştiren kötüniyetli kişidir. Taşınmaz üzerindeki ağaçların, işgalciye ait olduğunu belirterek tapu maliki Arsa Ofisi tarafından davalı kooperatife satılmış, kooperatifte bunu bilerek satın almıştır. Bu durumda, ağaçların kendisine ait olduğunu bilerek alan davalı kooperatiften, davacı MK. 655., 648., 649. maddeleri uyarınca şahsi hakkını talep edebilir. Ancak halen taşınmaz ve dava konusu ağaçların davacının tasarruf ve zilyetliğinde bulunduğu, davacının bu yerden men edilip çıkarılmadığı anlaşıldığından, davalının da bir sebepsiz zenginleşmesi henüz gerçekleşmediğinden, davacı davalıdan şimdilik bir talepte bulunamaz. Mahkemece, bu husus göz ardı edilerek, yazılı şekilde verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. ...”⁶⁶.

65 YİBGK, T. 22.2.1991, E. 1990/1, K. 1991/1, (www.kazanci.com, E.T.: 21.06.2019).

66 Yarg. 13. HD., T. 19.3.2001, E. 2001/2017, K. 2001/2668, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).



Yine Yargıtay'ın, sebepsiz zenginleşmeden söz edip de muhdesatı oluşturan kişinin talebinin hukuki dayanağının Türk Medeni Kanun'un 723'üncü maddesi olacağı ifade eden başka bir kararı da bulunmaktadır:

“Diğer taraftan koşulların gerçekleşmemesi sebebiyle tescil mümkün olmaması hâlinde arsa maliki tarafından yıkım talep edilmediği ya da aşırı zarar doğması sebebiyle yapı yıkılamadığı takdirde taşınmaz malikinın mamelekinde sebepsiz bir zenginleşme meydana geleceğinden, taşınmaz malikinın, malzeme malikine bir tazminat vermesi gerektiği ve tazminat miktarının malzeme malikinın iyi niyetli olup olmamasına göre belirleneceği hususu TMK'nın 723'üncü maddesinde düzenlenmiştir. ...”⁶⁷.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, bazı durumlarda, haksız inşaat hükümlerini (TMK m. 722 vd.) hiçe sayarak, bu konuda özel düzenleme olmasına rağmen genel nitelikteki sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) başvurmuş; bazı durumlarda da haksız inşaat hükümlerine göre talep edilecek tazminatın niteliğinin sebepsiz zenginleşme olduğunu belirtmiştir.

Doktrinde de bu hususa ilişkin olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Hukukumuz bakımından bir görüş, muhdesatı oluşturanın yani malzeme sahibinin tazminat talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını belirtmiş⁶⁸; başka bir görüş de Türk Medeni Kanunu'nun 722-724'üncü maddesinde düzenlenmiş olan hakların başvurulması zorunlu, tüketilmesi zorunlu haklar olmadığını, özel hükümler olduğunu, tarafların genel hükümlere dolayısıyla haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurma haklarının her zaman olacağını ifade etmiştir⁶⁹. İsviçre Hukuku bakımından bir görüş de İsviçre Medeni Kanunu'ndaki 671-673 arasındaki hükümlere (TMK m. 722-724) ek olarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (İBK m. 62 vd.), vekaletsiz iş görme hükümlerinin (İBK m. 419 vd.) ve haksız fiil hükümlerinin (İBK m. 41 vd.) de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁰. Hem İsviçre hukuku hem de hukukumuz bakımından başka bir görüş de Türk Medeni Kanunu'nun 722 ve devamı maddelerinin (MK m. 648-650) sebepsiz zenginleşme hükümlerinin özel bir uygulama yeri olduğunu belirtmiştir⁷¹. Bizim de katıldığımız doktrindeki başka

67 YHGK, T. 16.5.2018, E. 2017/14-2264, K. 2018/1101, (www.kazanci.com, E.T.: 14.06.2019).

68 AKİPEK, *Mülkiyet*, s. 183; N. GÜRSEL, s. 41.

69 BELGE, s. 88; BERTAN Suad, **Ayni Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 1, MK 618-702**, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara, 1976, s. 613, 620.

70 MEİER-HAYOZ, m. 671, kn. 1; BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m. 671, kn. 4. Benzer yönde bkz. WIELAND Carl, **Kanunu Medenide Ayni Haklar**, (Çev. İ. Hakkı Karafaki), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1946, m. 672, s. 201.

71 Hukukumuz bakımından bkz. REİSOĞLU Seza, **Sebepsiz Zenginleşme Davasının Genel Şartları**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 66-69. İsviçre hukuku bakımından



bir görüşe göre ise, Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesinden (MK m. 649) doğan tazminatın niteliği sebepsiz zenginleşme değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesine göre bir kişinin haksız inşaat yapması durumunda, arsa sahibinin malvarlığındaki artış kanun hükmü gereği meydana gelmektedir. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki (TBK m. 77/I) "*haklı bir sebep olmaksızın*" şartının burada gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Ancak her iki kurumda da bir malvarlığında diğer malvarlığı aleyhine meydana gelen fazlalığın belli sınırlar dâhilinde iadesi söz konusu olacağından, aralarında bu açıdan bir yakınlık bulunmaktadır⁷². Kanaatimizce böyle bir durumda konunun ayrıca kanunda özel olarak düzenlenmiş olması sebebiyle özel hükmün karşısında genel hükmün uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple haksız inşaat halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin değil, Türk Medeni Kanunu'nun 722-724 hükümlerinin uygulanması asıldır. Kısaca genel hüküm niteliğindeki sebepsiz zenginleşme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmaz⁷³. Aksi takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması adil olmayan ve hakkaniyetsiz sonuçlar doğurur. Dolayısıyla, eşya hukukunun konusuna giren bu durumlarda Türk Medeni Kanunu'nun 722 ve devamı hükümlerinin uygulanması kanaatimizce daha adil çözümler sağlayacaktır⁷⁴. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, hukuki dayanağın İsviçre Medeni Kanunu'nun 672'nci maddesi (Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesi) olacağını ifade etmiştir⁷⁵. İsviçre doktrinindeki bir görüş de İsviçre Medeni Kanunu'nun 671'nci maddesinin birinci fıkrası (TMK m. 722/I) kapsamında oluşturulan yapının arazinin/arsanın bütünleyici parçası sayılması sebebiyle arazi/arsa sahibinin zenginleşmesinin kanun gereği gerçekleştiğini, bu zenginleşmenin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 62'nci maddesinin birinci fıkrası (TBK m. 77/I) anlamında bir zenginleşme olmadığını ifade etmiştir. Bu görüş ayrıca her iki kanuni düzenlemenin de benzer durumları düzenlemesi sebebiyle, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (İBK m. 62 vd./TBK m. 77 vd.) tali nitelikte olduğunu ve kıyas yoluyla uygulanabilir nitelikte olduğunu ifade etmiştir⁷⁶.

benzer yönde bkz. SCHUMACHER Rainer, **Das Bauhandwerkerpfandrecht**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2008, s. 164, kn. 484.

72 ATAAY, s. 83. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, doktrinde, malzeme sahibinin tazminat talebinin, sebepsiz zenginleşme esasları çerçevesinde olacağı yönünde (bkz. N. GÜRSEL, s. 41) ve sebepsiz zenginleşmeye dayandığı yönünde (bkz. AKİPEK, *Mülkiyet*, s. 183) farklı görüşler de bulunmaktadır.

73 BGE 99 II 131, (relevancy.bger.ch, E.T.: 9.1.2020); OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 484, dn. 881; EDİS, s. 311. Benzer yönde bkz. ŞENOL, s. 2-3.

74 Aynı yönde bkz. ÖZGÜR, s. 107. Benzer yönde bkz. EDİS, s. 311.

İlgili hükmün (TMK m. 722/743 sayılı MK m. 649) özel hüküm olarak nitelendirilemeyeceği yönünde görüş için bkz. SEROZAN, *Başkasına Ait Arsaya İnşaat*, s. 800.

75 BGE 81 II 431, (relevancy.bger.ch, E.T.: 9.1.2020).

76 BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m.672, kn. 1.



İfade edilmeli ki, söz konusu hükme göre talep edilebilecek tazminat talebi, kişisel bir hakkın ileri sürülmesi niteliğinde olduğundan, ilgili kişi veya onun külli halefleri tarafından, yapının yapıldığı veya ağaçların dikildiği tarihte arazinin/arsanın maliki kim ise, ona veya onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir⁷⁷. Dolayısıyla arsa malikinin taşınmazını devretmesi halinde, söz konusu tazminat talebi yeni malike karşı ileri sürülemeyecektir⁷⁸. Yargıtay da, bir kararında, taşınmazı satın alan yeni malike karşı Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesine dayanarak talepte bulunulamayacağını; çünkü kişinin söz konusu hükme dayalı talebinin aynı hak niteliğinde olmayıp, şahsi hak niteliğinde olduğunu, dolayısıyla bu durumda davacının Türk Borçlar Kanunu'ndaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) dayanabileceğini; ancak bu durumda davalının sebepsiz zenginleşip zenginleşmediğinin araştırılması gerektiğini; davalının ağaç ve muhdesat bedelini önceki malike karşı ödeyerek satın alması halinde sebepsiz zenginleşmiş sayılamayacağı ifade edilmiştir⁷⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesine dayanarak tazminat talep edilmesi halinde, tazminat talebinin kapsamının, talep eden kişinin iyiniyetli olup olmamasına göre belirleneceğini daha önce ifade etmiştik.

Başkasının taşınmazı üzerinde bir muhdesat oluşturan kişinin bu amaçla kullandığı arazinin başkasının mülkiyetinde olduğunu bilmemesi, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermesine karşın bilebilecek durumda olmaması veya yapıyı yapmakta haklı bir sebebinin olması hallerinde bu kişinin *iyiniyetli olduğu* kabul edilebilir⁸⁰.

77 BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m. 671, kn. 14; SCHUMACHER, s. 169, kn. 496; KOLLER, s. 510; REY Heinz, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I*, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, kn. 490; ZELGER Ulrich, *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, ZGB 672*, (Hrsg. Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2016, s. 1265, kn. 14; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 672, kn. 6; SCHMID, s. 162; ESMER, s. 123; KARAHASAN, s. 781; ŞENOL, s. 79. Buradaki talebin şahsi bir talep olduğunu belirten aynı görüş için bkz. BERTAN, s. 614.

78 REY/STREBEL, *BSK*, m. 672, kn. 7; KOLLER, s. 510; REY, kn. 490; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 672, kn 6; SCHMID, s. 162; KARAHASAN, s. 781; YHGK, T. 14.11.1962, E. 4-140, K. 94; Yarg. 13. HD., T. 9.11.1981, E. 6290, K. 7019, (KARAHASAN, s. 781). Aksi görüş için bkz. TOPUZ, s. 269.

79 Yarg. 3. HD., T. 22.10.2014, E. 16235, K. 13856, (ÖZKAN, m. 683-778).

80 ARIK Fikret, "Başkasının Arsası Üzerinde İnşaat ve Hüsnüniyet Meselesi", *Adliye Dergisi*, Y. 35, S. 12, 1944, s. 985; ATAAY, s. 88; EDİS, s. 311; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 573; AKİPEK, *Mülkiyet*, s. 183; ERCOŞKUN ŞENOL Hatice Kübra, "Hem Haksız Hem De Taşkın Yapı Niteliğindeki Yapılar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s. 52. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 724'üncü maddesine dayanarak talepte bulunulması halinde iyiniyetin değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. ATAAY, s. 109; KARAHASAN, s. 836; Yarg. 14. HD., T. 9.2.2016, E. 12040, K. 1656, (ÖZKAN, m. 683-778, s. 4083-4086).



İyiniyetin değerlendirilmesinde arazi/arsa sahibinin açık veya örtülü rızası da rol oynar. Şöyle ki, muhdesatı oluşturan kişinin, bu yapıyı oluşturmada arazi/arsa sahibinin rızasının bulunmadığını bilmediği veya objektif olarak bilmesinin gerekmediği hallerde, iyiniyetli olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁸¹. Hatta arazi sahibinin yapının yapılmasına veya ağacın dikilmesine açıkça veya örtülü olarak rıza gösterdiği ya da gösterileceği kanısının uyandırılması halinde de kişinin iyiniyetli olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁸². Yine, harici satışla bir taşınmazı elde eden kişinin bu taşınmaz üzerinde bir muhdesat oluşturmada de bu kişinin iyiniyetli olduğunu kabul etmek gerekir⁸³. Burada taşınmazını harici olarak satın devreden kişinin satın alan kişinin muhdesat oluşturmada örtülü olarak rıza gösterdiği de ifade edilebilir⁸⁴. Doktrinde, mutlak butlanla sakat olan bir işlem gereğince taşınmaz malı teslim alan kimsenin, bu sakatlığı bilmiyor veya bilebilecek durumda olmaması halinde iyiniyetli sayılabileceği; hatta bu sakatlığın arazi maliki tarafından bilinip de bilerek teslimi gerçekleşmesi halinde de diğer tarafın bina yapmasına örtülü olarak rıza göstermiş sayılacağından, yapı yapan ya da ağaç diken bu kişinin yine iyiniyetli olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵. Yine doktrinde, tapulu bir taşınmaza yapı yapan veya ağaç diken bir kişinin kötüniyetli olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiği⁸⁶; paylı veya elbirliği halinde malik olanlardan birinin, diğerlerinden hisselerini haricen satın almış olmalarına rağmen söz konusu taşınmaz üzerinde bir muhdesat oluşturmada de bu kişinin iyiniyetli kabul edilemeyeceği⁸⁷ de ifade edilmiştir.

81 ATAAY, s. 89; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 573.

82 AKİPEK, *Mülkiyet*, s. 183; KARAHASAN, s. 789.

83 ATAAY, s. 93; EDİS, s. 311. Yargıtay da muhdesatı meydana getiren kişinin taşınmazı harici olarak satın alan kişi olması halinde, onun bu durumunun iyiniyetinin varlığına delil teşkil edeceğini kabul etmiştir. Bkz. YHGK, T. 3.5.1985, E. 1984/14-813, K. 1985/415, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

84 ATAAY, s. 93; KARAHASAN, s. 789.

85 KARAHASAN, s. 790. Benzer yönde bkz. EDİS, s. 312.

İsviçre Federal Mahkemesi, iyiniyetin, sadece hukuki işlemlerde değil, dürüstlük kuralına ve ahlaka aykırı olmadığı sürece kanunun kendisine sonuç bağladığı her durumda varlığının esas olacağını ve dar bir şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Bu kararlara bakıldığında, hukuki işleme dayanan ilişkiler dışındaki hukuki durumlarda iyiniyetin tanımının, kapsamının genişletildiği görülmektedir. Bkz. BGE 57 II 253, s. 256 Er. 2, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 31.01.2020); BGE 95 II 221, s. 227, Er. 2c, (relevancy.bger.ch, E.T.: 31.01.2020); BGE, 4A_178/2013, 31.7.2019, (www.bger.ch, E.T.: 31.01.2020).

86 EDİS, s. 312; ERTAŞ, kn. 1664.

87 ATAAY, s. 96; KARAHASAN, s. 791; ERTAŞ, kn. 1664; OĞUZMAN/SELİÇİ /OKTAY ÖZDEMİR, s. 496, dn. 942.

Maliklerden birinin yapı yapmasına diğerlerinin razı olması halinde yapının iyiniyetli yapılmasının söz konusu olacağına ilişkin bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 496, dn. 942. Paydaşın diğerine ait payı kütük dışı satın alarak yapı yapması halinde, onun iyiniyetli sayılabileceği yönünde bkz. EDİS, s. 312. Yargıtay ise, muhdesatı oluşturan



İyiniyetin ispatı bakımından da iyiniyetin varlığı asıl olduğu için, arazi malikinin muhdesatı oluşturan kişinin iyiniyetli olmadığını ispatlaması gerektiği ifade edilebilir⁸⁸. Ancak kişinin iyiniyetli olduğu karine olarak kabul edilmekle birlikte, hâkim, bazı durumlarda, iyiniyetin tazminat miktarını belirlemede esaslı bir rol oynaması sebebiyle, diğer tarafın ileri sürmesine gerek kalmaksızın, tazminat talebinde bulunan şahsın kötünüyetli olduğunu re'sen nazara alabilir⁸⁹. Buradaki iyiniyetin yapının yapılmasının devamı süresince, yani yapının tamamlanmasına kadar var olması gerektiği ifade edilebilir⁹⁰. Şöyle ki muhdesatın oluşturulması sırasında arazi sahibi, muhdesatı yapan kişiye iltarda bulunursa artık o kişinin iyiniyetli olmadığını ifade etmek gerekir⁹¹. Yine, muhdesatı yapan kişinin yapı tamamlandıktan sonra, yapıyı meydana getirmeye yönelik bir hakkının bulunmadığını öğrenmesi de onun iyiniyetli olması sonucunu değiştirmez⁹². Muhdesatı oluşturan kişi bir tüzel kişi ise, iyiniyet, hukuki işlemiyle ve fiiliyle hak kazanacak olan organının bütün üyelerinde aranması gereken bir koşul halini alır⁹³.

Kanuna bakıldığında, Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesi çerçevesinde talep edilecek tazminatın miktarı bakımından; muhdesatı oluşturan kişinin iyiniyetli olması halinde *uygun bir tazminat* olacağı, iyiniyetli olmaması halinde ise *miktarın malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyeceği* anlaşılmaktadır.

Kişinin iyiniyetli olması hali bakımından, *uygun tazminattan* ne anlaşılması gerektiği değerlendirilmesi gereken bir husustur. Öncelikle ifade edilmeli ki, bu miktar, hâkimin somut olaya göre takdir edeceği; gerektiğinde azaltıp çoğaltabileceği bir miktardır⁹⁴. Yargıtay'a göre, "*uygun tazminat*" sözcüğünden, salt inşaat bedeli değil, olayın özelliğine göre, Türk Medeni Kanunu'nun 4'üncü maddesinden aldığı yetkiye dayanarak hâkimin takdir edeceği en uygun bedel (asgari levazım bedeli) ile

paydaşı, sırf birlikte mülkiyet esasından ötürü kötü niyetli olarak kabul etmenin mümkün olmadığını karar vermiştir. Bkz. YHGK., T. 19.1.1983, E. 1979/4-1771, K. 1983/13, (www.kazanci.com, E.T.: 25.09.2019).

88 ATAAY, s. 97; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 573; YHGK, T. 16.5.2018, E. 2017/14-2264, K. 2018/1101, (www.kazanci.com, E.T.: 17.06.2019).

89 ATAAY, s. 98, 108-109; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 574; ŞENOL, s. 96; YİBGK, T. 14.12.1951, E. 1949/17, K. 1951/1, (www.kazanci.com, E.T.: 16.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 26.11.2018, E. 2016/9104, K. 2018/8232, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

90 ATAAY, s. 97; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 496, dn. 940; ŞENOL, s. 94.

91 ATAAY, s. 88, 90; EDİS, s. 312.

92 ATAAY, s. 97; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 496, dn. 940; YHGK, T. 16.5.2018, E. 2017/14-2264, K. 2018/1101, (www.kazanci.com, E.T.: 17.06.2019).

93 ATAAY, s. 91; EDİS, s. 311; ŞENOL, s. 93; SCHMID, s. 168.

94 MEIER HAYOZ, m. 672, kn. 8; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 573; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 497.



taşınmaz maliki yönünden yapının sübjektif (öznel) olarak taşıdığı değer anlaşılmalıdır⁹⁵. Doktrinde bir görüşe göre, buradaki uygun tazminat, tam tazminat değil, muhik bir tazminattır; burada kullanılan malzemenin değeri ve harcanan emek dikkate alınabilir⁹⁶. Doktrindeki başka bir görüş ise, uygun tazminatın yapının oluşturulması için harcanan malzemenin dava tarihindeki objektif değerine ve inşaat masraflarına eşit olduğunu ve ayrıca taşınmazın inşaat neticesinde kazanmış olduğu değer artışının da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷. Doktrinde bir başka görüş ise, inşaatı yapanın iyiniyetli olması halinde, isteyebileceği miktarın arsa sahibinin en son andaki objektif zenginleşmesine göre belirleneceğini belirtmiştir⁹⁸. Muhdesatın oluşturulduğu arazinin sahibinin tutumu da tazminatın belirlenmesine etki edecek hususlardan biridir. Şöyle ki, sahip olduğu taşınmaz üzerinde yapı yapıldığını veya ağaç dikildiğini gören veya haber alan arazi malikinin bunun durdurulması için harekete geçmemesi halinde, iyiniyetli olduğu söylenemez⁹⁹. Bilindiği üzere, yapıyı yaptıran arazi malikinin kötüniyetli olması halinde malzeme sahibine ödeyeceği miktarın tam tazminat olacağı şeklinde kanunda bir hüküm bulunmaktadır (TMK m. 723/II/İMK m. 672/II). Bu durumda doktrinde de söz konusu bu hükümde olduğu gibi kötüniyetli arazi malikinin; muhdesatı oluşturan iyiniyetli kişiye vermesi gereken tazminatın tam tazminat olacağı, yani iyiniyetli malzeme sahibinin uğradığı bütün zararlarını ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir¹⁰⁰.

- 95 YHGK, T. 16.5.2018, E. 2017/14-2264, K. 2018/1101, (www.kazanci.com, E.T.: 17.06.2019).
- 96 ERTAŞ, kn. 1661. Doktrindeki buradaki uygun tazminatın malzemenin ve yapıdaki emeğin değerine eşit bir meblağ olduğunu ifade eden benzer görüşler için bkz. EDİS, s. 312; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 497; SİRMEN, s. 389.
- 97 ATAAY, s. 99; ŞENOL, s. 97-98. İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında da bu tazminatın inşaat sebebiyle arazide meydana gelen artışın da dahil edilerek tüm inşaat maliyetlerini kapsayacağı ifade edilmiştir. Bkz. BGE 99 II 131, Er. 4c, (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2099131.html>, E.T.: 16.01.2019); BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, m. 672, kn. 9; MEIER-HAYOZ, m. 672, kn. 9; REY, kn. 490; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 672, kn. 3. Benzer yönde sadece malzemenin değil, emeğin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. SCHUMACHER, s. 167, kn. 491; ZELGER, s. 1265, kn. 17.
- 98 SEROZAN, *Başkasına Ait Arsaya İnşaat*, s. 806.
- 99 ATAAY, s. 101.
- 100 WIELAND, (Çev. İ. H. Karafakı), m. 672, s. 202; MEIER-HAYOZ, m. 672, kn. 21; REY, kn. 501; SCHUMACHER, s. 167, kn. 492; ZELGER, s. 1266-1267, kn. 20; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 672, kn. 5; HAAB Robert, *Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Art. 641-729 ZGB*, (Hrsg. Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer, Dieter Zobl), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 2. Auflage, Zürich, 1977, m. 671-673, kn. 25, ("ZK."); REY/STREBEL, *BSK*, m. 672, kn. 8, 11; SAYMEN Ferit H./ELBİR Halid K., *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 351; KÜLEY/ULUKUT, s. 42; ATAAY, s. 101-102; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 835-836; OĞUZMAN/SELİÇİ /OKTAY ÖZDEMİR, s. 497; KARAHASAN, s. 794; SİRMEN, s. 389-390; ŞENOL, s. 99; BELGE, s. 98.
- İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu durumda İsviçre Medeni Kanunu'nun 672'nci



Muhdesatı oluşturan kişinin kötüniyetli olması hali bakımından ise, hâkimin hükmedeceği miktarın, *bu malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyebileceğinden* söz edilmiştir. Bu değer, dava tarihi itibariyle, arazi maliki bakımından taşıdığı sübjektif olarak en az değer olduğu anlaşılmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nun 672'nci maddesinde ise, "*inşaatın arazi maliki için sahip olduğu asgari değer*" den söz edilmiştir. İlgili hükümde, bir malvarlığının diğer malvarlığı karşısında meydana gelmiş fazlalığının iadesi amaç edinildiğine göre bizim hukukumuzda da Mehaz kanuna uygun olarak malzemenin değil, inşaatın değeri esas alınmalıdır¹⁰¹. Ancak inşaatın bu değeri sübjektif esaslara göre belirlenecek bir değer olacağı için, arazi sahibine inşaat ne kadar kıymet kazandırdıysa bu kıymetin göz önünde tutulması gerekecektir¹⁰². Bu ihtimalde, oluşturulan muhdesatın arazinin kıymetinde bir artış meydana getirmesi gereklidir ve arazi sahibi de ancak sağlanan bu kıymet ölçüsünde bir tazminat vermekle yükümlü tutulabilecektir. Çünkü buradaki amaç inşaatı yapan kişinin uğradığı zararlarının tümünü karşılamak değildir¹⁰³. Dolayısıyla muhdesatın arazi malikinin malvarlığında bir artış meydana getirmediği; yani inşaatın taşınmaz maliki tarafından hiçbir değer arz etmediği, arazinin kıymetini hiç arttırmadığı durumlarda, arazi sahibinin muhdesatı oluşturana tazminat ödemesi söz konusu olmayacaktır¹⁰⁴. Hatta oluşturulan muhdesatın arazinin kıymetini düşürdüğü durumlarda, arazi sahibinin tazminat vermekle yükümlü tutulamayacağı, aksine kendisinin haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebileceği ifade edilebilir¹⁰⁵. Doktrinde, muhdesatı oluşturan kötüniyetli kişinin talep

maddesinin ikinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanabileceğini belirten kararı için bkz. BGE 82 II 283, Er. 3, s. 288, (www.swisslex.ch, E.T.: 16.01.2019).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, İsviçre Medeni Kanunu'nun 672'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki söz konusu tazminatı haksız fiilden kaynaklı tazminat olarak nitelendirdiği ve bu tazminatın da bu kapsamda belirlenmesi gerektiğini ifade ettiği kararı için bkz. BGE 99 II 131, Er. 6.a, s. 144, (www.swisslex.ch, E.T.: 16.01.2019). Aynı yönce bkz. REY/STREBEL, BSK, m. 672, kn. 8, 11. Buradaki tam tazminatın bazı durumlarda, en azından İsviçre Borçlar Kanunu'nun 374'üncü maddesine göre (TBK m. 481) takdir edilen bir ücret olması gerektiği yönünde bkz. SCHUMACHER, s. 168, kn. 492.

101 ATAAY, s. 100.

102 ZELGER, s. 1266, kn. 19; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 672, kn 6; KAYAOĞLU Ahmet Ziya, "*Arsa Üzerine İnşaat*", *Adalet Dergisi*, Y. 37, S. 12, 1946, s. 1300.

Doktrinde başka bir görüş ise, kötüniyetli inşaat yapanın isteyebileceği miktarın arsa sahibinin yapının arsayla bütünleştiği (tamamlandığı) andaki sübjektif zenginleşmesiyle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Bkz. SEROZAN, *Başkasına Ait Arsaya İnşaat*, s. 806.

103 KAYAOĞLU, s. 1300.

104 WIELAND, (Çev. İ. H. Karafakı), m. 672, s. 202; HAAB, *ZK.*, m. 671-673, kn. 25; MEIER-HAYOZ, m. 672, kn. 18; BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m. 672, kn. 14; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 672, kn 6; REY/STREBEL, BSK, m. 672, kn. 9; ATAAY, s. 101; KAYAOĞLU, s. 1300; ŞENOL, s. 102-103.

105 KAYAOĞLU, s. 1300; ŞENOL, s. 102-103.



edebileceği tazminatın kapsamının belirlenmesinde, harcadığı emeğin dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁶. Doktrindeki başka bir görüş de iyiniyet-kötüniyet ayrımı yapmaksızın muhdesatı oluşturan kişiye, taşınmazın satış tarihindeki muhdesat yapım değerinden (malzeme bedeli + harcanan emek/işçilik ücreti) o zamana kadarki yıpranma payı düşülerek kalan bedelin ödenmesi gerektiğini; muhdesatın iyi veya kötü niyetli yapılmış olmasına, muhdesatın arsa sahibine sağladığı yarara, kusur varsa ağırlık ve derecesine ve muhdesatın kullanılma süresine göre bu miktarın azalıp çoğalabileceğini, hâkimin bu hususu özgür bir şekilde hakkaniyet ve adalete uygun olarak takdir edeceğini ifade etmiştir¹⁰⁷. İsviçre hukuk doktrininde ve yargılamasında hem yapıyı yapan malzeme sahibinin hem de arazi sahibinin kötüniyetli olması halinde, yani yapıyı yapan kişinin kötüniyetinin yanında arazi sahibi de durumdan haberdar olup hareketsiz kalması halinde, yapıyı yapanın tazminat talebinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesinin (TBK m. 52) kıyasen uygulanmasıyla indirimle gidileceği ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Yargıtay'ın, bazı kararlarında, muhdesata ilişkin tazminat taleplerini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirdiğini daha önce belirtmiştik. Muhdesatı oluşturanın talep edeceği tazminatın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilecek bir miktar olduğu görüşüne sahip olan Yargıtay'a göre bu tazminat, satış tarihinde muhdesatın üzerinde bulunduğu taşınmazın (arazinin/arsanın) değerinde meydana getirdiği artış oranında olmalıdır. Buna göre, muhdesatlar yapılmamış olsaydı arazinin ne kadara satılacağı ile muhdesatlar dâhilken ne kadara satılacağı tespit edilip değerler oranlanacak; bu oran mevcut durumdaki satış bedeline uygulanması suretiyle elde edilecek fark bedel kadar arazi malikinin zenginleştiğinin kabul edilmesi gerekecektir¹⁰⁹.

106 ERTAŞ, kn. 1663. Sadece malzeme bedelinin talep edilebilir olduğunu, işçilik bedelinin talep edilmesinin söz konusu olmadığını belirten benzer yönde Yargıtay kararı için bkz. YHGK. T. 4.3.1979, E. 1-394, K. 9676, (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 498, dn. 950).

107 ÖZGÜR, s. 107. Burada hâkimin takdir yetkisinin bulunduğunu ifade eden başka bir görüş için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 498.

108 BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, m. 672, kn. 13; ZELGER, s. 1266, kn. 20; REY/STREBEL, BSK, m. 672, kn. 10; BGE 99 II 131, Er. 6. A, s. 144, (www.swisslex.ch, E.T.: 16.01.2019). Benzer yönde bkz. MEIER-HAYOZ, m. 672, kn. 19.

109 Yarg. 3. HD., T. 4.12.2018, E. 2016/19861, K. 2018/12317, (www.kazanci.com, E.T.: 17.05.2019). Ayrıca Yargıtay, bu kararında, her bir davalının sorumlu olduğu tutarın ayrı ayrı hesaplanması gerektiğine, müteselsil sorumlu oldukları yönünde hüküm tesis edilemeyeceğine de karar vermiştir.

Sebepsiz zenginleşmeyi hukuki dayanak olarak kabul eden Yargıtay, bir içtihadı birleştirme kararında da sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmesine ilişkin olarak, sebepsiz zenginleşme borçlusunun muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiğinin ileri sürülemeyeceğini; ekonomik yönden zenginleşme ve fakirleşmenin taşınmazın (olaya



Yargıtay, ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davasıyla ilgili kararlarında ise muhdesata ilişkin taleplere yönelik olarak; muhdesatın arazinin değerinde bir artış meydana getirmesi halinde, bu artışın belirlenmesi için dava tarihi itibarıyla arazinin ve muhdesatın değerlerinin ayrı ayrı tespit edileceğine; belirlenen bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değerinin bulunacağına; bulunan bu değer ne kadarının araziye, ne kadarının muhdesata isabet ettiğinin yüzdeler halinde oran kurulmak suretiyle belirleneceğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre, satış sonunda elde edilecek bedelin bölüştürülmesi de bu oranlar esas alınarak yapılacak; muhdesata isabet eden kısım muhdesat sahibi paydaşa, geri kalan bedel ise payları oranında paydaşlara (ortaklara) dağıtılacaktır:

“...Keşif sonrası tanzim edilen 09.06.2015 tarihli bilirkişi heyeti raporunda; arsa değerinin 71.500,00TL, bina değerinin 60.830,00TL, davalı C. D.’nin 313200/1544400 payına karşılık gelen arsa değerinin ise 14.500,00TL olarak tespit edildiği anlaşılmıştır. Muhdesat değeri hesaplanırken arsa (71.500,00TL) ve muhdesatın (60.830,00TL) değerleri toplanarak taşınmazın tüm değeri (132.330,00TL) bulunduktan sonra, bulunan bu değer ne kadarının arsa, ne kadarının muhdesata isabet ettiği yüzdeler (%) oran kurulmak suretiyle $(60.830TL \times 100 / 132.330TL = \% 45,968)$ belirlenmesi gerekirken; muhdesat değerine (60.830,00TL), davalı C. D.’nin arsa payına karşılık gelen değer (14.500,00TL) ilave edilerek, arsa ve muhdesat değeri toplamına oranlanarak $((60.830,00TL + 14.500,00TL) \times 100 / 132.330,00TL =) \% 56,926$ sonucuna ulaşılmaması doğru görülmemiştir. Ayrıca taşınmazın satışından elde edilecek bedelin muhdesat oranı doğrultusunda, öncelikle muhdesat sahibi davalıya ödenmesi, kalan bedelin payları oranında paydaşlara dağıtılmasına karar verilmesi gerekmektedir. ...”¹¹⁰

göre paylı mülkiyet olan bir taşınmaz olması sebebiyle) ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davası sebebiyle satışın gerçekleştiği anda meydana geleceğini belirtmiştir. Bkz. YİBGK, T. 22.2.1991, E. 1990/1, K. 1991/1, (www.kazanci.com, E.T.: 21.06.2019).

Ancak arsa üzerine yapılan muhdesatın o arsanın yapıldığı anda bütünleyici parçası olacağı ve arsanın malikinin mülkiyetine geçeceği çok açıktır. Yargıtay'ın kabulüyle mülkiyetin geçmesiyle arsa sahibinin sebepsiz zenginleştiği kabul edilecek olursa, sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği zamanın da muhdesatın yapıldığı zaman olarak kabul edilmesi yerinde olurdu. Aynı yönde bkz. ÖZGÜR, s. 107-108.

- 110 Yarg. 14. HD., T. 22.1.2019, E. 2016/4271, K. 2019/646, (www.kazanci.com, E.T.: 23.05.2019). Aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD., T. 4.2.2019, E. 2017/2487, K. 2018/12566; Yarg. 14. HD., T. 22.1.2019, E. 2016/4132, K. 2019/654, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 21.1.2019, E. 2016/3878, K. 2019/610; Yarg. 14. HD., T. 17.1.2019, E. 2016/3977, K. 2019/491; Yarg. 14. HD., T. 14.1.2019, E. 2016/3965, K. 2019/336, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Ayrıca bkz. KARAHACIOĞLU Ali Haydar, **Ortaklığın Giderilmesi (Şuyun İzalesi) Davaları**, 2. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara, 1985 s. 98.

Yargıtay'ın bu kararlarına bakıldığında, paydaşlardan birinin muhdesata ilişkin talebinin ancak iki halde dikkate alınacağı anlamı çıkmaktadır. Şöyle ki, muhdesata ilişkin olarak bir hesaplama yapılması ya muhdesatın bir kısım paydaşlara (ortaklara) ait olduğu konusunda



Görüleceği üzere, Yargıtay'ın oranlama yaparken, muhdesatın ve arazinin değerinin belirlenmesinde hangi anın esas alınması yönündeki tutumu; muhdesatın yapıldığı tarihteki değeri değil, dava tarihindeki değerinin esas alınması; satış bedelinden muhdesatı yapan paydaşa ödenecek miktarın muhdesatın meydana getirildiği tarihte bunun için harcanan parayla sınırlı olmayacağı yönündedir¹¹¹.

Yargıtay, ortaklığın giderilmesi davasına konu muhdesatla ilgili olarak başka bir kararında da, satış tarihi itibarıyla taşınmazın muhdesatla birlikte satılması halindeki gerçek sürüm değeri ile bu muhdesatlar olmaksızın yalın haliyle satılması durumundaki gerçek sürüm değeri arasında fark oluşması halinde, bunların birbirlerine oranlanması; bulunan oranın, ortaklığın giderilmesine ilişkin satış dosyasındaki satış bedeline uygulanarak muhdesatlar nedeniyle davalının zenginleştiği miktarın tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹². Yargıtay, kamulaştırma işlemi sırasında muhdesata ilişkin tespit ve alacağın hesaplandığı başka bir kararında da enkaz bedelinden söz etmektedir¹¹³. Yargıtay, muhdesatın bağ niteliğinde olması halinde de “bağ omcalarının (kütüklerinin) zeminde kapladığı alan belirlenerek arazinin kapama bağ niteliğinde kabulüyle gelir metoduna göre net bağ geliri esas alınarak değer biçildikten ve zemine ekilebilecek münavebe ürünlerinin net gelirine göre biçilen değer düşüldükten sonra muhdesat bedelinin tespitinin uygun olduğu”na karar vermiştir¹¹⁴.

tapuda şerh (doğru ifadeyle tapu kütüğünün beyanlar hanesinde kaydın) olması ya da bu hususta bütün paydaşların ittifak etmeleri halinde mümkün olacaktır. Bkz. “... Ancak muhdesatın bir kısım paydaşlara (ortaklara) ait olduğu konusunda tapuda şerh varsa veya bu hususta bütün paydaşlar ittifak ediyorlarsa ve muhdesat arzın değerinde bir artış meydana getiriyorsa bu artışın belirlenmesi için dava tarihi itibarıyla arzın ve muhdesatın değerleri ayrı ayrı tespit edilir. ... Somut olayda; dosyadaki bilgi ve belgelerden, davaya konu taşınmaz niteliğinin tapu kaydında iki katlı kargir ev ve arsa olarak tescil edildiği, taşınmaz üzerinde bulunan binanın davalılardan C. D..’ya ait olduğu yönünde tapu kaydında muhdesat şerhi bulunduğu anlaşılmıştır. ...”, Yarg. 14. HD., T. 22.1.2019, E. 2016/4271, K. 2019/646, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019). Aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD., T. 4.2.2019, E. 2017/2487, K. 2018/12566; Yarg. 14. HD., T. 22.1.2019, E. 2016/4132, K. 2019/654, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

111 Bkz. Yarg. 6. HD., T. 1.3.1988, E. 1987/12091, K. 1988/3026, (ÖZGÜR, s. 178); YİBGK, T. 22.2.1991, E. 1990/1, K. 1991/1, (www.kazanci.com, E.T.: 21.06.2019); Yarg. 6. HD., T. 25.10.1988, E. 1988/9044, K. 1988/15249, (ÖZGÜR, s. 172-173); YHGK., T. 24.4.1991, E. 1989/6-581, K. 1991/205, (ÖZGÜR, s. 173). Aynı yönde bkz. ERDOĞAN, s. 426-427.

112 Yarg. 8. HD., T. 8.6.2016, E. 14317, K. 9159, (ÖZKAN, m. 683-778, s. 4070-4072). Doktrinde bir görüş de paylı mülkiyette paydaş veya elbirliği mülkiyetinde taşınmaza elbirliğiyle malik olan kişilerden birinin yetkisiz olarak tek başına yapı yapması durumunda haksız inşaat hükümlerinin (TMK m. 722 vd.) değil, Türk Medeni Kanun’un paylı mülkiyete konu olan taşınmazın yönetimi ve ondan yararlanılmasından kaynaklanan bir sorun olarak değerlendirilip paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. TOPUZ, s. 261.

113 Yarg. 3. HD., T. 10.12.2018, E. 2018/2766, K. 2019/862, (www.kazanci.com, E.T.: 23.05.2019).

114 Yarg. 5. HD., T. 3.12.2018, E. 2018/1194, K. 2018/23000, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).



Bir kimsenin başkasının arazisinin üzerine yapı yapması ya da ağaç dikmesi durumunda, bu kişinin talebini hangi süre içinde ileri sürmesi gerektiği de ortaya konulması gereken başka bir meseledir. Kanaatimizce Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesine dayanan bu talebe ilişkin zamanaşımının ne olacağı konusunda bir boşluk bulunduğu açıktır.

Doktrindeki bir görüş, buradaki tazminatın sebepsiz zenginleşmeden doğan bir talep hakkı olduğunu ifade ederek sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki zamanaşımına tabi olacağını belirtmiştir¹¹⁵. Doktrinde başka bir görüş ise, Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesinden (MK m. 649) doğan tazminatın mahiyetinin sebepsiz zenginleşme niteliğinde olmadığını belirtmekle, her iki kurum arasında da bir malvarlığında diğer malvarlığı aleyhine meydana gelen fazlalığın belli sınırlar dâhilinde iadesi söz konusu olacağından aralarında bu açıdan bir yakınlık bulunması dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nun 776'ncı maddesindeki hükmün (MK m. 700) kıyasen uygulanmasıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun 82'nci maddesindeki (BK m. 66) sebepsiz zenginleşmeye dayalı zamanaşımı hükmünün burada uygulanmasının yerinde olacağını ifade etmiştir¹¹⁶. Bu görüşe göre, Türk Medeni Kanunu'nun 776'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, karışma ve birleşme sonucunda asıl şeyin malikinin malvarlığında meydana gelen fazlalık kanuna dayanmasına rağmen, tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakları saklı tutulması şeklindeki benzer bir ibareye 723'üncü madde bakımından yer verilmemesi kanun koyucunun ancak ihmali neticesinde gerçekleşen bir durum olabilir¹¹⁷. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, söz konusu tazminat talebi, yapıdaki değer artışının karşılığının ya da zararın istenmesine göre sebepsiz zenginleşme ya da haksız fiil zamanaşımına tabi olacaktır¹¹⁸. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay ise, Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesine (İMK m. 672) dayanan bu talebin zamanaşımı konusunda, kanaatimizce de yerinde olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri arasında düzenlenen zamanaşımına ilişkin

115 AKİPEK, *Mülkiyet*, s. 183.

116 ATAAY, s. 83-84.

Buradaki talebin sebepsiz zenginleşme karakterli bir talep olduğunu belirterek benzer yönde bkz. ŞENOL, s. 79, 104-105.

Gerektiğinde haksız fiil zamanaşımı hükümlerine de başvurulabileceğini belirleterek ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararına atıf yaparak (BGE 81 II 431 E. 3) benzer yönde bkz. BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m. 672, kn. 7; RUMO-JUNGO Alexandra/SCHMID Jörg/SCHNYDER Bernhard/TUOR Peter, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 13. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2009, § 100, kn. 18. Benzer yönde bkz. BGE 105 II 92 s. 95-96, Er. 3a; REY/STREBEL, BKZ, m. 672, kn. 4.

117 ATAAY, s. 83-84.

118 MEIER-HAYOZ, m. 672, kn. 7; SİRMEN, s. 390. Benzer yönde bkz. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 574.



hükmün (TBK m. 82/İMK m. 67) kıyas yoluyla uygulanmasının doğru olacağı görüşündedir¹¹⁹. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesine (İMK m. 672) dayanan bu talepte de sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi temeldeki bir zenginleşmenin geri verilmesi söz konusudur. Ayrıca hem Türk Medeni Kanunu'nun 723'üncü maddesine (İMK m. 672) dayanan talepte hem de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan talepte, düzenleme bakımından amaç, malvarlığı dengesini sağlamaktır.

Konuyla ilgili son olarak ifade etmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, İsviçre Medeni Kanunu'nun 672'nci maddesinin birinci fıkrasına göre talep edilecek tazminatın güvence altına alınabilmesi için, arazi malikinin rıza göstermesiyle arazinin mülkiyetini kazanacağına güvenerek inşaat yapan tazminat hakkı sahibine inşaatçı ipoteği hakkına kıyasen (İMK m. 837/I-3) kanuni bir ipotek hakkı tanınması gerektiği sonucuna varmıştır¹²⁰.

B. Muhdesatın Üzerinde Bulunduğu Taşınmazın Mülkiyetinin Devri

Türk Medeni Kanunu'nun 724'üncü maddesine göre, yapıyı yapan veya ağacı diken; yapının değerinin açıkça taşınmazın (arazinin/arsanın) değerinden fazla olması ve kendisinin iyiniyetli olması koşuluyla, uygun bir bedel ödemesi karşılığında arazinin/arsanın tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir. Dolayısıyla muhdesatı oluşturan kimsenin bu şartlar gerçekleştiği takdirde, kanundan kaynaklanan bir borç ilişkisi çerçevesinde, muhdesatın üzerinde bulunduğu arazinin tamamının ya da yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilme şeklinde şahsi bir hakkının bulunduğu ifade edilmelidir¹²¹. Ayrıca ifade edilmeli ki, muhdesatı

119 BGE 81 II 431, (relevancy:bger.ch, E.T.: 9.1.2020); Yarg. 13. HD., T. 24.12.1981, E. 7470, K. 8439, (ÖZ, s. 331-332).

120 BGE 134 III 147, Er. 4.1, s. 149, (https://www.swisslex.ch, E.T.: 1.12.2019). (Kararın çevirisi için ayrıca bkz. KAŞAK Fahri Erdem, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiyi Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanınmasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı", **Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2014, s. 1069-1072.).

Benzer yönde bkz. BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m. 672, kn. 6; BERCHTOLD Tamara, **Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts Und ein Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB**, Schulthess Juristische Medien AG, 2008, s. 50-51; SCHUMACHER, s. 171, kn. 499 ve s. 174, kn. 506; SCHMID Jörg/ HÜRLIMANN-KAUP Bettina, **Sachenrecht**, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2012, kn. 1706; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 672, kn. 3; REY/STREBEL, *BSK*, m. 671, kn. 4. Kararın eleştirisi için bkz. KOLLER, s. 510.

121 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 501; SUNGURBEY, *Nesnel Borç*, s. 312; SUNGURBEY, *Medeni Hukuk Sorunları*, s. 70 vd.; EDİS, s. 315; BELGE, s. 141-142. Benzer yönde bkz. ERÇOŞKUN ŞENOL, s. 54; ŞENOL, s. 108.



oluşturan kimsenin Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre muhdesatın kendisi tarafından oluşturulduğunu tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirmiş olması da bu talebin niteliğini değiştirmez. Bu kayıt, sadece onun için bir ispat kolaylığı sağlar. Doktrinde ayrıca, iyiniyetli kişinin Türk Medeni Kanunu'nun 724'üncü maddesine dayanarak mülkiyetin devrini istemini Türk Medeni Kanunu'nun 1010'uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi uyarınca, çekişmeli hakların korunması kapsamında mahkemeden alınacak bir tedbir kararı neticesinde tapu siciline şerh ettirebileceği de ifade edilmektedir¹²².

Muhdesatı oluşturan kişinin bu talebiyle ilgili olarak öncelikle ifade etmek gerekir ki, muhdesatı oluşturan kişi için mülkiyetin kendisine devrini talep etmek, bir hak olduğu gibi, aynı zamanda böyle bir sonucun doğması için gerçekleşmesi gereken bir koşuldur denilebilir. Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 724'üncü maddesinde tanınan ve kişisel bir hak niteliğinde olan bu hakkın, ilgili kişi veya onun külli halefleri tarafından, yapının yapıldığı veya ağaçların dikildiği tarihte arazinin maliki kim ise, ona veya onun külli haleflerine karşı ileri sürülebileceği de ifade edilmelidir¹²³. Dolayısıyla malikin, üzerinde muhdesat olan taşınmazını üçüncü kişiye satması halinde, muhdesatı oluşturan kişi, söz konusu bu cüz'i halefe karşı Türk Medeni Kanunu'nun 724'üncü maddesine göre bir talepte bulunamayacaktır. Böyle bir durumda, muhdesatı oluşturan kişinin taşınmazın önceki malikine karşı sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabileceği ifade edilebilir¹²⁴. Muhdesatı oluşturan kişinin, cüz'i halefe yani taşınmazın sonradan malik olan kişiye karşı bu hakkını ileri sürülebilmesi ise, ancak bu cüz'i halefin yapıyı yapan veya ağacı diken kişiyi bu haktan mahrum bırakmak amacıyla önceki malikle iş birliği içinde hareket etmesi halinde mümkün olabilecektir¹²⁵. Ancak İsviçre Hukuku'nda, cüz'i haleflerin de İsviçre Borçlar Kanunu'nun 62 ve devamı maddelerine (TBK m. 77 vd.) göre sorumlu tutulabileceğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır¹²⁶.

122 SUNGURBEY, *Nesnel Borç*, s. 309; SUNGURBEY, *Medeni Hukuk Sorunları*, s. 70; BELGE, s. 142.

123 BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m. 671, kn. 14; SCHMID, s. 162; ATAAY, s. 106-107; ACEMOĞLU Kevork, *Eşya Hukuku Meseleleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970, s. 159; ESMEYER, s. 123; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 263; ÖZKAN, *m. 683-778*, s. 4078; SEVİN Rauf, "Kendi Malzemesiyle Başkasının Arsasına Bina Yapan Levazım Sahibinin Hüsnüniyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1953, S. 5, s. 415-419. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD., T. 22.10.2014, E. 16235, K. 13856, (ÖZKAN, *m. 683-778*). Benzer yönde bkz. ERKAN, s. 460, 462, 463. Buradaki talebin şahsi bir talep olduğu yönünde benzer görüş için bkz. BERTAN, s. 614.

124 ACEMOĞLU, s. 159; ŞENOL, s. 108.

125 ERKAN, s. 463; ŞENOL, s. 108.

126 MEIER-HAYOZ, *m.671, kn. 20*; BERGER-STEINER/SCHMID, *OFK*, m. 671, kn. 14.



Muhdesatı oluşturanın bu yönde bir talebi ileri sürebilmesi için gerçekleşmesi gereken belli koşullar olduğu açıktır. Bunlardan ilki, *yapılan yapının veya dikilen ağaçların değerinin arazinin değerinden açıkça fazla olmasıdır*. Bu durumda, ilgili yapının/ağaçların ve arazinin/arsanın değeri, dava tarihine ve objektif esaslara göre belirlenmeli¹²⁷ ve yapının/ağaçların değeri ile arazinin/arsanın değeri aradaki fark ilk bakışta kolayca anlaşılır olmalıdır¹²⁸. Yapılan yapının üzerinde bulunduğu arazi/arsa, kalan araziden/arsadan ifraz edilebiliyorsa, sadece bu kısmın değeri, mümkün değilse, arazinin/arsanın tümünün değeri göz önünde bulundurularak tespit edilir¹²⁹. Ayrıca doktrinde, arazinin üzerinde yapı yapılmamış olan kısımlarının yapı yapmaya elverişli olup olmadığının; mevcut yapıdan sonra kalan yerlerin bir değer taşıyıp taşımadığının veya bu kısımların eskiye göre değerinde azalma olup olmadığının incelenmesinin de uygun olacağı ifade edilmiştir¹³⁰.

Hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, böyle bir talepte bulunabilmesi için gerçekleşmesi gereken bir diğer koşul da *muhdesatı oluşturan kişinin iyiniyetli olmasıdır*. Muhdesatı oluşturan kişinin böyle bir talepte bulunabilmesi için de yapıyı yapmaya başladığı veya ağacı dikmeye başladığı andan tamamlandığı ana kadar iyiniyetli olması gerekir¹³¹. Yapıyı yapan veya ağacı diken kişinin, bu amaçla kullandığı arazinin başkasının mülkiyetinde olduğunu bilmemesi, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermesine karşın bilebilecek durumda

127 WIELAND, (Çev. İ. H. Karafakı), m. 673, s. 203; ACEMOĞLU, s. 158; ATAAY, s. 103-104; BÜYÜKAY Yusuf, "Kendi Malzemesi ile Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaata İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./8506 K. Nolu Kararı Üzerine", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 3-4 (Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan), 2006, s. 431; EDİS, s. 314; KAYAOĞLU, s. 1295; ERKAN, s. 464-465; ŞENOL, s. 110. Dava tarihindeki rayiç değerinin esas alınması gerektiği yönünde bkz. ATAAY, s. 105; EDİS, s. 314.

128 WIELAND, (Çev. İ. H. Karafakı), m. 673, s. 203; ACEMOĞLU, s. 158; ATAAY, s. 103-104; BÜYÜKAY, s. 431; EDİS, s. 314; KAYAOĞLU, s. 1295; ERKAN, s. 464-465; ŞENOL, s. 110. Doktrindeki diğer bir görüş, farkın ilk bakışta kolayca anlaşılmasının bir öneminin olmaması gerektiğini, farkın bilinmesi için bir inceleme yapılmasının gerekeceği durumlarda da mülkiyetin devri talebinin dikkate alınabileceğini ifade etmiştir. Bkz. BELGE, s. 114.

129 BERTAN, s. 631; KÜLEY/ULUKUT, s. 31; ESMER, s. 125; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 575; BÜYÜKAY, s. 431-432; ERKAN, s. 465-466. Yapının değerinin, mutat malzeme, işçilik hatta malzemenin taşıma parasının birlikte hesap edilmesiyle yani yapının meydana getirilmesi için lüzumlu masrafların toponun dikkate alınmasıyla saptanacağı yönünde bkz. BERTAN, s. 630-631.

130 ATAAY, s. 104-105.

131 ACEMOĞLU, s. 156; ATAAY, s. 97; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 500; ERKAN, s. 468; ŞENOL, s. 115.

Doktrindeki başka bir görüş ise, buradaki iyiniyetin yapının bedelini arazinin bedelini geçtiği ana kadar var olmasını yeterli görmüştür. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 829; BELGE, s. 104.



olmaması veya yapıyı yapmakta haklı bir sebebinin olması hallerinde iyiniyetli olduğu kabul edilebilir¹³². Yargıtay, bir kararında, muhdesatı meydana getiren kişinin taşınmazı harici olarak satın alan kişi olması halinde, onun bu durumunun iyiniyetinin varlığına delil teşkil edeceğini kabul etmiştir¹³³. 14.12.1951 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde de muhdesatı oluşturan kişinin mülkiyetin kendisine devredilmesine yönelik açtığı davada, kişinin durumun özelliklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermediği açıksa artık iyiniyet iddiasında bulunması mümkün olmayacağından, iyiniyetli olmadığına karşı tarafça ispat edilmesine gerek olmayacağı; hâkimin bu durumu re'sen dikkate alacağı ifade edilmektedir¹³⁴. Yargıtay kararlarına bakıldığında; yapıyı arsa/arazi sahibinin rızası ve muvafakati olmadan yapan kişinin¹³⁵ ve kadastro yapılmış, kesinleşmiş bir yer üzerine, sınırları ihlal ederek inşaat yaptıran kişinin gerekli dikkati göstermemesinden dolayı¹³⁶ iyiniyetli sayılmayacağı ifade edildiği görülmektedir. Yargıtay'ın, müşterek mülkiyetin söz konusu olduğu bir arsa üzerine paydaşlardan birinin, diğer paydaşların rızası olmadan ve paylaşma gerçekleşmeden önce

132 ACEMOĞLU, s. 156; ATAAY, s. 109; KARAHASAN, s. 836; ARIK, s. 985; ERKAN, s. 467; Yarg. 14. HD., T. 9.2.2016, E. 12040, K. 1656, (ÖZKAN, m. 683-778, s. 4083-4086).

133 "Tapulu bir taşınmazın senetle de olsa harici satışı geçersiz ise de harici satış keyfiyeti, satın alanın muhdesat meydana getirmesinde iyiniyetinin delili olarak kabul edilmek gerekir. ...", YHGK, T. 3.5.1985, E. 1984/14-813, K. 1985/415, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

134 ARSEBÜK Esat, "Bir İçtihat Birleştirme Kararı Münasebetiyle", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, 1951, s. 760-764; ATAAY, s. 108-109; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 574; "... Bir hakkın doğumu için iyiniyet şart kılınan hallerde asıl olan onun vücududur. Hilafını iddia eden ispat ile mükelleftir. Kanunun bu açık olan hükmünde bir suretle ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak; Medeni Kanun'un üçüncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerince kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmemiş olmak itibarıyla kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak olan kimsenin; aslın hilafı kötünüyeti belirmiş durumdadır. İşte bu halde sabit ve mütehakkak olan kötünüyetin artık diğer tarafa ispat ettirilmesine sebep ve vecih kalmaz. Binaenaleyh tapuda davacı üzerine kayıtlı ve kadastroca sınırları ve miktarları da tespit edilmiş arsa üzerine mümanaata rağmen geceleyn şehir planına aykırı olarak yirmi küsur binayı yapmış olan levazım sahiplerinin kötünüyetini olayda arsa sahibine ispat ettirilmesi cihetine gidilmemiş ve hazineye ait zannıyla bina yaptıklarından kendilerine kötünüyet atfedilemeyeceği yolundaki savunmalarının iltifata değer görülmemiş olması bahis konusu ikinci fıkra hükmüne uygundur ve Medeni Kanunun altıncı maddesiyle usul hükümlerine de bir vechile aykırı değildir. Kendi levazımı ile başkasının arsasına bina yapmış olan levazım sahibi iyiniyetle hareket etmiş olduğu surette, Medeni Kanun'un 650 inci maddesi hükmünden faydalanabilir. Fakat kendilerinden beklenen ihtimam sarf edilmeksizin sahipli arsa üzerine geceleyn mene rağmen şehir planına aykırı binalar yapan levazım sahipleri kanunen iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durum beliren kimse kötünüyetlidir. Bu suretle levazım sahiplerinin gerçekleşen kötünüyetlerinin arsa sahibine ispat ettirilmesine mahal kalmaz. Vakıa ve karinelere anlaşılan bu durumu mahkemece resen nazara alınır. Ve buna mâni mevzuatımızda bir kayıt ve hüküm yoktur..." , YİBGK, T. 14.12.1951, E. 1949/17, K. 1951/1, (www.kazanci.com, E.T.: 16.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 26.11.2018, E. 2016/9104, K. 2018/8232, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

135 YHGK., T. 13.9.1961, E. 1961/95, K. 1961/37, (HAKSUN, s. 125).

136 Yarg. 1. HD., T. 12.4.1955, E. 1955/1757, K. 1955/2105, (HAKSUN, s. 125-126).



muhdesat meydana getirmesi halinde, Türk Medeni Kanunu'nun 722-724 hükümlerine dayanarak iyiniyet iddiasında bulunamayacağını belirten kararı da vardır¹³⁷.

Muhdesatın değerinin, üzerinde bulunduğu arazinin değerinden açıkça fazla olması ve iyiniyetli olması halinde, *yapıyı yapan veya ağacı diken (muhdesatı oluşturan) kişinin arazi malikine uygun bir bedel ödemesi koşuluyla* muhdesatın üzerinde bulunduğu arazinin mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep edebilmesi mümkün olacaktır. Görüldüğü üzere, mülkiyetin devrinin gerçekleşmesi muhdesatı oluşturan kişinin arazinin malikine uygun bir bedel ödemesi koşuluna bağlanmıştır. Bu uygun bedeli hâkimin takdir edeceği, bu hususta bir takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Bu bedel genellikle, yapının yapılması veya o miktardaki ağacın dikilmesi için gerekli olan arazi ölçüsünün dava tarihindeki gerçek değeri olarak kabul edilmektedir¹³⁸. Ancak arazinin bir kısmının ifraz edilerek devri gerçekleştirilecekse ve geri kalan kısmının bu ifraz nedeniyle değerinde eksilme oluşacaksa, bu husus ve buna bağlı başkaca zararlar da göz önünde bulundurulur ve taraflar arasındaki hak ve menfaat dengesi gözetilerek uygun bedel hesaplanmalıdır¹³⁹.

Muhdesatı oluşturanın bu talebinin ancak özel mülkiyete elverişli taşınmazlar bakımından mümkün olacağı da ifade edilmelidir¹⁴⁰. Ancak bazı durumlarda, söz konusu taşınmaz (arazi) her ne kadar özel mülkiyete konu bir taşınmaz (arazi) olsa da yapı yapmaya elverişli olmayabilir. Böyle bir durumun varlığında da taşınmazın üzerindeki yapının (muhdesatın) kaldırılması söz konusu olabileceğinden, üzerinde bulunduğu taşınmazın (arazinin) mülkiyetinin devri talebinde bulunmak mümkün olmayacaktır¹⁴¹. Aynı şekilde, ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı hallerde, kanuni

137 Bkz. Yarg. 1. HD., T. 18.4.1940, E. 2411, K. 921, (KÜLEY Muin M., **Toplu Mülkiyet**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1959, s. 53). Benzer kararlar için bkz. KÜLEY, s. 53-54. Aynı yönde bkz. KÜLEY/ULUKUT, s. 37-38; KÜLEY, s. 53; ERKUYUMCU Müfit, "Kanunu Medeninin 648, 649, 650'nci Maddeleri ve Tatbikat, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 7, S. 3-27, 1942, s. 480; N. GÜRSEL, s. 13-14. Hatta bu görüşe göre, iyiniyet iddiası, diğer paydaşların açık veya örtülü rızalarının bulunması halinde dinlenebilir. Bkz. KÜLEY/ULUKUT, s. 38; KÜLEY, s. 53. Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD., T. 9.6.1950, E. 1222, K. 2985; YHGK., T. 20.5.1952, E. 1-152, K. 78, (KÜLEY, s. 54).

138 ESMER, s. 125. Bu değer, taşınmazın hüküm tarihindeki rayiç değerini karşılaması gerektiği yönünde bkz. ACEMOĞLU, s. 158; ŞENOL, s. 117-118.

139 BERTAN, s. 631; ŞENOL, s. 118-119; Yarg. 14. HD., T. 22.01.2019, E. 2016/10180, K. 2019/668, (www.kazanci.com, E.T.: 16.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 26.11.2018, E. 2016/9104, K. 2018/8232, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

140 ATAAY, s. 111; ŞENOL, s. 33-40, 123.

141 ATAAY, s. 111-112.



süreler içinde ruhsata aykırılık olan yapıda bu aykırılık giderilmezse veya ruhsat alınmazsa ve yapının bu ruhsata uygunluğu sağlanmazsa, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan binanın İmar Kanunu'nun 32'nci maddesi çerçevesinde yıktırılması söz konusu olacağından artık böyle bir yapının üzerinde bulunduğu taşınmazın (arazinin) mülkiyetinin devri talebinde bulunmanın da mümkün olmayacağı ifade edilebilir. İmar Kanunu'nun 39'uncu maddesi çerçevesinde yıktırılmasına karar verilen yıkılacak derecede tehlikeli yapılar bakımından da aynı sonuca varmak gerekir.

Muhdesatı oluşturan kişinin mülkiyetin kendisine verilmesi talebinde bulunması için kanunda (TMK m. 724) herhangi bir süre belirtilmemiştir. Ancak doktrinde bir görüş, Türk Borçlar Kanunu'nun 146'ncı maddesindeki on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasının gerektiğini ifade etmiştir¹⁴². Kanaatimizce de kişinin kanundan kaynaklanan borç ilişkisi çerçevesinde doğmuş bulunan bu talebinin aynı zamanda onun bir alacak hakkı (mülkiyetin kendisine devredilmesi şeklindeki bir alacak hakkı) olduğunun kabulüyle bu görüş isabetlidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 146'maddesindeki on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasının gerektiğini belirten bu görüş, söz konusu bu sürenin başlangıç tarihi olarak da yapının tamamlandığı tarihi kabul etmiştir¹⁴³. Doktrindeki başka bir görüş ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 72'nci maddesindeki haksız fiile ilişkin veya 82'nci maddesindeki sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁴.

Muhdesatı oluşturan kişinin söz konusu hükme dayanarak mülkiyeti elde etmesinin ancak bu hususta hâkimin vereceği kararın kesinleşmesiyle mümkün olduğu ifade edilmelidir. Böyle bir durumda, tapuda tescil gerçekleşmemiş olsa dahi Türk Medeni Kanunu'nun 705'inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince hâkimin vereceği kararlar mülkiyet geçmiş olur¹⁴⁵. Bu yolla mülkiyeti kazanan kişi, Türk Medeni Kanunu'nun 716'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince de mahkeme kararına dayanarak tescili doğrudan doğruya yaptırabilir.

C. Muhdesatı Tapu Kütüğünün Beyanlar Hanesine Kaydettirme

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, bir kimsenin maliki olmadığı bir taşınmaz üzerinde oluşturduğu muhdesatın, kadastro tespiti sırasında, kadastro tutanağının ve tapu kütüğünün beyanlar hanesine, kendisi tarafından oluşturulduğunun

142 ATAAY, s. 108; ERKAN, s. 471-472.

143 ATAAY, s. 108.

144 ŞENOL, s. 126.

145 REY/STREBEL, BSK, m. 673, kn. 7; GÖKSU, *CHK HandK.*, m. 673, kn. 4; ATAAY, s. 113; ACEMOĞLU, s. 78; BERTAN, s. 632; ERKAN, s. 462-463.



kaydettirilmesine imkân tanıyan bir düzenleme bulunmaktadır. Hüküm aynen şu şekildedir: “*Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir.*” Söz konusu bu hükümle, taşınmaz üzerinde malikinden başka bir kimseye ait hakların güvence altına alınması, doğabilecek uyuşmazlıkların asgari düzeye indirilmesi amaçlanmıştır¹⁴⁶.

Hükümden anlaşılacağı üzere, böyle bir talepte bulunabilecek olan kişi; başkasına ait arazi üzerinde muhdesat oluşturan yani yapı yapan ya da ağaç diken bir kişi olmalıdır. Arazinin tek başına maliki olan bir kişinin bir yapı yapması veya ağaç dikmesi halinde söz konusu bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Ancak birden çok mülkiyet hali, değerlendirilmesi gereken bir husustur. Kanun hükmü bu hususta açıktır. Sadece paylı mülkiyet halinde paydaşlar bakımından bu imkânı tanımaktadır¹⁴⁷. Yargıtay da elbirliği mülkiyetinin varlığı halinde, maliklerden birinin oluşturduğu muhdesatın bu malik tarafından oluşturulduğunun, Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre muhdesat ile arazi malikinin başka kimseler olması gerektiği gerekçesiyle, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır¹⁴⁸. Kaldı ki, ilgili hükümde sadece

146 YHGK., T. 2.10.1991, E. 1991/16-311, K. 1991/450, (ÖZMEN/ÇORBALI, s. 803-805); DURMAN, s. 55. Bir görüşe göre, bu hükümle, muhdesatı oluşturan kişinin Türk Medeni Kanunu’nun 723, 724 ve 729’uncu maddelerinden doğan talep haklarının kaybolması önlenmiş olmaktadır. Bkz. SİRMEN, s. 159.

147 KILIÇ, s. 765-766; Yarg. 7. HD., T. 15.5.1971, E. 1971/3263, K. 1971/3435, (OZANALP, s. 586-587, n. 463).

3402 sayılı Kadastro Kanunu’ndan önce yürürlükte bulunan 766 sayılı Tapulama Kanunu’nun 40’inci maddesindeki “*Gayrimenkul üzerinde arzın malikinden başkasına ait muhdesat mevcut ise, muhdesatın cinsi ve ihdas tarihi tutanağın iktisap sebebi sütununda izah edilmek suretiyle muhdesatın sahibi tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir.*” şeklindeki hüküm açık olmasa da doktrinde, kanunun ilgili hükmünün ancak müşterek (paylı) mülkiyet halinde uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmiş; dayanak olarak da Yargıtay’ın Türk Medeni Kanunu’nun 724’üncü maddesini paylı mülkiyet halinde paydaşlar arasında uygulaması yönündeki kökleşmiş içtihadı (YHGK. T. 12.10.1955, E. 1955/1-73, K. 1955/171, (OZANALP, s. 585, n. 455) gösterilmişti. Bu görüşe göre, elbirliği mülkiyeti halinde muhdesatı oluşturan kimse arazinin malikinden başka bir kişi olmadığı için arazinin tümüne malik olan bu kişinin diğer maliklere göre başkası sayılması da mümkün olmayacaktı. Bkz. OZANALP, s. 581. Benzer yönde görüş için bkz. YARDIM, s. 276; ÖZMEN/ÇORBALI, s. 800; DURMAN, s. 55.

Türk Medeni Kanunu’nun 722 ve devamı hükümlerine başvurabilmek açısından ise birden çok mülkiyet halinin paylı ya da elbirliği şeklinde olması bir önem arz etmemektedir. Aynı yönde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 813; BÜYÜKAY, s. 423.

148 Yarg. 17. HD., T. 16.02.1994, E. 971, K. 1426, (KILIÇ, s. 792, n. 363); “... Uyuşmazlık, mirasçılardan «...» tarafından yapıldığı ileri sürülen muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesinin mümkün olup olmadığı konusundadır. ... İştirak halinde mülkiyette mirasçıların belirli payı yoktur. Bir başka anlatımla, mirasçılar birbirlerine karşı “başkası” durumunda değildir. Medeni

paydaşlardan söz edilmesiyle de kanunkoyucunun iradesinin bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay'ın elbirliği halinde malik olan mirasçılar arasındaki ortaklığın giderilmesi davaları bakımından, bu dava kapsamında muhdesata ilişkin olarak karar verilebilmesinin şartlarından biri olarak tapu kütüğünde muhdesata ilişkin beyanlar hanesinde kaydın bulunması gerekliliğini ifade etmesi¹⁴⁹ bu noktada eleştirilebilir. Ayrıca ifade edilmeli ki, muhdesata ilişkin olarak ilgili hükme göre talepte bulunabilecek olan kişilerin iyiniyet veya kötüniyet sahibi olmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü ilgili hükümde bu husus belirtilmemiştir. Muhdesatı oluşturan kişinin iyiniyetli olup olmamasının araştırılması ve değerlendirilmesi, yukarıda açıkladığımız gibi Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde talep edilecek bir hakkın varlığı sebebiyle açılacak olan davada söz konusu olabilir¹⁵⁰.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirme imkânına sahip olan kişiyle ilgili olarak, kanunun ilgili hükmünde (Kadastro Kanunu m. 19/II) yerinde olmayan şekilde “muhdesatın bir kimseye ait olması”ndan bahsedilmesi¹⁵¹, Yargıtay'ın da bu hususta yanlış sonuçlara varmasına ve çelişkili kararlar vermesine neden olmuştur. Şöyle ki, Yargıtay; bazı kararlarında, muhdesatla ilgili tapunun

Kanun'un 629. maddesi gereğince kural olarak muhdesat arzın mütemmim cüz'ü olup, taşınmazın malikine aittir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesi gereğince muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilebilmesi için taşınmaz ile muhdesatın başka kimselere ait olması gerekir. Muhdesatın maliki olan kişi iştirak halindeki mülkiyetin şerhlerinden olduğuna göre muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesine karar verilemez...”, Yarg. 16. HD., T. 30.9.1994, E. 1994/4462, K. 1994/9148; “...Muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilebilmesi için, arzın sahibinden başkasına ait olması gerekir. ...İştirak halinde mülkiyette mirasçılardan başka kişi olarak nitelendirmek mümkün olmadığından mahkemece muhdesata ilişkin şerhin kaldırılmasına karar verilmesi doğrudur. ...”, Yarg. 16. HD., T. 28.10.1994, E. 1994/5771, K. 1994/10167, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019); Yarg. 16. HD., T. 05.12.1994, E. 7268, K. 11267, (KILIÇ, s. 792, n. 363).

149 Yarg. 14. HD., T. 22.1.2019, E. 2016/4271, K. 2019/646; Yarg. 14. HD., T. 21.1.2019, E. 2016/3878, K. 2019/610, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019).

Yargıtay'ın, mirasçılardan birinin mirasbırakanın taşınmazı üzerinde bir muhdesat oluşturması halinde, bu kişinin başkası olarak nitelendirilememesi gerekçesiyle, Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesinin mümkün olmadığını belirten kararı için bkz. “... Bir başka anlatımla, mirasçılar birbirlerine karşı “başkası” durumunda değillerdir. ...3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesi gereğince muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilebilmesi için taşınmaz ile muhdesatın başka kimselere ait olması gerekir. Muhdesatın maliki olan kişi iştirak halindeki mülkiyetin şerhlerinden olduğuna göre muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesine karar verilemez. Kabule göre de muhdesat konusunda şahsi hak doğurur biçimde gösterme kararı verilmesi gerekir. ...”, Yarg. 16. HD., T. 30.9.1994, E. 1994/4462, K. 1994/9148, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

150 Yarg. 7. HD., T. 15.10.1976, E. 1976/2753, K. 1976/11896, (ÖZMEN/ÇORBALI, s. 816).

151 Yürürlükten kalkmış olan 766 sayılı 28.6.1966 tarihli Tapulama Kanunu'nun 40'inci maddesinde de benzer şekilde “muhdesatın sahibi” ifadesine yer verilmişti.



beyanlar hanesinde gösterilen kayıtlarla muhdesatın arzın mülkiyetine tabi olmayacağı; muhdesatın, asıl eşyanın malikinden başkasına ait olabileceği, tapudaki bu kayıtlarla, bu kişiye aynı bir hak sağlanacağı sonuçlarına varmıştır¹⁵²; bazı kararlarında ise, yerinde olarak, muhdesatın taşınmazın malikinden başka bir kimseye ait olamayacağını; başkasına ait bir taşınmaz üzerinde muhdesat oluşturan bir kimseden söz edileceğini vurgulamıştır¹⁵³. Dolayısıyla hem hükümdeki ifade tarzı hem de Yargıtay'ın ilk olarak belirttiğimiz kararlarında olduğu gibi varmış olduğu sonuç yerinde değildir. Çünkü kelime anlamı olarak önceden mevcut olmayan yeni bir durumun ihdas edilmesi olan muhdesatın, eşya hukuku bakımından, bir kimsenin kendisine ait olmayan bir taşınmaz (arazi/arsa) üzerinde geçici olmayacak şekilde meydana getirilmiş olduğu yapı veya diktığı fidan/ağaç (ekilmiş/dikilmiş bağ/bahçe) olarak tanımlandığını ifade etmiştik. Dolayısıyla nitelik olarak aslında bütünüyle parça niteliğinde olan muhdesatın arazinin/arsanın malikinden başka bir kimseye aitliğinden söz etmek mümkün değildir (TMK m. 684; m. 722). Dolayısıyla bu hükümde “*oluşturulan muhdesat*” ifadesine yer verilmesi ve Yargıtay'ın tutarlı şekilde davranarak bahsettiğimiz son kararlarında olduğu gibi bir tutum içinde olması kanaatimizce yerinde olacaktır¹⁵⁴.

Söz konusu bu hükmün uygulama alanıyla ilgili olarak da hükmün sadece kadastro tespiti sırasında uygulama alanı bulacağı ifade edilmelidir. Dolayısıyla kadastro tespitinden sonra meydana gelmiş bir muhdesat bakımından böyle bir imkân bulunmamaktadır¹⁵⁵. Bu hususta, aksi yönde bir görüş¹⁵⁶ bulunsa da Yargıtay da yerinde olarak, muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi imkânının sadece kadastro tespitinden önce meydana getirilmiş muhdesatlar bakımından var olduğu sonucuna varmıştır:

152 “...taşınmazlar üzerinde ...lehine muhdesat şerhleri bulunduğundan, arsa üzerinde yer alan konutların (muhdesatın) mülkiyetinin arzın mülkiyetine tâbi olduğundan söz edilemez. Bu durumda, meskeniyet iddiası ileri sürülen konutlar (binalar) borçluya ait olmayıp, üçüncü kişi «...»'a ait olduğuna göre, borçlunun bu taşınmazlar ile ilgili meskeniyet şikâyetinde bulunmasına yasal olarak imkân bulunmamaktadır. ...”, Yarg. 12. HD., T. 5.12.2018, E. 2018/9715, K. 2018/12891; Yarg. 14. HD., T. 5.4.2007, E. 2007/2759, K. 2007/3688, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

153 “... 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesinde, muhtesata ait hükümler düzenlenmiştir. ... bu istemi daha güvenceli bir duruma getirmek amacıyla muhtesatın ve muhtesatı meydana getiren kimsenin tutanağın beyanlar hanesinde gösterilmesi öngörülmüştür. ...”, YHGK, T. 8.3.2006, E. 2006/8-8, K. 2006/51, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019); Yarg. 20. HD., T. 9.4.2019, E. 2016/12261, K. 2019/2501, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

154 Aynı yönde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 406, dn. 2. Aksi yönde görüş için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 336, dn. 102.

155 AYAN Mehmet, **Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 313-314.

156 Bu görüş, kadastrodan sonra da meydana getirilen muhdesat bakımından, bunun tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesinde bir sakınca bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 406.



“...3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesiyle, muhdesatın beyanlar hanesinde gösterileceğine dair bir imkân getirilmiştir. Ancak; bu, kadastro tespitinde yerine getirilebilecek bir husustur. ...”¹⁵⁷.

“... Taraflar arasında taksim davasına konu taşınmaz üzerindeki binanın kadastro tespitinden sonra davacı tarafından yaptırıldığı mahkemece toplanıp değerlendirilen delillerle belirlenmiştir. Kadastro tespitinden sonra yapılan binaların muhdesat olarak tapu sicilinde gösterilmesi mümkün değildir. ...”¹⁵⁸.

Muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilebilmesi için üzerinde oluşturulduğu taşınmazın özel mülkiyete konu olabilecek bir yer olması gerektiği de ifade edilmelidir¹⁵⁹.

Sözünü ettiğimiz şartların gerçekleşmesi halinde, kadastro tutanağının iktisap sütununda muhdesatın niteliği, ihdas tarihi, beyanlar hanesinde de sahibinin ismi belirtilir. Beyanlar hanesinde yapılan bu belirleme, kadastro işlemi kesinleştikten sonra tapu kütüğünün beyanlar hanesine aynen işlenir. Bir taşınmaz üzerinde birden fazla kimsenin muhdesat oluşturması halinde de bunlar da ayrı ayrı birer harf altında gösterilir¹⁶⁰.

Görülebileceği üzere, Kadastro Kanunu'nun söz konusu bu hükmüyle muhdesatı oluşturan kişiye tanınan imkân, muhdesatı oluşturduğunun tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirme şeklindedir. Ancak Yargıtay, birçok kararında yerinde olmayarak, Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki bu hükmü lafzına aykırı şekilde yorumlayarak muhdesatın tapu kütüğüne şerh edilmesinden söz etmektedir:

“... taşınmazın tapu kaydının ... adına tespiti ile üzerinde ... tarafından inşa edilen evin beyanlar hanesinde ...'a ait olduğunun şerh edilmesine” karar verildiği, kadastro tespitinin 23.12.1972 tarihinde kesinleştiği, muhdesat şerhine konu taşınmazın yıkılmadığı da anlaşıldığından 3402 Sayılı Kanun'un 19. maddesi

157 Yarg. 14. HD., T. 8.2.1991, E. 1991/778, K. 1991/1224, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

158 Yarg. 7. HD., T. 10.10.2003, E. 2003/2354, K. 2003/2886, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019). Benzer yönde bkz. Yarg. 14. HD., T. 6.2.1990, E. 1989/7351, K. 1990/1225, (ÖZMEN/ÇORBALI, s. 808-809); Yarg. 14. HD., T. 8.4.2002, E. 2002/2435, K. 2002/2679, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019); Yarg. 8. HD., T. 26.6.2012, E. 6512, K. 6360, (ÖZKAN, m. 683-703, s. 419-422); Yarg. 7. HD., T. 30.1.2013, E. 8110, K. 623, (ÖZKAN Hasan, *Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Sınırlı Aynı Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, (Md. 779-1030), 5. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 4903-4905, (“m. 779-1030”); Yarg. 8. HD., T. 18.2.2016, E. 2115, K. 2645, (ÖZKAN, m. 779-1030, s. 4939-4940).

159 Yarg. 7. HD., T. 3.3.1973, E. 1973/1682, K. 1973/1526, (OZANALP, s. 587, n. 464); Yarg. 7. HD., T. 29.5.1973, E. 1973/4173, K. 1973/4497, (OZANALP, s. 587, n. 465); Yarg. 16. HD., T. 28.03.1991, E. 11485, K. 4580, (KILIÇ, s. 791, n. 362); Yarg. 16. HD., T. 05.12.1994, E. 7268, K. 11267, (KILIÇ, s. 790-791, n. 361); Yarg. 8. HD., T. 30.09.2004, E. 6122, K. 6222, (KILIÇ, s. 787, n. 357); OZANALP, s. 581; DURMAN, s. 55; AYAN, s. 314; KILIÇ, s. 767.

160 ÖZMEN/ÇORBALI, s. 799-800.



gereğince taşınmazın tapu kaydına konulan muhdesat şerhinin terkinine yönelik davanın reddi gerektiği; öte yandan, muhdesat şerhinin konulması ile ilgisi bulunmayan tapu müdürlüğüne husumet yöneltilemeyeceği düşünülmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, ...”¹⁶¹.

Yargıtay’ın isabetli şekilde tapunun beyanlar hanesinde gösterilmesinden bahsettiği kararları da vardır:

“... taşınmaz üzerindeki muhtesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesine karar verileceği yerde “tapuya kayıt ve tesciline” yolunda hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırıdır. ...”¹⁶².

“...ve üzerindeki muhdesatların ve kime ait olduklarının beyanlar hanesinde gösterilmesiyle yetinilmesi gerekirken, ...”¹⁶³.

“..., tespit sırasında da taşınmazın «...»ve «...» adına tespit edildiği, komisyon kararına karşı «...» ‘in dava açtığı, mahkemece taşınmaz üzerindeki zeytin ağaçlarının kim tarafından dikilip yetiştirildiği, cins ve yaşlarının 3402 Sayılı Kanun’un 19. maddesi hükmü uyarınca araştırılarak tutanağın beyanlar hanesine gösterilmesi gerekirken. ...”¹⁶⁴.

Ayrıca Yargıtay’ın muhdesatın tapuya şerhinin mümkün olmayacağını belirten açık kararları da bulunmaktadır:

“.... Dava, muhdesatın ve arsa payının tapuya şerh verilmesi istemine ilişkindir. Medeni Kanun’un 918, 919 ve 920 maddeleri ile Tapu Sicil Tüzüğü’nün 54- 58 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; Medeni Kanun’un 918 maddesinde belirtilen aynı haklar, 919. maddesinde sayılan şahsi haklar, 920. maddesindeki taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini sınırlayan işlemler ve muvakkat tescil hakkındaki işlemler tapuya şerh edilebilir. Bunların dışındaki bir hususun tapuya şerh edilmesi mümkün değildir. Dava konusu istem, bu haklardan olmadığı için verilen karar isabetli değildir. ...”¹⁶⁵.

Görüldüğü üzere, Yargıtay bu hususta da kendi içinde görüş birliğine varamamıştır. Kanaatimizce, muhtesatın tescili ve buna ilişkin şerh verilebilmesi mümkün değildir¹⁶⁶. Çünkü Türk Medeni Kanunu’nun 1008

161 Yarg. 14. HD., T. 15.1.2019, E. 2018/2600, K. 2019/361, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Benzer yönde bkz. Yarg. 14. HD., T. 16.1.2019, E. 2016/10827, K. 2019/437; Yarg. 16. HD., T. 27.12.2018, E. 2016/703, K. 2018/8376; Yarg. 16. HD., T. 27.12.2018, E. 2018/3905, K. 2018/8398; YHGK, T. 25.4.2018, E. 2017/16-2748, K. 2018/983, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019); Yarg. 14. HD., T. 16.1.2019, E. 2016/10827, K. 2019/437, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

162 Yarg. 16. HD., T. 29.1.2004, E. 2004/255, K. 2004/1268, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

163 Yarg. 16. HD., T. 6.12.2018, E. 2017/4298, K. 2018/7490, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

164 Yarg. 20. HD., T. 9.4.2019, E. 2016/12261, K. 2019/2501, (www.kazanci.com, E.T.: 21.05.2019).

165 Yarg. 14. HD., T. 8.4.2002 E. 2002/2435, K. 2002/2679, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019).

166 Nitekim Yargıtay da bütüncü parça niteliğindeki yapıların, ağaçların yerden ayrı şekilde tapuya tescil edilemeyeceğini bir kararında açıkça belirtmiştir. Bkz. “Bahis konusu olan ev



ve devamı maddelerinde tescil edilecek ve şerh edilecek haklar açıkça belirtilmiştir. Muhdesat, bunlar arasında yer almadığından, onun tapu kütüğüne tescil ve şerh edilmesine imkân yoktur. Ancak Türk Medeni Kanun'un beyanlarla ilgili 1012'nci maddesinin üçüncü fıkrasında özel kanun hükümlerinin saklı olacağı ifade edilmiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası karşısında, muhdesatla ilgili olarak tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmesine ilişkin özel bir kanun hükmünün bulunduğu açıktır. Ancak bu hükmün sadece kadastro tespitinde söz konusu olacağı unutulmamalıdır. Bu husus dışında, muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi de mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, kanunda açıkça "*beyanlar hanesinde gösterilmesinden*" bahsedilmesine rağmen, Yargıtay'ın bazı kararlarında muhdesatın şerhinden söz etmesi yerinde değildir.

Ayrıca ifade edilmeli ki, tapu kütüğünün taşınmazla ait beyanlar hanesindeki beyanlar hem tescillerden hem de şerhlerden farklıdır. Kütüğün beyanlar hanesinde yer verilen bir kayıt, kural olarak ne aynı bir hak kurar ne de şahsi bir hakkı kuvvetlendirmeye yarar¹⁶⁷. Beyanlar hanesinde yer verilen bu kayıt, bilgi açıklaması niteliğindedir. Böyle bir kayıt, taşınmazla ilgili bazı fiili veya hukuki durumlara ya da zaten var olan bazı haklara aleniyet sağlar¹⁶⁸. Ayrıca böyle bir kayda yer verilmemesi

ve samanhaneye, arsanın mütemmim cüzü olduğuna ve arsadan tecrit edilerek ayrıca mülahazasile bunların tapuya tesciline ve hüküm tertibine imkân yoktur.", Yarg. 1. HD., T. 15.11.1951, E. 1951/1292, E. 1951/4935, (OLGAÇ Senai/KARAHASAN Mustafa R., **Gayrimenkullerde Satış-Trampa-Bağışlama-Ölümceye Kadar Bakma Akidleri, Şu'fa-Vefa-İştira Hakları, Gayrimenkullerin Akid Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri**, İstanbul, 1964, s. 235, n. 75).

167 AYAN, s. 425; ANTALYA Gökhan/TOPUZ Murat, **Eşya Hukuku**, Cilt: IV/1, Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, kn. 2813.

168 AKİPEK, *Tapu Sicili*, s. 416; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 404; GÜRSOY Kemal Tahir, **Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 492; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 297-298; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 338; AYBAY Aydın/HATEMİ Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 102, kn. 78; SİRMEN, s. 221; ESENER/GÜVEN, s. 177; ZEVKLİLER Aydın/ERTAŞ Şeref/HAVUTÇU Ayşe/ACABEY M. Beşir/GÜRPINAR Damla, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 553; ÜNAL Mehmet/BAŞPINAR Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 368; AYAN, s. 425; ANTALYA/TOPUZ, kn. 2799, 2813.

Doktrinde, tapu sicilinin kamuya açıklığı sebebiyle kimsenin, beyanlar sütunundaki fiili durumu veya hukuki ilişkiyi bilmediğini iddia edemeyeceği; dolayısıyla beyanların bir hükmünün de üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmak olduğu; beyanlara gösterilen güvenin de korunmayacağı, çünkü kural olarak burada gösterilen hakların, tapu kütüğünde değil, onun dışında doğduğu; dolayısıyla beyanlarda gösterilen hususların iyiniyetle kazanımının da söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 298; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 338.

Doktrindeki, beyanlar hanesine yazılmamanın hakkı kaldırmayacağını, fakat tapu siciline iyiniyetle güvenmiş üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez hale sokacağını ifade eden diğer görüşler için bkz. AKİPEK, *Tapu Sicili*, s. 413, 416. Benzer yönde bkz. NOMER Halük Nami/



durumunda, kişinin hakkını hiçbir şekilde artık ispatlayamayacağı gibi bir sonuç çıkarılamaz. Söz konusu bu kişi, hakkını her zaman açacağı bir davayla ispatlayabilir. Muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmesi de fiili bir durumun tespiti niteliğindedir¹⁶⁹. Bu şekilde muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi, muhdesatı oluşturan kişiye aynı bir hak sağlamaz; bu kişinin muhdesata ilişkin kişisel bir hakkının bulunduğu delil teşkil eder; kişiye aleniyet ve kanıtlanma kolaylığı sağlar¹⁷⁰. Yargıtay'ın bu yönde, kanaatimizce yerinde kararları olduğu gibi¹⁷¹; isabetsiz şekilde, muhdesatın arzın mülkiyetine tabi olmayacağını, asıl eşyanın malikinden başkasına ait olabileceğini belirten;

ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicil, Rehin Hakları, Paylı Mülkiyet)**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 157-158, kn. 463; ESENER/GÜVEN, s. 177.

Doktrindeki, beyanlar hanesinde yer verilen bir beyanın, bilgi açıklaması niteliğinde olduğunu; iyiniyeti bertaraf ettiğini veya bu yazıma üçüncü kişinin haklı güveninin korunduğunu ifade eden başka bir görüş için bkz. AYBAY/HATEMİ, s. 102, kn. 78, 113, kn. 24. Doktrinde başka bir görüş de beyanları, ispat kolaylığı yaratan, beyan edilen husus hakkında iyiniyeti önleyen veya salt bilgilendirme amacı taşıyan beyanlar olarak üç grupta ele alınabileceğini belirtmiştir. Bkz. ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s. 553.

169 ERDOĞAN, s. 427-428; KILIÇ, s. 759; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 333; Yarg. 7. HD., T. 15.12.1964, E. 1964/6491, K. 1964/8159, (HAKSUN, s. 126); "...Dava konusu olan taşınmaz tapulamaca, davacı Hazine adına tespit edilmiş ve bu parsel üzerindeki muhdesatın davalıya ait olduğu kütüğün beyanları hanesinde gösterilmiştir. 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 40'ncü maddesi uyarınca kütüğün beyanlar hanesine muhdesatla ilgili olarak verilen şerh, bir fiili durumun tespitinden ibarettir. Şerh muhdesatın yer sahibinden başkasına aidiyetini göstermesi itibarıyla muhdesat sahibi yararına intifa veya irtifak hakkı gibi aynı bir hak doğurmaz, arz sahibinin mülkiyet hakkını kısıtlayan bir sonuç yaratmaz. ...", Yarg. 1. HD., T. 4.2.1974, E. 1973/806, K. 1974/622, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019); YHGK., T. 2.10.1991, E. 1991/16-311, K. 1991/450, (ÖZMEN/ÇORBALI, s. 803-805); Yarg. 14. HD., T. 22.11.2004, E. 4345, K. 8053, (KILIÇ, s. 788-789, n. 359).

170 OZANALP, s. 583; ERDOĞAN, s. 427-428; KILIÇ, s. 759; AYAN, s. 425; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 333.

171 "...kütüğün beyanlar hanesine muhdesatla ilgili olarak verilen şerh, bir fiili durumun tespitinden ibarettir. Şerh muhdesatın yer sahibinden başkasına aidiyetini göstermesi itibarıyla muhdesat sahibi yararına intifa veya irtifak hakkı gibi aynı bir hak doğurmaz, arz sahibinin mülkiyet hakkını kısıtlayan bir sonuç yaratmaz. ...", Yarg. 1. HD., T. 4.2.1974, E. 1973/806, K. 1974/622, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019); "...Muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi, MK.nun 919 ve 920. maddelerinde belirtilen şahsi ve aynı hakların şerh ve tescili niteliğinde değildir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun gerekçesinde belirtildiği üzere, muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi eylemi durumun belirtilmesi demek olup, muhdesat sahibi yararına sürekli ve aynı bir hak meydana getirmez. Beyanların işlevi eylemi ve hukuki durumu göstermek, aleniyet ve kanıtlanma kolaylığı sağlamaktır. ...", YHGK, T. 2.10.1991, E. 1991/16-311, K. 1991/450; "... 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesinde, muhtesata ait hükümler düzenlenmiştir. Başkasına ait bir taşınmaz üzerinde muhtesat meydana getiren kimse, taşınmaz malikine karşı tazminat veya alacak isteminde bulunabilir. İşte bu istemi daha güvenceli bir duruma getirmek amacıyla muhtesatın ve muhtesatı meydana getiren kimsenin tutanağın beyanlar hanesinde gösterilmesi öngörülmüştür. ...", YHGK, T. 8.3.2006, E. 2006/8-8, K. 2006/51, (www.kazanci.com, E.T.: 28.05.2019); Yarg. 8. HD., T. 26.6.2012, E. 6512, K. 6360, (ÖZKAN, m. 683-703, s. 419-422).

tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirilmesiyle, bu kişiye aynı bir hak sağlanacağını ifade eden kararları da vardır¹⁷². Yine Yargıtay bir kararında, yerinde olmayan şekilde, muhdesata ilişkin tapu kütüğünün beyanlar hanesinde muhdesatı oluşturan kişinin adının gösterilmesi durumunun lehine kayıt yapılan kişiye yararlanma hakkı şeklinde kişisel bir hak sağlayacağını ifade etmiştir¹⁷³. Hâlbuki daha önce de ifade ettiğimiz

172 “... taşınmazların tapuda, arsa vafında, borçlunun adına kayıtlı oldukları, tapu kayıtlarının şerh ve beyanlar hanesinde ise kargir evlerin «...»a ait olduğuna yönelik muhdesat şerhlerinin konulmuş olduğu görülmektedir. Açıklanan yasa maddesinde; kural olarak binanın mülkiyetinin, arzın (arsanın) mülkiyetine tâbi olduğu ve arzın maliki kim ise muhtesatın (binanın) malikinin de aynı kimse olduğu kabul edilmektedir. Ancak, taşınmazlar üzerinde ...lehine muhdesat şerhleri bulunduğundan, arsa üzerinde yer alan konutların (muhdesatın) mülkiyetinin arzın mülkiyetine tâbi olduğundan söz edilemez. Bu durumda, meskeniyet iddiası ileri sürülen konutlar (binalar) borçluya ait olmayıp, üçüncü kişi «...» ‘a ait olduğuna göre, borçlunun bu taşınmazlar ile ilgili meskeniyet şikayetinde bulunmasına yasal olarak inkân bulunmamaktadır. ...”, Yarg. 12. HD., T. 5.12.2018, E. 2018/9715, K. 2018/12891; “... Uygulamada kısa olarak “muhtesat şerhi” olarak bilinen bu şerh, mahkemece doğru olarak saptandığı üzere hak sahibi kişinin durumunu üçüncü kişilere duyurur. Ancak, bu tür bir şerh Türk Medeni Kanunu’nun 684. maddesine sınırlama getirerek muhtesat konusu ile arazinin bütünleşmesine engel olur. ...”, Yarg. 14. HD., T. 5.4.2007, E. 2007/2759, K. 2007/3688, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

173 “...Dava konusu zeytin ağaçları, kadastro tespiti sırasında 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 19. maddesi hükmü göz önünde tutularak beyanlar hanesinde gösterilmiştir. Beyanlar hanesinde gösterilen muhdesata ilişkin bu hak, kişisel hak niteliğinde olmakla birlikte, lehine kurulan kişi yönünden yararlanma hakkı sağlar” Hazine beyanlar hanesindeki şerhin silinmesini istemediğine göre, davacı ve diğer ortakların yararlanmasına karşı konulamaz. Mahkemece, bu açıklamalar göz önünde tutularak el atmanın önlenilmesine karar verilmesinde, yargılamanın devamı sırasında ıslah edilmek suretiyle işgal tazminatına dönüştürülen belirtilen yıllara ait tazminatın davacı lehine karar altına alınmasında yasaya aykırı bir yön görülmemiştir. ...”, Yarg. 8. HD., T. 8.5.2008, E. 2008/1994, K. 2008/2553, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

Yargıtay’ın muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi yoluyla hak sahibinin, muhdesatı araziden ayrı olarak kullanma ve kullanmaya karşı üçüncü kişilerin haksız el atması varsa bunun kaldırılmasını isteme yetkisinin olacağını belirten başka bir kararı için bkz. “...Mahkemece kayıt üzerindeki şerh muhtesat sahibinin kişisel hakkına aleniyet kazandırmak ve bu hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürme olanağı dışında bir hak bahşetmeyeceğinden dava reddedilmiştir. Kararı davacı temyiz etmiştir. Gerçekten, 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesi 2. bendine göre taşınmaz mal üzerinde maliki olanından bir başkasına veya paylı mülkiyete tabi ise paydaşlarından sadece birine ait muhtesat bulunması halinde muhtesat sahibinin muhtesatın ne olduğunun (cinsinin), iktisap sebebinin tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilme olanağı vardır. Bu tür bir hak zemin üzerindeki binanın yıkılması veya yanması gibi bazı sebeplerin ortaya çıkması sonucu muhtesat sahibinin hakkından vazgeçmesi ya da arazi malikinin muhtesat bedelini ödemesi halinde sona erer. Uygulamada kısa olarak “muhtesat şerhi” olarak bilinen bu şerh, mahkemece doğru olarak saptandığı üzere hak sahibi kişinin durumunu üçüncü kişilere duyurur. Ancak, bu tür bir şerh Türk Medeni Kanunu’nun 684. maddesine sınırlama getirerek muhtesat konusu ile arazinin bütünleşmesine engel olur ve muhtesat sahibine muhtesatı araziden ayrı olarak kullanma ve kullanmaya karşı üçüncü kişilerin haksız el atması varsa bunun kaldırılmasını isteme yetkisi tanır. Mahkemece soruna yapılan açıklama doğrultusunda yaklaşılarak, 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesi ile davacı yararlanma konulan şerhin davacıya muhtesat üzerinde haksız el atmaları kaldırma yetkisi tanıdığı düşünülüp, oluşan çekişme hakkında bir karar verilmesi yerine “muhtesat şerhinin” hukuki niteliğine yanlış anlam verilerek davanın reddedilmesi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir. ...”, Yarg. 14. HD., T. 5.4.2007, E. 2007/2759, K. 2007/3688, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).



gibi, beyanlar sütununa yazılan fiili veya hukuki ilişkiler böyle bir kayıt olmadan önce de vardır¹⁷⁴. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, beyanlar hanesinde yer verilen kayıtların sadece bildirici fonksiyonu vardır ve mevcut olan fiili veya hukuki durumu dışa yansıtır; bu hususta açıklık sağlar. Dolayısıyla Yargıtay'ın sözünü ettiğimiz son kararında olduğu gibi, muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesiyle kişinin muhdesat üzerinde şahsi bir hakka sahip olacağı söylenemez; kişi, bu imkânla, zaten sahip olduğu şahsi hakkının ileri sürülmesi açısından kanıtlanma kolaylığına sahip olacaktır. Yargıtay'ın son olarak belirttiğimiz kararında olduğu gibi aksini kabul edecek olursak; muhdesatı oluşturan kişinin, beyanlar hanesinde bulunan bir kaydın olmaması halinde hakkını hiçbir şekilde artık ispatlayamayacağı gibi bir sonuç çıkacaktır. Oysaki daha önce de ifade ettiğimiz gibi, muhdesatı oluşturan kişi, böyle bir kayıt olmasa da hakkını her zaman açacağı bir davayla ispatlayabilecektir¹⁷⁵. Ancak, doktrinde, muhdesatın kim tarafından meydana getirildiğinin itiraz veya dava yoluyla kadastro mahkemesinde incelendiği ve bu konuda kesin hüküm bulunduğu hallerde, artık bu konunun yeniden dava yoluyla incelenmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir¹⁷⁶.

Ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davaları bakımından, Yargıtay; mahkemenin, görülen davada, tapu kütüğünün beyanlar hanesindeki muhdesata ilişkin kaydın varlığını dikkate alması gerektiğini ve bu hususu gözeterek bir sonuca varması gerektiğini¹⁷⁷; tapu kütüğünde buna

Yargıtay'ın kullanım şerhinin verilmesini hatalı bulduğu bir kararı için bkz. "... Ancak, bozma ilamında da işaret edildiği gibi yapılan işlem tescil harici kalan taşınmazların 3402 Sayılı Kanun'un Geçici 8'inci maddesi uyarınca mülkiyetin belirlenmesine ilişkin ... çalışması olduğundan bu tür ... çalışmalarında ancak 3402 Sayılı Kanun'un 19'uncu maddesi uyarınca muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi mümkündür. ... çalışmaları sırasında çekişmeli taşınmazların beyanlar hanesine kullanım şerhi verilmiş olması hatalı olup davacı ... tarafından da beyanlar hanesindeki kullanıcı şerhinin terkinini istemiyle dava açıldığına göre, mahkemeye çekişmeli taşınmazların ... tutanaklarının beyanlar hanesinde yer alan "bu parsel ... oğlu ... kullanımındadır" şeklindeki şerhlerin terkinine karar verilmesi ve üzerindeki muhdesatların ve kime ait olduklarının beyanlar hanesinde gösterilmesiyle yetinilmesi gerekirken, ...", Yarg. 16. HD., T. 6.12.2018, E. 2017/4298, K. 2018/7490, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019).

174 Muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesiyle hak sahibine kişisel bir hak tanıyacağı yönünde görüş için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 336, dn. 102.

175 "Muhdesat şerhi eylemli durumun belirlenmesinden ibaret olup muhdesat sahibinin kişisel hakkının varlığını gösterir. Bu hakkın tapulama tespiti sırasında tapulama tutanağında ve sonra da kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesi hakkın niteliğine etkili değildir. Hakkın varlığı genel mahkemede her zaman ispat edilebilir. ...", Yarg. 1. HD., T. 6.3.1989, E. 1989/2007, K. 1989/2226, (www.kazanci.com, E.T.: 20.05.2019). Doktrinde bir görüş, böyle bir durumda, genel mahkemelerde açılacak dava hakkının 10 yıl ile sınırlı olduğunu ifade etmiş (Bkz. OZANALP, s. 583-584); başka bir görüş de Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasıyla, muhdesatı oluşturan kişinin Türk Medeni Kanunu'nun 723, 724 ve 729'uncu maddelerinden doğan talep haklarının kaybolmasının önlenmiş olacağını ifade etmiştir (Bkz. SİRMEN, s. 159).

176 OZANALP, s. 583.

177 Yarg. 6. HD., T. 25.10.1988, E. 1988/9044, K. 1988/15249, (ÖZGÜR, s. 172-173); Yarg. 14. HD.,



ilişkin bir kaydın bulunmaması halindeyse, tarafların görevli mahkemede buna ilişkin iddialarına yönelik bir dava açabileceklerini ve ortaklığın giderilmesi davası bakımından bu hususun bekletici mesele yapılacağını¹⁷⁸ belirtmiştir. Ancak Yargıtay başka bir kararında da paydaşlığın (ortaklığın) satış yoluyla giderilmesi davasında, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde bir kayıt ve paydaşlar arasında bir ittifak bulunmaması sebebiyle, arsanın muhdesatla birlikte satılması, satıştan gelen paranın paydaşlara payları oranında dağıtılması gerektiğini ve muhdesatı oluşturan kişilerin isterlerse daha sonra diğer paydaşlar aleyhine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava açabileceğini belirtmiştir¹⁷⁹.

SONUÇ

Kelime anlamı önceden mevcut olmayan yeni bir durumun ihdas edilmesi olan muhdesatın eşya hukuku bakımından anlamını ifade edebilmek için bu kavramın kanuni olarak düzenlendiği ve ilişkili olduğu hükümlerin neler olduğunu belirlemek gereklidir. Bu kapsamda,

-
- T. 22.1.2019, E. 2016/4271, K. 2019/646; "... Somut olayda; mahkemece davanın kabulüyle satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş ise de; 311 ada 2 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydındaki muhdesat bilgilerinde A ve B harfleri ile gösterilen kargir ev niteliğindeki taşınmazların kimlere ait olduğu ile ilgili muhdesat şerhi olmasına rağmen taşınmazın toplam bedeli üzerinden, bedelin ne kadarının arza ne kadarının muhdesatlara isabet ettiği yüzdellik oran kurulmak suretiyle gösterilip bu oranlar doğrultusunda bedelin dağıtılmasına karar verilmesi gerekirken, muhdesatlara ilişkin oranlama yapılmadığı görülmüştür. ...", Yarg. 14. HD., T. 21.1.2019, E. 2016/3878, K. 2019/610, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019). Aynı yönde bkz. ERDOĞAN, s. 426.
- 178 "...Somut olayda; inşaat bilirkişisi tarafından tanzim edilen 08.12.2015 tarihli raporda arsa değerinin 511.476,00TL tespit edildiği, arsa üzerinde bulunan yığma tek katlı ev, depo, baraka ve çevre duvarı değeri toplamının ise 34.199,28TL olduğu hesap edilmiş; anılan muhdesatların hangi ortağa ait olduğu yönünde raporda tespit yapılmadığı anlaşılmıştır. Yine davalılara çıkarılan ve dava dilekçesini içeren kapalı tebligatların üzerine, muhdesat iddialarını sunmaları yönünde şerh konulmadığı tespit edilmiştir. Davalılardan ... tarafından, temyiz dilekçesinde dava konusu taşınmaz üzerinde bulunan yapılar yönünden muhdesat iddiasında bulunduğu anlaşıldığından; yukarıda değinilen ilkeler gözetilmek suretiyle muhdesatın aidiyeti konusunda uyumsuzluk varsa, mahkemece görevli mahkemede dava açmak üzere davalılara HMK'nın 165. maddesi uyarınca uygun bir süre verilmeli, mahkemece verilen süre içerisinde dava açıldığı takdirde sonucu beklenmeli, açılmadığı takdirde o konuda uyumsuzluk yokmuş gibi davaya devam edilmelidir. Açıklanan bu nedenle kararın bozulması gerekmektedir. ...", Yarg. 14. HD., T. 17.1.2019, E. 2016/3977, K. 2019/491; Yarg. 14. HD., T. 12.12.2018, E. 2016/3460, K. 2018/8972; Yarg. 14. HD., T. 6.12.2018, E. 2016/3344, K. 2018/8698; "... Davacılar ile davalı tarafından taşınmaz üzerinde bulunan bütünüleyici parçalarda (muhdesatlarda) hak sahibi oldukları ileri sürülmüş olup tarafların bu hususta ittifak edip etmedikleri üzerinde durulmamış, ittifak etmiyorlarsa bu konuda taraflara dava açmak üzere süre verilmemiştir. ...", Yarg. 14. HD., T. 3.12.2018, E. 2018/2682, K. 2018/8505, (www.kazanci.com, E.T.: 24.05.2019).
- 179 Yarg. 6. HD., T. 6.4.1982, E. 1982/3673, K. 1982/3762, (ÖZGÜR, s. 184-185). Aynı yönde bkz. ERDOĞAN, s. 426. Yargıtay'ın, muhdesata ilişkin paydaşların hak sahibi olduğuna yönelik bir mahkeme kararının bulunması durumunda, ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davasında gerekli oranlamanın yapılarak paydaşlar arasında taksimin sağlanması gerektiğini, belirten başka bir kararı için bkz. YHGK, T. 30.12.1967, E. 6, K. 655, (ERDOĞAN, s. 428-429).



öncelikle ifade edilmeli ki Türk Medeni Kanunu'nda "muhdesat" ifadesine yer verilmemiştir. Ancak uygulama açısından çok kullanılan bu ifadeye 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun "Takyitler, sınırlı aynı haklar ve muhdesat" başlıklı 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer verildiği görülmektedir. Ancak ilgili hükümde muhdesattan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklık olmadığı için hükmün gerekçesi bu hususta yol gösterici olacaktır. Ayrıca Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinde bir muhdesat tanımına yer verilmiştir. Dolayısıyla, muhdesatı tanımlarken, Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin gerekçesi, gerekçesindeki kısa da olsa muhdesat tanımı, gerekçesinin Türk Medeni Kanunu'nun 723 ve devamı hükümlerine atfı ve Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. Tüm bu hususların göz önünde bulundurulmasıyla *muhdesat, bir taşınmaz (arazilarsa) üzerinde bu taşınmazın maliki olmayan bir kimse tarafından geçici olmayacak şekilde oluşturulmuş bütünleyici parça niteliğinde yapı ya da dikilen fidan/ağaç (ekilen bağ/dikilen bahçe) olarak tanımlanabilir.*

Doktrinde ve uygulamada, muhdesata ilişkin kavram karışıklığının bulunması; özellikle muhdesatın "bir arazinin malikinin dışında başkasına veya bir paydaşa ait yapı ve tesisler/bağ ve bahçe şeklinde dikili ağaçlar" şeklinde tanımlanması; muhdesatın aidiyeti adıyla davalar açılması, Kadastro Kanunu'nun muhdesatla ilgili 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün ifade tarzından kaynaklandığı söylenebilir. Şöyle ki, "Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir." hükmüyle muhdesatın hem üzerinde bulunduğu taşınmazın (arsanın/arazinin) malikinden başka bir kimseye ait olabileceği hem de bu kişilerin muhdesatın sahibi olabileceği kanısı uyandırılmıştır. Hatta bu konuda Yargıtay'ın bazı kararlarında, Kadastro Kanunu'nun ilgili hükmü gereği tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilen kayıtlarla muhdesatın; arzun mülkiyetine tabi olmayacağı, asıl eşyanın malikinden başkasına ait olabileceği, tapudaki bu kayıtlarla, bu kişiye aynı bir hak sağlanacağı sonuçlarına vardığı görülmüştür. Kanaatimizce nitelik olarak aslında bütünleyici parça niteliğinde olan (TMK m. 722) muhdesatın malikinin, üzerinde bulunduğu taşınmazın (arsanın/arazinin) malikinden başka bir kimse olması ve onun başka bir kimseye aitliğinden söz edilmesi yerinde değildir. Dolayısıyla Kadastro Kanunu'nun ilgili hükmünde "oluşturulan muhdesat" ifadesine yer verilmesi yerinde olacaktır.

Bu kapsamda muhdesatı oluşturan kişinin kim olacağı, açıklanması gereken bir konu olacaktır. Bu noktada, Türk Medeni Kanunu'nun 722'nci



ve devamı maddeleri ile Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası hükümleri bize yol gösterecek olsa da bu kişinin sadece kanunların lafzı göz önünde tutularak belirlenmesi yeterli olmayacaktır. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun yapı bakımından malzeme kullanan kişiden (m. 723, m. 724); fidan bakımından bunu diken kişiden (m. 729); Kadastro Kanunu'nun muhdesatın sahibinden söz etmesi bu hususun açıklığa kavuşturulmaya muhtaç olduğunu göstermektedir. Kanaatimizce muhdesatı oluşturan kişi, yani yapı yapan ya da fidan/ağaç diken kişi, bunları kendi emeğiyle bizzat yapan kişi olabileceği gibi, kendi işçilerini çalıştırıp yapının yapılmasını ya da fidanın dikilmesini sağlayan kişi de olabilir; hatta aralarındaki eser sözleşmesi gereğince bunu yapması için bir yükleniciyi yöneltten kişi de olabilir.

Muhdesatı oluşturan kişinin talepleri kapsamında da hukukumuz bakımından üzerinde bulunduğu taşınmaz (arsa/arazi) mülkiyetinden ayrı olarak bir muhdesat üzerinde, ayrı bir mülkiyet veya sınırlı aynı hak sahibi olunması mümkün olmadığı için muhdesatı oluşturan kişinin bu taleplerinin de aynı değil, şahsi bir hakka dayalı olabileceği öncelikle ifade edilmelidir.

Muhdesat kavramına her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiş olsa da aslında muhdesatı oluşturan kişilerin hak ve taleplerine ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu söylenebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 722'nci ve devamı maddelerinde bir kimsenin başkasının arazisinde kendi malzemesini kullanarak yapı yapması veya kendi fidanını kullanarak ağaç dikmesi (TMK m. 729 atfıyla) durumu düzenlenmiştir. Başkasının taşınmaz malı üzerinde muhdesat oluşturan kimseyi, kendi malzemesiyle başkasının arazisi üzerinde haksız inşaat yapan bir kimse olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Zaten Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde de muhdesatı oluşturan kişi ile üzerinde bulunduğu taşınmazın (arazinin/ arsanın) sahibi arasındaki ilişkinin Türk Medeni Kanunu'nun 723, 724 ve 729'uncu maddelerinde düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hükümlere göre, başkasının arazisinin üzerine yapı yapan veya fidan diken yani muhdesat oluşturan kişiye iki ayrı imkân tanındığı söylenebilir: Bunlardan biri, Kanunun 724'üncü maddesine göre, yapıyı yapanın veya ağacı dikenin; yapının değerinin açıkça arazinin değerinden fazla olması ve kendisinin iyiniyetli olması koşuluyla, uygun bir bedel ödemesi karşılığında arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilmesi; diğeri de Kanunun 723'üncü maddesine göre, arazi malikinden uygun bir tazminat talep edebilme hakkıdır. Ancak bu taleplerin, arazi malikinin malzemenin sökülerek



kaldırılmasını istemediği ya da şartları gerçekleşmediği için istenemediği hallerde söz konusu olacağı unutulmamalıdır.

Özellikle uygulamada ortaklığın (paydaşlığın) giderilmesi davaları kapsamında açılan tespit davaları da muhdesatı oluşturan kişinin talep edebileceği hukuki imkânlardan biri olarak düşünülebilir.

Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında muhdesatı oluşturan kişinin kadastro tespiti sırasında, muhdesatın kendisi tarafından oluşturulduğunun tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydettirebilme imkânı da bu kapsamda muhdesatı oluşturan kişinin talepleri arasında yer alabilir. Bu talep kapsamında önem arz eden bir husus da muhdesatın tapuya kaydının mümkün olup olmaması bakımındandır. Öncelikle ifade edilmeli ki, muhdesatın tapu kütüğüne tescili ve buna ilişkin şerh verilebilmesi mümkün değildir. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 1008 ve devamı maddelerinde tescil edilecek ve şerh edilecek haklar açıkça belirtilmiştir. Muhdesat, bunlar arasında yer almadığından, onun tapu kütüğüne tescil ve şerh edilmesine imkân yoktur. Ayrıca 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilmiş olan, muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi imkânı da ancak kadastro tespitinde söz konusu olan bir imkandır. Bunun dışında, muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi de mümkün değildir. Yani kadastro tespitinden sonra meydana gelmiş bir muhdesat bakımından böyle bir imkân bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bazı kararlarında muhdesatın şerhi ifadesine yer vermesi de Kadastro Kanunu'nda açıkça beyanlar hanesinde gösterilmesinden söz ederken yerinde değildir. Çünkü, tapu kütüğündeki taşınmazla ait beyanlar hanesindeki beyanlar hem tescillerden hem de şerhlerden farklıdır. Ayrıca kütüğün beyanlar hanesinde yer verilen bir kayıt, kural olarak ne aynı bir hak kurar ne de şahsi bir hakkı kuvvetlendirmeye yarar. Beyanlar hanesinde yer verilen kaydın fonksiyonu, taşınmazla ilgili bazı fiili veya hukuki durumlara ya da zaten var olan bazı haklara aleniyet sağlamaktır.

**KISALTMALAR**

Bkz.:	Bakınız
BSK:	Basler Kommentar (Basel Şerhi)
BGE/BGer:	Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
C.:	Cilt
Çev.:	Çeviren
dn.:	dipnot
E.:	Esas
Er.:	Erwägung (Kararın Değerlendirilmesi)
E.T.:	Erişim Tarihi
HandK.:	Handkommentar (Özet Şerh)
HD.:	Hukuk Dairesi
Hrsg.:	Herausgeber (Editör)
İBK:	İsviçre Borçlar Kanunu
İMK:	İsviçre Medeni Kanunu
K.:	Karar
kn.:	kenar numarası
m.:	madde
MK:	743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi
OFK:	Orell Füssli Kommentar (Orell Füssli Şerhi)
OR:	Das Schweizerische Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
s.:	sayfa
S.:	Sayı
T.:	Tarih
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TMK:	Türk Medeni Kanunu
vd.:	ve devamı
Y.:	Yıl
Yarg.:	Yargıtay
YHGK:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK:	Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
ZK.:	Zürcher Kommentar (Zürich Şerhi)



KAYNAKLAR

ACEMOĞLU Kevork, **Eşya Hukuku Meseleleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970.

AKİPEK Jale G., **Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, ("*Tapu Sicili*").

AKİPEK Jale G., **Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, İkinci Kitap, Mülkiyet**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, ("*Mülkiyet*").

AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

ANTALYA Gökhan/TOPUZ Murat, **Eşya Hukuku, Cilt: IV/1, Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin Yayıncılık**, Ankara, 2019.

ARSEBÜK Esat, "Bir İçtihat Birleştirme Kararı Münasebetiyle", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, 1951, s. 760-764.

ARIK Fikret, "Başkasının Arsası Üzerinde İnşaat ve Hüsnüniyet Meselesi", **Adliye Dergisi**, Y. 35, S. 12, 1944, s. 981-987.

ATAAY Aytakin M., **Kendi Malzemesiyle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat**, Baha Matbaası, İstanbul, 1959.

AYAN Mehmet, **Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

AYBAY Aydın/HATEMİ Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

BELGE Ayşe Merve, **Arazi Mülkiyetinin Maddi Kapsamı**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

BERBEROĞLU YENİPİNAR Filiz, **Harçlar, Yargılama, Adli Yardım, (Hukuk Mahkemeleri)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

BERCHTOLD Tamara, **Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts Und ein Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB**, Schulthess Juristische Medien AG, 2008.

BERGER-STEINER Isabelle/SCHMID Dominik, **OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, m. 667-679a**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Basel, Bern, Freiburg und Zürich, 2016, ("*OFK*").

BERTANSuad, **Ayni Haklar, Medeni Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. 1, MK 618-702**, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara, 1976.



BÜYÜKAY Yusuf, “Kendi Malzemesi ile Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaata İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./8506 K. Nolu Kararı Üzerine”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 3-4 (Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan), 2006, s. 419-432.

DURMAN Okay, **Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

EDİS Seyfullah, “Kendi Malzemesi ile Başkasının Taşınmazında İnşaat (Gecekondu Sorunu Dahil)”, **Medeni Kanununun 50. Yılı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 293-317.

ERCOŞKUN ŞENOL Hatice Kübra, “Hem Haksız Hem De Taşkın Yapı Niteliğindeki Yapılar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s. 19-61.

ERDOĞAN Celal, **Açıklamalı ve İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi ve Şu’fa Davaları**, Ankara, 1999.

EREN Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ERKAN Vehbi Umut, “Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63, S. 3, 2014, s. 449-478.

ERKUYUMCU Müfit, “Kanunu Medenin 648, 649, 650’nci Maddeleri ve Tatbikat”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 7, S. 3-27, 1942, s. 471-481.

ERTAŞ Şeref, **Eşya Hukuku**, 11. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2014.

ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ESMER Galip, **Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

GÖKSU Tarkan, **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB**, (Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2016, (“CHK HandK.”).

GÜRSEL Nurettin, **Gayrimenkul Mülkiyetine Tecavüz Ederek Kendi Levazımile Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımile Kendi Arsasına İnşaat Yapmak ve Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat**, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara, 1953.



GÜRSEL Mustafa, **Açıklamalı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ve Uygulaması**, Bilim Matbaası, Ankara, 1978.

GÜRSEL Mustafa/DÖNMEZ İrfan, **En Son İçtihatlarla-Notlu-İzahlı 766 Sayılı Tapulama Kanunu, Tatbikatı ve İlgili Mevzuat**, Hüsnütabiat Matbaası, İstanbul, 1965.

GÜRSOY Kemal Tahir, **Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

GÜRSOY Kemal T./EREN Fikret/CANSEL Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984.

GÜRZUMAR Fikri, **Kadastro Tapulama ve Tescil Müessesesi**, Örnek Matbaası, Ankara, 1956.

HAAB Robert, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB**, (Hrsg. Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer, Dieter Zobl), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 2. Auflage, Zürich, 1977, ("ZK.").

HAKSUN Necati, **Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Tapulama Kanunu ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 2. Baskı, Özdemir Basımevi, İstanbul, 1967.

İNAL Emrehan, "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması", **İUHFM**, C. LXX, S. 1, 2012, s. 245-276.

KARAHACIOĞLU Ali Haydar, **Ortaklığın Giderilmesi (Şuyuun İzalesi) Davaları**, 2. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara, 1985.

KARAHASAN Mustafa Reşit, **Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, Öğreti, Yargı, Kararları, İlgili Mevzuat**, 1. Cilt, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

KAŞAK Fahri Erdem, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Başkasının Arazisine Kendi Malzemesini Kullanarak İnşaat Yapan Kişiye Kanunî Bir İpotek Hakkı Tanınmasına İlişkin 06.12.2007 Tarihli (BGE 134 III 147) Kararı", **Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2014, s. 1069-1072.

KAYAOĞLU Ahmet Ziya, "Arsa Üzerine İnşaat", **Adalet Dergisi**, Y. 37, S. 12, 1946, s. 1288-1308.

KILIÇ Halil, **3402 Sayılı Kadastro Kanunu**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2006.

KOLLER Alfred, "Bundesgericht, II. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_160/2007/5A_161/2007 vom 6. Dezember 2007 (BGE 134 III 147)", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2009/4, s. 510.



KÜLEY Muin M., **Toplu Mülkiyet**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1959.

KÜLEY Muin M./ULUKUT Bülent, **Medeni Kanunda ve Tatbikatında Arsa Üzerine İnşaat Hükümleri**, Bilgi Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1955.

MARDİN Ebül'ulâ, "Ayni Haklarda Mütemmim Cüzü Telâkkisiyle Husule Gelen İnkılâp Hükümleri", **Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 801-832.

MEIER-HAYOZ Arthur, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 2. Teilband Artikel 655-679 ZGB**, Verlag Stämpfli & CIE, Bern, 1965.

NOMER Halûk Nami/ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicil, Rehin Hakları, Paylı Mülkiyet)**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

OLGAÇ Senai/KARAHASAN Mustafa R., **Gayrimenkullerde Satış-Trampa-Bağışlama-Ölünceye Kadar Bakma Akidleri, Şuf'a-Vefa-İştira Hakları, Gayrimenkullerin Akid Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri**, İstanbul, 1964.

OZANALP A. Nusret, **Tapulama Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ünal Matbaası, Ankara, 1976.

ÖZ Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlarla**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 87, İstanbul, 1990.

ÖZGÜR Yılmaz, **Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, 1995.

ÖZKAN Hasan, **Açıklamalı-İçtihatlı, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Mülkiyet, (TMY Md. 683-703)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, ("m. 683-703").

ÖZKAN Hasan, **Açıklamalı-İçtihatlı, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Zilyetlik ve Tapu Sicili, (TMY Md. 1007-1027)**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, ("m. 1007, 1027").

ÖZKAN Hasan, **Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Eşya Hukuku (Md. 683-778), 6. Cilt**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, ("m. 683-778").

ÖZKAN Hasan, **Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Sınırlı Ayni Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili, (Md. 779-1030), 5. Cilt**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, ("m. 779-1030").



ÖZMEN İhsan/ÇORBALI Halim, **3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

PIOTET Paul, İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) 671-673. Maddeleri Anlamında Başkasının Arsası Üzerindeki Haksız İnşaatta Kullanılan Malzemelerin Sahibi Kimdir?", (Çev. Mehmet Ünal), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 34, Y. 1977, S. 1, s. 233-252.

REİSOĞLU Safa, **Türk Eşya Hukuku, C. 1, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu-Tapulama Kanunu**, 7. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984.

REİSOĞLU Seza, **Sebepsiz Zenginleşme Davasının Genel Şartları**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.

REY Heinz, **Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007.

REY Heinz/STREBEL Lorenz, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB**, (Hrsg. Thomas Geiser, Stephan Wolf), Art. 664-712, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, (BSK).

RUMO-JUNGO Alexandra/SCHMID Jörg/SCHNYDER Bernhard/TUOR Peter, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 13. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2009.

SAYMEN Ferit H./ELBİR Halid K., **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.

SCHMID Jörg, "Einbau von eigenem Material auf fremdem Grund: unscheinbar, aber praktisch relevant", **Tagungsunterlagen Baurechtstagung 2019**, (Hrsg. Hubert Stöckli), Freiburg, 2019, s. 159-177.

SCHMID Jörg/HÜRLIMANN-KAUP Bettina, **Sachenrecht**, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2012.

SCHUMACHER Rainer, **Das Bauhandwerkerpfandrecht**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2008.

SEROZAN Rona, "Nisbi Hakların Güçlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XL, S. 1-4, 1974, s. 459-479.

SEROZAN Rona, "Başkasına Ait Arsaya İnşaat Yapan ve "Asla Bağlılık" Kuralı Uyarınca Bu İnşaatın Mülkiyetini Arsa Sahibine Kaptıran İnşaat Sahibi, Bu Sayede Arsa Sahibinin Sağladığı Değerin Karşılanmasını İsterken, Bu İstem Tutarı Yönünden Herhangi Bir Sınırlamaya Tabi Midir? (Yargıtay'ın 22.02.1991 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Üstüne Düşünceler)", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 65, S. 10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık 1991, s. 797-808, ("Başkasına Ait Arsaya İnşaat").



SEVİN Rauf, “Kendi Malzemesiyle Başkasının Arsasına Bina Yapan Levazım Sahibinin Hüsnüniyeti”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1953, S. 5, s. 414-416.

SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.

SUNGURBEY İsmet, “Başkasının Nesnesine Gider Yapan Elmenin ve Başkasının Arsasına Yapı Yapan Kimsenin Haklarının Niteliği; Özellikle Nesnel Borç Görüşününün Eleştirisi”, **İÜHF'nin 50. Yıl Armağanı, (Cumhuriyet Döneminde Hukuk)**, İstanbul, 1973, (“Nesnel Borç”).

SUNGURBEY İsmet, **Medeni Hukuk Sorunları, I. Cilt**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, (“Medeni Hukuk Sorunları”).

ŞENOL Hilal, **Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2015.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atillâ, **Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicil-Mülkiyet**, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

TOPUZ Murat, **Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ÜLGER Talat, **Medeni Kanun Karşısında Tapu Sicili**, Kanaat Matbaası, Ankara, 1944.

ÜNAL Mehmet/BAŞPINAR Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.

YARDIM Orhan, **Kadastro Kanunu Şerhi ve Örnek Kararlar (3402 Sayılı Yasa)**, Kadioğlu Matbaası, Kırıkkale, 1991.

WIELAND Carl, **Kanunu Medenide Aynı Haklar**, (Çev. İ. Hakkı Karafakı), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1946.

YÜCEL Özge, “Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 2, 2013, s. 539-563.

ZELGER Ulrich, **Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, ZGB 672**, (Hrsg. Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2016.

ZEVKLİLER Aydın/ERTAŞ Şeref/HAVUTÇU Ayşe/ACABEY M. Beşir/GÜRPINAR Damla, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.



YIKICI TEKNOLOJİLERİN BEDENSEL ZARARLARA ETKİLERİ

(*The Effects of Distrutive Technologies to Bodily Harms*)

Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT-YÜKSEL¹

ÖZ

Yıkıcı teknolojilerin hayatın her alanına olduğu gibi bedensel zararlara da hem olumlu hem olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bunların salt olumsuz etkilerine odaklanmak yerine olumlu etkilerinden faydalanmak, olumsuz etkilerinin farkında olmak ve teknolojiyi doğru yönetmek gerekmektedir. Teknolojiden doğru bir şekilde faydalanmaya yönelik akıllı toplum felsefesi olan Toplum 5.0'ın da odaklandığı nokta budur. Hukukun buradaki işlevi teknolojik ürünlerin üretim ve kullanım kuralları bakımından düzenleyici ve bunların kullanılması nedeniyle oluşan zararların giderilmesi bakımından etkin ve caydırıcı olmaktadır. Bunun için de hukukçular ve kanun koyucu tarafından teknolojinin ve olumlu ve olumsuz etkilerinin yakın olarak takip edilmesi gerekmektedir. Ayrıca toplumun teknolojik gelişmelere adapte olurken küçük yaşlardan itibaren teknolojinin doğru kullanımı hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Otonom araç, Mobil telefon, Robotik protez, Radyasyon, 5G.

ABSTRACT

Distrutive Technologies have positive and negative effects in the field of bodily damages as well as in all areas of life. Instead of focusing solely on the negative effects of these, it is necessary to benefit from its positive effects, to be aware of its negative effects and to manage the technology in a right way. This is the focus of Society 5.0, the smart community philosophy which is for the right use of technology. The function of the law here is to be regulative in terms of production and use policy of technologic

1 Dokuz Eylül Üniversitesi, Bilişim ve Teknolojileri Hukuku Doçenti, armaganbozkurt@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-5347-044X. Bu makale 1-2 Kasım 2019 tarihinde Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi'nde gerçekleşen, Türkiye Barolar Birliği, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Friedrich- Alexander Üniversitesi ve Kıbrıs Türk Barolar Birliği tarafından düzenlenen Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk Uluslararası Kongresi için yazılmış olan "Teknolojinin Bedensel Zararlara Etkisi" başlıklı bildirinin geliştirilmiş halidir. Yazar bu çalışma konusu hakkında kendisine fikir veren Sayın Av.Sema Uçakhan Güleç'e teşekkür eder. *This article is the enhanced version of the paper entitled "The Effect of Technology to Bodily Injuries" which has been written for the International Congress on Legal Responsibility for Physical Injuries held at International Cyprus University, organized by Turkish Bar Association, International Cyprus University, Alexander-Friedrich University and Cyprus Turkish Bar Association on November 1-2, 2019. The author would like to thank to Attorney Sema Uçakhan Güleç for inspiring the author to write on this subject.*

products and to be effective and deterrent in terms of eliminating the damages arised from their use. For this aim the jurists and the legislators should closely follow the technology and its positive and negative effects. Apart from this the society needs to be informed about the right way of using technology from early ages while adapting to the technological developments.

Keywords: Autonomous car, Mobile phone, Robotic prosthesis, Radiation, 5G.

I. GENEL OLARAK YIKICI TEKNOLOJİK GELİŞMELER ve BEDENSEL ZARARLARA ETKİSİ

İngilizce’de *disruptive technology* şeklinde ifade edilen yıkıcı teknoloji, tüketicilerin, sanayinin ve işletmelerin işleyiş şeklini önemli bir şekilde değiştiren teknoloji anlamına gelmektedir. Yıkıcı bir teknoloji, yerine geçtiği sistemleri veya alışkanlıkları yok eder, çünkü tanınabilir üstün özelliklere sahiptir.² Bunlara örnek olarak, yapay zekâ, nesnelerin İnterneti³, uzay kolonizasyonu, üç boyutlu yazıcılar, tıbbi yenilikler, yüksek hızda seyahat, robotbilim, blokzincir (*blockchain*) teknolojisi, otonom araçlar, gelişmiş artırılmış gerçeklik, yenilebilir enerji, 5G teknolojisi⁴ sayılabilir.⁵

Bu çalışmada etkileri üzerinde durulan teknolojiler yıkıcı teknolojiler arasından seçilmiştir. Çalışmada kullanılan teknoloji terimi ile kast edilen yıkıcı teknolojilerdir.

Teknolojinin insan hayatında daha çok yer edinmeye başlaması günlük işleri kolaylaştırmaktadır. Örneğin sadece bir akıllı telefon internet bağlantısı da varsa banka hesabını kontrol etmek, haritaya bakarak trafik ve yol durumunu kontrol etmek, e-posta ve mesaj göndermek, fotoğraf çekmek, not almak, ses kaydetmek, evinizdeki kameraya bağlanıp evin içini görmek, evdeki ısıtıcıyı açmak, elektronik asistan (ör. Alexa, Asista) ile konuşmak için yeterli olmaktadır. Teknolojik gelişmelerin bedensel zarara uğramış insanların hayatını kolaylaştırıcı etkisi bulunmaktadır. Örneğin üç boyutlu yazıcılarda organ basılabilmesi ve açık kaynak kodlu protez organlar bedensel zarara uğramış insanların kayıplarının yarattığı fiziksel zorlukları azaltmaya yöneliktir. Bununla birlikte teknolojik gelişmelerin

2 SMITH, Tim, “**Disruptive Technology**”, Yayınlanma tarihi, 19.11.2019, <https://www.investopedia.com/terms/d/disruptive-technology.asp> (Erişim 28.12.2019).

3 Nesnelerin İnternetinde internetin ilk harfi büyük yazılmaktadır. <https://grammarist.com/new-words/internet-of-things/> (Erişim 28.12.2019).

4 BRODSKY, Ira, “Why 5G Will be Disruptive”, **Computer World**, Yayınlanma tarihi 04.12.2018, <https://www.idginsiderpro.com/article/3326057/why-5g-will-be-disruptive.html> (Erişim 28.12.2019).

5 ÇAĞ, Derin, “**11 Amazing Examples of Disruptive Technology**”, <https://richtopia.com/emerging-technologies/11-disruptive-technology-examples> (Erişim 28.12.2019).



insan hayatını daha tehlikeli hale getirdiği ve bunun sonucu olarak bedensel zarar oluşturuucu etkisi de bulunmaktadır. Örneğin yollarda sürücüsüz şekilde dolaşan otonom araçların, gökyüzünde dolaşan insansız hava araçlarının, alev alabilen uçan kaykayların, patlayan elektronik sigaraların tehlike yaratması söz konusu olabilmektedir. Bu durum bedensel zararlara ilişkin olarak değişik hukuki sorunlar doğurmaktadır⁶.

Bu çalışmada öne çıkan bazı teknolojik gelişmelerin öncelikle bedensel zararlar bakımından olumlu yönlerine daha sonra olumsuz yönlerine değinilecek ve yeri geldikçe hukuki bakımdan durum değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. BEDENSEL ZARARLAR BAKIMINDAN OLUMLU ETKİSİ OLABİLECEK YIKICI TEKNOLOJİK GELİŞMELER

A. Robotik Teknolojisi (*Robotic Technology*)

Robotun tanımı bize göre sensörü ile çevresini algılayan, kısmen veya tamamen hareket edebilen, bir güç kaynağı ve zekâsı bulunan, yarı otonom veya tam otonom olarak çalışabilen, yeniden programlanabilen makine şeklindedir.

Bir makinenin robot olabilmesi için en azından bir tane sensörü bulunmalıdır. Robotun tanımında yer alan zekâ bir programcı tarafından robotun yapması gereken iş için programlanması anlamına gelmektedir⁷. Tam otonom robotlar insan müdahalesi ve yönetimi olmaksızın kendi kararlarını alarak görevini yerine getirebilmektedir. Yarı otonom robotlar ise bir operatörden komut almaktadır. Robotların bazıları hem kendisi karar alabilmekte hem de operatörün komutlarını yerine getirebilmektedir⁸.

1. Endüstriyel Robotlar (*Industrial Robots - Cobots*)

Robotlar gerek kişisel kullanımda gerekse endüstriyel kullanımda giderek daha fazla gündelik hayatın içinde yer alacaktır. Özellikle endüstriyel robotların ağır ve rutin işlerde insanların yerini alacağı öngörülmektedir. Örneğin otomotiv endüstrisi robotların en çok

6 ISMAIL, Nick, "New Technology's Impact on Personal Injury Law", Yayınlanma tarihi 02.05.2017, <https://www.information-age.com/new-technologies-impact-personal-injury-law-123465993/> (Erişim 18.09.2019).

7 BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, "Robot Hukuku", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 29, Ocak 2017, s.87-88; HUMBER, A.B./DESHMUKH, P.A./KADAM, M.S., "The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications", *International Journal of Research in Engineering & Technology*, Vol.2, Issue 2, Feb 2014, s.113-114; BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, *Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019, s.47.

8 BOZKURT-YÜKSEL, *Robot Hukuku*, s.85-87.

kullanıldığı alandır. Dördüncü Sanayi Devrimi'nin⁹ diğer adıyla Endüstri 4.0'ın bir bileşeni olan otonom robotlar en çok delme/matkap işleri, sabitleme/vidalama işleri, son kontrol işleri, kaynak işleri, boyama ve paketlenme işleri ve parçaların birleştirilmesi işlerinde kullanılmaktadır. İnsanlarla işbirliği içinde çalışabilen robotlara işbirlikçi robot anlamında ve *collaborative robot* kelimelerinin kısaltması olarak cobot denilmektedir. Bu robotlar insanlarla yanyana çalışabilmekte ve kameraları ve sensörleriyle işçilerin parçaları doğru birleştirip birleştirmede izleyebilmekte ve uyarı verebilmektedir¹⁰.

Robotik teknolojisindeki gelişmeler ve robotların endüstriyel üretimde kullanılması bedensel zararların azaltılması bakımından olumlu etkiye sahiptir. Örneğin ağır metal levhaların robotlar tarafından kaldırılması, işçilerin ağır kaldırma nedeniyle uğrayabileceği bedensel zararları azaltmaktadır. Yine robotların kaynak yapabilmesi, gözde oluşabilecek hasarlardan işçileri koruyacaktır. Robotların kesintisiz olarak ve belli bir ayarda vidalama yapabilmesi işçilerin rutin bir işi sürekli olarak yapmalarının ve monoton iş yapma nedeniyle içine girecekleri negatif psikolojik durumun önüne geçecektir. Robot kullanımı işçilerin monoton işlerde sürekli aynı kasları kullanmaları nedeniyle ortaya çıkabilecek örneğin sürekli eğilme ya da aynı şekilde durma nedeniyle uğrayabilecekleri bedensel zararları da azaltacaktır.

2. Robot Cerrahlar (*Robot Surgeons*)

Kişilerin yaşam bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal hastalıkların teşhisi, tedavisi veya henüz ortaya çıkmamış hastalıkların önlenmesi, tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastalığın hafifletilmesi, ilerlemesinin veya daha kötüye gitmesinin önlenmesi için kanunun yetkilendirdiği sağlık personeli tarafından tıp biliminin kuralları ve gereklerine uygun olarak insan vücuduna yönelik gerçekleştirilen

9 Endüstri 4.0 başka bir ifade ile Dördüncü Sanayi Devrimi terimiyle bilgisayar destekli sistemlerin fiziksel süreçleri izlediği, fiziksel dünyanın bir kopyasının oluşturulduğu ve kendi kendini organize eden mekanizmaların merkezi olmayan şekilde karar aldığı, geleceğin akıllı fabrikasını içeren teknolojiye dayalı üretim süreçleri ve değer zinciri boyunca birbirleriyle otonom olarak iletişimde bulunan cihazlar ifade edilmektedir. EUROPEAN PARLIAMENT DIRECTORATE GENERAL for INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT ECONOMIC and SCIENTIFIC POLICY A, **Industry 4.0, Study for the ITRE Committee 2016**, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/570007/IPOL_STU\(2016\)570007_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/570007/IPOL_STU(2016)570007_EN.pdf) (Erişim 14.02.2019), s.20; Endüstri 4.0 ile ilgili detaylı bilgi için bkz. BOZKURT-YÜKSEL, **Endüstri 4.0**, s.23 vd.

10 BOZKURT-YÜKSEL, **Endüstri 4.0**, s.49; BÉLANGER-BARRETTE, Mathieu, "What is a Cobot?", Yayınlanma tarihi 25.05.2015, <https://blog.robotiq.com/what-is-a-cobot>, (Erişim 02.10.2019).



faaliyetlere tıbbi müdahale denmektedir¹¹. Cerrahi müdahale¹² ise ilaçla veya başka bir tedavi yöntemiyle iyileştirilemeyen hastalıkların ameliyatla giderilmesi için başvurulan bir yöntemdir. Cerrahi müdahale de tıbbi müdahale içine girmektedir¹³.

Robot destekli cerrahi müdahale ilk defa 1985 yılında yapılmıştır. Son derece hassas bir nörolojik biyopsi alınmasında robotik kol kullanılmıştır. Daha sonraki gelişmeler sayesinde küçük bir kesi yapılarak esnek fiber optik kameralar sayesinde cerrahi müdahaleler yapılmaya başlanmıştır. Cerrahi müdahalede robotların kullanılması daha az kesi yapılmasını sağladığı için bedensel zararların azaltılmasında etkili olmaktadır. 2000 yılında Da Vinci Cerrahi Sistemi'ne Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (*U.S. Food and Drug Association-FDA*) genel laporoskopik cerrahide kullanılmak üzere onay vermiştir¹⁴. Da Vinci Cerrahi Sistemi cerrahın tüm el hareketlerini takip eden bir sistemdir ve cerrah ile aynı anda ve aynı şekilde ameliyatı yapmaktadır. Böylelikle titreme veya hata olmaksızın cerrahi müdahale yapılabilir. Kesi miktarı az olduğundan iyileşme süreci daha hızlı olmakta ve yara izi daha az kalmaktadır. Robotik cerrahi sistemleri sayesinde *telesurgery* denilen uzaktan ameliyat yapma imkânı da olmaktadır. Cerrahi müdahalelerde kullanılan robotlar hâlihazırda hekimin kontrolü altında kullanılmaktadır. Hekimin talimatları dışında işlem yapmamaktadır. Bununla birlikte gelecekte sistemin, makine öğrenmesi alanındaki gelişmeler neticesinde önceki ameliyat tekniklerini analiz eden yazılımlar sayesinde cerrahi robotların otonom olarak ameliyat yapılabilmesi ihtimali vardır¹⁵. Robotik cerrahi günümüzde özellikle nöroloji, üroloji, jinekoloji, göğüs kalp damar cerrahisi alanında kullanılmaktadır¹⁶.

- 11 KAYA, Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 100, s.48; OĞUZ, Fatma, "Robotik Cerrahi Müdahalelerde Meydana Gelen Malpraktis Sonucu Hukuki Sorumluluk", **Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar**, Editör Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.145.
- 12 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesinde, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik madde 3'te müdahale "*Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler*", şeklinde, cerrahî müdahale ise "*Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*", şeklinde tanımlanmıştır. RG.01.06.2005 T., 25832 S.
- 13 OĞUZ, s.149.
- 14 SAMADI, David B., "**History and the Future of Robotic Surgery**", <https://www.roboticoncology.com/history-of-robotic-surgery/> (Erişim 24.10.2019).
- 15 Fw:THINKING, "**Robot Surgeons are the Future of Medicine**", Yayınlanma tarihi 02.04.2014, https://www.youtube.com/watch?time_continue=243&v=vb79-_hGLkc (Erişim 03.10.2019); Makine öğrenmesi tekniği ve yapay zekâ hakkında geniş bilgi için bkz. BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, "Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s.585 vd.; BOZKURT-YÜKSEL, **Endüstri 4.0**, s.50 vd.
- 16 SAMADI.

3. Askeri Robotlar (*Military Robots*)

Robotik teknolojinin en çok kullanıldığı alanlardan biri de askeriye dir. Askeri robotlara örnek vermek gerekirse, silah ve/veya termal kamera taşıyabilen insansız hava araçları, kara mayınlarının tespitinde kullanılan robotlar, mühimmat taşıyan robotlar, otonom tanklar, otonom denizaltılar, yaralı askerleri savaş alanında kurtaran ve taşıyan robotlar sayılabilir. Askeri alanda robot kullanımının bedensel zararları azaltan bir etkisi olduğu söylenebilir. Örneğin kara mayınlarının tespitinde veya bomba imhasında robot kullanımı askerlerin bedensel zarara uğrama tehlikesini azaltmaktadır¹⁷. İnsansız hava araçları askeri operasyonlarda can kaybını ve yaralanma riskini azalttığından kullanılmaktadır¹⁸. İnsansız hava araçları lojistik destek için (ilaç ve mühimmat taşımada) askeri alanda kullanılabilir. Doğal afet durumunda örneğin depremde zarar gören yol varsa insansız hava araçları yardım malzemelerinin ve ilaçların taşınması bakımından elverişli olacaktır¹⁹.

B. Artırılmış Gerçeklik Teknolojisi (*Augmented Reality Technology*)

Artırılmış gerçeklik (*augmented reality*), insanın gerçek dünyada gördüğü görüntülerin üzerine bilgisayar tarafından oluşturulan bir görüntünün eklenmesine ilişkin teknolojidir. Bu sayede kullanıcı gerçek dünyada gördüklerinin üzerinde bilgisayar tarafından oluşturulmuş sesleri, görüntüleri ve metinleri görmektedir²⁰.

Artırılmış gerçeklik teknolojisi de Endüstri 4.0'ın bileşenleri kapsamında yer almaktadır. Bu itibarla robotlar ve insanların birlikte çalışmaları durumunda insanların robotların bir sonraki hareketini ve gücünü anlayabilmesi bakımından artırılmış gerçeklik teknolojisi yardımcı olmaktadır. Örneğin fabrika içinde ağır bir yük taşıyan robotun ya da herhangi bir metal parçayı kesecek olan robotun hareket yönünü bir ışıkla işaret etmesi etrafındaki işçilerin bunu görüp anlamalarını ve kendilerini buna göre konumlandırmalarını sağlayacaktır. Büyük parçaların kaldırılıp taşınmasında robotik kolların önceden ne yapacağını anlaşılmada artırılmış gerçeklik teknolojisi ile elde edilen

17 ISMAIL, Ahmed/ELMOGY, Mohammed/ELBAKRY, Hazem, "Landmines Detection Using Autonomous Robots: A Survey", *International Journal of Emerging Trends & Technology in Computer Science*, Volume 3, Issue 4, July-August 2014, s.183-187.

18 GRINDDRONE, "Pros and Cons of Military Drones", Yayınlanma tarihi 31.03.2018, <http://grinddrone.com/review/pros-and-cons-of-military-drones> (Erişim 09.10.2019).

19 KONAK, Ahmet/UYSAI, Tolga, "Drone'un Askeri Alanda Lojistik Destek Hizmetleri ve Geleceği", <https://medium.com/@ahmetkonak55/droneun-askeri-CC%87-alanda-loji-CC%87sti-CC%87k-destek-hi-CC%87zmetleri-CC%87-ve-gelece-CC%87-29eaf16f93bc> (Erişim 09.10.2019).

20 EMSPAK, Jesse, "What is Augmented Reality?", Yayınlanma tarihi 01.06.2018, <https://www.livescience.com/34843-augmented-reality.html> (Erişim 03.10.2019).



görseller kullanılabilir. Robotun herhangi bir görevi yerine getirirken ne derece kuvvet kullanıldığının artırılmış gerçeklik teknolojisi ile işçilere gösterilmesi işçinin robotun uyguladığı kuvveti anlaması ve kendi güvenliğini koruması bakımından önem taşımaktadır²¹. Artırılmış gerçeklik teknolojisi bedensel zarara uğrama tehlikesini ve dolayısıyla iş kazalarını azaltacaktır.

Artırılmış gerçeklik teknolojisinin tıp eğitiminde geleceğin cerrahlarının yetişmesinde kullanılması cerrahi müdahaleler sırasında kritik kararların alınmasında yardımcı olacaktır. Artırılmış gerçeklik destekli navigasyon sistemleri komplikasyon riskini azaltır ve ameliyat güvenliğini artırır²². Böylelikle hastaların ameliyat nedeniyle bedensel zarara uğrama ihtimalleri azalmaktadır²³.

C. Yapay Zekâ (*Artificial Intelligence*)

Yapay zekâ, doktrinde insanın doğal olarak sahip olduğu zekâ ile çözdüğü problemleri çözme becerisine sahip olan makine olarak tanımlanmaktadır²⁴. Bu tanım yapay zekânın çalışması için gerekli olan donanımı bir başka deyişle fiziksel varlığı olan makineyi ön plana çıkardığından bize göre yanıltıcı olabilir. Yapay zekâ bir bilgisayar programıdır; çalışabilmesi için bir donanıma ihtiyacı vardır. Buradaki makine kelimesi bu donanıma işaret etmektedir. Robot ise bir makinedir. Bazı durumlarda yapay zekâ donanıma gömülü olabilmekte, ondan ayrı olarak çalışmayabilmektedir. Ancak yine de yapay zekânın temelde bir yazılım, robotun ise onun bir alt kolu, cisim bulunduğu alanlardan biri olduğu ve bir makine olduğunu ifade etmek gerekir²⁵. Bu nedenlerle biz yapay zekâyı, insanların doğal olarak sahip oldukları zekâ ile çözdükleri problemleri çözme becericisine sahip yazılım şeklinde tanımlamak gerektiği düşüncesindeyiz.

Avukatlık ve hekimlik gibi araştırma gerektiren mesleklerde araştırma yapmak ve bunları analiz etmek için uzun zaman harcanabilmektedir. Örneğin bir avukatın elindeki dosyaya ilişkin daha önce verilmiş mahkeme kararlarını araştırması, bunları okuması analiz etmesi gerekmektedir. Mahkeme kararlarının bir yapay zekâ programı tarafından taranması ve raporlanması ise çok kısa sürede gerçekleşmektedir. Örneğin bir hukuk

21 BOZKURT-YÜKSEL, *Endüstri 4.0*, s.42.

22 <https://www.medicalaugmentedreality.org/> (Erişim 03.10.2019).

23 GENDRON, J., "The Future is Here: How the Military Uses Robots", Yayınlanma tarihi 10.04.2019, <https://www.robotshop.com/community/blog/show/the-future-is-here-how-the-military-uses-robots> (Erişim 05.10.2019).

24 McCARHTY, John, "What is Artificial Intelligence?", Yayınlanma tarihi 12.11.2007, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> (Erişim 11.01.2019).

25 BOZKURT-YÜKSEL, *Yapay Zekânın Buluşları*, s.592.

yazılımı olan ve Amerika Birleşik Devletleri'nde satışa çıkan Ross isimli yazılımda doğal dil işleme teknolojisi de kullanılmaktadır. Avukatın konuşma dilinde bilgisayara karara ihtiyaç duyduğu konuyu söylemesi üzerine bir saniye içinde bir milyon karar program tarafından taranarak tam olarak istenilen ifadeyi içeren karar kullanıcıya gösterilebilmektedir²⁶. Böylelikle avukatlar sürekli olarak aynı pozisyonda oturarak ekrana bakmak ya da kitaba bakmak durumunda kalmamakta, bu anlamda yazılımların bedensel zararları azaltan bir etkisi olmaktadır. Ayrıca tasarruf edilen zaman müvekkillere ayrılabilir.

Yapay zekâ özelliğini taşıyan yazılımlar tıp alanında teşhis koymada makine öğrenmesi tekniği sayesinde tıbbi görüntü analizi ve raporlama alanında radyologlara yardımcı olmaktadır. Örneğin metastaz olup olmadığının tespitinde kullanılabilir. Bu itibarla teknoloji uzun saatler aynı pozisyonda çalışan radyologların işlerini kolaylaştırmakta hem de hastaların daha hızlı hizmet almasına yardımcı olmaktadır²⁷.

D. Otonom Araçlar (*Autonomous Vehicles*)

İnsan yönetimi olmadan kendi kendine gidebilen otonom araçlara sürücüsüz araçlar, kendi kendine giden araçlar, robot araçlar veya otonom araçlar denilmektedir. Otonom araç/vasitanın tanımı, onu işletecek bir insanın aktif katılımı olmaksızın yapay zekâ, sensorlar ve kendi kendine gidebilmesi için dünya çapında (global) konum belirleme sistemini kullanan motorlu araçtır şeklinde yapılabilir. Otonom araçlar pek çok farklı teknolojinin birlikte kullanıldığı bir alandır. Örneğin GPS (*global positioning system*) denilen küresel konumlama sistemi sayesinde navigasyon sağlanmakta, çarpışmaların önlenmesi için sensorlar kullanılmakta, bazı araçlarda artırılmış gerçeklik ve yapay zekâ teknolojisi birlikte²⁸ de kullanılabilir²⁹.

Otonom araçların kullanılmasının trafik kazalarının ve trafik kazaları nedeniyle bedensel zararların azalması yönünde etkisi olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca ulaşımda insana bağlı hataların ortadan kalkması, engelli, yaşlı ve alkollü kişilerin de güvenli bir şekilde araç ile gidebilmesi

26 SILLS, Anthony, "Ross and Watson Tackle the Law", Yayınlanma tarihi 14.01.2016, <https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law/> (Erişim 04.10.2019).

27 HOSNY, Ahmed/PARMAR, Chintan/QUACKENBUSH, John/SCHWARZ, Lawrence H./AERTS, Hugo J.W.L., "Artificial Intelligence in Radiology", *Nature Reviews Cancer*, Yıl 2018, Sayı 18(8), s.500-510; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6268174/> (Erişim 04.10.2019).

28 US State of Nevada, Assembly Bill No. 511–Committee on Transportation, Section 8(b), https://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_EN.pdf (Erişim 05.12.2019).

29 TECHNOPEdia, "Autonomous Car", <https://www.techopedia.com/definition/30056/autonomous-car> (Erişim 04.10.2019).



otonom araçlar sayesinde mümkün olabilecektir³⁰. Otonom araçlar otomobil dışında kamyon veya tır şeklinde de üretilebilir³¹. Böylelikle, uzun yol tır şoförlerinin sürekli aynı pozisyonda çalışmak nedeniyle maruz kalabileceği bedensel zararların da önüne geçilebilir.

E. Nesnelerin İnterneti (*Internet of Things*)

Nesnelerin İnterneti, fiziksel nesnelerin merkezi olmayan bir ağ üzerinde birbiriyle bağlantılı olmasını ifade etmektedir³². Nesnelerin İnterneti teknolojisi Endüstri 4.0 kapsamında üretimde ve pek çok tüketici ürünüde kullanılmaktadır. Endüstri 4.0 için Amerika Birleşik Devletleri'nde Endüstriyel İnternet terimi kullanılmaktadır³³. Örneğin fabrikalarda üretimde kullanılan cihazlar nesnelerin İnterneti teknolojisiyle birbirine bağlanmaktadır. Böylelikle üretimde kullanılan tüm cihazlardan veri toplanmaktadır. Herhangi bir bantta veya cihazda arıza olduğunda, veri akışı durduğunda uyarı alınabilmektedir. Bu itibarla örneğin herhangi bir fabrikada işçinin bedensel zarara uğraması durumunda veya uğraması riski söz konusu olduğunda akıllı nesnelere/ cihazlar çalışmayı durdurabilir veya uyarı verebilir ya da merkeze haber verebilir.

Sağlık/spor takipçisi bilekliklerde, otonom araçlarda, beyaz eşyalarda da nesnelerin İnterneti teknolojisinin kullanıldığı görülmektedir. Sağlık alanında nesnelerin İnterneti teknolojisi içeren bir ürünün kullanımı durumunda örneğin bir sağlık/spor takipçisi bileklik kullanıcının tansiyonunu ölçebilir. Nesnelerin İnterneti teknolojisi içeren akıllı tıbbi cihazların kullanılması durumunda kalp krizi, şeker yükselmesi gibi toplanan anlık veriler akıllı telefon uygulaması ile bağlantılı olarak bir uzmana veya sağlık merkezine iletilebilir³⁴. Örneğin bir Alzheimer hastasının kolundaki nesnelerin İnterneti teknolojisi içeren bileklik

30 GOODMAN, Paul, "Advantages and Disadvantages of Driverless Cars", Yayınlanma tarihi 15.05.2019, <https://axleaddict.com/safety/Advantages-and-Disadvantages-of-Driverless-Cars> (Erişim 04.10.2019).

31 RAMIREZ, Vanessa Bates, "Driverless Electric Trucks Are Coming, and They'll Affect You More Than You Think", Yayınlanma tarihi 14.08.2019, <https://singularityhub.com/2019/08/14/driverless-electric-trucks-are-coming-and-theyll-affect-you-more-than-you-think/> (Erişim 04.10.2019).

32 BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, "Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2015, Cilt 17, Sayı 2, s.115 vd.; BOZKURT-YÜKSEL, *Endüstri 4.0*, s.34.

33 MAPI FOUNDATION, "The Internet of Things: Industrie 4.0 vs. the Industrial Internet", Yayınlanma tarihi 23.07.2015, <https://mapifoundation.org/economic/2015/7/23/the-internet-of-thingsindustrie-40-vs-the-industrial-internet> (Erişim 05.12.2019).

34 PEERBITS, "Internet of Things in Healthcare: Applications, Benefits, and Challenges", <https://www.peerbits.com/blog/internet-of-things-healthcare-applications-benefits-and-challenges.html> (Erişim 05.10.2019).

sayesinde hastanın yeri tespit edilebilir. Kendisi hakkında anlık veri toplanabilir. Herhangi bir düşmeye veya kazaya maruz kalması önlenemez. Bu itibarla yalnız ve yaşlı hastalar bakımından nesnelere İnterneti teknolojisi bedensel zararların azaltılması bakımından özellikle önem taşımaktadır.

F. Diğer Teknolojiler

Yukarıda sayılanlara ek olarak bedensel zarara uğramış kişilere yardımcı olabilecek başka teknolojiler de bulunmaktadır. Bunların öne çıkanlarından bazıları, akıllı ilaçlar, robotik protezler, biyoyazıcılar, görme engellilerin hayatını kolaylaştıran yazılımlar, beyindeki sinyalleri izlemeye yönelik teknoloji, konuşma sentezleyici yazılımlar ve giyilebilir teknoloji şeklinde sayılabilir. Bunun dışında etik olarak ve sağlık açısından gelecekte nasıl bir sonuç doğuracağı bilinemediğinden tartışmalı olmakla birlikte embriyodaki hastalık yapacak genlerin değiştirilmesi böylece hasta olmayacak bebeklerin doğması için teknoloji de mevcuttur³⁵.

1. Akıllı İlaçlar (*Smart Drugs*)

Akıllı ilaçlar bedensel zararların giderilmesinde yardımcı olarak kullanılabilir. Akıllı ilaç ile gelecekteki uygulamalar veya entegrasyon için kablosuz ağ üzerinden bağlanılabilen ilaçlar ifade edilmektedir. Bu ilaçlar aynı ağ üzerinden mobil telefona bağlanabilir, uygun doz için zamanlama aralığını ayarlayabilir ve telefon üzerinden uyarı verebilir³⁶. Örneğin ülkemizde Profesör Rana Nomak SANYAL'in geliştirdiği akıllı ilaç projesinde piyasada bulunan kanser ilaçları bir polimere kimyasal olarak bağlanmaktadır. Polimere vücutta gideceği hedef yazılmakta böylelikle biyolojik olarak varacağı adres belirlenmektedir. Akıllı hale gelen taşıyıcı sayesinde ilaç sadece tümör içine gitmektedir. Kanser

35 Çinli bilim insanı He Jiankui, 2018 Kasım ayında tüp bebek tedavisi yöntemiyle dünyaya gelen ikiz kız bebeklerin DNA'larını, CRISPR-Cas9 olarak bilinen bir teknolojiyle değiştirdiğini açıklamıştır. BBC, "Çin'de 'genetik tasarımlı bebek' soruşturması: Bilim insanı He Jiankui tek başına hareket etti", Yayınlanma tarihi 21.01.2019, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46945694> (Erişim 21.12.2019); Gen analizleri sadece embriyo aşamasında değil hayatın sonraki aşamalarında değişik nedenlerle de yapılabilmektedir. Konu hakkında bkz. YILDIRIM, Mehmet Fadıl, "Genetik Analizler ve Kişilik Haklarının Korunması – Özellikle Üçüncü Kişilerin Bilmeme Hakkının İhlali", **Ankara Barosu V.Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-2 Kasım 2013, Editörler Cahid Doğan/Pınar Aksoy-Gülaslan, Ankara Barosu, Ankara 2014, s.415-424; İnsan embriyosu üzerinde araştırmalar hakkında bkz. ÖZPINAR, Berna, "İnsan Embriyosu Üzerine Araştırmalar ve Hukuk", **Ankara Barosu, V.Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-2 Kasım 2013, Editörler Cahid Doğan/Pınar Aksoy-Gülaslan, Ankara Barosu, Ankara 2014, s.425-435.

36 ABDUL MINAAM, Daa Salama/ABD-ELFATTAH, Mohamad, "Smart Drugs: Improving Healthcare Using Smart Pill Box for Medicine Reminder and Monitoring System", **Future Computing and Informatics Journal**, No.3, Y.2018, s.443-444.



tedavisinde kullanılan ilaçlar kimyasal olarak modifiye edilerek hastaya verildiğinde ilaçlar sadece vücutta tümörün bulunduğu noktaya gitmekte ve orada aktif hale gelmektedir. Böylelikle vücuttaki sağlıklı hücreler zarar görmeden sadece kanser hücrelerinin yok edilmesi sağlanmaktadır. İlaça Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından insanlarda kullanılma izni verilmiştir³⁷.

Akıllı ilaçların kullanım alanına başka bir örnek olarak gastrointestinal/ sindirim sistemi ile ilgili rahatsızlıklar verilebilir. Kablosuz, yutulabilir bir hap basıncı, asit oranını ve sindirim sistemi içinde ısı oranını ölçerek bunu hastanın belinde kemerine takılı bir veri alıcısına iletmektedir. Daha sonra bir bilgisayara indirilen bu veriler uzman hekim tarafından analiz edilmektedir. Böylelikle geleneksel test yöntemlerinden daha kolay, radyasyona da maruz kalmadan ve daha az müdahaleci bir yöntemle hasta izlenebilmektedir³⁸.

2. Robotik Protezler (*Robotic Prothesis*)

Robotik protezler özellikle bedensel uzuvları zarar gören veya uzuvlarını kaybeden kişiler için yararlı olabilir. Robotik protezler konusunda çalışmalar her geçen gün gelişerek devam etmektedir. Beyin tarafından kontrol edilebilen robotik protezlerin üretilmesine çalışılmaktadır. Robotik protez, ampute uzvun yerine fiziksel görünümü korurken aynı zamanda kaybedilen duyu-motor fonksiyonlarını ileri düzey mekatronik ve akıllı sensörleri entegre ederek elde etmeye çalışma konusundaki araştırma alanıdır³⁹. Teknolojinin bu alandaki amaçları arasında kol veya bacak gibi uzuvlarını kaybetmiş kişilerin kullandıkları protezleri aracılığıyla uzuvlarını hissedebilmelerini sağlamaktır. Ampute maymunlar üzerinde yapılan çalışmalarda maymunların beyinlerine implant şeklinde elektrotlar konarak robotik protezlerini kontrol etmelerini sağlamak

37 ERGU, Elif, "Türkiye'de Kanser İlacı Geliştirildi", **Hürriyet**, Yayınlanma tarihi 09.12.2018, <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/turkiyede-kanser-ilaci-gelistirdi-41044630> (Erişim 25.10.2019); Böyle bir özelliği olan ilaç bize göre kişinin hastalığa bağlı olarak ilaç kullanımında zarar riskinin önlenmesi için akıllı ilaç kullanımına uygundur. Akıllı ilaç kullanımı hakkında bkz. ÖZEL, Çağlar/ÖZCAN-BÜYÜKTANIR, Burcu G., "Akıllı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", **İÜHFİM**, Y.2008, C.LXVI, S.2, s.331; İlacın teknik özelliklerini bilen bir hekim hastasını da bu konuda bilgilendirir. AKKANAT, Halil, "İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta-Hekim-Üretici İlişkileri", **İlaç Hukuku - I.Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, Editörler Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2009, s.81.

38 GASTROPARESIS PATIENT ASSOCIATION, "**SmartPill**", <https://www.g-pact.org/gastroparesis/testing/smartpill> (Erişim 05.10.2019).

39 GOPURA, Ruwan/KIGUCHI, Kazuo/MANN, George/TORRICELLI, Diego, "Robotic Prosthetic Limbs", **Journal of Robotics**, Volume 2018, s.1, <http://downloads.hindawi.com/journals/jr/2018/1085980.pdf> (Erişim 06.12.2019).

üzere deneyler yapılmaktadır⁴⁰. İlk kez Ocak 2013 tarihinde İsveç'te kolu olmayan bir kişiye kemik, sinir ve kaslarla doğrudan bağlantılı bir protez kol takılmıştır. Hastaya takılan yapay kol doğrudan iskelete tutturulmuş, böylece mekanik stabilite sağlanmıştır. Daha sonra, insanın sinir ve kasları olan biyolojik kontrol sisteminin, nöromüsküler elektrotlar aracılığıyla makinenin kontrol sistemine arabağlantısı sağlanmıştır. Böylelikle, vücut ile makine arasında bir birlik yaratılmıştır. Bir başka deyişle biyoloji ve mekatronik birleştirilmiştir⁴¹.

3. Biyoyazıcılar (*Bioprinters*)

Üç boyutlu yazıcılar, nesnelerin üretilmesine yarayan üç boyutlu baskı yapabilen yazıcılardır. Yazıcı (*printer*) kâğıt üzerine yazıları yazan cihaz olarak bilinmektedir. Üç boyutlu yazıcılar ise üç boyutlu olarak üretim yapmaktadır. Yazıcının kullanılan malzeme ile yazması/çalışması sonucunda ortaya üç boyutlu bir sonuç çıkmaktadır. Bu nedenle üç boyutlu yazıcı ile ifade edilen aslında üç boyutlu baskı yapabilen bir başka deyişle katmanlı üretim yapabilen makine/yazıcıdır⁴². Biyoyazıcı (*bioprinter*) ise biyobasım (*bioprinting*) yapabilen yazıcıdır. Biyoyazıcılarda hücreler ve büyüme faktörleri gibi biyomalzemeler, doğal dokuları taklit eden dokuya benzer yapılar oluşturmak için katmanlı üretim süreciyle birleştirilmektedir⁴³.

Biyoyazıcılarda üç boyutlu baskı teknolojisi kullanılarak basılan organlar, özellikle organ transplantasyonu için bekleyen kişiler bakımından

40 McFADDEN, Christopher, "13 Prosthetic Arms and Legs and More That Appear to have Come from the Future", **Interesting Engineering**, Yayınlanma tarihi 04.08.2018, <https://interestingengineering.com/13-prosthetic-arms-and-legs-and-more-that-appear-to-have-come-from-the-future> (Erişim 05.10.2019); Vücut fonksiyonları teknolojik aygıtlarla desteklenmiş veya kontrol edilen insanlar (sayborg/cyborg) hakkında detaylı bilgi için bkz. BOZKURT-YÜKSEL, **Robot Hukuku**, s.93; Açık kaynak kodlu biyonik bacak projesi hakkında bkz. MICHIGAN ENGINEERING, "**About the Open-Source Bionic Leg Project**", <https://opensourceleg.com/about/> (Erişim 09.10.2019); Türkiye'de özellikle çocuklar için üç boyutlu baskı teknolojisi kullanılarak üretilen protezlerin temini konusunda faaliyet gösteren Robot El Derneği hakkında bilgi için bkz. <http://www.robotel.org/> (Erişim 09.10.2019).

41 WILDE, Johanna, "**Mind-controlled prosthetic arms that work in daily life are now a reality**", <https://www.chalmers.se/en/news/Pages/Mind-controlled-prosthetic-arms-that-work-in-daily-life-are-now-a-reality.aspx> (Erişim 29.10.2019); SEZGİN, Oğuz, "**Zihin Kontrollü Protez Kol Üretildi**", Yayınlanma tarihi 13.12.2012, <https://www.gercekbilim.com/zihin-kontrollu-protez-kol-uretildi/> (Erişim 29.10.2019).

42 Üç boyutlu yazıcıların tarihçesi, çalışma sistemi ve detaylı bilgi için bkz. BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, "**Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri**", **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014**, Editör Prof.Dr.Tekin Memiş, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s.107.

43 ALL3DP, "**What is 3D Bioprinting?**", <https://all3dp.com/2/what-is-3d-bioprinting-simply-explained/> (Erişim 06.12.2019).



yararlı olabilir. Hastanın kendisinden alınan hücrelerle basılan organların hastaya nakil edilmesi halinde hastalar başka kişilerden alınan organların vücut tarafından reddedilmesini engellemek için bağışıklık sistemlerini bastırıcı ilaç kullanmak zorunda kalmayacaklardır. Önümüzdeki yirmi yıl içinde biyobaskının tıbbın önemli bir bölümünü oluşturması beklenmektedir⁴⁴.

4. Görme Engelliler İçin Bilgisayar Programları

Görme engellilerin hayatını kolaylaştıran teknolojiler vasıtasıyla bu kişilerin günlük hayatını kolaylaştırmaya çalışılmaktadır. Örneğin Facebook ve Instagram görme engelliler için fotoğrafları sesli olarak tanımlanmasına imkân sağlayan yapay zekâ programları kullanmaktadır. Böylece görme engelli kullanıcı fotoğrafta bulunan görsellere ilişkin bilgiyi duyabilmektedir⁴⁵. Bu alanda bir başka örnek Huawei Şirketi'nin sunduğu Facing Emotions isimli uygulama gösterilebilir. Uygulama, görme engelli kişilerin konuştukları kişilerin yüzlerindeki duyguları tarif eden bir yapay zekâ programına ilişkindir⁴⁶.

5. Beyin-Bilgisayar Arayüzü (*Brain-computer Interface*) Teknolojisi, Konuşma Sentezleyici Yazılımlar

Beyin-bilgisayar arayüzü, beyin ile dış bir cihaz arasındaki doğrudan iletişim kurulmasına ilişkindir. Beyin-bilgisayar arayüzü insanların bilişsel veya duyuşsal motor fonksiyonlarına yardımcı olmak için kullanılmaktadır. Örneğin beyinden gelen sinyaller parmağa değil doğrudan bir imleci yöneten mekanizmaya veya protez bir uzva yönlendirilir⁴⁷.

44 RICE UNIVERSITY, "Organ Bioprinting Gets a Breath of Fresh Air: Bioengineers Clear Major Hurdle on Path to 3D Printing Replacement Organs", **ScienceDaily**, Yayınlanma tarihi 02.05.2019, <https://www.sciencedaily.com/releases/2019/05/190502143518.htm> (Erişim 05.10.2019); Üç boyutlu yazıcılar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. BOZKURT-YÜKSEL, **Üç Boyutlu Yazıcılar**, s.101-147.

45 İÇÖZÜ, Tuğçe, "Instagram'dan Görme Engellilere Fotoğrafları Tanımlayan Yapay Zekâ", **Webrazzi**, Yayınlanma tarihi 29.11.2018, <https://webrazzi.com/2018/11/29/instagramdan-gorme-engellilere-fotograf-lari-tanimlayan-yapay-zeka/> (Erişim 05.10.2019).

46 HABERTURK, "Görme Engelliler İçin Facing Emotions Uygulaması Geliştirildi", Yayınlanma tarihi 18.12.2018, <https://www.haberturk.com/gorme-engelliler-icin-huawei-facing-emotions-uygulamasi-gelistirildi-2264842-teknoloji> (Erişim 05.10.2019).

47 TECHTARGET, "Brain-Computer Interface (BCI)", Yayınlanma tarihi Mart 2011, <https://whatis.techtarget.com/definition/brain-computer-interface-BCI> (Erişim 06.12.2019); Beyin-bilgisayar arayüzünden başka bir de yapay nöron (*artificial neuron*) teknolojisi bulunmaktadır. Yapay nöronlar insan beynine implante edilerek örneğin felçli hastaların zarar görmüş olan beyin hücrelerinin yerini alabilecektir. Bu teknoloji gelişme aşamasındadır. MACDONALD, Fiona, "Scientists Have Built Artificial Neurons That Fully Mimic Human Brain Cells", **Science Alert**, Yayınlanma tarihi 29.06.2015, <https://www.sciencealert.com/scientists-build-artificial-neuron-that-fully-mimics-a-human-brain-cell> (Erişim 06.12.2019).

Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Kolombiya Üniversitesi Zuckerman Enstitüsü'nde geliştirilen beyindeki sinyalleri algılayabilen teknoloji sayesinde insan beyindeki düşünceler sözlü konuşmaya çevrilebilmektedir. Düşüncelerin kelimelere dökülmesine ilişkin bu teknoloji felç nedeniyle konuşma yeteneğini yitiren ya da motor nöron hastalığı nedeniyle konuşamayan kişilere yardımcı olabilmektedir. Bir motor nöron hastalığı olan ALS (amyotrofik lateral skleroz) hastası olan Profesör Stephen Hawking'in kullandığı konuşma sentezleyici cihazda bulunan sistemin bir benzeri olan bu teknolojiye ek olarak yapay zekâ niteliğinde bir yazılım da kullanılmaktadır. Bu teknolojiye insanların kafalarına elektrotlar bağlanması gerekmektedir⁴⁸.

Profesör Hawking'in kullandığı ve konuşmasını sağlayan cihazın çalışma esası ise Hawking'in ilerleyen hastalığı nedeniyle çalıştırabildiği tek kası olan sağ yanağına bağlı bir sensorun yanağındaki kasın en ufak bir seğirmesi ile aktif hale gelip harfleri ve rakamları Hawking'in önündeki klavyeye yansıtmasına dayanmaktadır. Yazılım, imleci klavye üzerinde sütunlar veya satırlar arasında hareket ettirmekte, istenilen kelimeye ulaştığında, Hawking, imleci yanağının bir seğirmesi ile durdurabilmekteydi. Kelimeler ve cümleleri oluşturacak şekilde harflerin bu şekilde seçilmesi ile oluşturulan metinler konuşma sentezleyici tarafından seslendirilerek Hawking'in konuşmasına hatta ders veya konferans vermesine imkân sağlıyordu⁴⁹.

6. Giyilebilir Teknoloji (*Wearable Technology*)

Giyilebilir teknoloji aksesuar olarak takılabilen, giysilere yerleşik bulunan ya da kullanıcının bedenine implante edilmiş ya da cilt altına yerleştirilebilen elektronik cihazları ifade etmektedir. Bu cihazlar mikroşlemcilerle desteklenmekte ve internet üzerinden veri alıp verebilmektedir⁵⁰.

Parkinson gibi hastaların ellerinin titremesine neden olarak diş fırçalama, yazı yazma, yemek yeme gibi aktiviteleri zorlaştıran hastalıklarda giyilebilir teknoloji hastalara yardımcı olabilmektedir. Microsoft Şirketi'nin 2017 yılında prototipini ürettiği ve adını onu ilk defa

48 COLUMBIA ZUCKERMAN INSTITUTE, "Columbia Engineers Translate Brain Signals Directly into Speech", Yayınlanma tarihi 29.01.2019, <https://zuckermaninstitute.columbia.edu/columbia-engineers-translate-brain-signals-directly-speech> (Erişim 09.10.2019).

49 ScienceABC, "How Did Stephen Hawking's Communication System Work?", Yayınlanma tarihi 2016, <https://www.scienceabc.com/innovation/stephen-hawking-cheek-communication-help-computer-speech-generating-device.html> (Erişim 09.10.2019).

50 INVESTOPEDIA, "Wearable Technology", Reviewed by Will Kenton, Güncellenme tarihi 25.06.2019, <https://www.investopedia.com/terms/w/wearable-technology.asp> (Erişim 06.12.2019).



kullanan Parkinson hastası İngiliz grafik tasarımcı Emma Lawton'dan alan Emma saat (*Emma watch*) el titremesi nedeniyle yapılamayan yazı yazma, telefonu tutma gibi aktivitelerde el titremesini azaltmak için titreşimli motor kullanma esasına dayalı olarak çalışmaktadır. Ürüne ilham kaynağı olan grafik tasarımcı Emma Lawton bu saat sayesinde titremeleri azaldığından çizimlerinde iyileşme göstermiştir⁵¹.

III. BEDENSEL ZARARLAR BAKIMINDAN OLUMSUZ ETKİSİ OLABİLECEK YIKICI TEKNOLOJİK GELİŞMELER

A. Otonom Araçlar (*Autonomous Vehicles*)

Yukarıda olumlu etkilere sahip teknolojiler içinde anlatılırken tanımı yapılmış olan otonom araçlar giderek daha fazla gündeme gelen bir teknolojik gelişmedir. Hâlihazırda bazı ülkelerde otonom araçlar trafiğe çıkmıştır. Örneğin Google Şirketi'ne ait Waymo adıyla bilinen otonom araçlar Amerika Birleşik Devletleri'nde dört şehirde yollardadır. Otonom araçların yukarıda sayılan olumlu yönleri bulunmakla birlikte çarpışma riski taşıdığını belirtmek gerekir. Otonom araçlardaki yolcuların sıradan bir araç ile karşılaştırıldığında fiziksel olarak yaralanma ihtimalinin olası çarpışma nedeniyle dört kat daha fazla olduğu ifade edilmektedir⁵². Otonom araçların karıştığı bilinen ilk ölümlü trafik kazası Tesla Şirketi'ne ait aracın otonom moda alındığı sırada aracın sensorlarının parlak güneş ışığı nedeniyle caddeyi geçen kamyonu ayırt edememesinden kaynaklanan ve ilerlemeye devam etmesi nedeniyle 2016 yılında olan kazadır. Şirket kazadan sonra yaptığı açıklamasında araç otonom modunda kullanılsa dahi sürücülerin ellerini direksiyondan çekmelerini önlemek amacıyla gerekli uyarı sistemleriyle üretildiğini ifade etmiştir⁵³.

Otonom araçların bedensel zararlara neden olabilmesinde ikinci ihtimal bu araçların uzaktan bilgisayar korsanları (*hacker*) tarafından kötüniyetli yazılımlar gönderilerek kaza yapmasının sağlanmasının mümkün olmasıdır⁵⁴. Hatta bir aracın bu şekilde kötüniyetli bir yazılımla

51 GILBERT, Rebecca, "What is Wearable Technology and How Can It Help People With Parkinson's Disease?", **American Parkinson Disease Association**, Yayınlanma tarihi 23.10.2018, <https://www.apdaparkinson.org/article/wearable-technology-in-parkinsons/> (Erişim 09.10.2019); Emma saatin nasıl çalıştığına ilişkin video için bkz. COOPER HEWITT, "Access+Ability: Emma Watch (with Audio Description)", Yayınlanma tarihi 10.04.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=UU8RHswGelo> (Erişim 09.10.2019).

52 ISMAIL.

53 YADRON, Danny/TYNAN, Dan, "Tesla Driver Dies in First Fatal Crash While Using Autopilot Mode", **The Guardian**, Yayınlanma tarihi 01.07.2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/30/tesla-autopilot-death-self-driving-car-elon-musk> (Erişim 20.09.2019).

54 CARTER, Jamie, "Hacked Driverless Cars Could Cause Collisions And Gridlock in Cities Say Researchers", **Forbes**, Yayınlanma tarihi 05.03.2019, <https://www.forbes.com/sites/>

manipüle edilmesi zincirleme kazaya neden olarak birden fazla aracın da kazaya karışmasına sebep olabilir. Bu da araçların içindeki yolcuların yaralanmasına veya ölümüne neden olabilir. Otonom araçların suç işlemede ya da terör olaylarında kullanılması riski vardır⁵⁵. Otonom aracın kazanın örneğin yayaya çarpılmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda yaşlı veya genç, kadın ya da erkek tercih yapmak durumunda kalması halinde, kodlamaya bir tercihin yansıtılmasının etik olup olmadığı da tartışmalıdır. Alman Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı Etik Komisyonu 2017 tarihinde yayınladığı raporunda kazanın kaçınılmaz olması durumunda kodlamada cins, yaş, fiziksel veya zihinsel görünüme göre ayırım yapılmasını kesinlikle yasaklamıştır. Raporunda bedensel zararları azaltacak şekilde yapılacak genel programlamanın kabul edilebileceği belirtilmiştir⁵⁶. Buradan şu sonuç çıkarılabilir; kodlamada izlenecek algoritmanın riskin gerçekleşmesinden kaçınılmadığı durumlarda otonom araçlarda en az sayıda kişinin bedensel zarara uğrayacak şekilde hazırlanması gerekmektedir.

Otonom araçlar bazı zor durumlardan örneğin karın yolu kapatması veya yolda bir inşaat olması ya da beklenilmeyen bir durumla karşılaşılması halinde kendiliğinden bu durumdan çıkamayabilmektedir. Bu nedenle otonom araç bu zor durumdan çıkabilmek için uzakta çağrı merkezinde hazır bulunan bir insan ile bağlantı kurmaktadır. Çağrı merkezinde önünde bulunan ekranlarda kendisine bağlanan otonom aracın durumunu gören kişi ise aracın kontrolünü ele alarak onu bulunduğu durumdan çıkararak tekrar kontrolü araca bırakmaktadır. Ancak böyle bir imkân için her yerde yeterli bağlantıyı sağlayacak antenlerin olması gerekmektedir. Bu sistem tüm otonom araç üreticileri tarafından benimsenmiş değildir. Bu yöntem ile ilgilenen ve yatırım yapanlardan bazıları Zoox, Toyota ve Nissan şirketleri şeklinde sayılabilir⁵⁷. Konu ile ilgisi uzaktan olmakla birlikte belirtmek gerekir ki otonom araçlar taksi şoförlüğü mesleğinin tarzını değiştirecektir. Otonom araçların zor durumlarda bağlantı kurulan çağrı merkezlerinde hazır bulunan kişiler tarafından uzaktan tele-operasyonla

jamiecartereurope/2019/03/05/hacked-driverless-cars-could-cause-collisions-and-gridlock-in-cities-say-researchers/#69063b062a09 (Erişim 09.10.2019).

- 55 YETİM, Servet, “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/1, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/3.pdf> (Erişim 16.10.2019), s.174 vd.
- 56 FEDERAL MINISTRY of TRANSPORT and DIGITAL INFRASTRUCTURE ETHICS COMMISSION, “Automated and Connected Driving”, June 2017, https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile (Erişim 16.10.2019), s.7.
- 57 DAVIES, Alex, “Nissan’s Path to Self-Driving Cars? Humans in Call Centers”, Yayınlanma tarihi 01.05.2017 <https://www.wired.com/2017/01/nissans-self-driving-teleoperation/> (Erişim 09.10.2019).



kullanılması gerektiğinden artık şoförlük; sürücülük ve teknolojik aletleri kullanma becerisini de taşıyan daha kalifiye çalışanları gerektiren bir meslek haline gelecektir.

Otonom araçların neden olduğu bedensel zararlar da sorumluluğun kime ait olacağı ile ilgili tartışmalar vardır. Otonom aracın sahibinin işleten sıfatı ile sorumlu olması problemi tam olarak çözmeye yetmemektedir. Çünkü aracın otonomluk derecesine göre işletenin veya içindeki yolcunun müdahalesi olmadan gitmesi söz konusu olabilmektedir. Kontrolün tamamen aracın kendisinde olduğu durumda aracın içindeki yolcunun sürücü olarak tanımlanmasının uygun olmayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁸. Bununla birlikte araç gerektiğinde sürücünün kontrolü devralabileceği şekilde tasarlanmış da olabilir. Elbette burada araçların otonomluk derecesinin önemi büyüktür. Örneğin, Google Şirketi insanların aracın kontrolünü devralamayacağı şekilde otonom araç üretmektedir. Şirket'in anlayışına göre trafik kazalarının en büyük nedeni sistemsel hatalar değil insan hatasıdır. Bu yaklaşım Şirket'in ürettiği araçların kazalarında sorumluluğunun Şirket'te olmasını doğurabilecek bir yaklaşımdır⁵⁹. Audi Şirketi her ne kadar üretimde otonomluğu artırsa da araçlarda direksiyonu muhafaza etmeye devam etmektedir. Tesla Şirketi'nin ürettiği S Model araçlarda otomatik pilot seçeneği bulunmaktadır. Ancak aracın kontrolüne ilişkin sorumluluk yine sürücüdür⁶⁰. Sürücü otomatik pilotun yapmak istediği manevralara onay vermek durumundadır⁶¹. Volvo Şirketi ise Volvo markalı araçlarında otomatik pilota geçildiğinde oluşacak her türlü kaza durumunda sorumluluğun kendilerine ait olduğuna ilişkin açıklama yapmıştır⁶².

58 Birleşik Devletler Milli Karayolu Trafik Güvenliği İdaresi (*National Highway Traffic Safety Administration*) Google Şirketi'ne yazdığı mektupta bir kişinin kendi kendine giden araç kullanması, işletmesi durumunda sürücünün insan değil aracın kendisi olduğunun kabul edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Google Şirketi'nin kendi kendine giden araç projesi yöneticisine yazılan mektubun tam metni için bkz. <https://isearch.nhtsa.gov/files/Google%20-%20compiled%20response%20to%202012%20Nov%20%2015%20interp%20request%20-%20204%20Feb%2016%20final.htm> (Erişim 19.09.2019); Yarı otonom veya tam otonom araç kullanımında sürücünün sürücü niteliğini koruyup korumadığı ile ilgili görüşler hakkında geniş açıklama için bkz. ÇEKİN, Mesut Serdar, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 33, Ocak 2018, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php> (Erişim 16.10.2019), s.290 vd.

59 FUNG, Brian, "The Biggest Question About Driverless Cars That No One Seems to Have An Answer to", <https://www.businessinsider.com/who-is-responsible-when-a-driverless-car-crashes-2016-2?r=UK>, Yayınlanma tarihi 17.02.2016, (Erişim 19.09.2019).

60 FUNG.

61 KUBO, Scott, "Tesla Autopilot in Heavy LA Traffic", <https://www.youtube.com/watch?v=m3-QzTFxoUg> (Erişim 20.09.2019).

62 KOROSEK, Kirsten, "Volvo CEO: We Will Accept All Liability When Our Cars Are in Autonomous Mode", Yayınlanma tarihi 07.10.2015, <https://fortune.com/2015/10/07/volvo-liability-self-driving-cars/> (Erişim 20.09.2019).

Otonom araçların üzerinde bulunan sensörler, küresel konumlama sistemi (*global positioning system-GPS*), internet bağlantıları, sinyal alıcıları ve içerdikleri yazılımlar nedeniyle günümüzde araç üreticileri artık sadece otomotiv sektörünün değil aynı zamanda teknoloji sektörünün de bir parçasını oluşturmaktadır⁶³. Tam otonom araçlarda kontrolün tamamen araçta olması nedeniyle ürün sorumluluğunun kabul edilmesi ve herhangi bir kaza durumunda araç üreticisinin sorumlu olması gerektiği yönünde ileri sürülen görüş kabul edilirse bu durum sigorta ile ilgili hukuki düzenlemeleri de etkileyebilecektir. Ayrıca sigorta poliçelerinin içeriğini, sürücü teriminin tanımını ve primlerin miktarını da etkileyecektir⁶⁴. Örneğin siber güvenlikle ilgili risklerin sigorta poliçelerine yansıtılması gerekecektir⁶⁵. Belki de yakın gelecekte ürün sorumluluğu nedeniyle araç üreticilerinin sigorta yaptırımları gündeme gelebilir.

Otonom araçlara ilişkin teknoloji her geçen gün daha da gelişmektedir. Öyle ki yapay zekâ alanındaki bir teknik olan makine öğrenmesinin otonom araçlarda kullanılması araçlardaki otonomluk derecesinin daha fazla olmasını sağlamaktadır. Burada bir yazılım olan yapay zekâda kullanılan makine öğrenmesi tekniği için kullanılan verilerin sağlıklı olması gerekmektedir. Çünkü makine öğrenmesi tekniğinde örnekler üzerinden öğrenen yazılım bu öğrendiklerine⁶⁶ göre otonom aracın karşılaştığı durumları yönlendirecektir. Daha da ileri gitmek gerekirse veri sağlayıcının ve yazılımcının araç üreticisiyle birlikte sorumluluğu gündeme gelebilir. Hâlihazırda üreticiler değişik teknik özelliklerde ve değişik otonomluk seviyelerinde araçlar üretmektedir. Otonom araç ve bu araçlarda kullanılacak yazılımların üretiminde ve ithalatında uygulanacak standartların oluşturulması gerekmektedir. Ayrıca bedensel zararlarda sorumluluğun kime ait olacağına ve sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelerde teknolojik gelişmeleri takip eden değişiklik çalışmaları için hazırlık ve araştırmalar yapılmalıdır. Bu süreçte uygulamanın içinden gelen kişilerin örneğin otomotiv ve yazılım sektöründeki kişilerin, bilişim hukuku ve tazminat hukuku alanında çalışan hukukçuların fikirlerinin alınması, dünyadaki düzenlemelerin incelenmesi kanuni düzenlemelerin yapılmasında yararlı olacaktır.

63 ISMAIL.

64 ISMAIL.

65 AUTOMATIVE FLEET, "Autonomous Vehicles Will Cause Less Accidents with Costlier Repairs, Insurer Says", Yayınlanma tarihi 24.07.2018, <https://www.automotive-fleet.com/308174/autonomous-vehicles-less-accidents-costlier-repairs> (Erişim 28.10.2019).

66 BOZKURT-YÜKSEL, *Yapay Zekânın Buluşları*, s.588 vd.



B. Uçan Kaykaylar (*Hoverboards*) ve Kendi Kendini Dengeleyen Kaykaylar (*Self Balancing Scooters*)

Uçan kaykay olarak tercüme edilen *hoverboard*, İngiltere ile Fransa arasındaki Manş Denizi'ni bununla geçmeye çalışan Fransız mucit Franky Zapata⁶⁷ ile yakın zamanda gündeme gelmiştir. Bu cihazın çalışma prensibi çok güçlü mıknatlara dayanmaktadır. Güçlü bir manyetik alan oluşturmak için bir indüktör ile çalışan elektro-mıknatıslar, manyetik alan yeterince güçlü olduğunda kaykayı havalandırmaktadır⁶⁸.

Kendi kendini dengeleyen kaykaylar ise ticari olarak satışta olan özellikle çocukların ve gençlerin ilgi gösterdiği ürünlerdir. Bu cihazlarda kullanılan teknolojiye kaykay üzerinde bulunan sensorlar kaykayı dengede tutmakta ve kullanıcının ağırlığını verdiği yönü algılamaktadır. Buna göre sensorlar kaykayın gideceği yönü ve hızı belirleyerek, kaykayın motorunu yönlendirmektedir⁶⁹.

Uçan kaykayların ticari satışları arttığında bunlar havada uçarken düşme ile ilgili kazalar olabilecektir. Bununla birlikte hâlihazırda satışta olan kendi kendini dengeleyen kaykaylar özellikle hatalı piller nedeniyle yaralanmalara neden olmaktadır. Temmuz 2016 tarihinde Birleşik Devletler Tüketici Ürünleri Güvenlik Komisyonu 501.000 adet uçan kaykayın güvenli olmadığı gerekçesiyle geriye çağrıldığını kaydetmiştir⁷⁰. 2017 yılında ise Amerika Birleşik Devletleri'nde şarj sırasında alev alan uçan kaykay yangına ve bir çocuğun hayatını kaybetmesine neden olmuştur⁷¹. Türkiye'de ise Ankara'da şarja takılan bir kaykay patlayarak yangına neden olmuştur⁷².

Uçan kaykayların üretiminde ve ithalatında ulusal ve uluslararası standartların bulunması gerekmektedir. Bu ürünlerin kullanım

67 Franky Zapata ikinci denemesinde Manş Denizi'ni uçan kaykayı ile geçmeyi başarmıştır. PERRAUDIN, Frances, "Franky Zapata Crosses Channel by Hoverboard at Second Attempt", The Guardian, Yayınlanma tarihi 04.08.2019, <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/aug/04/franky-zapata-crosses-channel-by-hoverboard-at-second-attempt> (Erişim 09.10.2019).

68 WONDEROPOLIS, "How Does a Hoverboard Work?", <https://www.wonderopolis.org/wonder/how-does-a-hoverboard-work> (Erişim 09.10.2019).

69 WONDEROPOLIS.

70 STROBEL, Paul, "Hoverboard Recalls List: Are They Safe in 2019?", Yayınlanma tarihi Eylül 2019, <https://eridehero.com/blog/hoverboard-recalls/> (Erişim 18.09.2019).

71 SCUTTI, Susan, "Pennsylvania girl first US death from hoverboard fire", CNN, Yayınlanma tarihi 16.03.2017, <https://edition.cnn.com/2017/03/14/health/pennsylvania-hoverboard-fire-kills-child/index.html> (Erişim 18.09.2019).

72 HABERTÜRK, "Elektrikli Kaykay Bomba Gibi Patladı!", Yayınlanma tarihi 12.12.2015, <https://www.haberturk.com/video/haber/izle/elektrikli-kaykay-bomba-gibi-patladi/158849> (Erişim 09.10.2019).

kılavuzlarında detaylı bir şekilde güvenli kullanımının nasıl olması gerektiği belirtilmelidir. Ürünün güvenli olmaması nedeniyle kullanıcısının ya da üçüncü kişinin bedensel zarara uğraması durumunda tüketicinin/kullanıcının üreticinin sorumluluğuna⁷³ başvurabilmesi konusunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu'nda⁷⁴ düzenleme bulunmamaktadır⁷⁵. 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'un⁷⁶ 5/III.maddesi “Üretici, piyasaya sadece güvenli ürünleri arz etmek zorundadır. Teknik düzenlemelere uygun ürünlerin güvenli olduğu kabul edilir. Teknik düzenlemenin bulunmadığı hallerde, ürünün güvenli olup olmadığı; ulusal veya uluslararası standartlara; bunların olmaması halinde ise söz konusu sektördeki iyi uygulama kodu veya bilim ve teknoloji düzeyi veya tüketicinin güvenliğe ilişkin makul beklentisi dikkate alınarak değerlendirilir.” şeklindedir. Maddenin devamında ise “üretici, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur.” ifadesi yer almaktadır⁷⁷.

Tüketici ve üretici arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından burada sözleşme dışı sorumluluk açısından yaklaşma zorunluluğunun doğduğunu ifade eden görüş de bulunmaktadır. 4703 sayılı Kanun'daki düzenlemenin soruna tam olarak açıklık getirmediği ve üreticinin sorumluluğunun hukuki dayanaklarının tartışmalı olduğu ifade edilmektedir⁷⁸.

73 “Ürün sorumluluğu, üreticinin sorumluluğundan daha geniş bir kavram olup, ürünün üretiminden piyasaya sürülmesi aşamasına kadar ilgili olan herkesi ürünün güvenli olamaması ile ilişkilendirir. Ürünün güvenli olmaması nedeniyle doğan zarardan üreticinin sorumlu olmasıdır. Ürün sorumluluğunda da tüketici ve üçüncü kişilerin ürünün hatalı olması nedeniyle yaşam hakkı, sağlık hakkı ve beden bütünlüğü hakları ihlal edilebilir.” ÖZCAN-BÜYÜKTANIR, Burcu G., “Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 67(3), 2018, s.497.

74 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG.28.11.2013 T., 28835 S.

75 Bu konudaki boşluğun pozitif bir hukuk kuralı ile doldurulması gerektiği hakkında görüş ve eleştiriler için bkz. HAVUTÇU, Ayşe, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi**, Ankara 2005, s.111 vd.; AYDOĞDU, Murat, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 15, Sayı 2, s.6 ve dn.3'te anılan yazarlar.

76 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, RG.11.07.2001 T., 24459 S.

77 Üreticinin buradaki sorumluluğunun herhangi bir kişinin sorumluluğuna özellikle satıcının sorumluluğuna dayanmadığını, bağımsız olduğunu belirten görüş için bkz. AYDOĞDU, s.6.

78 Üreticinin sorumluluğunun hukuki dayanağı olarak adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu eğer buna ilişkin koşullar oluşmazsa haksız fiil sorumluluğu olabileceği konusunda açıklamalar için bkz. ÖZCAN-BÜYÜKTANIR, s.527-528; HAVUTÇU, s.48 vd.; Ulaşım için kullanılan elektrikli scooter araçlarının neden olduğu zararların sürücülerden ve öngörülebilir



C. Uçangöz (Drone) ve İnsansız Hava Araçları (Unmanned Aerial Vehicle)

Drone ve insansız hava aracı terimleri sıklıkla birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bununla birlikte bu iki terim aynı anlama gelmemektedir. Her insansız hava aracı bir drone teşkil etmektedir, ancak her drone bir insansız hava aracı değildir. Drone kelimesindeki D harfi dinamik anlamına gelen *dynamic*, R harfi uzaktan anlamına gelen *remotely*, O harfi işletilen anlamına gelen *operated*, N harfi navigasyon/yöngüdümlü anlamına gelen *navigation*, E harfi de aygıt, cihaz veya araç-gereç anlamına gelen *equipment* kelimelerinin baş harfleridir⁷⁹. Bu kelimelerin kısaltması olarak drone kelimesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla drone ile ifade edilmek istenen dinamik uzaktan işletilen navigasyonlu aygıttır.

Drone denilince her ne kadar akla uçan aygıtlar gelse de aslında drone uçabilen veya denizaltında gidebilen aygıtlar ya da karada giden uzaktan kumandalı arabaların genel adıdır. İnsansız hava aracı İngilizce ifadesiyle *unmanned aerial vehicle* ise otonom olarak veya uzaktan operatör kontrolü ile uçan drone çeşidine verilen isimdir. Bununla birlikte bu alanda çalışanların çoğu insansız hava araçlarının otonom uçuş kabiliyetlerinin bulunması gerektiğini ifade etmektedirler. Oysaki drone için böyle bir şart yoktur. Uzaktan kumanda edilmesi de söz konusu olabilir. Bu nedenle uygulamada otonom olarak uçabilen askeri alanda veya profesyonel amaçlarla kullanılan aygıtlar için insansız hava aracı, daha çok hobi amaçlı kullanılan aygıtlar veya dört pervaneliler (*quadcopter*) drone olarak anılmaktadır⁸⁰.

Türk Dil Kurumu drone teriminin Türkçe karşılığı olarak 2017 yılında uçangöz teriminin seçildiğini açıklamıştır⁸¹. Bu terim özellikle kamera taşıyan ve uçan bir drone için uygun bir karşılık olmakla birlikte belirtmek gerekir ki her zaman drone kamera taşımak durumunda değildir. Ayrıca uçmak zorunda da değildir. Bu nedenle sadece uçabilen aygıtlar ifade

risklere karşı gerekli tedbirleri almayı ihmal eden ve scooter aracını kullandıran şirket yetkililerinden talep edilebileceği hakkında bkz. ÜNSAL, Burçak, "Şehirçi Ulaşımın Yeni Trendi Elektrikli Scooter Kullanımına Hukuksal Bakış", *Digitalage*, Yayınlanma tarihi 25.12.2019, <https://digitalage.com.tr/sehir-ici-ulasimin-yeni-trendi-elektrikli-scooter-kullanimina-hukuksal-bakis/?fbclid=IwAR3gNlbHmduNlhYiSD7MPgMwgpFSUICLMi7VbtF-RKk2H8bKpsAh1u0HzSA> (Erişim 27.12.2019).

79 YADAV, Akshay Singh, "What is the Difference Between Drone and UAV", Yayınlanma tarihi 18.09.2018, <https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-Drone-and-UAV> (Erişim 07.12.2019).

80 YADAV.

81 EURONEWS, "TDK, Drone İçin Uçangöz Kelimesini Uygun Buldu", Yayınlanma tarihi 04.10.2017, <https://tr.euronews.com/2017/10/04/tdk-drone-icin-ucangoz-kelimesini-uygun-buldu> (Erişim 30.12.2019).

edilecekse uçan aygıt şeklinde bir karşılık önerilebilir görüşündeyiz. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı'nda⁸² insansız hava aracı kısaca İHA terimi kullanılmaktadır. Talimat'ta terimin tanımı “İnsansız hava aracı sisteminin bir bileşeni olarak işletilen, aerodinamik kuvvetler aracılığıyla sürekli uçuş yapma yeteneğinde olan, üzerinde pilot bulunmaksızın uzaktan İHA pilotu tarafından kontrol edilerek veya otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak uçurulan ya da havada kalabilen hava aracı” şeklinde yapılmıştır (m.4(j)). İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarındaki Operasyonlarının Usul ve Esaslarına İlişkin Talimat'ta⁸³ hava aracı “havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü araç” şeklinde, insansız hava aracı ise “spor veya eğlence amacıyla kullanılan model uçaklar hariç, içinde insan olmadan motor gücü ile uçuş yapabilen ve bir kontrol bağlantısı ile İHA pilotu tarafından kontrol edilen veya otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak takip edilen hava aracı” şeklinde tanımlanmıştır (m.4 (i), (ş)). Buradan da anlaşılmaktadır ki spor, eğlence, hobi gibi tüketici ürünlerinin dışındaki otonom veya operatör kontrolünde uçan aygıtlar insansız hava aracı kapsamında değerlendirilmektedir.

Birleşik Devletler Federal Havacılık Kurulu'nun verilerine göre kayıtlı tüketici drone sayısı bir milyondur. 2021 yılı itibarıyla bu sayının üç milyon beş yüz elli bin olması beklenmektedir. Ticari drone sayısı 2017 itibarıyla yüz bini aşmıştır. Bu sayının dört yüz kırk iki bin olması beklenmektedir⁸⁴. Türkiye'de ise 2018 yılı itibarıyla Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü verilerine göre kayıtlı drone sayısı 24.866, kayıtlı kullanıcı sayısı ise 31.194'tür⁸⁵.

Değişik büyüklük ve ağırlıkta olabilen drone kullanımı esnasında uçaklara, insanlara, eşyalara, binalara çarpma veya düşme tehlikesi taşımaktadır Örneğin 2013 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Virginia Eyaleti'nde fotoğraf çekmek üzere dolaşan bir drone halka açık bir festival etkinliğinde kurulan stantlara çarptığı için pek çok kişi yaralanmıştır. Yine fotoğraf çekmek için Avustralya triatlon yarışmalarında kullanılan drone,

82 İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı, Yayınlanma tarihi 22.02.2016, Değişiklik tarihi 22.04.2016, Talimat metni için bkz. https://iha.shgm.gov.tr/public/document/SHT-IHA_REV1.pdf (Erişim 19.09.2019).

83 İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarındaki Operasyonlarının Usul ve Esaslarına İlişkin Talimat metni için bkz. <http://web.shgm.gov.tr/doc5/sht-ih.pdf> (Erişim 19.12.2019).

84 CHAVERS, Marcus, “Consumer Drones By the Numbers in 2018 and Beyond”, Yayınlanma tarihi 13.10.2018, <https://www.newsledge.com/consumer-drones-2018-numbers/> (Erişim 19.09.2019).

85 AKBAŞ, Yusuf, “Türkiye'deki Drone Sayısı Açıklandı”, <https://www.donanimhaber.com/Turkiyedeki-drone-sayisi-aciklandi--103056> (Erişim 19.09.2019).



operatörünün kontrolünden çıkarak yarışmacılardan birini başından yaralamıştır⁸⁶. Yine İngiltere’de 18 aylık bir çocuk, yakınının uçurduğu drone pervanesinin gözbebeğini ikiye kesmesi nedeniyle yaralanmıştır. Bu olaydan sonra çocuğun büyükannesi Anita Roberts isabetli bir şekilde bu aygıtların basit bir oyuncak gibi değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁷. İngiliz Sivil Havacılık Kurumu ise herhangi bir insanın, aracın, binanın 50 metre yakınından drone uçurulmaması gerektiğini, insan topluluklarının üzerinde ise mesafe ne kadar olursa olsun uçurulmaması gerektiğini açıklamıştır⁸⁸. Drone kullanımının yaygınlaşması, teslimatta örneğin kargo hizmetlerinde kullanılmasının yaygınlaşması halinde ise bunların taşıdıkları yükü insanların üzerine düşürme tehlikesi bulunmaktadır. 2016 yılında Federal Havacılık Kurulu’nun (*FAA-Federal Aviation Administration*) raporlarına göre aylık ortalama 159 drone uçaklara yaklaşmakta ve yere yakın uçanlar insanlara temas etmektedir⁸⁹.

İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı’nın 2(2)(ç) maddesinde azami kalkış ağırlığı 500 gramdan daha az olan insansız hava araçları kapsam dışında tutulmuştur. 500 gram ve daha fazla ağırlığı bulunan insansız hava araçlarının kayıtlı olması zorunludur (m.5(2)(a)). Ayrıca Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik⁹⁰ uyarınca, Türk hava sahasında uçuş gerçekleştiren insansız hava araçlarını işletenlerin üçüncü şahıslara verebilecekleri zararlara karşı mali sorumluluk sigortası yaptırması gerekmektedir (Yönetmelik m.1). Bize göre spor, eğlence, oyun amaçlı olduğu için insansız hava aracı grubunda bulunmayan drone aygıtlarının veya ağırlığı 500 gramdan az olduğu için insansız hava araçlarıyla ilgili Talimatın kapsamının dışında kalan insansız hava araçlarının tamamen tehlikesiz olduğunu düşünmek uygun değildir. Ne kadar küçük ve hafif olursa olsun bunların üzerine kamera takılması, silah takılması mümkündür. Bunların kontrolden çıkması veya düşmesi halinde pervanelerinin göz gibi hassas organlara zarar vermesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Aygıtın ağırlığı, büyüklüğü elbette bazı hususlarda

86 FORREST, Connor, “17 Drone Disasters That Show Why the FAA Hates Drones”, Yayınlanma tarihi 13.06.2018, <https://www.techrepublic.com/article/12-drone-disasters-that-show-why-the-faa-hates-drones/> (Erişim 19.09.2019).

87 BBC NEWS, “Toddler’s Eyeball Sliced in half By Drone Propeller”, Yayınlanma tarihi 26.11.2015, <https://www.bbc.com/news/uk-england-hereford-worcester-34936739> (Erişim 28.10.2019).

88 CIVIL AVIATION AUTHORITY, “You Have Control”, <https://communitydirectory.kirklees.gov.uk/kcfilestore/?applicationReference=3l0u8we4&fileReference=p04hz5ja> (Erişim 28.10.2019).

89 ISMAIL.

90 Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik, RG.27.07.2017 T., 30136 S., <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/07/20170727-2.htm> (Erişim 30.12.2019).



dikkate alınabilir ancak asıl önemli olan teknik özellikler ve üzerinde sonradan monte edilen aygıtlardır. Günümüzde teknolojinin geldiği nokta dikkate alındığında, aygıtın üzerinde kamera, ses kayıt cihazı, küresel konumlama sistemi, ateşli silah, internet bağlantısı eklenebilir. Ağırlığı ne olursa olsun drone basit bir oyuncak gibi değerlendirilmemelidir. Bu hususta toplumun bilinçlendirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

D. Robotlar (Robots)

Yukarıda olumlu etkisi olan teknolojiler içinde sayılan robotların türlerine göre bedensel zararlarda olumsuz etkileri de olabilir. Bazı robotlar bedensel zararlara neden olabilir veya mevcut bedensel zararları kötüleştirebilir.

1. Endüstriyel Robotlar (Industrial Robots - Cobots)

Robotların fiilleri çeşitli bedensel zararlara neden olabilir. Dijital dönüşümün üretime yansması olan Endüstri 4.0 kapsamında artması beklenen üretimde otomasyon nedeniyle giderek daha fazla robot çalıştırılacaktır. İlk etapta robotlar insanlarla birlikte çalışacağından bunların işçilerle birlikte yönetimi gerekecektir. İşçilerin robotların fiillerinden dolayı bedensel zararlara ya da iş kazalarına uğraması ihtimal dâhilindedir. Örneğin güçlü bir robotun hareket alanı içine giren işçinin bedensel zarara uğraması hatta hayatını kaybetmesi dahi ihtimal dâhilindedir. Nitekim Almanya'da Volkswagen Şirketi'ne ait otomobil fabrikasında kullanılan bir robot bir işçiyi kavrayıp metal bir levhaya çarptırarak suretiyle hayatını kaybetmesine neden olmuştur. Bu şekilde çalışan robotların kullanılmasında etrafındaki insanlara temas etmemesi için bir kafes içinde çalıştırıldığı genellikle görülmekle birlikte olayda işçinin bu güvenlik kafesinin içine girdiği belirtilmiştir⁹¹. Yine de kaynak yapan, vida sıkıştıran, pres yapmak için basınç uygulayan, ağır parçaları taşıyan robotların etrafında çalışan ve onların hareket alanına giren veya yaklaşan işçilerin bunların fiillerinden dolayı bedensel zarara uğrama tehlikesi olabilir⁹².

Robotların gücü ve teknik özellikleri hakkında işçilerin düzenli olarak bilgilendirilmesi, robotların bakımlarının yapılması gerekmektedir. Aksi halde işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davrandığı iddia edilebilir. İşyerindeki robotun işçiye bedensel zarar vermesi durumunda işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı hareket ettiği gerekçesiyle

91 GANDER, Kashmira, "Worker Killed By Robot at Volkswagen Car Factory", **Independent**, yayınlanma tarihi 01.07.2015, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/worker-killed-by-robot-at-volkswagen-car-factory-10359557.html> (Erişim 10.10.2019).

92 Geniş açıklama için bkz. BOZKURT-YÜKSEL, **Endüstri 4.0**, s.61-62.



sorumluluğuna gidilmesi düşünülebilir. İşverenin iş sözleşmesine dayalı olarak sorumluluğunun kusura dayandırılması durumunda işveren kasten veya ihmal ile yükümlülüklerini yerine getirmemesinden doğan zarardan sorumlu olacaktır. Dolayısıyla işyerinde çalıştırdığı robotların bakımını aksatan, kullanım amacı dışında kullandıran, internete bağlanabiliyorsa virüsten koruma programı kullanmayan, robotun gücü ve etki alanı hakkında işçiyi bilgilendirmeyen, robotu kullanmaya ehil olmayan çalışana kullandıran veya robot ile birlikte çalışmaya zorlayan işveren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun⁹³ 4.maddesi uyarınca işverenin genel yükümlülüklerine aykırı davranmış olacaktır denebilir. İşçinin iş kazası nedeniyle işverenden tazminat istemesi durumunda işçi işverenin yükümlülüklerini yerine getirmediğini ispat edecektir. İşveren sorumluluktan kurtulabilmek için yükümlülüklerini yerine getirdiğini ispat etmelidir. İşin tehlike boyutunun dikkate alınarak işverenin iş kazalarında kusursuz sorumluluğu yoluna gidilmesinin mümkün olması gerektiği hakkında görüş de bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca büyük tehlike taşıyan işlerde iş kazaları sonucu can kayıplarının meydana geldiği durumlarda, işverenin kusursuz sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴.

2. Robot Cerrahlar (*Robot Surgeons*)

Cerrahi amaçla kullanılan robotların yaptıkları ameliyatlarda hastaların bedensel zarara uğrama ihtimali olabilir. Örneğin Birleşik Krallık'ta bir kalp ameliyatında robot kullanılmış ve hasta hayatını kaybetmiştir. Konu ile ilgili soruşturma devam etmekle birlikte ilk belirlemelerde geleneksel açık kalp ameliyatı yapılmış olsaydı hastanın hayatta kalma şansının daha fazla olacağı ifade edilmiştir. Robotik yardım alınarak yapılan ameliyatta hastanın ameliyat sırasında oluşan komplikasyon nedeniyle hayatını kaybettiği de ifade edilmiştir⁹⁵.

93 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu RG.30.06.2012 T., 28339 S.

94 ÖZEN, Mustafa, "İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk", **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/2, s.218 vd.

95 DONALD, Kevin/O'BRIEN, Zoie, "Coroner Says Decision to Use Robot in UK-First Heart Op Led to Patient's Death As It Emerges Blundering Surgeon Now Has New Job at Another Hospital", **Mailonline**, Yayınlanma tarihi 08.11.2018, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6367481/Patient-died-robot-used-heart-op-surgeon-99-chance-surviving.html> (Erişim 10.10.2019); Da Vinci Cerrahi Sistemi ile yapılan ameliyatlarda ameliyat sırasında robotik kolların dokuyu koterize etmek için kullandığı elektrik akımının koruyucu kılıflarda oluşabilecek mikro çatlaklar nedeniyle yanıklara neden olabileceği ve özellikle bunların doktorun baktığı alanın dışında oluşması durumunda daha tehlikeli olabileceği de ifade edilmiştir. **IMPACT LAW**, "Da Vinci Robotic Surgery Law Suit-Alleged Side Effects of Robotic Surgery", <https://www.impactlaw.com/defective-medical-devices/robotic-surgery> (Erişim 28.10.2019).

Cerrahi müdahalelerde robotların kullanılması hastaların iyileşme sürecini hızlandırmakta aynı zamanda hekimlerin daha verimli sonuçlar almasını sağlamaktadır. Bununla birlikte robotik cerrahi müdahale yapılması hekimlerin özen yükümlülüğünü genişletmektedir. Robotik cerrahi müdahale söz konusu olduğunda hekimin sadece hekimlik mesleğinin gerektirdiği ölçüde dikkat ve özen göstermesi yeterli olmamakta aynı zamanda bilgi ve deneyimlerini geliştirerek cerrahi müdahalede kullanılan teknolojik aletlerin kullanımı konusunda da bilgi sahibi olması gerekmektedir. Hekimin kasten veya ihmali ile robotu yanlış yönlendirmesi ya da robotu hatalı programlaması nedeniyle hastanın zarara uğraması durumunda hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi, kusurlu davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması hekimin sözleşmesel sorumluluğunu doğuracaktır. Hekimin hasta ile arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda sorumluluk haksız fiil hükümlerine göre gerçekleşecektir. Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi olsa dahi robotik cerrahi müdahalede hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalede bulunulduğundan hekim hastaya müdahale esnasında veya sonrasında vermiş olduğu zarardan haksız fiil kapsamında da sorumludur. Robotik cerrahi müdahalede özel hastaneler kullanılacak cihazların temininde ve bakımında özen göstermek zorundadır. Robotun kullanımı esnasında güç kaynağının kesilmesi ve bunun için gerekli önlemlerin alınmamış olması, gerekli bakımlarının yaptırılmaması özel hastanelerin sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Kamu hastanelerinde robotik cerrahi müdahale sonucunda meydana gelen bedensel zararlarda idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır. Hekimin hatası ve komplikasyon dışında cerrahi müdahale sırasında oluşan mekanik arızalar nedeniyle örneğin robotun güç kaynağının kesilmesi nedeniyle hastanın zarara uğraması halinde idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁹⁶.

3. Robot Askerler (*Robot Soldiers*)

Robotların askeri alanda kullanılması, özellikle öldürücü etkiye sahip ve otonom robotların neden olabileceği bedensel zararlar ve hayat kaybı endişe uyandırmaktadır. Robot askerler ve insansız hava aracı şeklindeki robotların kullanımında en büyük dezavantajlardan bir tanesi sivillerin yaralanması veya öldürülmesidir⁹⁷. Bu itibarla Avrupa Birliği

96 OĞUZ, s.157 vd.; Hekimin hukuki sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2016, C.11, S.1, s.33-81.

97 FUTURE of LIFE INSTITUTE, "Autonomous Weapons: An Open Letter from AI & Robotics Researchers", <https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/?cn-reloaded=1> (Erişim 30.11.2019).



Parlamentosu 2018 yılında hedef seçimi gibi kritik fonksiyonlarda insan kontrolü olmayan öldürücü etkiye sahip otonom silah sistemlerinin üretilmesinin ve geliştirilmesinin engellenmesi yönünde karar almıştır⁹⁸. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi'ne 2013 yılında sunulan raporda devletlerin ölümcül etkili olan robotlara ilişkin faaliyetlerin durdurulması konusunda karar almaları ve bu robotlar hakkında uluslararası bir politika belirlemek için üst düzey bir panel kurulmasına yönelik çağrı yapılması önerisi getirilmiştir⁹⁹.

4. Robot Polis (*Robot Police*)

Robotların polise yardımcı olmak üzere şüphelileri yakalamak veya etkisiz hale getirmek için kullanılması durumunda bedensel zararlar gündeme gelebilir. Robotların polise yardımcı olmak için kullanılmasının şartları, buna ilişkin hukuki ve etik düzenlemelerin nasıl olacağı hâlihazırda belirsiz olmakla birlikte Amerika Birleşik Devletleri'nin Dallas şehrinde polis, beş polis memuru öldürüldükten ve yedi kişi de yaralandıktan sonra şüpheliyi etkisiz hale getirmek için manipülatör kolunda patlayıcı cihaz bulunan bir bomba imha robotu kullanmıştır. Dallas polis şefi David Brown açıklamasında bomba imha robotunu kullanmaktan ve şüphelinin bulunduğu yeri patlatmak için robota bir cihaz yerleştirmekten başka bir seçenek göremediklerini ifade etmiştir¹⁰⁰.

Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda¹⁰¹ polisin zor ve silah kullanmasının hangi şartlarda ve nasıl olacağı düzenlenmiştir (5681 sayılı Kanun ile değişik PVSK, m.16). Robotların polise veya diğer kolluk kuvvetlerine destek olması amacıyla kullanılmaya başlanması ile özellikle bunların öldürücü silah taşıyanları bakımından nasıl yönlendirileceğine ilişkin düzenlemelere ihtiyaç olabilecektir. Tam otonom ve öldürücü

98 EUROPEAN PARLIAMENT, "Autonomous Weapon Systems – European Parliament Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems (2018/2752(RSP)), P8_TA(2018)0341", https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341_EN.pdf?redirect (Erişim 10.10.2019); Ayrıca bkz. EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, "Autonomous Weapons Must Remain Under Human Control, Mogherini Says at European Parliament", Yayınlanma tarihi 14.08.2018, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/50465/autonomous-weapons-must-remain-under-human-control-mogherini-says-european-parliament_en (Erişim 10.10.2019).

99 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, "Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns", **Human Rights Council**, 09 April 2013, A/HRC/23/47, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf (Erişim 19.12.2019).

100 THIELMAN, Sam, "Use of Police Robot to Kill Dallas Shooting Suspect Believed to be First in US History", **The Guardian**, Yayınlanma tarihi 08.07.2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/jul/08/police-bomb-robot-explosive-killed-suspect-dallas> (Erişim 10.10.2019).

101 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu, RG 14.07.1934 T., 2751 S.

etkiye sahip silah taşıyan robotların kullanımında üçüncü kişilerin de bedensel zarara uğrama ihtimali olduğundan (örneğin robotun şüpheli ile masum vatandaş ayırt edememesi ve ateş etmesi) çok dikkatli olmak gerekmektedir.

E. Elektronik Spor (*E-sports*)

Elektronik spor veya kısaca e-spor, elektronik sistemler üzerinde gerçekleşen karşılaşma/müsabakaları ilgilendirmektedir. Bir tanımı yapmak gerekirse e-spor, elektronik cihazlar veya platformlar vasıtasıyla çevrimiçi veya çevrimdışı olarak, bireysel veya takım halinde, neticesinde bir tarafın kazanmasının amaçlandığı, rekabetçi ve çok oyunculu dijital aktivitedir¹⁰².

E-sporunda oyuncuların fiziksel hareketleri vücudun büyük kaslarını kullanma şeklinde değildir. Çoğunlukla uzun süre aynı pozisyonda oturarak ve ekrana bakarak, el göz koordinasyonu kullanılmaktadır. Saniyeden çok daha az zamanda bilek ve parmak manevraları yapılması gerekmektedir. E-spor, el göz koordinasyonunu oldukça geliştirse de, uzun süre ve sıklıkla antrenman ve müsabakalarda parmak, el, bilek, kullanımı karpal tünel sendromu ve göz bozukluğuna neden olabilmektedir. Sürekli olarak aynı pozisyonda ve uzun süre oturmak (oyuncuların turnuvalar sırasında oturma süresi on iki saati bulabilmektedir), kasların dejenere olmasına, kan akışının yavaşlamasına, tip iki diyabete, bel ve boyunun doğru konumlandırılmadan ve uzun süre aynı şekilde kullanılması sırt ve boyun ağrısı gibi rahatsızlıklara neden olabilmektedir. Ayrıca uzun süre bilgisayar başında olmak sosyal ve zihinsel olarak da sorunlara yol açabilmektedir¹⁰³.

İnternetin bilinçli kullanılması konusunda okullarda öğrencilere yönelik bilinçlendirme yapılması gerekmektedir. E-spor ile ilgilenen ya da okullarının e-spor takımında olan gençler bakımından ailelerinin bu faaliyetin getirileri ve dezavantajları hakkında bilgilendirmeleri gerekmektedir. E-spor özellikle reflekslerinin hızlı olması nedeniyle genç oyuncuların sıklıkla profesyonel seviyeye gelebildiği bir alandır. Genç insanların öğrenimlerinin en yoğun olması gereken dönemlerde antrenmanlarda olmak zorunda olmaları gelecekteki kariyerlerini hem de

102 ÖZKURT, Emin, "Türkiye Espor Federasyonu Yapılanması, Regülasyonlar, Güncel Gelişmeler ve Kulüplere Etkisi", **Espor ve Hukuk Zirvesi**, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu, Yayınlanma tarihi 01.03.2019, https://www.facebook.com/ibbhk/videos/476430792894962/?q=%C4%B0stanbul%20Barosu%20Bili%C5%9Fim%20Hukuku%20Komisyonu%20espor%20&epa=SEARCH_BOX (Erişim 11.10.2019).

103 CAMERON Stuart, "Top 10 Negative Effects of Gaming & Esports", **Cyber Athletiks**, 02.01.2019, <https://cyberathletiks.com/top-10-negative-effects-of-gaming-esports/> (Erişim 11.10.2019).



vücut yapılarını etkileyecektir. Bu itibarla e-sporcuların düzenli egzersiz, aralıklarla büyük kasları çalıştırma, düzgün beslenme, gerçek insanlarla düzenli olarak sosyalleşme konusunda ailelerinin desteğine, okulların ve Elektronik Spor Federasyonu'nun farkındalığı artırıcı çalışmalarına ihtiyaçları vardır. Ayrıca Fransa'daki gibi e-spor alanında bir kanun çıkarılarak profesyonel e-sporcu olma yaşının ve en fazla kaç yıl için bir e-sporcunun bir kulübe bağlanmak üzere sözleşme yapabileceğinin düzenlenmesi yerinde olur. E-sporun daha çok genç yaşlarda yapıyor olması ve bu yaşların hem gelişim hem de eğitim öğrenim görme yaşları olması bakımından sözleşmelerin maksimum süresinin ve profesyonel e-sporcu olma yaşının belirlenmesi önemlidir¹⁰⁴.

F. Kablosuz İnternet, Mobil Telefon ve 5G Teknolojisi (*Wireless Internet, Mobile Phone and 5G Technology*)

1. Genel Olarak Kablosuz İnternet ve Mobil Telefon Teknolojisi

Kablosuz internet, masaüstü bilgisayarların, dizüstü bilgisayarların, mobil telefonların veya başka mobil cihazların kablolar yerine radyo dalgalarıyla internete bağlanmasını sağlar. Wi-fi erişim noktaları ve kablosuz yerel alan ağları (*Local Area Network-LAN*) kablosuz internet bağlantısı seçeneklerinden bazılarıdır. Bu durumlarda, internet bağlantısı tipik olarak bir ağ dağıtıcısına (*hub*) uydu, kablo, sayısal abone hattı (*digital subscriber line-DSL*) veya fiber optik gibi kablolu bir bağlantı yoluyla sağlanır ve daha sonra kablosuz erişim noktası üzerinden kablosuz cihazlara iletilir¹⁰⁵.

Yüksek hızlı ağ ve internet bağlantıları sağlamak için radyo dalgaları kullanan kablosuz ağ teknolojisinin adına wi-fi denilmektedir. Wi-fi kelimesi aynı zamanda tescilli bir markadır. Markanın sahibi olan Wi-Fi Alliance, kelimeyi Elektrik ve Elektronik Mühendisleri Enstitüsü'nün (*The Institute of Electrical and Electronics Engineers-IEEE*) 802.11 standartlarını esas alan kablosuz yerel alan ağı (*Wireless Local Area Network-WLAN*) ürünleri olarak tanımlamaktadır. Wi-fi, gönderici ve alıcı arasında kablolar olmaksızın radyo frekansı gönderilmesi suretiyle çalışır. Bir antene radyo frekansı akımı sağlandığında uzayda yayılabilen bir elektromanyetik alan oluşturulur. Herhangi bir kablosuz ağ için temel unsur bir erişim noktasıdır (*access point*). Bir erişim noktasının temel görevi bilgisayarların algılayabileceği ve kendini ona göre ayarlayabileceği kablosuz sinyaller

104 TAYLORWESSING, "eSports in France, A New Legal Framework Before the end of 2016", https://deutschland.taylorwessing.com/documents/get/712/e-sport-in-france-a-new-legal-framework-before-the-end-of-2016.pdf/show_on_screen (Erişim 19.12.2019).

105 BEAL, Vangie, "Wireless Internet", https://www.webopedia.com/TERM/W/wireless_internet.html (Erişim 30.12.2019).

yaymaktır. Bir erişim noktasına bağlanmak ve kablosuz ağa dâhil olmak için bilgisayarlar veya diğer cihazlarda kablosuz ağ adaptörlerinin bulunması gerekmektedir¹⁰⁶.

Kablosuz internet teknolojisi giderek artan bir şekilde günlük hayatımızın içinde yer almaktadır. Evlerde, okullarda, otellerde, hastanelerde hava alanlarında, şehirlerin açık alanlarındaki bazı noktalarında, alışveriş merkezlerinde, kablosuz internet bağlantısı bulunmaktadır. Elbette kablosuz internetin bu denli yaygın olması pek çok açıdan işlerimizi kolaylaştırmaktadır. Geleceğe dönük bir bakış açısıyla bakmak gerekirse nesnelerin İnterneti teknolojisiyle birlikte giderek daha fazla cihazın birbirine bağlanması, otonom araçlar, insansız hava araçları, bulut¹⁰⁷ teknolojisi ve akıllı şehirlerin¹⁰⁸ oluşturulma çabaları kablosuz bağlantılılık ihtiyacını daha da artıracak bu da daha fazla anten, verici ve baz istasyonu ihtiyacını doğurabilecektir.

Mobil (gezgin) telefon sistemlerinde ise, haberleşmenin yapılacağı alan hücre (*cell*) adı verilen küçük alanlara bölünmektedir. Her hücrenin merkezinde bir baz istasyonu¹⁰⁹ bulunmaktadır. Mobil telefonlar haberleşmeyi baz istasyonu üzerinden yapmaktadır. Baz istasyonları birbirlerine bir ağ yapısı şeklinde bağlıdır. Mobil telefonlarla baz istasyonları arasındaki iletişim, elektromanyetik dalgalar yoluyla gerçekleştirilmektedir. Hücresel yapı aynı anda pek çok kullanıcının haberleşmesini sağlamaktadır¹¹⁰. Akıllı telefon ise işletim sistemi, internet tarama programı ve yazılım uygulamalarını çalıştırma gibi aslında telefonun temel fonksiyonu ile ilişkili olmayan diğer özellikleri de içeren bilgisayar entegre edilmiş hücresel telefonlardır¹¹¹.

106 BEAL, Vangie, “Wi-Fi Definition is not Wireless Fidelity”, Yayınlanma tarihi 14.07.2019, https://www.webopedia.com/DidYouKnow/Computer_Science/wifi_explained.asp (Erişim 30.12.2019).

107 Bulut bilişim teknolojisi hakkında detaylı bilgi için bkz. BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, **Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.

108 “Akıllı şehir, varlıkları ve kaynakları verimli bir şekilde yönetmek için kullanılan bilgileri sağlamak amacıyla çeşitli türde elektronik veri toplama sensörleri kullanan bir kentsel alandır.” Yayınlanma tarihi 19.12.2018, <https://www.sektorumdergisi.com/akilli-sehir-de-neyin-nesi/> (Erişim 30.12.2019).

109 Baz istasyonları radyo istasyonlarından farklı olarak hem sinyal alma hem de gönderme yapabilmek üzere alıcı ve verici antenden oluşur. Oysaki radyo istasyonlarında sadece verici antenler vardır. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ ve HABERLEŞME KURUMU, “**Baz İstasyonları ve Sağlık**”, <http://www.bthk.org/tr/tuketici/baz-istasyonlari-ve-saglik> (Erişim 26.09.2019).

110 TÜBİTAK-BİLTEN, **Elektromanyetik Dalgalar ve İnsan Sağlığı – Sıkça Sorulan Sorular ve Yanıtları**, 2001, https://www.fmo.org.tr/wp-content/uploads/2010/03/baz_istasyonlari.pdf (Erişim 30.12.2019), s.17.

111 ROUSE Margaret, “**Smartphone**”, Güncellenme tarihi Ekim 2019, <https://searchmobilecomputing.techtarget.com/definition/smartphone> (Erişim 30.12.2019).



Telefon ile internete bağlantı yapılması halinde 3G, 4G ve son olarak 5G teknolojisi gündeme gelmektedir. Buradaki G İngilizcedeki nesil anlamına gelen *generation* kelimesinin kısaltmasıdır. 3G bir başka ifadeyle üçüncü nesil teknoloji, kendisinden önceki telefon çağrılarını, temel metin mesajlarını ve MMS denilen bir protokol üzerinden az miktarda veriyi işleyen 2G ağını değiştirmiştir. 3G bağlantısı ile standart HTML sayfaları, videolar ve müzik dâhil olmak üzere bir dizi büyük veri formatı daha erişilebilir hale gelmiştir. Uluslararası Telekomünikasyon Birliği Radyokomünikasyon Sektörü, 2008 yılının Mart ayında 4G bağlantısı için standartlar belirlemiştir. 4G teknolojisi yüksek mobil hız ve yüksek veri kapasitesi sunmaktadır. Akıllı ev ve şehir altyapılarına geçiş için, sağlık ve eğitim gibi alanlarda hayatı kolaylaştıracak çözümler sunması açısından ve gündelik hayatta birçok iş ve etkinliğin kesintisiz bir şekilde mobil cihazlar üzerinden yapılabilmesi için bu teknolojik altyapı kullanılmaktadır. Verilerin yüksek hızda paylaşılıp, indirilmesi bulut kullanımını da daha verimli hale getirmektedir. Mobil cihazların bağlantı kapasitelerinin artması, bağlantı sayılarının artması, baz istasyonlarının kapasitesi gibi nedenler bağlantı hızını etkilemektedir¹¹². Beşinci nesil olan 5G teknolojisinin ise veri aktarım hızını daha artırması beklenmektedir. Öyle ki artık herhangi bir videonun indirilmesi için beklemek gerekmeyecek. oynat tuşuna basıldığında inmiş olacak ve izlenebilecektir. 5G ile birlikte sanal gerçeklik ve artırılmış gerçeklik uygulamalarının günlük hayatın bir parçası haline geleceği ifade edilmektedir¹¹³. 5G kullanımına Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı şehirlerde 2019 yılı içinde başlanmıştır¹¹⁴.

Türkiye'de 2011 yılından itibaren 100 Mbps'e (*megabits per second*: saniyedeki megabit veri hızı) kadar hız sunan klasik 4G teknolojisi kullanılmaya başlanmıştır. Nisan 2016 itibarıyla yüksek hızlı 4G diğer adıyla 4.5G teknolojisine geçilmiştir. 4.5G, 300/450 Mbps hıza ulaşabilmektedir¹¹⁵. 4.5G veya başka bir anılışıyla LTE Advanced (*Long*

112 SONSUZ TEKNOLOJİ, "3G, 4G, 4.5G ve LTE Arasındaki Fark Nedir?", Yayınlanma tarihi 04.07.2018, <https://www.sonsuzteknoloji.com/3g-4g-45g-lte-arasindaki-fark-nedir/> (Erişim 11.10.2019).

113 AKTAN, Sertaç, "5G Teknolojisi Nedir, Ne Kadar Hızlıdır ve Hayatımızı Nasıl Değiştirecek?", *Euronews Türkçe*, Yayınlanma tarihi 28.02.2019, <https://tr.euronews.com/2019/02/28/5g-mobil-teknolojisi-nedir-ne-kadar-hizlidir-ve-hayatimizi-nasil-degistirecek-3g-4g-ve-5g> (Erişim 11.10.2019).

114 Bunlardan bazıları Chicago, Minneapolis, Denver, Atlanta, Detroit, Indianapolis, Washington DC, Panama City, New York City. Diğer şehirler ve ayrıntılı bilgi için bkz. FISHER, Tim, "When Is 5G Coming to the US? (Updated for 2019)", *Lifewire*, Yayınlanma tarihi 02.10.2019, <https://www.lifewire.com/5g-availability-us-4155914> (Erişim 11.10.2019).

115 CNNTURK, "4.5G'nin 4G'den Farkı Ne?", Yayınlanma tarihi 09.01.2016, <https://www.cnnturk.com/bilim-teknoloji/teknoloji/4-5gnin-4gden-farki-ne?page=1> (Erişim 31.12.2019).

Term Evolution–LTE), mobil cihaz kullanıcılarına daha fazla ağ kapasitesi ve hız sunan 4G kablosuz geniş bant teknolojisi için bir standarttır¹¹⁶.

2. Kablosuz İnternet, Mobil Telefon ve 5G Teknolojilerinin Bedensel Zararlara Etkileri ve Konu İle İlgili Görüşler

Kablosuz internet bağlantısı, mobil telefonlar ve 5G teknolojilerinin insan vücudu üzerindeki etkileri bakımından çeşitli araştırmalar yapılmaktadır. Bu araştırmalar özellikle bu teknoloji nedeniyle ortaya çıkan radyasyonun etkileri üzerine yoğunlaşmaktadır. Radyasyonun (*radiation*), kelime anlamı yayılma ve ışımadır. Genel anlamda enerjinin boşlukta dalgalar ya da tanecikler (fotonlar) halinde yayılması radyasyondur. Radyasyon, iyonlaştırıcı ve iyonlaştırıcı olmayan radyasyon (*non-ionizing*) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Radyo dalgaları, mikro dalgalar, mor ötesi ışık, kızılötesi ışık, görülebilir ışık dalga tipi ve iyonlaştırıcı olmayan radyasyon çeşitleridir¹¹⁷. Mobil telefonlar, mobil olduklarından kablosuz haberleşmede kullanılmaktadır. Mobil telefonlar ve baz istasyonları tarafından kullanılan radyo dalgaları iyonlaştırıcı olmayan radyasyon içermektedir. Dolayısıyla mobil telefonlar ve baz istasyonlarının elektromanyetik¹¹⁸ dalgalarına maruz kalmanın hücrelerin genetik yapısını değiştirerek kansere yol açan iyonize elektromanyetik ışınlardan olmadığını ifade edenler bulunmaktadır¹¹⁹.

İyonlaştırıcı olmayan radyasyonun canlılar üzerinde iyonize etme etkisi yoktur. İyonize etme etkisi atomun elektronlarının ayrıştırılması anlamındadır. İyonlaştırıcı olmayan radyasyonun böyle bir etkisi yoktur. Sadece madde üzerinde ısınma etkisi yapmaktadır. Örneğin radyo frekansı enerjisi ve mikrodalga radyasyonu iyonlaştırıcı olmayan radyasyon içermektedir¹²⁰. İyonize radyasyonun çeşitlerinden bir tanesi röntgen ışınları da denilen X ışınlarıdır¹²¹.

116 ROUSE, Margaret, “**LTE (Long Term Evolution)**”, Güncellenme tarihi Haziran 2018, <https://searchmobilecomputing.techtarget.com/definition/Long-Term-Evolution-LTE> (Erişim 31.12.2019).

117 AYKAÇ, Aslı, “**Radyasyon ve Tipleri**”, http://docs.neu.edu.tr/staff/asli.aykac/Radyasyon2_38.pdf, (Erişim 11.10.2019).

118 Elektrik akımının bulunduğu her yerde manyetik alan da mevcuttur. Akım arttıkça manyetik alan da artar. PAMUK, Çağdaş Ozan, “**Elektromanyetik Alan Gerçeği**”, <https://www.elektrikport.com/teknik-kutuphane/elektromanyetik-alan-gercegi/4455#ad-image-0> (Erişim 31.12.2019); Elektromanyetik radyasyon, boşlukta hareket eden elektrik dalgaları ve manyetik enerjinin bir araya gelmesiyle oluşur. Radyo ve televizyon istasyonları, baz istasyonları ve radarlar iletişim esnasında elektromanyetik alanlar ortaya çıkarır. <http://www.electrosense.com.tr/genel-bilgiler/elektromanyetik-radyasyon-nedir-> (Erişim 31.12.2019).

119 BİLGİ TEKNOLOJİLERİ ve HABERLEŞME KURUMU.

120 KWAN-HOONG, Ng, Radiation, Mobile Phones, Base Stations and Your Health, **Malaysian Communications and Multimedia Commission**, Yayınlanma tarihi 2003, <https://www.who.int/peh-emf/publications/en/mcmcradiationmobilephonebk.pdf> (Erişim 11.10.2019).

121 Diğer iyonlaştırıcı radyasyon çeşitleri ise alfa parçacıkları, beta parçacıkları, gama ışınları ve nötronlardır. RADYASYONDAN KORUNMA DERNEĞİ, “**İyonlaştırıcı Radyasyon**”,



5G kablosuz altyapı hakkındaki kanunların Amerika Birleşik Devletleri'nde Senato'da Ekim 2018 tarihinde görüşülmesi sırasında iç hastalıkları doktoru *Sharon GOLDBERG*, kanuna ilişkin itirazlarını dile getirmiştir. Doktor *GOLDBERG*, 5G teknolojisinin canlıların üzerindeki etkisinin nasıl olacağına yeterince araştırılmadığını ve sağlık üzerinde kronik etkileri olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca kablosuz teknoloji nedeniyle oluşan radyasyonun bitki, hayvan, böcek ve mikroorganizmalar dâhil tüm yaşam formlarını etkilediğini belirtmiştir. Bu etkinin insanlarda kanser oluşturabilecek DNA hasarı, kardiomiopati (kalp yetmezliği), nöropsikiyatrik etkiler şeklinde olduğunu ifade etmiştir¹²². Yine aynı yönde *HAVAS*, iyonlaşmamış radyasyonun iyonlaşmış radyasyon modeli dikkate alınarak elektronları ayırmak için yeterli enerjiye sahip olmadıklarından hareketle kansere neden olmayacağını varsaymanın hatalı bir varsayım olduğunu ifade etmiştir. *HAVAS*, iyonlaşmamış radyasyonun serbest radikalleri azaltarak kansere neden olduğunu ifade etmiştir. Düşük frekanslı elektromanyetik alanların ve radyo dalgalarının iyonlaşmamış radyasyon oldukları halde canlılar üzerinde serbest radikal hasarına neden olduğunun kanıtlandığını kaydetmiştir. Yazar, iyonlaşmış radyasyon DNA'ya doğrudan zarar verirken, iyonlaşmamış radyasyon oksidatif onarım mekanizmalarını engellediğini bunun da oksidatif strese neden olduğunu, DNA dâhil hücresel bileşenlere ve kansere neden olacak şekilde hücresel süreçlere zarar verdiğini belirtmektedir. *HAVAS*, serbest radikal hasarının mobil telefon kullanımı, baz istasyonları, yayın antenleri ve radarlara yakın oturmakla ilişkilendirilen artan kanser riskini açıkladığını belirtmiştir¹²³. Elektromanyetik dalgaların kansere dönüşme

Yayınlanma tarihi 29.03.2012, <http://www.trkd.org.tr/yarararli-bilgiler/radyasyon-nedir/641-iyonlastirici-radyasyon.html#> (Erişim 11.10.2019).

- 122 Doktor *Sharon GOLDBERG*'in 5G'nin etkisine ilişkin açıklamaları için bkz. **STOP5G**, “**Dr. Sharon Goldberg on Wireless Radiation**”, Yayınlanma tarihi 05.11.2019, <https://stop5g.cz/us/dr-sharon-goldberg-on-wireless-radiation/> (Erişim 11.10.2019); 5G'nin sağlık üzerine etkileri hakkında Amerika Birleşik Devletleri'nde haber bültenindeki açıklamalar için bkz. RT AMERICA, “5G Wireless: A Dangerous Experiment on Humanity”, **News with Rick Sanchez**, Yayınlanma tarihi 14.01.2019, https://www.youtube.com/watch?v=H_f9gpg4t6c (Erişim 11.10.2019).
- 123 *HAVAS*, Magda, “When Theory and Observation Collide: Can Non-Ionizing Radiation Cause Cancer?”, **Environmental Pollution**, Volume 221, February 2017, s.501-505, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0269749116309526> (Erişim 12.10.2019); Aynı yönde görüşler için bkz. MOUSTAFA, Y.M./MOUSTAFA, R.M./BELACY, A./ABOU-EL-ELA, S.H./ALI, F.M., “Effects of Acute Exposure to the Radiofrequency Fields of Cellular Phones on Plasma Lipid Peroxide and Antioxidase Activities in Human Erythrocytes”, **Journal of Pharmaceutical and Biomedical Analysis**, 2001, Nov, 26(4), s.605-608, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11516912> (Erişim 12.10.2019); CELLAT, Mustafa/KILINÇ KILIÇALP, Dide, “Elektromanyetik Radyasyona Maruz Bırakılan Kobayların Böbrek Dokusunda Prooksidan-Antioksidan Düzeylerine Yeşil Çayın Etkisi”, **Fırat Üniversitesi Sağlık Bilimleri Veteriner Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2010, s.17-21, <http://veteriner.fusabil.org/text.php?id=700> (Erişim 12.10.2019).

süresinin otuz yıl veya daha fazla olarak hesaplandığı da ifade edilmiştir. Bu itibarla kablosuz internet, mobil telefon gibi cihazların asıl etkisinin görülmesi sonradan ortaya çıkacağı belirtilmektedir¹²⁴. Elektromanyetik dalgaların insanlığın sağlığı bakımından asıl etkisinin tıpkı sigarada olduğu gibi sonradan anlaşılacağı şeklinde bir benzetme yapılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir¹²⁵.

Birleşik Devletler Gıda ve İlaç Kurumu (*U.S.Food and Drug Association-FDA*) mevcut verilere göre mobil telefonların radyo frekans dalgalarına maruz kalma ile olumsuz sağlık sonuçları arasında bir ilişki kurmak için yeterli bilimsel kanıt olmadığı görüşündedir. Bununla birlikte Kurum, uzun süreli mobil telefon kullanımının etkisi ve gençler/çocuklar üzerindeki etkileri hakkında bilgi eksikliklerini gidermek için ek araştırmaların yapılması gerektiği görüşüne sahiptir¹²⁶.

Dünya Sağlık Örgütü, uzun süreli elektromanyetik alanda bulunma ve kanser bağlantısı ile ilgili olarak resmi internet sitesinde elektromanyetik alanların kanserojen etkisinin hala tartışmalı olduğunu, eğer elektromanyetik alanların kansere bir etkisi varsa bunun çok az olduğunu ifade etmiştir. Dünya Sağlık Örgütü evlerdeki elektromanyetik dalgalara maruz kalmanın çocuklarda lösemi riskini az miktarda artırdığına ilişkin epidemiyolojik araştırmaların bulunduğunu belirtmiştir. Dünya Sağlık Örgütü, bilim insanlarının genel olarak elektromanyetik alanlara maruz kalma ile kanser arasında bir ilişkinin bulunduğunu ifade etmediklerini, kısmen böyle bir sonuca ulaşıldığının bilgisi bulunduğunu kaydetmiştir. Çünkü hayvanlar üzerindeki laboratuvar çalışmalarının elektromanyetik alanların kansere neden olduğu veya kanseri artırdığı hipotezi ile tutarlı, tekrar edilebilir bir şekilde etkileri göstermediğini, bu alandaki büyük ölçekli çalışmaların devam ettiğini ve bu çalışmaların bu konudaki sorunları çözebileceğini Dünya Sağlık Örgütü resmi internet sitesinde ifade etmiştir¹²⁷. Dünya Sağlık Örgütü mobil telefonların ise bazı beyin kanserlerine neden olma potansiyelinin bulunduğunu belirtmiştir¹²⁸.

124 GIBBS, Mark, "Is Wi-Fi Killing Us...Slowly?", **Network World**, Yayınlanma tarihi 21.08.2014, <https://www.networkworld.com/article/2466509/is-wifi-killing-us-slowly.html> (Erişim 12.1.2019).

125 WOLPIN, Stewart, "Will Cellphones Prove as Cancerous as Cigarettes?", **Huffpost**, Yayınlanma tarihi 03.13.2014, Güncellenme tarihi 06.12.2017, https://www.huffpost.com/entry/will-cell-phones-prove-as_b_4958800 (Erişim 19.12.2019).

126 FDA, "Current Research Results", Yayınlanma tarihi 05.02.2019, <https://www.fda.gov/radiation-emitting-products/cell-phones/current-research-results> (Erişim 27.12.2019).

127 WORLD HEALTH ORGANIZATION, "What are Electromagnetic Fields?", <https://www.who.int/peh-emf/about/WhatisEMF/en/index1.html> (Erişim 13.10.2019).

128 REARDON, Marguerite, "WHO: Cell phones may cause cancer - World Health Organization issues new findings, classifying cell phones as a potential cancer risk, like exhaust from gasoline-powered vehicles and lead", Yayınlanma tarihi 31.05.2011,



Elektromanyetik alanların (EMA) lösemi dâhil birçok kanserin oluşma riskini artırabildiğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Özellikle çocuk yaş grubunda elde edilen veriler on dört yaş altı çocukların yüksek gerilim hatlarının bulunduğu alanlardan olabildiğince uzak bölgede yaşamasının zorunlu olması gerektiğini göstermektedir¹²⁹. Dünya Sağlık Örgütü'ne bağlı bir kuruluş olan Uluslararası Kanser Araştırma Merkezi (IARC) radyo frekans elektromanyetik alanlarını insanlar için kanserojen olabilir anlamında 2B grubu kategorisinde sınıflandırmıştır¹³⁰. Merkez, 31 Mayıs 2011 tarihli basın açıklamasında bu sınıflandırmayı mobil telefon kullanımı ile ilişkili malign bir beyin kanseri türü olan artmış glioma riskine dayandığını belirtmiştir¹³¹. Bu grup o etkenin hayvan deneylerinde kanser yaptığına dair yeterli verilerin var olduğunu, insan deneylerinde ise kısıtlı verilerin o etkenin kanser yaptığını göstermektedir.

- <https://www.cnet.com/news/who-cell-phones-may-cause-cancer/> (Erişim 20.12.2019); Amerikalı Profesör ve Onkolog Devra DAVIS'in, konu ile ilgili konuşmasının bir kısmı şu şekildedir: "...Ben bir epidemiyologum ve epidemiyolojinin bir bilim olarak sınırlı olduğunu anlıyorum. Ancak birinci ve ikincitip hatalar arasındaki farkın anlaşılması önemlidir. Birinci tip hata doğruyu yanlış göstermektedir. Bir şey sorun değilken sorun olduğunu söylemektir. Ama cep telefonu araştırmaları ikinci tip hataya daha açıktır, bu da aslında sorun varken onu bulamamaktır. Bu sorunu yaşıyoruz çünkü bilginiz gerçekten sınırlı..... İkinci Dünya Savaşı sona ererken, Japonya bombalandı, bunlardan iyonize radyasyon yayıldı ve hayatta kalan on binlerce insanda hiçbir beyin tümörü artışına rastlanmadı; ta ki 40 yıl sonrasında kadar. Bunu düşünün. Cep telefonları hakkında yapılan epidemiyolojik çalışmalarda çoğu beyin kanserlerinde hiçbir artış göstermiyor. Dünya Sağlık Örgütü tarafından en son yayımlanan çalışma, cep telefonu kullanıcılarını altı ay boyunca haftada bir arama yapan biri olarak tanımlıyor. Altı ay boyunca haftada bir arama. Ve hiçbir sorun bulamamışlar. Ancak on yıl boyunca yoğun kullanımda beyin kanseri arayan iyi düzenlenmiş her çalışma çift kat ya da daha fazla risk bulmuştur. Ve ayrıca cep telefonlarını tıpkı bugün buradaki genç insanlar gibi ilk gençliklerinde kullanmaya başlayan insanlar üzerinde yapılan çalışmalarda da, cep telefonlarını ilk gençliklerinde yoğun biçimde kullanmaya başlamış olan insanlar üzerinde yapılan çalışmalarda 4 ile 5 kat daha fazla beyin kanseri bulunmuştur." DAVIS, Devra, "Disconnect", **Elektromanyetik Alanlar ve Etkileri Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Paneller ve Bildiriler**, İstanbul Barosu – TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi – İstanbul Tabip Odası, EMO Yayın No: GY/2012/7, Ezgi Matbaacılık İstanbul 2012, http://www.emo.org.tr/ekler/62166ac8b06cb6f_ek.pdf?tipi=2&turu=X&sube=6 (Erişim 21.12.2019), s.21.
- 129 Enerji iletim hatlarına yakın yerlerde yaşamının özellikle çocukluk çağı lösemileri için önemli bir risk oluşturduğu, elektromanyetik alan kaynaklarına yakın yaşamın sağlığı olumsuz etkilediği yönünde görüş ve orada anılan diğer yazarlar hakkında bkz. GÜNATA, Mehmet, "Yüksek Gerilim Hatları Lösemi Yapar mı?", **ShiftDelete**, <https://shiftdelete.net/yuksek-gerilim-hatları-losemi-yapar-mi-75122> (Erişim 20.12.2019).
- 130 Merkez'in kullandığı kategori grupları: Grup 1: İnsanlar için kanserojen (*Group 1: Carcinogenic to humans*), Grup 2A: Muhtemelen insanlar için kanserojen (*Group 2A: Probably carcinogenic to humans*), Grup 2B: İnsanlar için kanserojen olabilir (*Group 2B: Possibly carcinogenic to humans*), Grup 3: İnsanlar karşı kanserojenliği bakımından sınıflandırılmaz (*Group 3: Not classifiable as to its carcinogenicity to humans*), Grup 4: Muhtemelen insanlar için kanserojen değil (*Group 4: Probably not carcinogenic to humans*). FDA.
- 131 INTERNATIONAL AGENCY for RESEARCH on CANCER, "IARC Classifies Radiofrequency Electromagnetic Fields as Possibly Carcinogenic to Humans", **World Health Organisation Press Release Number 208**, Yayınlanma tarihi 31.05.2011, https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/pr208_E.pdf (Erişim 20.12.2019).



28 Mart 2018 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde Birleşik Devletler Sağlık ve Beşeri Hizmetler Dairesi Milli Toksikoloji Programı tarafından yapılan deney sonuçlanmış ve bir insanın ömrü boyunca maruz kalacağı mobil telefon radyasyonuna maruz bırakılan farelerin beyin ve kalplerinde kanser oluştuğuna ilişkin kanıtların bulunduğu ifade edilmiştir¹³².

3. Kablosuz İnternet, Mobil Telefon ve 5G Teknolojileri Hakkında Bazı Gelişmeler

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2011 yılındaki açıklamasında elektromanyetik alanların potansiyel tehlikesi ve çevreye etkisi hakkında açıklama yapmış ve Avrupa hükümetlerine özellikle beyin tümörlerinden en çok etkilenen çocukların ve gençlerin elektromanyetik alanlara maruz kalmalarını azaltacak tedbirler almaları yönünde çağrı yapmıştır. Bu kapsamda hareket eden devletlerden biri olan Fransa'da 2015 yılında çocuk yuvalarında kablosuz bağlantı yasağı getiren, ilkokullarda kullanım dışında kablosuz bağlantı router/yönlendirici cihazlarının kapatılmasını gerektiren, mobil telefonların SAR değerlerinin açıkça paketlerinin üzerine yazılmasını gerektiren, her vatandaşın yaşadığı çevrenin radyasyon ölçüm değerlerine erişmesini sağlama hakkı veren yasa çıkarılmıştır¹³³. SAR değeri, elektromanyetik radyasyonun canlı doku ile etkileşimi birimidir. Kısaca dokularda soğurulan ve ısıya dönüşen güçle ilgilidir¹³⁴.

İsviçre, Birleşik Krallık, Almanya gibi ülkeler 5G için şebeke yaygınlığını genişleteceklerini belirtmiştir. Eylül 2017'de ise hekimler ve bilim insanları olan *HARDELL* ve *NYBERG* 5G karşıtı görüşlerini açıklamışlardır. Bu açıklamada muhtemel kanser riski, hücrel stres ve genetik zararlar nedeniyle Avrupa Birliği'ne, 5G için şebekelerin yaygınlaştırılmasının

132 Deney sonucunu sunan BLYSTONE, Chad, "Report on the Peer Review of the Draft NTP Technical Reports on Radio Frequency Radiation Exposure to Rats (900 MHz) in TR-595 and Mice (1900 MHz) in TR-596", https://ntp.niehs.nih.gov/ntp/about_ntp/bsc/2018/june/meetingmaterials/blystone20180620_508.pdf (Erişim 20.12.2019); Ayrıca bkz. HERTSGAARD, Mark/DOWIE, Mark, "The inconvenient truth about cancer and mobile phones", *The Guardian*, Yayınlanma tarihi 14.07.2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/14/mobile-phones-cancer-inconvenient-truths> (Erişim 20.12.2019).

133 Diğer ülkelerdeki durum ve ayrıntılı bilgi için bkz. ENVIRONMENTAL HEALTH TRUST, "International Policy Briefing Radiofrequency Radiation in Communities and Schools Actions by Governments, Health Authorities and Schools Worldwide", [http://www.ec.gov.cy/environment/environment.nsf/7BCBC7E9F6300FA6C2257CCC0032D59F/\\$file/%CE%94%CE%B9%CE%B5%CE%B8%CE%BD%CE%AE%CF%82%20%CE%A0%-CE%BF%CE%BB%CE%B9%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE-%CE%A0%CF%81%-CE%BF%CE%BB%CE%B7%CF%80%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AD%CF%82%20%CE%94%CF%81%CE%AC%CF%83%CE%B5%CE%B9%CF%82%20%CE%B3%CE%B9%-CE%B1%20%CF%84%CE%B7%CE%BD%20%CE%91%CF%83%CF%8D%CF%81%CE%B-C%CE%B1%CF%84%CE%B7%20%CE%91%CE%BA%CF%84%CE%B9%CE%BD%CE%-BF%CE%B2%CE%BF%CE%BB%CE%AF%CE%B1.pdf](http://www.ec.gov.cy/environment/environment.nsf/7BCBC7E9F6300FA6C2257CCC0032D59F/$file/%CE%94%CE%B9%CE%B5%CE%B8%CE%BD%CE%AE%CF%82%20%CE%A0%-CE%BF%CE%BB%CE%B9%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE-%CE%A0%CF%81%-CE%BF%CE%BB%CE%B7%CF%80%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AD%CF%82%20%CE%94%CF%81%CE%AC%CF%83%CE%B5%CE%B9%CF%82%20%CE%B3%CE%B9%-CE%B1%20%CF%84%CE%B7%CE%BD%20%CE%91%CF%83%CF%8D%CF%81%CE%B-C%CE%B1%CF%84%CE%B7%20%CE%91%CE%BA%CF%84%CE%B9%CE%BD%CE%-BF%CE%B2%CE%BF%CE%BB%CE%AF%CE%B1.pdf) (Erişim 20.12.2019).

134 PAMUK.



durdurulması çağrısı¹³⁵ yapılmıştır. Bu metin iki yüz elli bilim insanı tarafından imzalanmıştır¹³⁶. Mart 2019 tarihinde Brüksel’de Çevre Bakanı *Céline FREMAULT* 5G için şebeke yaygınlaştırılmasını durdurmuş; İsviçre’nin Bern şehrinde ise Mayıs 2019’da yapılan protestolar 5G antenlerinin inşasının durdurulmasına neden olmuştur¹³⁷.

Konu ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir husus da Londra’da bulunan önde gelen sigorta grubu Lloyds’un kablosuz teknolojilere ilişkin ileri sürülecek sağlığa ilişkin talepleri sigorta etmeyeceğini açıklamış olmasıdır. Bu açıklamadan sonra başka sigorta şirketleri de aynı yolu seçmeye başlamıştır. Llyods’un 2010 yılında Risk Değerlendirme Ekibinin hazırladığı raporda kablosuz teknolojiler asbest ile karşılaştırılmıştır. Raporda asbest ile ilgili olarak da başlangıçta sağlık üzerinde olumsuz etkisinin yeterince belirgin olmadığı ifade edilirken daha sonra asbestin kansere neden olduğuna dikkat eden herkes tarafından kanser yaptığının anlaşıldığı ifade edilmiştir¹³⁸. PG&E Şirketi (*Pacific Gas and Electric*) ise kablosuz bağlantı nedeniyle sağlık sorunlarından sorumlu olmayacağını açıklamıştır. Kablosuz bağlantı sunan okulların veya binalarına kablosuz bağlantı (*wi-fi*) imkânı sunan kuruluşların bundan sorumlu olacağını belirtmiştir¹³⁹.

Sigorta şirketlerinin ardından telekom şirketlerinin bazıları da hissedarlarını elektromanyetik radyasyon nedeniyle kendilerine açılacak tazminat davaları ve talepler nedeniyle oluşabilecek finansal zararlar konusunda uyarmaktadır. Bundan başka Google

135 İtiraz metni için bkz. HARDELL, Lennart/NYBERG, Rainer, “**The Appeal - Scientists and doctors warn of potential serious health effects of 5G**”, <http://www.5gappeal.eu/scientists-and-doctors-warn-of-potential-serious-health-effects-of-5g/> (Erişim 20.12.2019);

136 Değişik ülkelerden imzalayan bilim insanlarının isim ve uzmanlık alanlarını gösterir liste için bkz. <http://www.5gappeal.eu/signatories-to-scientists-5g-appeal/> (Erişim 20.12.2019).

137 CASSAUWERS, Tom, “Is 5G Bad for Your Health? It’s Complicated, Say Researchers”, **Horizon, The EU Research & Innovation Magazine**, Yayınlanma tarihi 07.10.2019, <https://horizon-magazine.eu/article/5g-bad-your-health-it-s-complicated-say-researchers.html> (Erişim 20.12.2019).

138 Rapor metni için bkz. LLOYDS, **Electro-magnetic Fields from Mobile Phones: Recent Developments – Lloyds Emerging Risks Team Report**, November 2010, file:///C:/Users/Armağan%20Bozkurt/Desktop/DEVAM%20EDEN%20C3%87ALI%20C5%9EMALAR/EMF%20Final%20November%202010.pdf (Erişim 12.10.2019).

139 PHIBETA IOTA.NET, “**Lloyds Insurers Refuse to Cover 5G Wifi Illnesses**”, Yayınlanma tarihi 12.02.2019, <https://principia-scientific.org/lloyds-insurers-refuse-to-cover-5g-wi-fi-illnesses/> (Erişim 12.10.2019); 1990-2014 yılları arasında yapılmış olan radyo dalgaları ve mobil telefon radyasyonunun biyolojik etkisi ve uzun süre elektromanyetik alana maruz kalmanın hücrenin fonksiyonlarına hasar verdiğine ilişkin çalışmalar için bkz. BIOINITIATIVE REPORT, “**The Bioinitiative Report 2012 - A Rationale for Biologically-based Public Exposure Standards for Electromagnetic Fields (ELF and RF)**”, <https://bioinitiative.org/> (Erişim 12.10.2019).

Şirketi sanal gerçeklik uygulamasını sınıfta kullanan okullar ile yaptığı sözleşmede kendisinin bu teknoloji nedeniyle oluşabilecek ölüm de dâhil bedensel zararlardan ihmal nedeniyle sorumlu olmadığına ilişkin hükmü sözleşmeye koymaktadır. Bir başka örnek Abu Dabi Milli Sigorta Şirketi'nin çalışanların sigorta sözleşmelerinde elektromanyetik alanlar nedeniyle oluşan zararları kapsam dışı tutması gösterilebilir¹⁴⁰.

Konu ile ilgili verilmiş ilk mahkeme kararı olması bakımından önemi nedeniyle İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 2012 yılında bir işadammının beyin tümörünün mobil telefon radyasyonu kaynaklı olduğuna ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını onaması gösterilebilir. Olayda, Innocenzo Marcolini isimli işadamı on iki yıl boyunca günde 6 saat mobil telefon ile konuşmuştur. Kafasının sol tarafında bir tümör gelişmiştir. İtalyan İşçi Tazminat Kurumu'na (*Italian Workers' Compensation Authority*) başvurarak hastalığının işi nedeniyle kaynaklandığından bahisle tazminat talebinde bulunmuştur. Hastalığının işi nedeniyle kaynaklandığına ilişkin yeterli kanıt olmadığından bahisle talebi reddedilen Marcolini dava açmıştır. İlk derece mahkemesinin davacı tarafı haklı bulması üzerine, Kurum temyiz yoluna gitmiştir¹⁴¹. Ancak, İtalyan Yüksek Mahkemesi, İsveçli onkolog *Lennart HARDELL'in*¹⁴² raporlarına, mobil telefonu üreten şirketlerin finanse ettiği araştırmalardan bağımsız olması nedeniyle, dayanarak ilk derece mahkemesinin kararının onanması yönünde karar vermiştir¹⁴³.

Yine İtalya'da Roberto Romeo isimli bir çalışan işi nedeniyle on beş yıl boyunca günde üç–dört saat mobil telefon ile konuşmak zorunda kaldığını ve sağ kulağının duymamaya başlaması nedeniyle doktora gittiğinde 2010 yılında kendisinde tümör bulunduğu teşhisinin konulduğunu belirtmiştir. Tümör çıkarılırken sağ kulağındaki duyma sinirlerinin de çıkarılması zorunluluğu doğmuştur. Tıbbi bir uzman Romeo'nun bedensel fonksiyonlarının %23 oranında zarara uğradığını rapor etmiştir. Bu itibarla mahkemeden iş kazası nedeniyle çalışanların sigorta programı

140 ENVIRONMENTAL HEALTH TRUST, “Telecom and Insurance Companies Warn of Liability and Risk – Cell Phone Wireless Companies Warn Shareholders About Future Financial Risks from Electromagnetic Radiation”, <https://ehtrust.org/key-issues/cell-phoneswireless/telecom-insurance-companies-warn-liability-risk-go-key-issues/> (Erişim 14.10.2019).

141 ALIMENTI, Virginia, “Italy Court Ruling Links Mobile Phone Use to Tumor”, *Reuters*, Yayınlanma tarihi 19.10.2012, <https://www.reuters.com/article/us-italy-phones/italy-court-ruling-links-mobile-phone-use-to-tumor-idUSBRE89I0V320121019> (Erişim 14.10.2019).

142 Profesör *Lennart HARDELL'in* 03.06.2019 tarihinde Tallinn'de yaptığı konuşması için bkz. HARDELL, Lennart, “Mobile Phones, Wireless Communication and Health – and What You are Not Told by Authorities and Media”, *kiirgusinfo.ee*, Yayınlanma tarihi 26.07.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=JiLZj2QvIe> (Erişim 16.10.2019).

143 İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin karar metni için bkz. <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1850707.pdf> (Erişim 14.10.2019).



kapsamında aylık 500 Euro ödenmesi talep edilmiştir. Mahkemece talep kabul edilmiştir¹⁴⁴.

Kablosuz internet teknolojisi mobil telefonlardan başka giyilebilir teknoloji ürünlerinde de kullanılmaktadır. Google Şirketi'nin ilk defa 2013 yılında piyasaya sürdüğü ve artırılmış gerçeklik ürünü olan gözlüğü (*Google glass*) gözlüğünün camındaki bir küçük projektör sayesinde sesli komutların yanıtlarını, görüntüleri ve videoları kullanıcının görebilmesi için gözlüğün camına yansıtılmaktadır. Bu gözlük görüntüleri kaydedebilmesi nedeniyle kişisel verilerin korunması, mahremiyetin korunması ve kablosuz ağ sinyallerinin vücudun baş kısmına çok yakın olması nedeniyle endişelere neden olmuştur. Gözlük 2015 yılında piyasadan kaldırılmıştır. 2019 yılı itibarıyla gözlük yeniden ancak sadece profesyonel kullanıcılar için piyasaya sürülmüştür¹⁴⁵. Google gözlük ürünlerinin radyasyon etkisi ve kullanıcıların uzun vadede sağlığına olabilecek etkileri hakkında Google Şirketi tarafından kullanıcıların uyarılmaları gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁶.

4. Türkiye'de Durum

Türkiye'de baz istasyonlarının kurulmasına ilişkin şartlar Elektronik Haberleşme Kanunu'nun¹⁴⁷ 37.maddesine dayanılarak çıkarılan 2018 yılında değiştirilmeden önceki adı Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü Ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, değişiklikten sonraki adı Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği¹⁴⁸ olan yönetmelik ile

144 THE GUARDIAN, "Italian Court Rules Mobile Phone Use Caused Brain Tumor", Yayınlanma tarihi 21.04.2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/21/italian-court-rules-mobile-phone-use-caused-brain-tumour> (Erişim 14.10.2019); İtalya'da mobil telefonu kullanımı kaynaklı tazminat taleplerinin sayısı 2019 yılı itibarıyla dördü bulmuştur. CHRISTINE, "Italian Workers' Compensation Authority (INAIL) Ordered to Pay Out to 4th Mobile Phone User with Cancer", Yayınlanma tarihi 17.09.2019, <https://citizensfor5gawareness.org/italian-workers-compensation-authority-inail-ordered-to-pay-out-to-4th-mobile-phone-user-with-cancer/> (Erişim 14.10.2019).

145 AKTAŞ, Doğan Kürşat, "Google Glass Enterprise Edition 2 Tanıtıldı", **Chip**, Yayınlanma tarihi 23.05.2019, https://www.chip.com.tr/haber/google-glass-enterprise-edition-2-tanitildi_82402.html (Erişim 14.10.2019).

146 MOSKOVITZ, Joel M., "Google Glass Radiation: Health Risk from Wearable Wireless SAR Levels Exceed Smartphones", **RF Safe**, Yayınlanma tarihi 15.04.2014, <https://www.rfsafe.com/google-glass-radiation-health-risk-from-wearable-wireless-sar-levels-exceed-smartphones/> (Erişim 14.10.2019); Giyilebilir teknoloji ürünü gözlüklerinin göz üzerindeki etkisi hakkında araştırma için bkz. LAN, Junqing / DU, Guohong, "Evaluation of Temperature Elevation in Human Ocular Tissues due to Wireless Eyewear Devices", **The Applied Computational Electromagnetics Society**, Vol.34, No.1, January 2019, s.17-24.

147 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, RG.10.11.2008 T., 27050 S.

148 RG.21.04.2011 T., 27912 S.

düzenlenmektedir. Bu Yönetmelik'te elektronik haberleşme cihazlarının kuruluş yeri bakımından okul, park, bahçeler gibi alanlara olan güvenlik mesafesi hesabının nasıl yapılacağı düzenlenmiştir (Yönetmelik m.5). Bununla birlikte okullarda, hastanelerde, otellerde veya apartmanlarda bireysel olarak evlerde kablosuz internet ile ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Kullanıcıların kendi kullanım alanlarına ve amaçlarına uygun ölçüde sinyal gücü olan modem kullanmalarını sağlayacak aygıt ve programlardan faydalanmaları konusunda teşvik edilmeleri ve bilinçlendirilmeleri uygun olacaktır. Örneğin bir apartman dairesinde kullanılan kablosuz internetin sinyal gücünün bütün apartmana hatta yan apartmanlara ulaşacak kadar güçlü olması gerekmemektedir. Okullarda yönetim ile görevli kişilerin bu konuda hassasiyet göstermelerinin sağlanması gerekmektedir. Yönetim ile görevli kişilerin okullardaki kablosuz bağlantıların neden olabileceği zararlarda ihmal nedeniyle hukuki sorumlulukları gündeme gelebilir¹⁴⁹.

5. Görüşümüz

Kablosuz internet, mobil telefon ve 5G teknolojisi hakkında Kolombiya Bölgesi Üst Mahkemesi hâkimi *Frederick WEISBERG*'in kararında geçen ifadeye katılmak gerektiği düşüncesindeyiz. *WEISBERG*'in kararının ilgili kısmını önemi nedeniyle aynen belirtmek gerekirse: *"hücreli/mobil telefon radyasyonunun kanserojen olduğu hakkında bir tane bile makul ihtimal varsa, halk sağlığı ve hukuki düzenlemeler konusunda harekete geçmek gerekmektedir. Bu tür cihazları kısıtlamanın finansal ve sosyal maliyeti olsa da, bu maliyet hiçbir şey yapmayıp otuz kırk yıl sonunda insan hayatının alacağı zarara kıyasla sönük kalacaktır. Kanserojen olma olasılığı düşük, ancak potansiyel zararın büyüklüğü yüksekse, iyi bir kamu politikası riskin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtir"*¹⁵⁰.

149 PARENTS for SAFE TECHNOLOGY, "The Legal Liability Issues", <http://www.parentsfor safetechnology.org/legal-liability-issues-with-wireless.html?fbclid=IwAR1VMeP4HIL2P8Kegfks7UfSJlOKdey0RSrsroYBJxHvyonCpu-umaDXtEg> (Erişim 25.10.2019).

150 "If there is even a reasonable possibility that cell phone radiation is carcinogenic, the time for action in the public health and regulatory sectors is upon us. Even though the financial and social cost of restricting such devices would be significant, those costs pale in comparison to the cost in human lives from doing nothing, only to discover thirty or forty years from now that the early signs were pointing in the right direction. As the inconclusive results of the IARC Monograph make clear, more research is necessary to answer definitively the fundamental question of carcinogenicity. If the probability of carcinogenicity is low, but the magnitude of the potential harm is high, good public policy dictates that the risk should not be ignored." Judge Frederick H. Weisberg Case No. 2001 CA 008479 B <https://ehtrust.org/wp-content/uploads/2014/08/Expert-Order.pdf>, (Erişim 27.10.2019), s.29.



SONUÇ

Teknoloji kaçınılmaz bir şekilde üstelik artan oranda hayatımızın içinde yer almaya devam edecektir. Son dönemde gündemde olan yıkıcı teknolojilerin bedensel zararlar bakımından olumlu yönlerinin yanında olumsuz yönlerinin de bulunduğu açıktır. Öyleyse yapılması gereken hukuki düzenlemelerin teknolojiyi yakalaması ve toplumda her yaştaki kişide teknolojiyi bilinçli kullanacak şekilde okullarda eğitim, televizyon, radyo ve internette bilgilendirici yayınlar vasıtası ile farkındalık yaratmaktır.

Teknolojiyi doğru yönetebilecek akıllı toplum felsefesini ifade eden Japonya kaynaklı Toplum 5.0 teknolojiyi bir tehdit değil bir yardımcı olarak algılamak gerektiğini belirtir. Toplum 5.0 insan odaklıdır. Toplum 5.0, yaş, cinsiyet, ekonomik durum farkı gözetilmeksizin tüm insanların tam zamanında ihtiyaçları olan ürün ve hizmetlere ulaşmalarını hedeflemektedir, bunun için de teknolojiyi kullanmaktadır¹⁵¹. Ancak bu yardımcıdan da bilinçli olarak faydalanmak gerekmektedir. Çünkü en değerli olan insan sağlığı ve hayatıdır. Teknoloji de tüm canlılar için ama en çok insan için insan tarafından geliştirilmektedir.

151 THE GOVERNMENT of JAPAN, “Realizing Society 5.0”, https://www.japan.go.jp/abenomics/_userdata/abenomics/pdf/society_5.0.pdf (Erişim 27.10.2019).



YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://web.shgm.gov.tr/doc5/sht-ihha.pdf> (Erişim 19.12.2019).

<http://www.5gappeal.eu/signatories-to-scientists-5g-appeal/> (Erişim 20.12.2019).

<http://www.electrosense.com.tr/genel-bilgiler/elektromanyetik-radyasyon-nedir-> (Erişim 31.12.2019).

<http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1850707.pdf> (Erişim 14.10.2019).

<http://www.robotel.org/> (Erişim 09.10.2019).

<https://ehtrust.org/wp-content/uploads/2014/08/Expert-Order.pdf>, (Erişim 27.10.2019).

<https://grammarist.com/new-words/internet-of-things/> (Erişim 28.12.2019).

https://ihha.shgm.gov.tr/public/document/SHT-IHA_REV1.pdf (Erişim 19.09.2019).

<https://isearch.nhtsa.gov/files/Google%20-%20compiled%20response%20to%202012%20Nov%20%2015%20interp%20request%20-%204%20Feb%2016%20final.htm> (Erişim 19.09.2019).

<https://tr.euronews.com/2017/10/04/tdk-drone-icin-ucangoz-kelimesini-uygun-buldu> (Erişim 30.12.2019).

<https://www.cnnturk.com/bilim-teknoloji/teknoloji/4-5gnin-4gden-farki-ne?page=1> (Erişim 31.12.2019).

https://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_EN.pdf (Erişim 05.12.2019).

<https://www.medicalaugmentedreality.org/> (Erişim 03.10.2019).

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/07/20170727-2.htm> (Erişim 30.12.2019).

<https://www.sektorumdergisi.com/akilli-sehir-de-neyin-nesi/> (Erişim 30.12.2019).



KAYNAKLAR

ABDUL MINAAM, Diaa Salama/ABD-ELFATTAH, Mohamad, “Smart Drugs: Improving Healthcare Using Smart Pill Box for Medicine Reminder and Monitoring System”, **Future Computing and Informatics Journal**, Y.2018, No.3, s.443-456.

AKBAŞ, Yusuf, “**Türkiye’deki Drone Sayısı Açıklandı**”, <https://www.donanimhaber.com/Turkiyedeki-drone-sayisi-aciklandi--103056> (Erişim 19.09.2019).

AKKANAT, Halil, “İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta-Hekim-Üretici İlişkileri”, **İlaç Hukuku - I.Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, Editörler Murat Şen/Ahmet Başözen, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2009, s.75-85.

AKTAN, Sertaç, “5G Teknolojisi Nedir, Ne Kadar Hızlıdır ve Hayatımızı Nasıl Değiştirecek?”, **Euronews Türkçe**, Yayınlanma tarihi 28.02.2019, <https://tr.euronews.com/2019/02/28/5g-mobil-teknolojisi-nedir-ne-kadar-hizlidir-ve-hayatimizi-nasil-degistirecek-3g-4g-ve-5g> (Erişim 11.10.2019).

AKTAŞ, Doğan Kürşat, “**Google Glass Enterprise Edition 2 Tanıtıldı**”, Chip, Yayınlanma tarihi 23.05.2019, https://www.chip.com.tr/haber/google-glass-enterprise-edition-2-tanitildi_82402.html (Erişim 14.10.2019).

ALIMENTI, Virginia, “Italy Court Ruling Links Mobile Phone Use to Tumor”, **Reuters**, Yayınlanma tarihi 19.10.2012, <https://www.reuters.com/article/us-italy-phones/italy-court-ruling-links-mobile-phone-use-to-tumor-idUSBRE89I0V320121019> (Erişim 14.10.2019).

ALL3DP, “**What is 3D Bioprinting?**”, <https://all3dp.com/2/what-is-3d-bioprinting-simply-explained/> (Erişim 06.12.2019).

AUTOMATIVEFLEET, “**Autonomous Vehicles Will Cause Less Accidents with Costlier Repairs, Insurer Says**”, Yayınlanma tarihi 24.07.2018, <https://www.automotive-fleet.com/308174/autonomous-vehicles-less-accidents-costlier-repairs> (Erişim 28.10.2019).

AYDOĞDU, Murat, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 15, Sayı 2, s.1-62.

AYKAÇ, Aslı, “**Radyasyon ve Tipleri**”, http://docs.neu.edu.tr/staff/asli.aykac/Radyasyon2_38.pdf, (Erişim 11.10.2019).



BBC NEWS, “**Toddler’s Eyeball Sliced in half By Drone Propeller**”, Yayınlanma tarihi 26.11.2015, <https://www.bbc.com/news/uk-england-hereford-worcester-34936739> (Erişim 28.10.2019).

BBC, “**Çin’de ‘genetik tasarımı bebek’ soruşturması: Bilim insanı He Jiankui tek başına hareket etti**”, Yayınlanma tarihi 21.01.2019, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46945694> (Erişim 21.12.2019).

BEAL, Vangie, “**Wi-Fi Definition is not Wireless Fidelity**”, Yayınlanma tarihi 14.07.2019, https://www.webopedia.com/DidYouKnow/Computer_Science/wifi_explained.asp (Erişim 30.12.2019).

BEAL, Vangie, “**Wireless Internet**”, https://www.webopedia.com/TERM/W/wireless_internet.html (Erişim 30.12.2019).

BÉLANGER-BARRETTE, Mathieu, “**What is a Cobot?**”, Yayınlanma tarihi 25.05.2015, <https://blog.robotiq.com/what-is-a-cobot> (Erişim 02.10.2019).

BIOINITIATIVE REPORT, “**The Bioinitiative Report 2012 - A Rationale for Biologically-based Public Exposure Standards for Electromagnetic Fields (ELF and RF)**”, <https://bioinitiative.org/> (Erişim 12.10.2019).

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ ve HABERLEŞME KURUMU, “**Baz İstasyonları ve Sağlık**”, <http://www.bthk.org/tr/tuketici/baz-istasyonlari-ve-saglik> (Erişim 26.09.2019).

BLYSTONE, Chad, “**Report on the Peer Review of the Draft NTP Technical Reports on Radio Frequency Radiation Exposure to Rats (900 MHz) in TR-595 and Mice (1900 MHz) in TR-596**”, https://ntp.niehs.nih.gov/ntp/about_ntp/bsc/2018/june/meetingmaterials/blystone20180620_508.pdf (Erişim 20.12.2019).

BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, “**Robot Hukuku**”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 7, Sayı 29, Ocak 2017, s. 85-112 (Robot Hukuku).

BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, “**Üç Boyutlu Yazıcıların Fikri Mülkiyet Hukukuna Etkileri**”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014**, Editör Prof. Dr. Tekin Memiş, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.101-147 (Üç Boyutlu Yazıcılar).

BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, “**Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi**”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s.585-622 (Yapay Zekânın Buluşları).

BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, **Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.



BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, “Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2015, Cilt 17, Sayı 2, s.113-139 (Nesnelerin İnterneti).

BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru, **Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler**, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019 (Endüstri 4.0).

BRODSKY, Ira, “Why 5G Will be Distructive”, **Computer World**, Yayınlanma tarihi 04.12.2018, <https://www.idginsiderpro.com/article/3326057/why-5g-will-be-disruptive.html> (Erişim 28.12.2019).

CAMERON Stuart, “Top 10 Negative Effects of Gaming & Esports”, **Cyber Athletiks**, 02.01.2019, <https://cyberathletiks.com/top-10-negative-effects-of-gaming-esports/> (Erişim 11.10.2019).

CARTER, Jamie, “Hacked Driverless Cars Could Cause Collisions And Gridlock in Cities Say Researchers”, **Forbes**, Yayınlanma tarihi 05.03.2019, <https://www.forbes.com/sites/jamiecartereurope/2019/03/05/hacked-driverless-cars-could-cause-collisions-and-gridlock-in-cities-say-researchers/#69063b062a09> (Erişim 09.10.2019).

CASSAUWERS, Tom, “Is 5G Bad for Your Health? It’s Complicated, Say Researchers”, **Horizon, The EU Research & Innovation Magazine**, Yayınlanma tarihi 07.10.2019, <https://horizon-magazine.eu/article/5g-bad-your-health-it-s-complicated-say-researchers.html> (Erişim 20.12.2019).

CELLAT, Mustafa/KİLİNÇ KILIÇALP, Dide, “Elektromanyetik Radyasyona Maruz Bırakılan Kobayların Böbrek Dokusunda Prooksidan-Antioksidan Düzeylerine Yeşil Çayın Etkisi”, **Fırat Üniversitesi Sağlık Bilimleri Veteriner Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2010, s.17-21, <http://veteriner.fusabil.org/text.php?id=700> (Erişim 12.10.2019).

CHAUVERS, Marcus, “Consumer Drones By the Numbers in 2018 and Beyond”, Yayınlanma tarihi 13.10.2018, <https://www.newsledge.com/consumer-drones-2018-numbers/> (Erişim 19.09.2019).

CHRISTINE, “Italian Workers’ Compensation Authority (INAIL) Ordered to Pay Out to 4th Mobile Phone User with Cancer”, Yayınlanma tarihi 17.09.2019, <https://citizensfor5gawareness.org/italian-workers-compensation-authority-inail-ordered-to-pay-out-to-4th-mobile-phone-user-with-cancer/> (Erişim 14.10.2019).

CIVIL AVIATION AUTHORITY, “You Have Control”, <https://communitydirectory.kirklees.gov.uk/kcfilestore/?applicationReference=310u8we4&fileReference=p04hz5ja> (Erişim 28.10.2019).



COLUMBIA ZUCKERMAN INSTITUTE, “**Columbia Engineers Translate Brain Signals Directly into Speech**”, Yayınlanma tarihi 29.01.2019, <https://zuckermaninstitute.columbia.edu/columbia-engineers-translate-brain-signals-directly-speech> (Erişim 09.10.2019).

COOPER HEWITT, “**Access+Ability: Emma Watch (with Audio Description)**”, Yayınlanma tarihi 10.04.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=UU8RHswGelo> (Erişim 09.10.2019).

ÇAĞ, Derin, “**11 Amazing Examples of Disruptive Technology**”, <https://richtopia.com/emerging-technologies/11-disruptive-technology-examples> (Erişim 28.12.2019).

ÇEKİN, Mesut Serdar, “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 9, Sayı 33, Ocak 2018, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php> (Erişim 16.10.2019), s.283-301.

DAVIES, Alex, “**Nissan’s Path to Self-Driving Cars? Humans in Call Centers**”, Yayınlanma tarihi 01.05.2017, <https://www.wired.com/2017/01/nissans-self-driving-teleoperation/> (Erişim 09.10.2019).

DAVIS, Devra, “Disconnect”, **Elektromanyetik Alanlar ve Etkileri Sempozyumu**, 7-8 Ekim 2011, Paneller ve Bildiriler, İstanbul Barosu – TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi – İstanbul Tabip Odası, EMO Yayın No: GY/2012/7, Ezgi Matbaacılık İstanbul 2012, http://www.emo.org.tr/ekler/62166ac8b06cb6f_ek.pdf?tipi=2&turu=X&sube=6 (Erişim 21.12.2019), s.13-35.

DONALD, Kevin/O’BRIEN, Zoie, “Coroner Says Decision to Use Robot in UK-First Heart Op Led to Patient’s Death As It Emerges Blundering Surgeon Now Has New Job at Another Hospital”, **Mailonline**, Yayınlanma tarihi 08.11.2018, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6367481/Patient-died-robot-used-heart-op-surgeon-99-chance-surviving.html> (Erişim 10.10.2019).

EMSPAK, Jesse, “**What is Augmented Reality?**”, Yayınlanma tarihi 01.06.2018, <https://www.livescience.com/34843-augmented-reality.html> (Erişim 03.10.2019).

ENVIRONMENTAL HEALTH TRUST, “**International Policy Briefing Radiofrequency Radiation in Communities and Schools Actions by Governments, Health Authorities and Schools Worldwide**”, [http://www.ec.gov.cy/environment/environment.nsf/7BCBC7E9F6300FA6C2257CCC-0032D59F/\\$file/%CE%94%CE%B9%CE%B5%CE%B8%CE%BD%CE%A-E%CF%82%20%CE%A0%CE%BF%CE%BB%CE%B9%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE-%CE%A0%CF%81%CE%BF%CE%BB%CE%B7%-%](http://www.ec.gov.cy/environment/environment.nsf/7BCBC7E9F6300FA6C2257CCC-0032D59F/$file/%CE%94%CE%B9%CE%B5%CE%B8%CE%BD%CE%A-E%CF%82%20%CE%A0%CE%BF%CE%BB%CE%B9%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE-%CE%A0%CF%81%CE%BF%CE%BB%CE%B7%-%)



CF%80%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AD%CF%82%20%CE%94%-
CF%81%CE%AC%CF%83%CE%B5%CE%B9%CF%82%20%CE%-
B3%CE%B9%CE%B1%20%CF%84%CE%B7%CE%BD%20%CE%91%-
CF%83%CF%8D%CF%81%CE%BC%CE%B1%CF%84%CE%B7%20
%CE%91%CE%BA%CF%84%CE%B9%CE%BD%CE%BF%CE%B2%-
CE%BF%CE%BB%CE%AF%CE%B1.pdf (Erişim 20.12.2019).

ENVIRONMENTAL HEALTH TRUST, **“Telecom and Insurance Companies Warn of Liability and Risk – Cell Phone Wireless Companies Warn Shareholders About Future Financial Risks from Electromagnetic Radiation”**, <https://ehtrust.org/key-issues/cell-phoneswireless/telecom-insurance-companies-warn-liability-risk-go-key-issues/> (Erişim 14.10.2019).

ERGU, Elif, **“Türkiye’de Kanser İlacı Geliştirildi”**, *Hürriyet*, Yayınlanma tarihi 09.12.2018, <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/turkiyede-kanser-ilaci-gelistirdi-41044630> (Erişim 25.10.2019).

EUROPEAN PARLIAMENT DIRECTORATE GENERAL for INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT ECONOMIC and SCIENTIFIC POLICY A, **Industry 4.0, Study for the ITRE Committee 2016**, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/570007/IPOL_STU\(2016\)570007_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/570007/IPOL_STU(2016)570007_EN.pdf) (Erişim 14.02.2019).

EUROPEAN PARLIAMENT, **“Autonomous Weapon Systems – European Parliament Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems (2018/2752(RSP)), P8_TA(2018)0341”**, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341_EN.pdf?redirect (Erişim 10.10.2019).

EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, **“Autonomous Weapons Must Remain Under Human Control, Mogherini Says at European Parliament”**, Yayınlanma tarihi 14.08.2018, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/50465/autonomous-weapons-must-remain-under-human-control-mogherini-says-european-parliament_en (Erişim 10.10.2019).

FDA, **“Current Research Results”**, Yayınlanma tarihi 05.02.2019, <https://www.fda.gov/radiation-emitting-products/cell-phones/current-research-results> (Erişim 27.12.2019).

FEDERAL MINISTRY of TRANSPORT and DIGITAL INFRASTRUCTURE ETHICS COMMISSION, **“Automated and Connected Driving”**, June 2017, https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile (Erişim 16.10.2019), s.7.



FISHER, Tim, "When Is 5G Coming to the US? (Updated for 2019)", **Lifewire**, Yayınlanma tarihi 02.10.2019, <https://www.lifewire.com/5g-availability-us-4155914> (Erişim 11.10.2019).

FORREST, Connor, "**17 Drone Disasters That Show Why the FAA Hates Drones**", Yayınlanma tarihi 13.06.2018, <https://www.techrepublic.com/article/12-drone-disasters-that-show-why-the-faa-hates-drones/> (Erişim 19.09.2019).

FUNG, Brian, "**The Biggest Question About Driverless Cars That No One Seems to Have An Answer to**", <https://www.businessinsider.com/who-is-responsible-when-a-driverless-car-crashes-2016-2?r=UK>, Yayınlanma tarihi 17.02.2016, (Erişim 19.09.2019).

FUTURE of LIFE INSTITUTE, "**Autonomous Weapons: An Open Letter from AI & Robotics Researchers**", <https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/?cn-reloaded=1> (Erişim 30.11.2019).

Fw:THINKING, "**Robot Surgeons are the Future of Medicine**", Yayınlanma tarihi 02.04.2014, https://www.youtube.com/watch?time_continue=243&v=vb79-_hGLkc (Erişim 03.10.2019).

GANDER, Kashmira, "Worker Killed By Robot at Volkswagen Car Factory", **Independent**, yayınlanma tarihi 01.07.2015, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/worker-killed-by-robot-at-volkswagen-car-factory-10359557.html> (Erişim 10.10.2019).

GASTROPARESIS PATIENT ASSOCIATION, "**SmartPill**", <https://www.g-pact.org/gastroparesis/testing/smartpill> (Erişim 05.10.2019).

GENDRON, J., "**The Future is Here: How the Military Uses Robots**", Yayınlanma tarihi 10.04.2019, <https://www.robotshop.com/community/blog/show/the-future-is-here-how-the-military-uses-robots> (Erişim 05.10.2019).

GIBBS, Mark, "Is Wi-Fi Killing Us...Slowly?", **Network World**, Yayınlanma tarihi 21.08.2014, <https://www.networkworld.com/article/2466509/is-wifi-killing-us-slowly.html> (Erişim 12.1.2019).

GILBERT, Rebecca, "What is Wearable Technology and How Can It Help People With Parkinson's Disease?", **American Parkinson Disease Association**, Yayınlanma tarihi 23.10.2018, <https://www.apdaparkinson.org/article/wearable-technology-in-parkinsons/> (Erişim 09.10.2019).

GOODMAN, Paul, "**Advantages and Disadvantages of Driverless Cars**", Yayınlanma tarihi 15.05.2019, <https://axleaddict.com/safety/Advantages-and-Disadvantages-of-Driverless-Cars> (Erişim 04.10.2019).



GOPURA, Ruwan/KIGUCHI, Kazuo/MANN, George/TORRICELLI, Diego, "Robotic Prosthetic Limbs", **Journal of Robotics**, Volume 2018, s.1, <http://downloads.hindawi.com/journals/jr/2018/1085980.pdf> (Erişim 06.12.2019).

GRINDDRONE, "**Pros and Cons of Military Drones**", Yayınlanma tarihi 31.03.2018, <http://grinddrone.com/review/pros-and-cons-of-military-drones> (Erişim 09.10.2019).

GÜNATA, Mehmet, "Yüksek Gerilim Hatları Lösemi Yapar mı?", **ShiftDelete**, <https://shiftdelete.net/yuksek-gerilim-hatlari-losemi-yaparmi-75122> (Erişim 20.12.2019).

HABERTURK, "**Görme Engelliler İçin Facing Emotions Uygulaması Geliştirildi**", Yayınlanma tarihi 18.12.2018, <https://www.haberturk.com/gorme-engelliler-icin-huawei-facing-emotions-uygulamasi-gelistirildi-2264842-teknoloji> (Erişim 05.10.2019).

HABERTÜRK, "**Elektrikli Kaykay Bomba Gibi Patladı!**", Yayınlanma tarihi 12.12.2015, <https://www.haberturk.com/video/haber/izle/elektrikli-kaykay-bomba-gibi-patladi/158849> (Erişim 09.10.2019).

HARDELL, Lennart, "Mobile Phones, Wireless Communication and Health – and What You are Not Told by Authorities and Media", **kiirgusinfo.ee**, Yayınlanma tarihi 26.07.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=JiLZj2QvIe> (Erişim 16.10.2019).

HARDELL, Lennart/NYBERG, Rainer, "**The Appeal - Scientists and doctors warn of potential serious health effects of 5G**", <http://www.5gappeal.eu/scientists-and-doctors-warn-of-potential-serious-health-effects-of-5g/> (Erişim 20.12.2019).

HAVAS, Magda, "When Theory and Observation Collide: Can Non-Ionizing Radiation Cause Cancer?", **Environmental Pollution**, Volume 221, February 2017, s.501-505, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0269749116309526> (Erişim 12.10.2019).

HERTSGAARD, Mark/DOWIE, Mark, "The inconvenient truth about cancer and mobile phones", **The Guardian**, Yayınlanma tarihi 14.07.2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/14/mobile-phones-cancer-inconvenient-truths> (Erişim 20.12.2019).

HAVUTÇU, Ayşe, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

HOSNY, Ahmed/PARMAR, Chintan/QUACKENBUSH, John/SCHWARZ, Lawrence H./AERTS, Hugo J.W.L., "Artificial Intelligence in



Radiology”, **Nature Reviews Cancer**, Yıl 2018, Sayı 18(8), s.500-510; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6268174/> (Erişim 04.10.2019).

HUMBER, A.B./DESHMUKH, P.A./KADAM, M.S., “The Review of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications”, **International Journal of Research in Engineering & Technology**, Feb 2014, Vol.2, Issue 2, s.113-118.

IMPACT LAW, “**Da Vinci Robotic Surgery Law Suit-Alleged Side Effects of Robotic Surgery**”, <https://www.impactlaw.com/defective-medical-devices/robotic-surgery> (Erişim 28.10.2019).

INTERNATIONAL AGENCY for RESEARCH on CANCER, “IARC Classifies Radiofrequency Electromagnetic Fields as Possibly Carcinogenic to Humans”, **World Health Organisation Press Release Number 208**, Yayınlanma tarihi 31.05.2011, https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/pr208_E.pdf (Erişim 20.12.2019).

INVESTOPEDIA, “**Wearable Technology**”, Reviewed by Will Kenton, Güncellenme tarihi 25.06.2019, <https://www.investopedia.com/terms/w/wearable-technology.asp> (Erişim 06.12.2019).

ISMAIL, Ahmed/ELMOGY, Mohammed/ELBAKRY, Hazem, “Landmines Detection Using Autonomous Robots: A Survey”, **International Journal of Emerging Trends & Technology in Computer Science**, Volume 3, Issue 4, July-August 2014, s.183-187.

ISMAIL, Nick, “**New Technology’s Impact on Personal Injury Law**”, Yayınlanma tarihi 02.05.2017, <https://www.information-age.com/new-technologys-impact-personal-injury-law-123465993/> (Erişim 18.09.2019).

İÇÖZÜ, Tuğçe, “Instagram’dan Görme Engellilere Fotoğrafları Tanımlayan Yapay Zekâ”, **Webrazzi**, Yayınlanma tarihi 29.11.2018, <https://webrazzi.com/2018/11/29/instagramdan-gorme-engellilere-fotograflari-tanimlayan-yapay-zeka/> (Erişim 05.10.2019).

KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 100, s.45-82.

KONAK, Ahmet/UYVAL, Tolga, “**Drone’un Askeri Alanda Lojistik Destek Hizmetleri ve Geleceği**”, <https://medium.com/@ahmetkonak55/droneun-askeri%CC%87-alanda-loji%CC%87sti%CC%87k-destek-hi%CC%87zmetleri%CC%87-ve-gelece%CC%87-29eaf16f93bc> (Erişim 09.10.2019).

KOROSEC, Kirsten, “**Volvo CEO: We Will Accept All Liability When Our Cars Are in Autonomous Mode**”, Yayınlanma tarihi 07.10.2015,



<https://fortune.com/2015/10/07/volvo-liability-self-driving-cars/> (Erişim 20.09.2019).

KUBO, Scott, **“Tesla Autopilot in Heavy LA Traffic”**, <https://www.youtube.com/watch?v=m3-QzTFxoUg> (Erişim 20.09.2019).

KWAN-HOONG, Ng, Radiation, Mobile Phones, Base Stations and Your Health, **Malaysian Communications and Multimedia Commission**, Yayınlanma tarihi 2003, <https://www.who.int/peh-emf/publications/en/mcmcradiationmobilephonebk.pdf> (Erişim 11.10.2019).

LAN, Junqing / DU, Guohong, “Evaluation of Temperature Elevation in Human Ocular Tissues due to Wireless Eyewear Devices”, **The Applied Computational Electromagnetics Society**, Vol.34, No.1, January 2019, s.17-24.

LLYODS, **Electro-magnetic Fields from Mobile Phones: Recent Developments – Lloyds Emerging Risks Team Report**, November 2010, file:///C:/Users/Armağan%20Bozkurt/Desktop/DEVAM%20EDEN%20%C3%87ALI%C5%9EMALAR/EMF%20Final%20November%202010.pdf (Erişim 12.10.2019).

MACDONALD, Fiona, “Scientists Have Built Artificial Neurons That Fully Mimic Human Brain Cells”, **Science Alert**, Yayınlanma tarihi 29.06.2015, <https://www.sciencealert.com/scientists-build-an-artificial-neuron-that-fully-mimics-a-human-brain-cell> (Erişim 06.12.2019).

MAPI FOUNDATION, **“The Internet of Things: Industrie 4.0 vs. the Industrial Internet”**, Yayınlanma tarihi 23.07.2015, <https://mapifoundation.org/economic/2015/7/23/the-internet-of-thingsindustrie-40-vs-the-industrial-internet> (Erişim 05.12.2019).

McCARHTY, John, **“What is Artificial Intelligence?”**, Yayınlanma tarihi 12.11.2007, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> (Erişim 11.01.2019).

McFADDEN, Christopher, “13 Prosthetic Arms and Legs and More That Appear to have Come from the Future”, **Interesting Engineering**, Yayınlanma tarihi 04.08.2018, <https://interestingengineering.com/13-prosthetic-arms-and-legs-and-more-that-appear-to-have-come-from-the-future> (Erişim 05.10.2019).

MICHIGAN ENGINEERING, **“About the Open-Source Bionic Leg Project”**, <https://opensourceleg.com/about/> (Erişim 09.10.2019).

MOSKOVITZ, Joel M., “Google Glass Radiation: Health Risk from Wearable Wireless SAR Levels Exceed Smartphones”, **RF Safe**, Yayınlanma

tarihi 15.04.2014, <https://www.rfsafe.com/google-glass-radiation-health-risk-from-wearable-wireless-sar-levels-exceed-smartphones/> (Erişim 14.10.2019).

MOUSTAFA, Y.M./MOUSTAFA, R.M./BELACY,A./ABOU-EL-ELA, S.H./ALI, F.M., “Effects of Acute Exposure to the Radiofrequency Fields of Cellular Phones on Plasma Lipid Peroxide and Antioxidase Activities in Human Erythrocytes”, **Journal of Pharmaceutical and Biomedical Analysis**, 2001, Nov, 26(4), s.605-608, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11516912> (Erişim 12.10.2019).

OĞUZ, Fatma, “Robotik Cerrahi Müdahalelerde Meydana Gelen Malpraktis Sonucu Hukuki Sorumluluk”, **Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar**, Editör Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, 145-183.

ÖZCAN-BÜYÜKTANIR, Burcu G., “Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 67(3), 2018, s.495-535.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2016, C.11, S.1, s.33-81.

ÖZEL, Çağlar/ÖZCAN-BÜYÜKTANIR, Burcu G., “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **İÜHFİM**, Y.2008, C.LXVI, S.2, s.327-344.

ÖZEN, Mustafa, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/2, s.215-253.

ÖZKURT, Emin, “Türkiye Spor Federasyonu Yapılanması, Regülasyonlar, Güncel Gelişmeler ve Kulüplere Etkisi”, **Espor ve Hukuk Zirvesi**, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu, Yayınlanma tarihi 01.03.2019, https://www.facebook.com/ibbhk/videos/476430792894962/?q=%C4%B0stanbul%20Barosu%20Bili%C5%9Fim%20Hukuku%20Komisyonu%20espor%20&epa=SEARCH_BOX (Erişim 11.10.2019).

ÖZPINAR, Berna, “İnsan Embriyosu Üzerine Araştırmalar ve Hukuk”, **Ankara Barosu, V.Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-2 Kasım 2013, Editörler Cahid Doğan/Pınar Aksoy-Gülaslan, Ankara Barosu, Ankara 2014, s.425-435.

PAMUK, Çağdaş Ozan, “**Elektromanyetik Alan Gerçeği**”, <https://www.elektrikport.com/teknik-kutuphane/elektromanyetik-alan-gercegi/4455#ad-image-0> (Erişim 31.12.2019).



PARENTS for SAFE TECHNOLOGY, **“The Legal Liability Issues”**, <http://www.parentsforsafetechnology.org/legal-liability-issues-with-wireless.html?fbclid=IwAR1VMep4HIL2P8Kegfks7UfSJIOKdey0RSrsroYBJxHvyonCpu-umaDXtEg> (Erişim 25.10.2019).

PEERBITS, **“Internet of Things in Healthcare: Applications, Benefits, and Challenges”**, <https://www.peerbits.com/blog/internet-of-things-healthcare-applications-benefits-and-challenges.html> (Erişim 05.10.2019).

PERRAUDIN, Frances, **“Franky Zapata Crosses Channel by Hoverboard at Second Attempt”**, **The Guardian**, Yayınlanma tarihi 04.08.2019, <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/aug/04/franky-zapata-crosses-channel-by-hoverboard-at-second-attempt> (Erişim 09.10.2019).

PHIBETA IOTA.NET, **“Lloyds Insurers Refuse to Cover 5G Wifi Illnesses”**, Yayınlanma tarihi 12.02.2019, <https://principia-scientific.org/lloyds-insurers-refuse-to-cover-5g-wi-fi-illnesses/> (Erişim 12.10.2019).

RADYASYONDAN KORUNMA DERNEĞİ, **“İyonlaştırıcı Radyasyon”**, Yayınlanma tarihi 29.03.2012, <http://www.trkd.org.tr/yararlibilgiler/radyasyon-nedir/641-iyonlastirici-radyasyon.html#> (Erişim 11.10.2019).

RAMIREZ, Vanessa Bates, **“Driverless Electric Trucks Are Coming, and They'll Affect You More Than You Think”**, Yayınlanma tarihi 14.08.2019, <https://singularityhub.com/2019/08/14/driverless-electric-trucks-are-coming-and-theyll-affect-you-more-than-you-think/> (Erişim 04.10.2019).

REARDON, Marguerite, **“WHO: Cell phones may cause cancer - World Health Organization issues new findings, classifying cell phones as a potential cancer risk, like exhaust from gasoline-powered vehicles and lead”**, Yayınlanma tarihi 31.05.2011, <https://www.cnet.com/news/who-cell-phones-may-cause-cancer/> (Erişim 20.12.2019).

RICE UNIVERSITY, **“Organ Bioprinting Gets a Breath of Fresh Air: Bioengineers Clear Major Hurdle on Path to 3D Printing Replacement Organs”**, **ScienceDaily**, Yayınlanma tarihi 02.05.2019, <https://www.sciencedaily.com/releases/2019/05/190502143518.htm> (Erişim 05.10.2019).

ROUSE Margaret, **“Smartphone”**, Güncellenme tarihi Ekim 2019, <https://searchmobilecomputing.techtarget.com/definition/smartphone> (Erişim 30.12.2019).

ROUSE, Margaret, **“LTE (Long Term Evolution)”**, Güncellenme tarihi Haziran 2018, <https://searchmobilecomputing.techtarget.com/definition/Long-Term-Evolution-LTE> (Erişim 31.12.2019).

RT AMERICA, “5G Wireless: A Dangerous Experiment on Humanity”, **News with Rick Sanchez**, Yayınlanma tarihi 14.01.2019, https://www.youtube.com/watch?v=H_f9gpg4t6c (Erişim 11.10.2019).

SAMADI, David B., “**History and the Future of Robotic Surgery**”, <https://www.roboticoncology.com/history-of-robotic-surgery/> (Erişim 24.10.2019).

ScienceABC, “**How Did Stephen Hawking’s Communication System Work?**” Yayınlanma tarihi 2016, <https://www.scienceabc.com/innovation/stephen-hawking-cheek-communication-help-computer-speech-generating-device.html> (Erişim 09.10.2019).

SCUTTI, Susan, “Pennsylvania girl first US death from hoverboard fire”, **CNN**, Yayınlanma tarihi 16.03.2017, <https://edition.cnn.com/2017/03/14/health/pennsylvania-hoverboard-fire-kills-child/index.html> (Erişim 18.09.2019).

SEZGİN, Oğuz, “**Zihin Kontrollü Protez Kol Üretildi**”, Yayınlanma tarihi 13.12.2012, <https://www.gercekbilim.com/zihin-kontrollu-protez-kol-uretildi/> (Erişim 29.10.2019).

SILLS, Anthony, “**Ross and Watson Tackle the Law**”, Yayınlanma tarihi 14.01.2016, <https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law/> (Erişim 04.10.2019).

SMITH, Tim, “Disruptive Technology”, Yayınlanma tarihi, 19.11.2019, <https://www.investopedia.com/terms/d/disruptive-technology.asp> (Erişim 28.12.2019).

SONSUZ TEKNOLOJİ, “**3G, 4G, 4,5G ve LTE Arasındaki Fark Nedir?**”, Yayınlanma tarihi 04.07.2018, <https://www.sonsuzteknoloji.com/3g-4g-45g-lte-arasindaki-fark-nedir/> (Erişim 11.10.2019).

STOP5G, “**Dr. Sharon Goldberg on Wireless Radiation**”, Yayınlanma tarihi 05.11.2019, <https://stop5g.cz/us/dr-sharon-goldberg-on-wireless-radiation/> (Erişim 11.10.2019).

STROBEL, Paul, “**Hoverboard Recalls List: Are They Safe in 2019?**”, Yayınlanma tarihi Eylül 2019, <https://eridehero.com/blog/hoverboard-recalls/> (Erişim 18.09.2019).

TAYLORWESSING, “**eSports in France, A New Legal Framework Before the end of 2016**”, https://deutschland.taylorwessing.com/documents/get/712/e-sport-in-france-a-new-legal-framework-before-the-end-of-2016.pdf/show_on_screen (Erişim 19.12.2019).

TECHNOPEDIA, “**Autonomous Car**”, <https://www.techopedia.com/definition/30056/autonomous-car> (Erişim 04.10.2019).



TECHTARGET, “**Brain-Computer Interface (BCI)**”, Yayınlanma tarihi Mart 2011, <https://whatis.techtarget.com/definition/brain-computer-interface-BCI> (Erişim 06.12.2019).

THE GOVERNMENT of JAPAN, “**Realizing Society 5.0**”, https://www.japan.go.jp/abonomics/_userdata/abonomics/pdf/society_5.0.pdf (Erişim 27.10.2019).

THE GUARDIAN, “**Italian Court Rules Mobile Phone Use Caused Brain Tumor**”, Yayınlanma tarihi 21.04.2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/21/italian-court-rules-mobile-phone-use-caused-brain-tumour> (Erişim 14.10.2019).

THIELMAN, Sam, “Use of Police Robot to Kill Dallas Shooting Suspect Believed to be First in US History”, **The Guardian**, Yayınlanma tarihi 08.07.2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/jul/08/police-bomb-robot-explosive-killed-suspect-dallas> (Erişim 10.10.2019).

TÜBİTAK-BİLTEN, **Elektromanyetik Dalgalar ve İnsan Sağlığı – Sıkça Sorulan Sorular ve Yanıtları**, 2001, https://www.fmo.org.tr/wp-content/uploads/2010/03/baz_istasyonlari.pdf (Erişim 30.12.2019).

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns”, **Human Rights Council**, 09 April 2013, A/HRC/23/47, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf (Erişim 19.12.2019).

ÜNSAL, Burçak, “Şehiriçi Ulaşımın Yeni Trendi Elektrikli Scooter Kullanımına Hukuksal Bakış”, **Digitalage**, Yayınlanma tarihi 25.12.2019, <https://digitalage.com.tr/sehir-ici-ulasimin-yeni-trendi-elektrikli-scooter-kullanimina-hukuksal-bakis/?fbclid=IwAR3gNlbHmdunlhYiSD7MPgMwgpFSUICLMi7Vbtf-RKk2H8bKpsAh1u0HzSA> (Erişim 27.12.2019).

WILDE, Johanna, “**Mind-controlled prosthetic arms that work in daily life are now a reality**”, <https://www.chalmers.se/en/news/Pages/Mind-controlled-prosthetic-arms-that-work-in-daily-life-are-now-a-reality.aspx> (Erişim 29.10.2019).

WOLPIN, Stewart, “Will Cellphones Prove as Cancerous as Cigarettes?”, **Huffpost**, Yayınlanma tarihi 03.13.2014, Güncellenme tarihi 06.12.2017, https://www.huffpost.com/entry/will-cell-phones-prove-as_b_4958800 (Erişim 19.12.2019).

WONDEROPOLIS, “**How Does a Hoverboard Work?**”, <https://www.wonderopolis.org/wonder/how-does-a-hoverboard-work> (Erişim 09.10.2019).



WORLD HEALTH ORGANIZATION, “**What are Electromagnetic Fields?**”, <https://www.who.int/peh-emf/about/WhatisEMF/en/index1.html> (Erişim 13.10.2019).

YADAV, Akshay Singh, “**What is the Difference Between Drone and UAV**”, Yayınlanma tarihi 18.09.2018, <https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-Drone-and-UAV> (Erişim 07.12.2019).

YADRON, Danny/TYNAN, Dan, “Tesla Driver Dies in First Fatal Crash While Using Autopilot Mode”, **The Guardian**, Yayınlanma tarihi 01.07.2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/30/tesla-autopilot-death-self-driving-car-elon-musk> (Erişim 20.09.2019).

YETİM, Servet, “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/1, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/3.pdf> (Erişim 16.10.2019), s.127-184.

YILDIRIM, Mehmet Fadıl, “Genetik Analizler ve Kişilik Haklarının Korunması – Özellikle Üçüncü Kişilerin Bilmeme Hakkının İhlali”, **Ankara Barosu V.Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-2 Kasım 2013, Editörler Cahid Doğan/Pınar Aksoy-Gülaslan, Ankara Barosu, Ankara 2014, s.415-424.



DÖNME CEZASI

(TBK 179/3)

(Resolution Penalty)

(TCO 179/3)

Gökhan ÇINAR¹

ÖZ

Türk Borçlar Hukuku'nda sözleşme kural olarak tek taraflı olarak sonlandırılmaz; fakat taraflar tabii ki bunun aksini kararlaştırabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 179/3. maddesinde düzenlenen dönme cezası kurumu, genel kurala bir istisna olarak, borçlu tarafın tek taraflı irade beyanı ile başta kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldırma yetkisi veren bir kurumdur. Bu bakımdan dönme cezası, sözleşmedeki alacağı güvence altına almayı amaçlayan, aynı maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki düzenlemelerden farklıdır. Borçlu sadece dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi ortadan kaldırdığında, alacaklı artık asıl borcun ifasını talep edemez. Borçlunun kusuru aranmaz ve alacaklı da dönme cezasını aşan zararını borçludan artık talep edemez.

Anahtar Kelimeler: Dönme cezası, Sözleşmeden dönme, İstisna, Güvence, Kusur, Zarar.

ABSTRACT

According to the Turkish Obligations Law, a contract cannot be resolved unilaterally. However the contracting parties can decide a contrary clause in the contract. As an exemption to this general rule, the resolution penalty that is regulated in the Article 179 paragraph 3 of the Turkish Code of Obligations (TCO), is an institution that gives authorisation to obligor to resolve the contract unilaterally by fulfilling the penal provisioned in the contract. Therefore, the resolution penalty is different from the first and the second paragraphs of the Article mentioned above, which aims to guarantee the obligation. In case the obligor resolves the contract by fulfilling the penal, the creditor cannot make a request for the main obligation any further. On a final note, any fault made by the obligor shall not be questioned and the creditor cannot demand for damage that surpasses the resolution penalty.

Keywords: Resolution penalty, Resolution of the contract, Exemption, Guarantee, Fault, Damage.

¹ Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi Hâkimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, gokhan_cinar058@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8958-1371



GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 179. maddesinde düzenlenen "ceza koşulu" ile sözleşmenin uygun şekilde yerine getirilmemesi veya sözleşmeden dönme durumundaki hukuki alan düzenlenmiştir. Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde alacaklı alacağını güvence altına almak isteyebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, bu ceza genelde muhtemel tazminat miktarından yüksek olacağından, bu durum borçluyu ifa noktasında tazyik edecektir. Bunun yanında borç ifa edilmediğinde alacaklının zararı ispat zorunluluğu kalmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki düzenlemeler alacağı güvence altına alırken üçüncü fıkradaki düzenleme; yani incelememize konu "dönme cezası" alacaklıyı değil borçluyu güvence altına alıp onun sözleşmeyi kolayca ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir düzenlemedir. İlk iki fıkradaki haklar alacaklıya tanınmışken, dönme cezasını düzenleyen üçüncü fıkradaki hak borçluya tanınmıştır. Bu itibarla tam olarak ceza koşulu kavramına uymayan dönme cezası, benzerliği sebebiyle TBK'nın 179. maddesinde düzenlenmiştir.

I. DÖNME CEZASININ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 158. maddesinin başlığı "Cezai Şart" iken 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Ceza Koşulu" başlığı altında düzenlenmiştir.

Ceza koşulu, sözleşmede borçluya yüklenen edimin zamanında, yerinde ve tam olarak ifa edilmesini sağlamak için, borcun sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmemesinden doğacak zararın karşılanmasını da nazara alarak, âkitlerin sözleşmeye ekledikleri veya ayrıca kararlaştırdıkları bir borçtur.² Ceza koşu için borcun yapma veya yapmama borcu olması önemli değildir.³

Ceza koşulu, sözleşmenin tek taraflı sonlandırılmaması anlamına gelen "ahde vefa" (*pacta sunt servanda*) ilkesinin bir istisnası olarak karşımıza çıkar. Bu tür istisnalar kanundan veya sözleşmeden doğar.⁴ Kanundan doğan dönme hakkında özel bazı koşulların gerçekleşmesi aranırken⁵,

2 YILMAZ Halil, **İhtirazi Kayıt**, Ankara, 2007, s. 260. Eksik borçlarda ceza koşulu kararlaştırılmayacağına ilişkin olarak bkz. İNAN, Ali Naim, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, Ankara, 1984, s. 30

3 TEKİNAY, Sulhi, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, İstanbul, 1995, s. 457

4 BUZ, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005, s. 190

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998



sözleşmeden doğan dönme hakkında başlangıçta veya sonradan saklı tutulan bir hak kullanılması söz konusudur.

Ceza koşulunun türleri, öğretilerde ortaya atılan kavramlara göre, “seçimlik ceza koşulu” (TBK md. 179/I), “ifaya eklenen ceza koşulu” (TBK md. 179/II) ve “ifayı engelleyen ceza koşulu” (dönme cezası) (TBK md. 179/III) dur.⁶ İşte inceleme konumuz, TBK’nın 179/3. maddesinde düzenlenmiş olan “dönme cezası” kurumudur.

Dönme cezası (peine résolutoire, dédit consensuel/Wandelpön)⁷ Roma Hukuku’ndan gelen bir kurumdur. Bizde ise eski hukukumuzda ceza koşulu kurumu bulunmamaktadır. Daha sonraları uygulanmaya başlayan bu kuruma “cezai şart”, “ceza koşulu”, “akdi ceza”, “sözleşme cezası”, “ceza sözleşme kaydı”, “ceza kaydı”⁸, “inhisarcı ceza (peine exclusive)”⁹, “ifayı engelleyen cezai şart, fesih cezası¹⁰, dönme cezası¹¹, cayma cezası¹²” gibi isimler verildiği görülmektedir. Dönme cezası aslında gerçek anlamda bir ceza koşulu türü değildir, fakat benzerliği sebebiyle ceza koşuluyla ilgili maddede düzenlenmiştir.¹³

818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu’nun 158/3. maddesi: “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden caymaya yetkili olduğunu kanıtlama hakkı saklıdır.*” hükmünü öngörmekteydi. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu benzer şekilde 179/3. maddesinde: “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*” hükmünü öngörmüştür.¹⁴ Sistematiği yapısı dikkate alındığında 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nun 158. maddesi ile 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 179. maddesi arasında, düzeltme ve güncel dile çevirme dışında bir fark yoktur.¹⁵

Dönme cezasını, anlaşma taraflarından birine veya hepsine önceden belirlenmiş bir edimi ifa etmek suretiyle sözleşmeden dönme yetkisi veren, sadece sözleşmeden dönme durumunda ifası gereken olan kesin

6 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 04/12/2019 gün, 2018/3380 Esas ve 2019/ 5428 Karar sayılı ilâmı. (UYAP Doküman Editörü. Erişim tarihi: 09/03/2020)

7 KAPANCI, Kadir Berk, “Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.2, s. 248

8 GÜNAY, Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012, s. 632

9 GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk, **Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar**, İstanbul, 2007, s. 33

10 İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 2014, s.568

11 EKİNCİ, Hüseyin, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, 2004, s.188

12 REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013, s. 458

13 TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, 1963, s.13

14 UYAP Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 25/05/2020

15 GÜNAY, s. .631

miktartlı (maktu-götürü) bir tazminat şeklinde tanımlamak mümkündür.¹⁶ Dönme cezası söz konusu olduğunda alacaklı borçludan sadece cezai şartın ifasını talep edebilir; asıl borcun ifasını talep edemez.¹⁷

Dönme cezası ile kuvvetlendirilen borcun illa ki para borcu olması gerekmez; borcun konusu, manevi değer dışında mameleki değeri olan her şey olabilir.¹⁸

II. DÖNME CEZASININ AMACI

Borçlar hukukunda temel ilke “irade özerkliği”dir. İrade özerkliği, tarafların kendi aralarındaki hukuki alanda, hukuk düzenin çizdiği sınırlar içinde serbestçe tasarrufta bulunma imkânı sağlar. Taraflar sözleşmeyle üstlendikleri edimleri ifayla yükümlüdürler ki, edimlerin ifa edilmemesi durumunda taraflar yasal yollara başvurarak edimin ifasını talep edebilirler.

Kural olarak ceza koşulunun üç amacı vardır. Bunlar “teminata ek olarak ceza amacı”, “tazminat amacı” ve “sözleşmeden dönme amacı”dır.¹⁹ Teminatla birlikte ceza amacı TBK’nın 179/1. maddesiyle, tazminat amacı TBK’nın 179/2. maddesiyle ve sözleşmeden dönme amacı da TBK’nın 179/3. maddesiyle ilişkilidir. Buradan da anlaşılacağı üzere dönme cezasının amacı, ağır külfetlerle karşılaşmadan sözleşmeden dönülmesini, sözleşmenin feshini sağlamak ve borçlunun sorumluluğunu önceden net bir şekilde belirlemekten ibarettir.²⁰

16 GÜNAY, s. 633; ERDEM, Mehmet, “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, Prof Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 679; KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008, s. 246; AKINCI, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Konya 2006, s. 274

17 EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017, s. 1210. ; GÖKÇEÖĞLU, s. 33

18 GÜNAY, s. 634

19 EREN, s. 1208

20 EKİNCİ, s.188. Burada “sözleşmeden dönme” ve “sözleşmenin fesih” kavramları üzerinde de durulmalıdır. Dönme, geçerli bir şekilde kurulmuş bir sözleşmenin, kuruluşundan sonra beliren bir sebeple geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasıdır (KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018, s. 763). Dönme beyanı yenilik doğurucu bir hukuki işlemidir ve şekle bağlı değildir (NOMER, Halûk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2012, s. 288). Sürekli borç ilişkilerinde ise dönme geçmişe değil ileriye etkili olarak gerçekleşir; çünkü bu tür sözleşmelerde evvelce ifa edilen kısmın tasfiyesi mümkün değildir (EREN, s. 1260). Buna karşılık fesih, geçerli bir sözleşmenin ileriye yönelik olarak sona erdirilmesidir ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur. Dönme, sözleşmenin kurulma anından itibaren, fesih ise karşı tarafa vardığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Bu sebeple dönmede taraflar aldıklarını iade etmekle yükümlüyken, fesihle fesih anına kadar olan süreçte sözleşme geçerliliğini, hüküm ve sonuçlarını koruyacaktır (TUTAR, Elce, Dönme Cezası, Ankara 2016, s. 9).



III. DÖNME CEZASININ ŞARTLARI

Dönme cezası öncelikle Borçlar Kanunu'nda öngörülen sözleşme şartlarını haiz olmalıdır.²¹ Geçerli bir asıl borcun bulunması,²² bununla beraber ayrı ve müstakil bir edimin bulunması, bu ikisinin birbiriyle bağlı olması ve anılan müstakil edimin bir hukuki işlemde belirlenmesi ceza koşulunun şartları olarak sayılabilir.²³

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 179/3. maddesinde düzenlenen dönme cezasında amaç, aynı maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki tersine, asıl borcun ifasını güvence altına almak değil; tam tersine borçluya, sözleşme kurulduktan sonra tek taraflı irade beyanıyla cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeyi ortadan kaldırma yetkisi vermektir. Bununla beraber dönme cezası ileride doğacak borçlar için de kararlaştırılabilir. Anılan bu sonuçların ortaya çıkması için şüphesiz ki öncelikle asıl borcun tam ve kesin bir borç halinde oluşması gerekir. Asıl borcun geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurmadığı durumda dönme cezasından da bahsedilemez.²⁴ Fer'i nitelikte olan dönme cezasının asıl borca bağlı olması karşısında, asıl borcun geçersizliği dönme cezasını da geçersiz kılacaktır. Asıl borçtaki şekil eksikliği, irade fesadı gibi sebeplerle geçersizlik durumlarında cezai şart olan dönme cezası da geçersizdir.²⁵

Dönme cezası asıl borcun ifasıyla alakalı olduğundan, bu borç ilişkisinin ortadan kalkması durumunda dönme cezası da hüküm ifade etmeyecektir. Bu sebeple örneğin, hal-i hazırda var olmayan, geçmişteki bir olayın doğru olmaması durumunda yerine getirilmek üzere bir edimle bulunulması veya taahhüdü bir ceza koşulu meydana getirmez.²⁶

IV. DÖNME CEZASININ KAYNAĞI

Dönme cezası TBK'nın 446. maddesindeki gibi istisnalar dışında kural olarak hukuki işlemde; yani sözleşmeden kaynaklanır. Nitekim TBK'nın 446. maddesi uyarınca getirilen işçi ile işveren arasındaki rekabet yasağı kanunen öngörülmüş bir ceza koşuludur. Hükme göre: *"Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa*

21 TUTAR, s.47

22 BİLGE, Necip, **Cezai Şart**, Ankara 1957, s. 68-69

23 GÜNAY, s. 635

24 KARAHASAN, M. Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, İstanbul, 2014, s. 1672; TUTAR, s.48

25 KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018, s. 989. Bir sözleşme ehliyetsizlik, hukuka, ahlaka ve adaba aykırılık, ifa imkânsızlığı, irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk ve şekil şartı aranması durumunda bu şarta aykırılık hallerinde geçersizdir. Bu unsurlardan bir veya birkaçı eksik olursa sözleşme geçersiz kabul edilir (KILIÇOĞLU, s. 97).

26 EKİNCİ, s. 30



işçi, öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.”

Görüldüğü üzere kanun koyucu işçiye, işverenle öngördükleri ceza koşulunu ödeyerek rekabet yasağından kurtulma imkânı sağlamıştır.²⁷ Hizmet sözleşmelerinde söz konusu olan bu ceza koşulunun, kanun koyucu tarafından “dönme cezası” şeklindeki bir karine olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.²⁸ Ancak rekabet yasağı yükümlülüğünün ihlali halinde, uğranılan zararın ispatı genellikle zor olduğu için, işveren yönünden sözleşmeye cezai şart eklenmesi birçok açıdan fayda sağlamaktadır. Bu tür sözleşmelerde yer alan cezai şart, borçluyu sözleşmeye uygun davranmaya zorladığı için, işveren bu şekilde menfaatlerini daha kolay koruyabilme imkânına sahiptir.²⁹

Sözleşmeden doğan dönme hakkı, sözleşmenin başında veya sonrasında saklı tutulan bir hak olarak kararlaştırılabilir. Bu şekildeki dönme hakkı da genellikle âkit tarafa ödenecek bir bedel karşılığında olmaktadır.³⁰ Dönme cezası anlaşmasının asıl borç ilişkisinin içinde yer almasına gerek yoktur. Dönme cezasına ilişkin sözleşme asıl borca ilişkin sözleşmenin içeriğinde yer alabileceği gibi, bundan ayrı bir sözleşme olarak da kararlaştırılabilir.³¹

V. DÖNME CEZASININ FER'İ OLMASININ SONUÇLARI

Asıl borç sona erdiğinde başka herhangi bir işleme gerek kalmadan fer'i nitelikteki haklar ve asıl borca göre fer'i bir hak olan ceza koşulunu talep hakkı da kendiliğinden sona erer.³²

Ceza koşulunun gerçekleşmesi ve son bulması, asıl borca bağlıdır. Asıl borca karşı ileri sürülen zamanaşımı gibi def'iler ceza koşulunun da ileri sürülmesini engeller. Ceza koşulu anlaşması asıl borcun zamanaşımına uğramasından sonra yapılmışsa veya ceza koşulunun muaccel olmasından sonra asıl borç zamanaşımına uğraşmışsa ceza koşulu yine de istenebilir. Asıl alacak için verilmiş taşınır rehni ceza koşulunu da güvence altına alır. İflas halinde de ceza koşulu asıl borçla birlikte taliki şartta bağlı olarak

27 TUNÇOMAĞ, s. 47; SOYER, M. Polat, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994, s. 80

28 TUTAR, s. 56

29 EKİNCİ, s. 95; KARAGÖZ, Veli, **İş Sözleşmelerinde Cezai Şart**, Ankara, 2006, s. 244.

30 KAPANCI, s. 248; SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 214.

31 TUTAR, s.57; Bunun yanında doktrinde, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya nafaka gibi doğrudan doğruya kanundan doğan borçların cezai şartta bağlanabileceği görüşü de yer almaktadır. (BİLGE, s. 60)

32 KOCAMAN, Arif, “BK M.158/2 c.2 Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi ve BK . 158/2 c.2'de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu”, **Prof. Dr. Şener AKYOL'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s.568



iflas masasına kaydı yapılır. Asıl borç devredildiğinde fer'î nitelikteki ceza koşulu da devredilir. Örneğin, bir ticarethanenin devri durumunda, o işletme ile rekabet yasağına ilişkin bir ceza koşulu öngörölmüşse, bu ceza koşulu yeni malike de devredilmiş sayılır. Asıl borçla ceza koşulu arasındaki bu bağlantı ceza koşulunun muacceliyetine kadar devam eder. Ceza koşulu muaccel olduğu anda asıl borçtan müstakil hale gelir; yani, asıl borcun kaderine tâbi olmaktan çıkar. Ceza koşulunun ifa yeri asıl borcun ifa yeridir.³³

Asıl borç şekle tâbi ise ceza koşulu da şekle tâbidir.³⁴ Örneğin, işçi ile işveren arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tâbi olduğundan buna bağlı ceza koşulu da yazılı şekilde olmalıdır. Yine, taşınmaz satışını kuvvetlendirmek için getirilen ceza koşulu da satış sözleşmesi gibi resmi şekle tâbidir.

Ceza koşuluna ilişkin bu açıklamalar dönme cezasına da kıyasen uygulanabilir. Dönme cezasının mukadderatı asıl borca bağlıdır. Dönme cezasında asıl alacak teminat altına alınmayıp tam tersine borçluya dönme cezası ödeyerek sözleşmeyi sonlandırma, asıl borcu ortadan kaldırma yetkisi verilmiştir. Dönme cezasının yerine getirilmesinin asıl borca bağlı olmadığı durumlarda artık bir ceza koşulundan değil, "seçimlik borç"tan bahsetmek gerekecektir.³⁵

TBK'nın 181/1. maddesi : "Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır." hükmünü öngörmüşse de, kısmen yapılan ödemelerin ayrı ve bağımsız bir edim olmaması sebebiyle temerrüt durumunda yapılan ifanın alacaklıya kalmasını öngören kayıtların, ceza koşulu olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise taksitli satışlar istisna tutulmuştur. Buradan hareketle kanun koyucunun, fesih anına kadar yapılan tediye nin alacaklıya kalacağını öngören sözleşmedeki bu kaydın tam anlamıyla bir ceza koşulu olduğunu öngörmediği; fakat benzerliği sebebiyle bu kaydı da ceza koşuluna ilişkin hükümlerle ilişkilendirdiği görölmektedir.³⁶

Dönme cezası edimi, asıl borcun içeriğinden ayrı bir içeriğe sahip olduğundan konuları da birbirlerinden farklı olmalıdır. Örneğin, işçi ile işveren arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesine, ceza koşulu olarak rekabet yapılmayacağı şeklinde bir kayıt konulamaz. Fakat rekabet halinde belirli bir paranın ödeneceği veya elde edilen menfaatin işverene

33 TUNÇOMAÇ, s. 15

34 GÜNAY, s. 676

35 TUTAR, s. 60

36 TUNÇOMAÇ, s. 13



verileceği kabul edilebilir; çünkü bu taahhütlerin niteliği asıl borçtan farklıdır ve ceza koşulu olarak kararlaştırılması mümkündür.³⁷

VI. DÖNME CEZASININ BENZER KURUMLARDAN FARKI

A. İfaya Ekli veya Seçimlik Ceza Koşulundan Farkı

Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde üç farklı kurum düzenlenmiştir. Birinci fıkrada “seçimlik ceza koşulu”, ikinci fıkrada “ifaya eklenen ceza koşulu” ve üçüncü fıkrada da “dönme cezası” yer almaktadır.³⁸

Birinci fıkraya göre, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline binaen kararlaştırılan ceza koşulunda, alacaklı ya asıl borcun ya da ceza koşulunun ifasını isteyebilir. Seçimlik ceza koşulunda alacaklı asıl edimle birlikte ceza koşulunu da isteyemez. Alacaklı yargı yoluyla veya haricen ceza koşulunun ödenmesini istemişse artık asıl edimin ifasını isteyemez, bundan vazgeçmiş sayılır.³⁹

İkinci fıkra ise, uygulamada en çok rastlanılan “çifte ceza”⁴⁰ “ifaya eklenen ceza koşulu” düzenlenmiştir.⁴¹ Buna göre borcun belirlenen “yer” veya “zamanda” yerine getirilmemesi durumunda, alacaklının asıl borca ek olarak önceden kararlaştırılan ceza koşulunu da talep edebilmesini düzenlemiştir. Mesela esersözleşmesinde, kararlaştırılan parayı zamanında ödemeyen iş sahibi âkidin, 10.000 TL veya geciktiği her ay için 1.500 TL ödemesi kararlaştırılmışsa, bu ifaya eklenen bir ceza koşuludur.⁴² Burada “taleplerin yığılması” söz konusudur.⁴³ Bu tür ceza koşulu uygulamada genellikle rekabet yasağında görülür. Şüphesiz ki bu kural da emredici olmayıp, taraflar aksini kararlaştırabilirler. İfaya eklenen ceza koşulu ya sözleşmeden ya da kanundan doğar. Kanundan doğumuna örnek TBK'nın 179/2. maddesidir. Aksine bir kayıt yoksa sözleşmenin belirlenen “yer” veya “zaman”da ifa edilmemesi durumunda, alacaklının ifaya ek olarak ceza koşulunu talep edebileceği karine olarak kabul edilmiştir. Alacaklının ifayı bir çekince koymadan kabul etmesi durumunda, ceza koşulundan vazgeçmiş olduğu kabul edilmelidir.⁴⁴ Bu husus Kanun'da

37 EKİNCİ, s. 61

38 KILIÇOĞLU, s. 990 vd.

39 EREN, s. 1208

40 GÖKTÜRK, H. Avni, **Borçlar Hukuku**, II. Kısım, Akdin Muhtelif Nev'ileri, Ankara, 1957, s. 597

41 BAŞAR, Didem, “İfaya Eklenen Cezai Şart”, **DÜAMYDAD**, C. 2, S. 4, 2018, s. 61

42 DİRİCAN, Gökhan, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, 2007, s. 165

43 Bu durumda davacı, davalıya karşı birden çok talebini tek davada birleştirir. (KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, 2005, s. 571)

44 Yargıtay 19. Hukuk Dairesininin 04/12/2019 gün, 2018/3380 Esas ve 2019/5428 Karar sayılı



özel olarak düzenlendiği için ihtirazi kayıt⁴⁵ olmadan kabul edilen ödeme durumunda, ceza koşulunun artık talep edilmeyeceğine dair kesin bir delil bulunduğu kabul edilmelidir.⁴⁶ Bunun bir istisnası ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.01.2013 gün, 2012/19-670 Esas ve 2013/171 Karar sayılı ilâmında ortaya konulmuştur. Buna göre, sözleşme süresi içinde çekince konmadan uzun süre ifaya devam edilmesi üzerine borçluda, “ceza koşulu istenmeyeceği” ne dair haklı bir güven oluşmuş ise, oluşan bu haklı güven ve dürüstlük ilkesi nedeniyle önceki yıla veya yıllara ait ceza koşullarının talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir.⁴⁷ Bununla beraber, alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürmediği halde, esas iradesinin, kastının ceza koşulu da talep etmek olduğunu ispat ederek yine ceza koşulu isteyemeyecektir. Ceza koşulu isteme hakkı olan alacaklının, ihtirazi kayıt koymadan edimin ifasını kabul etmesi durumunda artık ceza koşulu talep hakkı da kesin olarak, kanun gereği (ex lege) sona erer; alacaklının ihtirazi kayıttan feragat gibi bir kastı olup olmadığı araştırılamaz.⁴⁸

İnceleme konumuz olan “dönme cezası” ise maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, borçlunun sözleşmede öngörülen ceza koşulunu ödeyerek borcun yerine getirilmesinden kurtulabilmesi imkânı

ilâmında: “TBK.’nun 179/II. maddesine göre, iki halde alacaklı, ceza koşulunu isteyemez. Eğer alacaklı, ceza koşulunu isteme hakkından açıkça vazgeçmişse artık bu yönde bir talepte bulunamaz. Diğer yandan alacaklı, çekince koymadan ifayı kabul etmiş veya sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeye devam etmişse bu takdirde de ceza koşulunu isteyemez. Örneğin; beş yıl süreli bir “akaryakıt bayilik sözleşmesinde (veya eki taahhütnamede) bayinin yıllık asgari ürün alımı taahhüdü bulunmasına rağmen yıllar itibariyle bu taahhüde uyulmamış ise tedarikçi (sağlayıcı) firmanın, TBK’nun 179/II. md. uyarınca hem ifayı hem de ceza koşulunu talep edebilmesi için takip eden yılda henüz bayie mal vermeden önce ceza koşulu ile ilgili “çekince” (ihtirazi kayıt) bildirmesi ya da bu konuda bayie noterden bir ihtarname göndermesi gerekir. Çekince için bir şekil şartı getirilmemiştir. Tedarikçi, taahhüde aykırı davranılmış olan yılı takip eden yeni yıldaki ilk fatura ve irsalıyeye koyacağı bir açıklama (şerh) ile bu koşulu yerine getirebilir. Bu şekilde bir çekince (ihtirazi kayıt) konulduktan veya ihtar çekildikten sonra tedarikçi (sağlayıcı) firma, mal vermeye (ifaya) devam etse bile önceki yıla ilişkin ceza koşulu alacağını sözleşme zamanaşımı süresi içinde her zaman talep edebilir. Sonraki yıllarda da aynı kural geçerlidir. Tekrarlamak gerekirse, her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesi, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince (ihtirazi kayıt) bildirilmesi veya ihtar çekilmesine bağlıdır. Bunlar yapılmadan müteakip yılın ifası gerçekleşmişse artık bir önceki yıla ait ceza koşulu istenemez. Çekince konmuş veya ihtar çekilmiş olan yıllarla ilgili ceza koşulunun istenebileceği ise kuşkusuzdur. TBK’nun 179/II. Maddesinde öngörülen hüküm, emredici nitelikte olmadığından taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince aralarında farklı bir düzenleme yapabilirler. Örneğin, sözleşmenin feshi halinde hem cezai şart hem de kar mahrumiyeti ödeneceğini kararlaştırabilirler.” (UYAP Doküman Editörü, Erişim Tarihi: 18/03/2020)

45 Edimin ifası için borçluya makul süre verilmesi, ihtar çekilmesi, icra takibine başlanması veya yasal yollardan birine başvurulması gibi haller de, alacaklının ifayı talep ettiği şeklinde değerlendirilmesi gerektiğinden, ihtirazi kayıt olarak kabul edilmelidir. (Von TUHR, Andreas, **Borçlar Hukuku**, Cilt II, Çeviren: EDEGE, Cevat, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1985, s.606)

46 EREN, s. 1210

47 UYAP Doküman Editörü, Erişim Tarihi: 18/03/2020

48 KOCAMAN, s. 570-571



sağlamaktadır. Bu kurum, her ne kadar TBK'nın 179. maddesinde düzenlenmişse de ceza koşulundan farklıdır. Yukarıda belirtildiği üzere birinci ve ikinci fıkralardaki kurumlar alacaklının hakkını güvence altına alıp borca güvence oluştururken, üçüncü fıkrada düzenlenmiş olan dönme cezası tam aksine sözleşmenin borçlu tarafından kolaylıkla sona erdirilmesini düzenlemiştir. Ceza koşulundan farklı olsa da, kanun koyucu benzerliği sebebiyle bu kurumu birinci ve ikinci fıkradaki kurumlarla birlikte düzenlemiştir.⁴⁹

Ceza koşulu borçluyu borca uygun davranmaya zorlar; oysa dönme cezasında borçlunun borcundan kurtulma kolaylığı söz konusudur. Bu sebeple dönme cezası ifayı kuvvetlendirmez; aksine onu zayıflatır.⁵⁰ Bunun yanında seçimlik ceza koşulunda ve ifaya eklenen ceza koşulunda seçim hakkı alacaklıya aitken, dönme cezasında seçim hakkı borçluya aittir. Özetle birinci ve ikinci fıkralardaki haklar alacaklı lehine, üçüncü fıkradaki hak ise borçlu lehinedir.⁵¹ Bununla beraber sözleşmede aksi kararlaştırılabileceği üzere, alacaklıya da tıpkı borçlu gibi dönme cezası ödeyerek sözleşmeyi sona erdirme yetkisi tanınabilir.⁵²

Şu husus da çok önemlidir ki, seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşullarında alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat ederek fazla zararın tazminini TBK'nın 180/2. maddesine göre talep edebilecektir. Buna karşılık dönme cezasında, alacaklının uğradığı zarar sözleşmede kararlaştırılan cezadan daha fazla olsa bile, alacaklı bu zararı borçludan artık talep edemeyecektir.⁵³ Çünkü taraflar dönme cezası kararlaştırdıklarında zaten dönme durumunda zarar miktarı ne olursa olsun artık bu zararın talep edilmeyeceğini, borçlunun sadece sözleşmedeki cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebileceğini, fazlaya ilişkin zararın tazmin edilmeyeceğini kararlaştırmışlardır. Sadece dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilen borçlu, alacaklının menfi zararını da karşılamak zorunda değildir. Sözleşmede fesih halinde uğranılacak zararlara karşılık dönme cezası kararlaştırılmışsa, artık sadece dönme cezası talep edilebilir, cezayı aşan zararlar talep edilemez.⁵⁴ Bu yönüyle cayma tazminatına

49 TUTAR, s. 62

50 TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 353

51 KILIÇOĞLU, s. 997

52 KOCAAĞA, Köksal, **Ceza Koşulu**, Ankara, 2018, s. 146

53 FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I-II, 2. Baskı, İstanbul 1977, s. 396

54 Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 30/11/2017 gün, 2015/9232 Esas ve 2017/3536 Karar sayılı ilâmı, (UYAP Doküman Editörü. Erişim Tarihi: 09/03/2020): "BK'nın 158/III (TBK m.179/son) maddesinde yer alan dönme cezası niteliğinde olduğu, kural olarak dönme cezası kararlaştırılan hallerde diğer tazminat kalemlerinin (masraflar dışında) talep edilebilmesi mümkün değilse de emredici olmayan bu hükmün aksinin, somut olayda olduğu gibi düzenlenebilmesinin mümkün bulunduğu..."



benzeyen dönme cezasının evvelce belirtildiği üzere sözleşmeye bağlılığı kuvvetlendirmeyip tam tersine zayıflattığını belirtmek gerekir. Borçlu ceza koşulunun dönme cezası şeklinde olduğunu ispat etmelidir.⁵⁵ Ayrıca, sözleşmeden dönülmesi durumunda önceki ifalar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmelidir.⁵⁶

Emredici bir kural bulunmadığı için özellikle tam iki tarafa borç yükleyen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki gibi, tarafların hem alacaklı hem borçlu olduğu sözleşmelerde de dönme cezası kararlaştırılabilir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 30/05/2016 gün, 2015/4241 Esas ve 2016/3030 Karar sayılı ilâmında buna işaret etmiş ve “...herhangi bir taraf vazgeçerse dairenin 2 katı kadar tazminat ödeyecektir.” şeklindeki kaydın, cezai şart niteliğinde olduğunu ve vazgeçme halinde ödenmesi kararlaştırıldığından, sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 158/son maddesinde ifade edilen “dönme” veya “fesih cezası” olduğuna hükmetmiştir.⁵⁷

B. Pey Akçesi ve Dönme Cezası

TBK’nın 177. maddesi: “Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil, sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır.” hükmünü öngörmüştür. Ülkemizde pey akçesi (bağlanma parası) genellikle alacaktan düşülür ve sözleşmenin kanıtı olması niteliği yanında kısmi ifa olarak da işlev görür.⁵⁸

Pey akçesinin tek hukuki değeri sözleşmenin kurulduğuna delil olmasıdır; bunun dışında bir hukuki sonucu ve etkisi yoktur. Pey akçesi, sözleşme yapılırken âkit tarafa ödenir⁵⁹, dönme cezası ise ancak sözleşme kurulduktan sonra ve sözleşmeden dönülmesi hâlinde ödenir; yani, sözleşme kurulurken dönme cezası sadece taahhüt edilir. Pey akçesi ise sözleşmenin kurulurken âkit tarafa verilmesi gereken bir tasarruf işlemi niteliğindedir.⁶⁰ Diğer yandan pey akçesinin miktarı dönme cezasına oranla daha azdır.⁶¹ Sözleşme kurulurken verilen paranın pey akçesi (bağlanma parası) mi yoksa pişmanlık akçesi (cayma parası) mı olduğu noktasında tartışma bulunması durumunda, TBK’nın 177/1. maddesine göre bu paranın pey akçesi olarak nitelendirilmesi gerekir; çünkü madde bu şekilde bir “karine” öngörmüştür.⁶²

55 KILIÇOĞLU, s. 996

56 KOCAĞA, s. 148

57 UYAP Doküman Editörü (Erişim Tarihi: 09/03/2020)

58 REİSOĞLU, s. 454

59 Von TUHR, s. 775

60 EKİNCİ, s. 214

61 TUTAR, s. 64.

62 OĞUZMAN, Kemal M./ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 525



Pey akçesi sözleşmeden dönme hakkı vermez. Sözleşmeden dönen taraf bile pey akçesini geri isteyebilir. Pey akçesi sözleşme kurulurken ödendiğinden, sözleşme ortadan kalktıktan sonra ödenen dönme cezasından farklıdır.⁶³ Yine pey akçesi geri istenebildiğinden, geri istenemeyen nitelikteki pişmanlık akçesinden de farklıdır.⁶⁴

C. Cayma Parası ve Dönme Cezası

Cayma parası “pişmanlık akçesi”⁶⁵, “dönme parası” ve “dönme tazminatı”⁶⁶ olarak da isimlendirilmektedir. TBK’nın 178/1. maddesi: “Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığı için iki katını geri verir.” hükmünü öngörmüştür.

Cayma parası, sözleşme kurulurken âkit tarafa sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması için peşin olarak ifası gereken bir sözleşme kayıdır.⁶⁷

Yukarıda bahsedildiği üzere TBK’nın 177/1. maddesi uyarınca sözleşme kurulurken verilen paranın bağlanma parası olduğu yönünde bir karine bulunduğundan, bu paranın bağlanma parası değil de cayma parası olduğunu iddia eden taraf bunu ispatla mükelleftir.⁶⁸

Cayma parası ile sözleşmeden dönmeyi sınırlandırılarak cayma parasından başka bir tazminat istenemez.⁶⁹ Her ne kadar cayma parası ile dönme cezası asıl borç ilişkisine bağlı; yani, fer’i nitelikte⁷⁰ olması sebebiyle birbirine benzese de aralarında fark vardır. Hem cayma parası hem de dönme cezası sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırdığı için sözleşme hükümlerini zayıflatır. Her ikisi de fer’i niteliktedir.

Buna karşılık cayma parası sözleşme yapılırken ödenir, dönme cezası ise sözleşmenin sona erdirilmesi ihtimaline binaen baştan taahhüt edilir ve şart gerçekleşirse ancak o zaman ödenir; yani dönme cezası başta

63 İNAN/YÜCEL, s. 567

64 OĞUZMAN/ÖZ, s. 524

65 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/02/1957 gün, 1957/3 Esas ve 1957/24 Karar sayılı ilâmında: “Cayma akçesi yahut pişmanlık akçesi, kendisi için akitten cayma salâhiyeti kabul edilmiş olan tarafın, akdin yapıldığı sırada diğer tarafa ödediği bir paradır ki, akitten caydığı takdirde bu para alan tarafta kalır.” TUTAR, s. 66

66 EREN, s. 1216

67 BERKİ, Osman Fazıl, “Pey Akçesi, Rücû Tazminatı ve Cezaî Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, *İstanbul Barosu Mecmuası*, Sayı I, 1943, s. 281

68 EREN, s. 1217

69 REİSOĞLU, s. 454-455

70 SAYMEN, Ferit H., *Borçlar Hukuku Dersleri*, Cilt I, Umumi Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950, s. 554



ödenmez, taahhüt edilir.⁷¹ Fakat bu taahhüdün illa ki sözleşme kurulurken verilmesi gerekmez, taahhüt sonra da verilebilir.⁷²

Cayma parası ceza koşuluna göre daha düşüktür.⁷³ Cayma parası taraflardan yalnızca biri tarafından ödendiği halde, dönme cezası sözleşme taraflarının hepsi için kararlaştırılabilir.⁷⁴ Yalnızca lehine dönme cezası kararlaştırılan kişi sözleşmeden dönme hakkına sahipken, cayma parasında tarafların hepsi her zaman sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.⁷⁵

Sözleşmenin asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi gereken ana kadar cayma parası ödenerek sözleşmeden dönülebilirse de, bu durum dönme cezası için geçerli olmayıp, dönme cezasında bu anlamda herhangi bir sınırlama yoktur.⁷⁶

Cayma parası faydalandırıcı işlemde olduğu halde ceza koşulu borçlandırıcı bir işlem ile meydana gelir.⁷⁷ Sözleşmede öngörülen tazminatın cayma parası mı yoksa dönme cezası mı olduğu noktasında tereddüt varsa, bunun dönme cezası olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁷⁸

D. Seçimlik Borç ve Dönme Cezası

TBK'nın 87. maddesi: *"Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir."* hükmünü öngörmüştür.

Aralarından sadece birinin ifası gereken ve çeşitli, birden çok edimi içeren borca "seçimlik borç" denir. Borçlu seçimlik borçlardan herhangi birini ifa ederek borçtan kurtulur. Örneğin, bir miktar para karşılığında A'nın B'ye ya saatini ya da kitabını satmayı taahhüt ettiği bir sözleşmede iki edim olduğundan, burada bir seçimlik borçtan bahsedilebilir. Borçlu olan A isterse saatini, isterse kitabını vererek borçtan kurtulur.⁷⁹

71 İNAN/YÜCEL, s. 567

72 TUTAR, s. 69

73 GÖKÇEOĞLU, s. 21

74 İNAN/YÜCEL, s. 567

75 HATEMİ/GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.351

76 OĞUZMAN, s. 542; ERDEM, s. 681. Bu durumun istisnasının 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2/2. maddesinde zikredilen dürüst davranma kuralı olduğuyla ilgili tartışma için bkz: KAPANCI, s. 265

77 GÖKÇEOĞLU, s. 33

78 KILIÇOĞLU, 998

79 TUTAR, s. 70



Maddeden de anlaşılacağı üzere seçim hakkı kural olarak borçludur; fakat bunun aksi kararlaştırılabilir.

Seçimlik borçta borç başından itibaren belirlidir; fakat edim sayısı birden çok olduğundan hangisinin ifa edileceği belli değildir. Seçim hakkına sahip olan taraf seçimi yaptığında edim kesin olarak belirlenmiş olur ve bunun dışındaki edimler de ortadan kalkar; belirlenen edimin ifasıyla borç sona erer.⁸⁰

Dönme cezasında borcun muaccel olmasından önce asıl ve onun fer'isi olan iki borç vardır. Buna karşılık seçimlik borçta borç tektir ve bu borcun konusu birden çok asli edimden biridir.⁸¹ Seçimlik borçtaki edimler birbirinden bağımsızken, dönme cezasındaki borçlar arasında aslilik-fer'ilik ilişkisi söz konusudur.⁸²

Bir diğer fark ise, seçimlik borçlardan biri, borçlunun iradesi dışındaki sebeplerden imkânsız hale geldiğinde, borçlunun seçimlik diğer borcu ifa ederek borcunu ödemiş olmasıdır. Buna karşılık dönme cezasında asıl borç, borçluya yüklenemeyen bir sebepten imkânsız hale gelirse asıl borcun mukadderatına bağlı olan, fer'i nitelikteki dönme cezası da sona erer.⁸³

Bunun yanında dönme cezasındaki borcun doğup doğmayacağı belirsizken, seçimlik borçta borç belirlidir fakat edim belirsizdir.⁸⁴

VII. DÖNME CEZASINDA BORÇLUNUN YETKİSİ

TBK'nın 179/3. maddesine göre borçlu herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönebilir. Bunun için ya kararlaştırılan dönme cezasını ödemeli ya da ödemeyi teklif etmelidir. Salt dönme bildirim sözleşmenin anılan madde uyarınca ortadan kaldırılmasını sağlamaz.⁸⁵

Anılan fıkrada alacaklı lehine bir karine öngörülmüştür. Buna göre sözleşmedeki kaydın TBK'nın 179/1 ve 2. maddelerindeki ceza koşulu değil de, 3. fıkradaki dönme cezası olduğunu borçlu ispat etmelidir.⁸⁶

Borçlunun dönme cezasını ödemeyerek sözleşmeden dönmediği durumda, sözleşme hâlâ geçerli olduğu için alacaklı ancak asıl borcun

80 EREN, s. 113

81 TUNÇOMAĞ, s. 33

82 TUTAR, s. 74

83 TUNÇOMAĞ, s. 33

84 TUNÇOMAĞ, s. 33

85 HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 351

86 OĞUZMAN/ÖZ, s. 516



ifasını talep edebilir. Asıl borcun ifa edilmemesi durumunda ise alacaklı ancak dönme cezasını talep edebilir; çünkü borçlu dönme cezasını ödeyerek her aşamada asıl alacağın ifasını engelleme hakkını haizdir.⁸⁷

VIII. KUSURSUZ İMKÂNSIZLIK VE DÖNME CEZASI

TBK'nın 182. maddesi: *“Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”* hükmünü öngörmüştür.

Bu fıkra aslında TBK'nın 179/1 ve 2. maddelerinde düzenlenen seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulu kavramlarına ilişkindir; çünkü bu hükümler ifayı kuvvetlendirmekte ve alacaklıya anılan hakları tanımaktadır. Buna karşılık dönme cezasında borçluya sözleşmeyi kolaylıkla sona erdirmeye yetkisini verilmektedir.

TBK'nın 136/1. maddesine göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Buna göre borçlu, kusuru olmadığını ya da kendisi dışında gelişen sebeplerle ifanın artık imkânsız olduğunu ispat ederse borçtan kurtulacaktır. Bu durumlarda borçlu ceza koşulu ödemeyecektir. Bu anlamda TBK'nın 182/2.fıkrası genel kuralın tekrarı durumundadır.⁸⁸

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, asıl borcun kusursuz sonraki imkânsızlık sebebiyle ortadan kalkması halinde, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, ceza koşulu da ortadan kalkar. Bu durum ceza koşulunun, asıl borca bağlı, fer'i bir borç olmasının sonucudur.⁸⁹

Nitekim Yargıtay 23. Hukuk Dairesi de 19/02/2014 gün, 2013/8338 Esas ve 2014/1193 Karar sayılı ilâmında: *“Bunun yanında, talep edilen istek kalemlerinden birisi olan sözleşmenin 27. maddesindeki hüküm, hukuki niteliği itibarıyla BK'nın 158/III. (TBK 179/son) maddesi gereğince dönme cezası mahiyetindedir. Bu tür cezanın istenebilmesi için karşı tarafça akitten dönülmesi gerekir. Somut olayda ise, imkansızlık hali mevcut olup, davalı yüklenicinin sözleşmeden dönmesi söz konusu değildir. Bu nedenle dönme cezasına ilişkin istemin şartları oluşmadığından tümüyle reddi gerekirken, yanlışlığı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.”* şeklinde karar vermiştir.⁹⁰

87 TUTAR, s. 83

88 TUNÇOMAĞ, s. 102

89 YAVUZ, Nihat, **Borçlar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 533

90 UYAP Doküman Editörü (Erişim Tarihi: 09/03/2020)

IX. DÖNME CEZASI ve ZARAR İLİŞKİSİ

TBK'nın 180/1. maddesine göre alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir. Burada artık borçlunun kusurlu olup olmadığı, zarar görüp görmediği incelenmez. Sözleşmedeki dönme cezası neyse borçlu onu ödemekle yükümlüdür.

Evvelce belirttiği üzere borçlu tek taraflı olarak sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Yani, dönme cezası söz konusu olduğunda artık borçlunun asıl borcu ifa etmemesinden kaynaklı bir zarar araştırmasına gidilmemektedir.⁹¹

Sürekli borç ilişkisi doğuran, kira gibi sözleşmelerin feshedilmesi durumunda da alacaklının uğradığı zararın tazmini talep edilemez. Taraflar kendi iradeleriyle bir dönme cezası kararlaştırmışsa, bu cezayı ödeyerek sözleşmeden dönen tarafın, diğer tarafın muhtemel zararlarını peşinen maktu olarak karşıladığı kabul edilir.⁹² Dönme cezasının özü şudur ki, taraflar bunu kararlaştırırken borçlunun dönme cezasını ödeyerek ve başka herhangi bir borç altına girmeden, diledikleri zaman sözleşmeden dönebilecekleri veya sözleşmeyi feshedebilecekleri noktasında anlaşmış kabul edilirler.⁹³

TBK'nın 180/2. maddesi: *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.”* hükmünü öngörmüştür.

TBK'nın 112. maddesi uyarınca borç ifa edilmediğinde, bu yüzden tazminat isteyen alacaklı, borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda değildir. Buna rağmen alacaklı lehine bir hüküm olan TBK'nın 180/2. maddesi, 112. maddeyle çelişir şekilde bu kez, alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesi şartını getirmiştir. TBK 180/2. madde bu sebeple eleştirilmiştir.⁹⁴

Bu kural TBK'nın 179/1 ve 2. maddelerindeki “seçimlik ceza koşulu” ve “ifaya eklenen ceza koşulu” için geçerlidir; çünkü yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TBK'nın 179/3. maddesindeki dönme cezasının amacı borçlu lehine bir durum yaratmak olup, alacaklının alacağını güvence altına almak değildir. Alacaklının gerçek zararı, dönme cezası olarak kararlaştırılan miktarı ister aşsın ister aşmasın, borçlu

91 TUTAR, s. 90

92 Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 17/04/2013 gün, 2012/5939 Esas ve 2013/2529 Karar sayılı ilâmı (UYAP Doküman Editörü, Erişim Tarihi: 09/03/2020)

93 OĞUZMAN/ÖZ, s. 516

94 İNAN/YÜCEL, s. 570



sadece dönme cezası ödemekle yükümlüdür. Taraflar dönme cezası kararlaştırarak bu durumu da artık kabul etmişlerdir.⁹⁵

Şüphesiz ki, dönme cezasında ek tazminat gibi hususların da olabileceği taraflarca kararlaştırılabilir.⁹⁶

X. DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİ

TBK'nın 182/son fıkrasına göre hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir. Bu madde yüksek ceza koşullarının indirilmesini öngörmüş ve sözleşmenin bağlayıcılığı ilkesine bir istisna getirmiştir.⁹⁷

Hâkim ceza koşulunda indirim yaparken cezanın fahiş olup olmadığını, hakkaniyeti, alacaklının borca aykırılık sebebiyle uğradığı zararı, kusur derecelerini, ortak kusuru ve tarafların mali durumlarını dikkate alacaktır.⁹⁸

Seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulunda geçerli olan bu durumun dönme cezası için de geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Kanun koyucunun ceza koşulunda indirim yapma noktasında hâkime yetki vermesinin amacı, ekonomik olarak zayıf olanı güçlü olana karşı korumak, borçlunun yüksek ceza koşulu altında ekonomik olarak mahvolmasının önüne geçmektir.⁹⁹

Doktrinde bir görüş hâkimin indirim yetkisinin dönme cezası için de geçerli olduğunu savunurken¹⁰⁰, diğer görüş sözleşmeden dönenin borçlu olması sebebiyle bunun mümkün olmaması gerektiğini savunmuştur.¹⁰¹ Bu son görüşe göre, borçlu kendi ihtiyarıyla bu yükümlülük altına en başta girmiştir. Borçlu ceza koşulunun fahiş olmadığını ve bunu ifa etmenin kendi mali durumunu aşırı derecede sarsmadığını önceden kabul etmiştir.

Borçlu, dönme cezasındaki indirim imkânından önceden feragat edemez.¹⁰² Yargıtay dönme cezasında kararlaştırılan cezada indirim yapılabileceğine hükmetmiştir.¹⁰³

95 EREN, s. 1211

96 TUNÇOMAĞ, s.122

97 TUTAR, s. 112

98 REİSOĞLU, s. 459

99 REİSOĞLU, s. 459

100 EREN, s. 1212

101 HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 351

102 REİSOĞLU, s. 460

103 Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 30/11/2017 gün, 2015/9232 Esas ve 2017/3536 Karar sayılı ilâmı, (UYAP Doküman Editörü. Erişim Tarihi: 09/03/2020): "...bu hükmün hukuki nitelik itibarıyla BK'nın 158/III (TBK m.179/son) maddesinde yer alan dönme cezası niteliğinde olduğu, kural olarak dönme cezası kararlaştırılan hallerde diğer tazminat kalemlerinin (masraflar dışında) talep edilebilmesi mümkün değilse de emredici olmayan bu hükmün aksinin, somut olayda olduğu gibi düzenlenebilmesinin mümkün bulunduğu, keza, dönme cezasına hükmedildiği hallerde tenkis



TBK'nın 181/1. maddesi uyarınca ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır. Yani borçlunun mütemerrit olması durumunda, evvelce kısmi olarak yapılmış ödemelerin alacaklıya kalacağını öngörüldüğü sözleşmelere de ceza koşulu hükümleri uygulanacaktır. Buna karşın maddenin ikinci fıkrası taksitli satışlarda birinci fıkranın uygulanmayacağını öngörmüştür.

TBK'nın 182/son fıkrası hâkimin re'sen indirim yapacağını belirtmesine rağmen doktrinde bir görüş indirim için borçlunun talebinin gerektiğini savunmuştur.¹⁰⁴ Çünkü bu görüşe göre indirme hakkı yenilik doğuran bir haktır ve bu hakka sahip olanın talebi gerekmektedir; hâkim re'sen indirim yapamaz.

Bu arada belirtmek gerekir ki, fahiş ceza koşulunun indirilmesi ancak tacir olmayan kişi tarafından ticari işletmesine ait faaliyeti sebebiyle taahhüt ettiği ceza koşuluna ilişkin uygulanmaz.¹⁰⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesine göre: *"Tacir sıfatını haiz bir borçlu, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 121. maddesinin ikinci fıkrasıyla 182. maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez."* hükmünü öngörmüştür.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, 10/12/2019 gün, 2018/3597 Esas ve 2019/5492 Karar sayılı ilâmında: *"Cezai şarta gelince, TTK'nın madde 22. uyarınca tacir sıfatına haiz borçlu cezai şartın fahiş olduğu iddiasıyla indirilmesini isteyemez ise de Yargıtay içtihatlarıyla kabul edildiği üzere cezai şartın fahişliği borçlunun ekonomik mahvına sebep olacak nitelikte ise borçlunun talebi halinde bu hususun değerlendirilmesi gerekir. Somut olayda davalı cezai şartın fahiş olduğunu belirttiğinden hesaplanan cezai şartın ödenmesi halinde borçlunun ekonomik mahvına sebep olup olmayacağı konusunda bilirkişiden ek rapor alındıktan sonra mahkemece durumun değerlendirilmesi ve davalının ekonomik mahvına sebep olacağına göre makul indirim yapılması gerekir. Bu hususlar değerlendirilmeden karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir."*

isteminin dinlenebilmesinin de mümkün olmadığı (BK m. 161/III, TBK m. 182/ III), ne var ki, kararlaştırılan cezai şartın (eski) BK'nın 20. maddesinde tarif edilen şartlara aykırı olduğunun tespiti halinde batıl sayılacağı ve bu yöndeki bir istemin reddi gerekeceği, somut olayda da, mahkemece sözleşmenin bu hükmünün BK'nın 20. maddesine aykırı olduğu, borçlu arsa sahibinin iktisaden mahvına neden olacağı belirtilerek dönme cezasına yönelik isteğin reddine karar verilmiş ise de, hüküm yerinde dönme cezasının ne suretle fahişlik oranını aşacak yani davalının mahvına neden olacak nitelikte bulunduğu tartışılmadan soyut ifadelerle yazılı şekilde ret kararı verilmesinin yerinde olmadığı belirtilerek bozulmuş, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada,..."

104 EKİNCİ, s. 326; EREN, s. 1214

105 İNAN/YÜCEL, s. 570



diyerek anılan maddenin uygulama alanını “*tacirin ekonomik olarak mahvoolup olmayacağı*” şeklinde bir ölçütle belirlemiştir.¹⁰⁶

Ödenmiş olan ceza koşuluna gelince, bunun indirilmesinin daha sonra talep edilebileceğini savunanlar yanında¹⁰⁷, TBK’nın 27. maddesindeki ahlaka aykırılık şartı dışında bilerek ve istenerek ödenmiş ceza koşulunun indirilmeyeceği de savunulmuştur.¹⁰⁸ İndirilemeyeceği görüşünde olanların dayanağı şudur ki; eğer kanun koyucu evvelce ödenmiş ceza koşulunun indirilmesini istemiş olsaydı, tıpkı aşırı yararlanmayı düzenleyen TBK’nın 28. maddesinde olduğu gibi, indirim talebi için bir süre tanırdı.

Borçlu ceza koşulu kararlaştırıldığında tacirse o zaman TTK’nın 22. maddesi uygulanır; fakat ceza koşulu kararlaştırıldıktan sonra borçlu tacir sıfatını kazanmışsa bu madde uygulama alanı bulmaz.¹⁰⁹

SONUÇ

Sözleşme hukukumuzda genel kural irade özerkliği olmasına rağmen buna istisna olarak, örneğin TBK’nın 179/3. maddesinde düzenlenen dönme cezası ile, borçlunun tek taraflı irade beyanı ile başta kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi tek tarafları olarak ortadan kaldırma yetkisi tanınabilir. Borçlu sadece bu tazminatı ödeyerek sözleşmede döndüğünde alacaklı artık asıl borcun ifasını talep edemez. Borçlunun kusurlu, alacaklının da aşan zararı olup olmadığı artık araştırılmaz ve bu zarar talep edilemez.

Dönme cezasının amacı borçlunun önceden belirlenmiş bir tazminatla, daha ağır yükümlülüklerle maruz kalmadan sözleşmeyi sonlandırmasını sağlamaktır.

Asıl alacak ile dönme cezası arasında aslilik-fer’ilik ilişkisi vardır. Asıl borç sonradan ortaya çıkan bir sebeple ifası imkânsız hale geldiyse, fer’i nitelikteki dönme cezası da artık talep edilemez.

Dönme cezası pey akçesinden farklıdır. Şöyle ki, pey akçesinde sözleşmeden dönen her taraf pey akçesini geri isteyebilir. Pey akçesi sözleşme kurulurken verilir; oysa dönme cezası sözleşme ortadan kaldırılırken ödenir.

Cayma parasına gelince, bu da tıpkı pey akçesi gibi sözleşme kurulurken ödenir, dönme cezası gibi sonradan ödenmez. Cayma

106 UYAP Doküman Editörü, Erişim Tarihi: 10/03/2020

107 REİSOĞLU, s. 460

108 YAVUZ, s. 534

109 TUNÇOMAÇ, s. 177



parası ceza koşuluna göre daha düşüktür ve sözleşmenin her tarafı için kararlaştırılabilir, her taraf istediği zaman cayabilir; fakat dönme cezasında aksi kararlaştırılmamışsa yalnızca borçlu sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Seçimlik cezadan da farklılık gösteren dönme cezasında borcun muaccel olmasından önce asıl ve onun fer'isi olan iki borç vardır; fakat, seçimlik borçta borç tektir ve bu borcun konusu birden çok asli edimden biridir. Seçimlik borçtaki edimler birbirinden bağımsızken, dönme cezasındaki borçlar arasında aslilik-fer'ilik ilişkisi söz konusudur.

Dönme cezasında hâkimin indirim yapıp yapamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş ceza koşulu için geçerli olan bu durumun dönme cezasına da uygulanacağını, diğer bir görüş ise borçlunun kararlaştırılan tazminatın kendisinin ekonomik durumunu kötüleştirmediğini daha önceden kabul ettiğini ve bu sebeple artık indirim isteyemeyeceğini savunmuştur. Yargıtay dönme cezasında kararlaştırılan cezada indirim yapılabileceğine hükmetmiştir.



KAYNAKLAR

- AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, Konya 2006
- BAŞAR Didem, “İfaya Eklenen Cezai Şart”, **DÜAMYDAD**, C. 2, S. 4, 2018, s. 49-77
- BERKİ Osman Fazıl, “Pey Akçesi, Rücû Tazminatı ve Cezâî Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Sayı I, 1943, s. 276-303
- BİLGE Necip, **Cezai Şart**, Ankara 1957
- BUZ Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005
- BUZ Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998
- DİRİCAN Gökhan, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, 2007
- EKİNCİ Hüseyin, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, 2004
- ERDEM Mehmet, “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, **Prof Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul 2009, s. 663-684
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017
- FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I-II, 2. Baskı, İstanbul 1977
- GÜNAY Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012
- GÖKÇEOĞLU Kamil Haluk, **Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar**, İstanbul, 2007
- GÖKTÜRK H. Avni, **Borçlar Hukuku**, II. Kısım, Akdin Muhtelif Nev’ileri, Ankara, 1957
- HATEMİ/GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- İNAN Ali Naim, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, Ankara, 1984
- İNAN Ali Naim/ YÜCEL Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 2014
- KAPANCI Kadir Berk, “Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, **MÜFHAD**, C. 22, S. 2, s. 247-270
- KARAGÖZ Veli, **İş Sözleşmelerinde Cezai Şart**, Ankara, 2006



KARAHASAN M. Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, İstanbul, 2014

KAYIHAN Şaban, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018

KOCAAĞA Köksal, **Ceza Koşulu**, Ankara, 2018

KOCAMAN Arif, "BK M.158/2 c.2 Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi ve BK . 158/2 c.2'de Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu", **Prof. Dr. Şener AKYOL'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara, 2005

NOMER Halûk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2012

OĞUZMAN Kemal M./ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013

SAYMEN, Ferit H., **Borçlar Hukuku Dersleri**, Cilt I, Umumi Hükümler, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950

SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, İstanbul 2007

SOYER M. Polat, **Rekabet Yasası Sözleşmesi**, Ankara 1994

TEKİNAY Sulhi, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, İstanbul, 1995

TEKİNAY Selahattin Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Haluk, ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, 1963

TUTAR Elce, **Dönme Cezası**, Ankara, 2016

UYAP Doküman Editörü

UYAP Mevzuat Programı

Von TUHR Andreas, **Borçlar Hukuku**, Cilt II, Çeviren: EDEGE, Cevat, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1985

YAVUZ Nihat, **Borçlar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

YILMAZ Halil, **İhtirazi Kayıt**, Ankara, 2007



YARGISAL ETİK KURALLARININ UYGULANMASINA BİR ÖRNEK: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ YARGISAL ETİK KODU

*A Model for Practice of Judicial Ethic Rules: International
Criminal Court Code of Judicial Ethics*

Tuğba TURGUT DEMİRTAŞ¹

ÖZ

Yargı organlarında görev yapan hakim ve savcılarının tabi oldukları disiplin hükümlerinden ayrı olarak mesleklerini icrada kendilerine önderlik edecek ve mesleklerinin saygınlığını yüceltmeyi hedefleyen etik kurallarının bulunması gerektiği fikri ulusal ve uluslararası çevrelerde büyük destek bulmaktadır. Söz konusu fikir birliği, konuya ilişkin somut adımlar atılmasını da teşvik etmektedir. Ulusal düzeyde; yüksek yargı organları, Adalet Bakanlığı ve Hakimler ve Savcılar Kurulu'nca atılan adımlar örnek düzeydedir. Konuya ilişkin uluslararası alandaki gelişmeler de yakından takip edilmeli ve ulusal alanda atılan adımların bilinirliği sağlanmalıdır. Bu nedenle öncelikli olarak uluslararası alandaki işbirliği mekanizmaları ve uluslararası yargı organlarının uygulamaları yakından takip edilmelidir. Bu çalışmada, sürekli görev yapmak üzere kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından kabul edilen ve uygulamaya yönelik örnek niteliğinde olan yargısal etik kuralları incelenmiştir. UCM Yargısal Etik Kodu'na ilişkin bilgilerden önce, etik kavramı ve yargıda etiğe değinilmiş, konunun, Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi nezdinde ele alınışına ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Etik, Yargıda Etik Kuralları, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Uluslararası Ceza Mahkemesi.

ABSTRACT

The idea that in addition to the discipline rules the existence of judicial ethic rules for judges and prosecutors is gaining great support in internal and international environment. This consensus is encouraging concrete steps towards to the issue. In internal level, the improvements made by high judiciary bodies, Ministry of Justice and Council of Judges and Prosecutors are appreciated. The improvements in international level should be observed and the efforts in the internal level should be made known by public. Therefore firstly the cooperation mechanisms in international level and the practice of international bodies should be

1 Yargıtay Tetkik Hakimi, Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi Başkanlığı, tuba.turgut@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-7728-3155.



inspected. In this paper the judicial ethic rules adopted by International Criminal Court (ICC) are analysed. Before the elaboration of ICC Code of Judicial Ethics, the expressions ethic and ethical in judiciary and the United Nations' and Council of Europe's approach to the subject are explained.

Keywords: Ethic, Ethic Rules in Judiciary, Bangalore Judiciary Ethic Principles, International Criminal Court.

GİRİŞ

Etik, doğru davranışın yanlış olandan ayrılması için kullanılan bir kavram olup insani değerlere dayanmasıyla toplumsal değerlere dayanan ahlaktan ayrılır. Etik ilkeleri, insanlık tarihi boyunca toplumsal yaşama yön vermiş ve çağdaşlığın ön koşulu olmuştur.

Etik ilkeleri, toplumda kendi kendine oluşmaktadır. Mesleklerin de bu şekilde oluşmuş etik ilkeleri vardır. Hemen her toplumda hakimlik ve savcılık mesleğine özel önem verilmektedir. Hakimlik ve savcılık mesleği için de kabul görmüş etik ilkeler bulunmaktadır.

Son yıllarda yargı mensuplarıyla ilgili etik kuralları çeşitli uluslararası organizasyonlar tarafından ele alınmaktadır. BM insiyatifiyle hayata geçirilen Bangalore Yargı Etiği İlkeleri ve Avrupa Konseyi'nin konuya ilişkin çalışmaları ülkemizde ilgiyle takip edilmektedir.

I. ETİK KAVRAMI

2500 yıllık bir geçmişe sahip bir felsefe disiplini olan etik kavramı günümüzde tanımlanması en zor terimlerden birisidir. Etik, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde; çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü şeklinde ifade edilmektedir.² Etik kavramının en çok ahlak kavramı ile karıştırıldığı görülmektedir. Bu kavramlar çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılmaktaysa da aslında farklı alanları ifade ederler. İyi ve kötü, doğru ve yanlış ahlak ilkeleri ahlakı oluştururken, insanların karar ve hareketlerini yönlendiren ve bunların ahlaki bir temele göre iyi veya kötü ya da doğru veya yanlış olup olmadığının belirlenmesi etik olarak tanımlanmaktadır. Etik, ahlaki standartların hayata uygulanışının ve mantıklı olup olmadıklarının sorgulanması, akıl yürütme sürecidir. Diğer bir deyişle etik, ahlaki davranışların bilimsel açıklamasıdır.³

II. YARGIDA ETİK

Bazı meslekler yapılan işe kendini adanmayı gerektirir. Hakimlik böyle mesleklerdendir. Hakim, yüksek bilme düzeyi, eğitimi, kültürü ve

2 www.sozluk.gov.tr, (erişim: 10.06.2015).

3 ÇETİNER Selma, *Yargı Etiği*, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.35.



kişiliği ile adaleti gerçekleştirmekle görevlidir.⁴ Adaleti gerçekleştirmede savcılar ve avukatların hakimlere yardımcı oldukları unutulmamalıdır. Adaleti gerçekleştirme amacı ile mesleğini adliye duvarları içinde yapacak olanların, mesleki etik değerleri ile bezenmiş olmaları öncelikli gerekliliktir.

Yargı mensuplarının uyması gereken etik değerler ulusal ve uluslararası alanda belirlenmektedir. Bu değerler ulusal hukuklarda gerek ceza yasaları gerek disiplin hukukuna ilişkin yasalar veya yargının statüsünü ve güvencelerini düzenleyen anayasa ve yasalarla korunmaya çalışılmaktadır. Değerlerin yansımaları olarak kabul edilen bazı ilkeler ise yasal yaptırıma bağlanmaksızın manevi anlamda kabul görmeyen davranışlar biçiminde ilan edilerek kamuoyu baskısından güç alınarak korunmaya çalışılmaktadır.⁵

Yargısal etik kuralları ile disiplin hukuku tarafından yaptırıma bağlanmış kuralların örtüşmesi beklenmemelidir. Bu kurallar bazen çakışabilmekle birlikte, disiplin hukuku gereğince yaptırıma bağlanmamış etik kuralları pekala mümkün olabilmektedir. Bu nedenle yargı etik kurallarının ceza hukuku ya da disiplin hukuku tarafından korunması beklenmemeli, yargı makamlarına rehberlik edecek ayrı yargısal etik kodları kabul edilmelidir.

Evrensel olarak kabul edilen yargısal etik ilkelerinin ülkemizde çeşitli yasalarda yer aldığı görülmektedir. Bununla birlikte hakimler ve savcılar için bir yargısal etik kodu bulunmamaktadır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun disiplin hükümlerinde, tarafsız ve bağımsız yargılamanın ihlal edildiği durumları cezalandırmaya amaçlayan bir takım kurallar yer almakla birlikte, sadece yaptırım öngören disiplin hukuku düzenlemelerinin yargısal etik meselesini çözmek için yeterli olmadığı düşünülmektedir.

III.YARGISAL ETİK KURALLARINA İLİŞKİN ULUSLARARASI ALANDAKİ GELİŞMELER

A. Birleşmiş Milletler Çatısı Altındaki Gelişmeler

BM'nin konuyla ilgili ilk girişimi 28 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da düzenlenen Suçların Önlenmesi ve Suçlulara Muamele konulu BM 7'nci Kongresi ile olmuştur. Bu kongrede kabul edilen "Yargının Bağımsızlığına Dair BM Temel İlkeleri" BM Genel Kurulu'nun 29 Kasım 1985 tarihli 40/32 sayılı ve 13 Aralık 1985 tarihli 40/146 sayılı

4 ÇETİNER, 2013, s.68,145.

5 Sibel İnceoğlu, *Devlet'te Etik'ten Etik Devlete: Yargıda Etik*, TÜSİAD Yayınları, 2012, s.161.



kararları ile onaylanmıştır.⁶ Genel Kurul, üye devletleri milli mevzuatları ve uygulamalarında bu kurallara uymaya davet etmiştir⁷. Milano’da düzenlenen kongrenin amacı yargısal etik kurallarını belirlemek olmamakla birlikte kabul edilen prensipler itibarıyla kendisinden sonra ele alınacak olan Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nin temelini teşkil etmiştir.

Uluslararası platformda yapılan çalışmalar neticesinde, yargı mensuplarıyla ilgili genel meslekî prensiplerin yer aldığı “Bangalor Yargı Etiği ilkeleri”⁸, BM’nin 2000 yılı Nisan ayında Viyana’da gerçekleştirilen ilk toplantısından sonra Şubat 2001 tarihinde Hindistan’ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından taslak olarak kabul edilmiştir. 25-26 2002 Kasım tarihlerinde Lahey Barış Sarayında yapılan Adalet Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından ilk taslak gözden geçirilmiş ve taslak üzerinde anlaşma sağlanmıştır. Söz konusu ilkeler BM İnsan Hakları Komisyonu’nun 23 Nisan 2003 tarihli ve 2003/43 sayılı kararı ile kabul edilmiştir.⁹ Söz konusu kararda BM üyesi ülkeler, kabul edilen yargı etiği ilkelerinin hayata geçirilmesine teşvik edilmiştir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nin önsözünde ilkelerin hazırlanış amacı “hakimlere yönelik meslek ahlakı standartlarını oluşturmak” olarak belirtilmiştir. Önsözde İnsan Hakları Bildirgesi’ne, Siyâsî ve Medenî Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne ve Yargının Bağımsızlığına Dair BM Temel İlkelerine atıf yapılarak herkesin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve suç isnadında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip olduğu temel bir hak olarak vurgulanmıştır. Önsöz bölümünden sonra birer değer olarak altı başlık altında Bağımsızlık-Tarafsızlık-Doğruluk ve Tutarlılık-Dürüstlük-Eşitlik-Ehliyet ve Liyakat değerleri sıralanmıştır. Bu ilkeler, hakimleri bağlayıcı mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmek için değil, onları tamamlamak için öngörülmüştür.¹⁰ BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi de 2006/23¹¹ ve 2007/22¹² sayılı “Yargısal Davranışa Dair Temel Prensiplerin

6 ÇETİNER, 2013, s.170.

7 *Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler*, Adalet Bakanlığı **Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü**, Eylül 2004, s.19.

8 Orijinal İngilizce metin için bkz. www.unrol.org/files/Bangalore_principles.pdf, (erişim:11.06.2015), Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından 18 Kasım 2003 tarihinde tercüme edilen Türkçe Metin için bkz. *Adalet Dergisi*, Sayı 20, Eylül 2004, s.15.

9 *Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler*, *Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü*, Eylül 2004, s.1.

10 İbrahim Akın, Tansu Akın, **Yargı Etiği**, Anakara Barosu, İkinci Baskı, Ankara 2014,s. 185.

11 www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf, (erişim: 11.06.2015).

12 www.un.org/en/ecosoc/docs/2007/resolution%202007-22.pdf, (erişim: 11.06.2015).



Kuvvetlendirilmesi” başlıklı kararları ile Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nin, BM Genel Kurulu’nun 29 Kasım 1985 tarihli 40/32 sayılı ve 13 Aralık 1985 tarihli 40/146 sayılı kararları ile onaylanan yargısal bağımsızlığa dair temel prensiplerin daha ilerisinde bir gelişme olduğu belirtilmiş ve BM üyesi ülkeler söz konusu ilkeleri iç hukuklarında gerçekleştirmeye davet edilmişlerdir.

B. Avrupa Konseyi Çatısı Altındaki Gelişmeler

Avrupa Konseyi’nin konuyla ilgili ilk girişimi Bakanlar Komitesi’nin 13 Ekim 1994 tarihinde kabul ettiği “Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı” başlıklı ve R 94 (12) sayılı tavsiye kararı¹³ ile olmuştur.¹⁴

1998 tarihinde akdedilen Hakimlerin Statüsüne Dair Avrupa Şartı ile yargısal etik kuralları ilk defa uluslararası anlaşmanın içerisinde yer almıştır.

2000 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından hakimlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve yeterliliklerinin sağlanması için kurulan bir danışma organı olan Avrupa Konseyi Avrupa Hâkimleri Danışma Komitesi¹⁵ 13 Kasım 2000 tarihli oturumunda Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’ni (ilkeler henüz BM tarafından onaylanmadan) Bakanlar Komitesi’ne bu konuda tavsiye kararı vaz’etmek üzere önermiştir.

2002 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne “Hakimlerin Mesleki Davranışlarına, Özellikle Etik, Uygun Davranış ve Tarafsızlıklarına İlişkin İlkeler ve Kurallar” başlıklı 3 numaralı raporunu¹⁶ sunmuş, söz konusu raporda Komite, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’ni esas almıştır.

“Savcılar İçin Etik Davranış İlkelerine İlişkin Avrupa Esasları” başlığını taşıyan ve savcılarının görev sırasında nasıl hareket etmeleri gerektiğine ilişkin kuralları içeren ve savcılarının görevlerini adil, tutarlı, korkusuzca, iltimas ve önyargı olmaksızın süratle gerçekleştirmeleri yönünde ışık tutan Budapeşte İlkeleri 31 Mayıs 2005’te, Macaristan’ın başkenti Budapeşte’de düzenlenen Avrupa Savcıları Konferansı’nda kabul edilmiştir.¹⁷ Konferans

13 ÇETİNER, 2013, s.164.

14 Kararın orijinal metni için: www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines, (erişim: 22.05.2015).

15 Komite, hakimlerin statüsü ve görevlerini icra etmelerine ilişkin konularda Bakanlar Komitesi’nin dikkatine sunulmak üzere tavsiye kararı almaktadır. www.coe.int/t/DGHL/cooperation/ccje/default_en.asp (erişim: 11.06.2015).

16 [www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2002\)OP3&Sector=secDGHL&Language=en](http://www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2002)OP3&Sector=secDGHL&Language=en) (erişim: 11.06.2015).

17 Süleyman Özar, “Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Adalet Bakanı’nın HSYK ve Cumhuriyet Savcısı ile Arasındaki İlişkinin Hukuki Esas ve Kapsamı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:5, Sayı 17, Nisan 2014, s.464.



daha sonra Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi için bir danışma organı olarak Avrupa Savcıları Danışma Konseyi'ne dönüştürülmüştür¹⁸.

IV. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNDE YARGI ETİĞİ İLKELERİ

A. UCM Hakkında

1998 yılında Roma'da imzalanan çok taraflı bir antlaşma ile UCM kurulmuştur. Mahkemenin kurucu antlaşmasını ve içeriğini oluşturan Roma Statüsü altmışaltı devlet in onayını müteakip 01 Temmuz 2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş, bu tarihten itibaren Mahkeme yargı yetkisi kazanmıştır. Statüde genel ceza hukuku, özel ceza hukuku, yargılama usulü hükümleri ve Mahkemenin organları ile mahkemenin uluslararası ilişkileri konularında detaylı düzenlemeler yapılmıştır.¹⁹

UCM, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçu hakkında yargılama yapmakla görevli ve yetkili olarak kurulmuştur.

Roma Statüsünde kişisel ceza sorumluluğu söz konusudur. UCM gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip bulunmaktadır. Statü, kapsama giren suçlar açısından devletleri değil, bireyleri sorumlu tutmakta olup, suçları işleyen faillerin, Statüde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalara veya diğer ceza ve tazminatlara kişisel olarak katlanacakları hükme bağlanmıştır.²⁰

UCM'de yargılama bir taraf devletin ya da Güvenlik Konseyinin başvurusu ya da savcının kendiliğinden soruşturma açması ile başlamaktadır (Statü md.13-15 ve 53). Statüye taraf olan ve özel antlaşma yapan devletler, Mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğü altındadır (Statü md.86-99). Bu nedenle Statüye taraf olunmaması her hangi bir devlet vatandaşını Mahkemenin yargı yetkisinden muaf tutmamaktadır. Ancak bu noktada önemli bir hususun altını çizmekte yarar vardır ki; bu da Mahkemenin yargı yetkisinin tamamlayıcı yargı yetkisi olduğudur. Statünün Giriş Bölümünde ve 1'inci maddesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir. Tamamlayıcı yargı yetkisine sahip olması nedeniyle şayet bir devlet o suça ilişkin olarak yargı yetkisini kullanıyor ise Mahkeme bu aşamada yargı yetkisine sahip olamayacaktır.²¹

18 www.coe.int/ccpe (erişim: 22.06.2015).

19 Fatih Çınar, "Ceza Hukuku Genel Prensipleri ve Uluslararası Ceza Divanı Statüsü", Askerî Adalet Dergisi, Sayı 124, Temmuz 2006, s.17.

20 ASLAN Muzaffer Yasin, "Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu", Askerî Adalet Dergisi, Sayı 132, Yıl:38, Temmuz 2010, s.9.

21 ÇINAR, 2006, s.26.



B. UCM Yargısal Etik Kodu

Ulusal Mahkemeler için olduğu kadar uluslararası mahkemelerin başarısı da büyük ölçüde verdikleri kararların doğruluğuna ve kendilerine duyulan güvene bağlıdır. Hakimler görevlerini etik kurallarına bağlı olarak sürdürdükleri sürece mahkemelere olan kamu güveni artacak ve verilen kararlara saygı duyulacaktır. Kamu güveninin sağlanması, tarihi çok eskilere dayanmayan uluslararası mahkemelerin politik kararlar verme şüphesinin ortadan kaldırılması için çok önemlidir. Uluslararası mahkemelere görev yapmak üzere seçilen hakimlerin, kendi ülkelerinde hakim olarak görev yapma zorunluluklarının bulunmaması, hakimlik kültüründen gelmeyen diplomat, akademik personel ve kamu görevlilerinin de hakimlik görevlerine getirilmesi ve farklı ülkelerden katılım sağlanması nedeniyle ortak bir anlayışın oluşturulması zor olmaktadır.²² Bu düşünceler doğrultusunda Uluslararası Mahkemelerin kendi yargısal etik kurallarını kabul ederek uygulamaya koydukları görülmektedir. Bu konuda ilk harekete geçen uluslararası mahkemelerden birisi de UCM'dir. UCM'den sonra Avrupa Birliği Adalet Divanı 22 Eylül 2007 tarihli ve C 223/1 sayılı kararı ile Mahkeme Davranış Kuralları'nı²³, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 23 Haziran 2008 tarihli oturumunda Yargısal Etik Kuralları'nı²⁴ kabul etmiştir.

Roma Statüsü'nün yargısal etik kurallarına yer vermediğini söylemek mümkün değildir. Statü'nün 40'ncü maddesi "Hakimlerin Bağımsızlığı" başlıklı olup, bu maddede hakimlerin bağımsızlığı, yargısal görevlerine müdahale ihtimali bulunan veya bağımsızlıklarına olan güveni etkileyebilecek hiçbir faaliyette bulunmayacakları, Mahkeme'nin bulunduğu yerde sürekli olarak mesai yapacakları ve başka bir mesleki faaliyetle iştigal edemeyecekleri düzenlenmiştir. Statü'nün 41,47 ve 49'uncü maddelerinde de hakimlerin bağımsızlığına atıf yapıldığı görülmektedir. Yine "Hakimlerin Nitelikleri, Adaylıkları ve Seçilmeleri" başlıklı 36'ncü maddesinin 3'üncü fıkrasında hakimlerin, doğruluk-dürüstlük, yüksek ahlakî karakter ve tarafsızlık niteliklerini taşıyan adaylar arasından seçilecekleri belirtilmiştir.

22 TERRIS Daniel, Cesare P.R.Romano, Leigh Swigart, *The International Judge: An Introduction To The Men And Women Who Decide The World's Cases*, **Brandeis University Press**, 2007, s.191.

23 www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:223:0001:0002:EN:PDF, (erişim: 18.06.2015).

24 www.brandesi.edu/ethics/pdfs.internationaljustice/ethics/Resolution_on_judicial_Ethics.pdf, (erişim: 18.06.2015).



UCM Hakimleri, Mahkeme Yönetmeliği'nin²⁵ 126'ncı maddesinin verdiği görev ve yetkiye dayanarak 09.03.2005 tarihli karar ile Yargısal Etik Kodu'nu²⁶ kabul etmişlerdir. Roma Statüsü'nde böyle bir etik kodu kabul edilmesine yetki veren açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, Roma Statüsü, Mahkeme Yönetmeliği ve Yargısal Etik Kodu arasında bir normlar hiyerarşisi olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme Yönetmeliği'nin aksine Yargısal Etik Kodu'nun yürürlüğe girmesi için hakimlerin belli bir çoğunluğunun onayı aranmamıştır. UCM'ye ilişkin pek çok belge, zaman içerisinde çeşitli düzeyde yapılan toplantılar ve hazırlanan tasarı ve teklifler üzerinde uzun görüşmeler sonucu oluşturulmuş olmasına rağmen, Yargısal Etik Kodu Başkanlık Makamı tarafından oluşturulan bir çalışma grubu tarafından bu şekilde bir çalışmalar bütünü olmaksızın hazırlanmıştır.²⁷

UCM Yargısal Etik Kodu'nun önsözünde; Roma Statüsü'nün 45'inci maddesinde düzenlenen ve hakimlerin görevlerine başlamadan önce görevlerini tarafsız ve hakkaniyetli bir şekilde yerine getireceklerine dair edebilecekleri yemine atıf yapıldığı, kabul edilen metnin hakimler arasında bir anlaşma olduğu ve 1985 tarihli BM Yargının Bağımsızlığına Dair BM Temel İlkeleri ile yargısal davranışa dair uluslararası ve ulusal kural ve standartların göz önüne alındığı belirtilmiştir. Önsözün sonunda ise, Mahkemenin uluslararası olma özelliği ve hakimlerin sorumluluklarını yerine getirmelerisırasında karşılaşılabilecekleri özel zorluklar vurgulanmıştır.²⁸

UCM Yargısal Etik Kodu'nda yer alan ilkeler:

"Madde 3: Yargısal Bağımsızlık

1. *Hakimler, makamlarının bağımsızlığını ve mahkemenin itibarını üstün tutacaklar ve yargısal fonksiyonlarını bu ilkeler doğrultusunda yerine getireceklerdir.*

2. *Hakimler, yargısal fonksiyonlarına müdahale ya da bağımsızlıklarına duyulan güveni etkileme ihtimali bulunan herhangi bir davranış içinde olmayacaklardır.*

25 UCM Mahkeme Yönetmeliği, Roma Statüsü'nün 52'nci maddesinin amir hükmü gereğince 26 Mayıs 2004 tarihinde UCM Hakimleri tarafından kabul edilmiştir.

26 www.icc-cpi.int/NR/rdonlyers/A62EBCOF-D534-438F-A128-D3AC4CFDD644/140141/ICCBDO20105_En.pdf. (erişim: 15.06.2015).

27 SCHABAS William A., "Judicial Ethics At The International Criminal Tribunals", International Rule Of Law And Professional Ethics, Edited by Vesselin Popovski, Ashgate Yay., 2014, s.192.

28 SCHABAS, 2014, s.194.



Madde 4: Tarafsızlık

1. Hakimler yargısal görevlerini ifa ederken tarafsız olacaklar ve tarafsızlık görüntüsü sağlayacaklardır.

2. Hakimler, herhangi bir menfaat çatışması ya da makul olarak menfaat çatışması olarak algılanabilecek herhangi bir durumdan kaçınacaklardır.

Madde 5: Dürüstlük

1. Hakimler, makamlarına uygun bir şekilde doğruluk ve dürüstlük ile davranacaklar ve bu münasebetle yargıya duyulan kamu güvenini arttıracaklardır.

2. Hakimler, yerine getirdikleri yargısal görevleri etkileme niyeti ile yapıldığı makul olarak algılanabilecek, doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir hediye, avantaj, ayrıcalık ve ödül kabul etmeyeceklerdir.

Madde 6: Gizlilik

Hakimler, yargısal görevlerine ilişkin istişare ve fikirlerinin gizliliğine riayet edeceklerdir.

Madde 7: Çalışkanlık

1. Hakimler, vazifelerini çalışkanlıkla yerine getirecekler ve mesleki aktivitelerini vazifelerine adayacaklardır.

2. Hakimler, yargısal makamları için gerekli bilgi, yetenek ve kişisel niteliklerini sürdürmek ve arttırmak için gerekli makul adımları atacaklardır.

3. Hakimler yargısal vazifelerini süratle ve intizamlı olarak yerine getireceklerdir.

4. Hakimler her türlü kararlarını gecikme olmaksızın vereceklerdir.

Madde 8: Yargılama Süresince Davranış

1. Hakimler yargılama sürecinin icrası sırasında düzeni koruyacak, genel olarak kabul gören edep çerçevesinde hareket edecek, tüm katılımcılar ve kamuoyu fertlerine karşı sabırlı ve nazik olacak ve bu kişilerin de aynı şekilde davranmalarını isteyeceklerdir.

2. Hakimler, mağdur ve tanıkların sorgu usulünün kontrolünde mevzuat çerçevesinde ihtiyatlı hareket edecekler, yargılamaalarda yer alan katılımcıların eşit bir şekilde korunmalarına ve hukuk menfaatine özel önem vereceklerdir.

3. Hakimler, ırk ve cinsiyet ayrımı içeren, ya da haysiyet kırıcı her türlü yorum ve davranıştan kaçınacaklar, yargılamaalarda yer alan katılımcıların da bu yönde yorum ve davranışlardan sakınmalarını sağlayacaklardır.



Madde 9: Açıklama ve Münasebetler

1. Hakimler, açıklama ve münasebet özgürlüklerini işgal ettikleri makam ile uyumlu, yargısal bağımsızlık ve tarafsızlıklarını etkilemeyecek ya da etkiler görünmeyecek bir şekilde kullanacaklardır.

2. Hakimler, hukuki ve adli konular ile adalet mekanizmasının yönetimine ilişkin kamuoyunda yer alan tartışmalara katılmakta özgür olmakla birlikte, devam eden davalar hakkında yorum yapmayacaklar ve Mahkeme'nin duruşunu ve doğruluğunu zayıflatabilecek görüşleri açıklamaktan kaçınacaklardır.

Madde 10: İlave Adli Faaliyet

1. Hakimler, yargısal fonksiyonları ve Mahkeme'nin etkili ve zamanında işlev görmesi ile uyumlu olmayan, bağımsızlık ve tarafsızlıklarını etkileyebilecek ya da makul olarak etkiler görünebilecek herhangi bir ilave adli faaliyet ile meşgul olmayacaklardır.

2. Hakimler herhangi bir politik görev icra etmeyeceklerdir.²⁹” olarak ifade edilmiştir.

Oldukça detaylı olan Bangalor Yargı Etiği ilkeleri'nin aksine, UCM Yargısal Etik Kodu'nda, yargı etiğine ilişkin ana ilkelere detaylandırılmadan yer verildiği görülmektedir³⁰. Bu durumu Bangalor İlkeleri'nin ulusal hukuklara yönelik olarak hazırlanması ve kabul edilmesi ile açıklamak mümkündür.

UCM Yargısal Etik Kodu, sadece bir temenniler bütünü olmayıp Mahkeme'nin uyguladığı ceza usul hukukunun da bir parçasıdır. Yargılamalar sırasında savunma makamlarının UCM Yargısal Etik Kodu'nu gerekçe göstererek reddi hakim talebinde buldukları görülmektedir.³¹ Bununla birlikte UCM sisteminde Yargısal Etik Kodu'nda yer alan ilkelerin disiplin hukukunun bir parçası olduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme Yönetmeliği'nin “Görevden Alınma ve Disiplin Tedbirleri” başlıklı 8'inci bölümünde hakimler hakkında disiplin hukuku tedbirlerinin hangi davranışların ihlal edilmesi halinde uygulanabileceği belirtilmiş, Yargısal Etik Kodu'nda yer alan ilkeler bunlar arasında sayılmamıştır.

29 Eser sahibi tarafından yapılan gayri resmi tercümedir.

30 TERRIS, Romano, Swigart; 2007, s.195.

31 Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne ilişkin yargılamalarda sanık olan ve mahkumiyetine karar verilen Thomas Lubanga, Mahkeme Başkanı Sang-Hyun Song'un kendisi hakkında verilen mahkumiyeti destekler mahiyette kamuoyu açıklamaları yapması ve kendisinin yargılanmasını destekleyen UNICEF'in Güney Kore Başkanı olması hususlarını Yargısal Etik Kodu'nun 3'üncü maddesi 2'nci fıkrası ve 4'üncü maddesi 2'nci fıkrasına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüş ve reddi hakim talebinde bulunmuştur. Söz konusu reddi hakim talebi kabul edilmemiştir. www.ijmonitor.org/2013/06/judges-reject-lubangas-appeal-for-judge-songs-disqualification/ (erişim:24.06.2015).



UCM tarafından kabul edilen Yargısal Etik Kodu, sadece UCM hakimlerini kapsamakta olup, UCM Savcılık Ofisi'ni kapsamamaktadır. Geçici statülü olarak kurulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Divanı, Sierra Leone Uluslararası Özel Ceza Divanı ve Rwanda Uluslararası Ceza Divanı'nın savcılık ofisleri için kabul edilmiş etik kuralları bulunmasına rağmen, daimi olarak kurulmuş UCM'nin Savcılık Ofisi'nin Yargısal Etik Kodu kapsamına dahil edilmemesi eleştirilmektedir.³² Bu eleştiriler UCM tarafından dikkate alınmış ve UCM Savcılık Ofisi İçin Davranış Kuralları 05 Eylül 2013 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.³³

SONUÇ

Yargısal etik kuralları hem ulusal ceza hukukları hem de uluslararası ceza hukuku açısından büyük öneme sahiptir.

UCM Yargısal Etik Kodu, BM tarafından başlatılan yargısal etik kuralları oluşturma ve uygulamaya koyma inisiyatifinin uluslararası mahkemeler örneğinde bir yansımasıdır.

UCM tarafından kabul edilen Yargısal Etik Kodu'nun, farklı kültürlerden ve farklı görevlerden gelen hakimler arasında ortak bir anlayış oluşturulması açısından oldukça kıymetli olduğu düşünülmektedir. Yargısal Etik Kodu'nun bizzat UCM hakimleri tarafından kabul edilmiş olması, içerisindeki ilkelerin disiplin hukukunun bir parçası olmaktan ziyade yol gösterici olması ayrıca önemlidir.

Evrensel olarak kabul edilen yargısal etik kurallarının kodifikasyonuna ilişkin BM ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası organizasyonlar tarafından yapılan çalışmalar esas alınarak ülkemizde hakimler ve savcılar için UCM Yargısal Etik Kodu örneği gibi bir etik kodun hazırlanmasının ve yürürlüğe konulmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

32 MARKOVIC Milan, "The ICC Prosecutor's Missing Code Of Conduct", **Texas International Law Journal**, Sayı 47, Yıl 2011, s.201-210.

33 www.iccpi.int/iccdocs/PIDS/docs/Code%20of%20Conduct%20for%20the%20office%20of%20the%20Prosecuter.pdf (erişim: 18.06.2015).



KAYNAKLAR

AKIN İbrahim; Akın, Tansu; **Yargı Etiği**, Ankara Barosu, İkinci Baskı, Ankara 2014

ASLAN Muzaffer Yasin; “Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu”, **Askerî Adalet Dergisi**, Sayı 132, Temmuz 2010, s.5-21

ÇETİNER Selma; **Yargı Etiği**, Seçkin Yayıncılık, 2013

ÇINAR Fatih; “Ceza Hukuku Genel Prensipleri Ve Uluslararası Ceza Divanı Statüsü”, **Askerî Adalet Dergisi**, Sayı 124, Temmuz 2006, s.15-30

İNCEOĞLU Sibel; **Devlet’te Etik’ten Etik Devlete: Yargıda Etik**, TÜSİAD Yayınları, 2012

MARKOVIC Milan; “The ICC Prosecutor’s Missing Code Of Conduct”, **Texas International Law Journal**, Sayı 47, Yıl 2011, s.202-235

ÖZAR Süleyman; “Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Adalet Bakanı’nın HSYK ve Cumhuriyet Savcısı ile Arasındaki İlişkinin Hukuki Esas ve Kapsamı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:5, Sayı 17, Nisan 2014, s.445-472

SCHABAS William A.; “Judicial Ethics At The International Criminal Tribunals”, **International Rule Of Law And Professional Ethics**, Edited by Vesselin Popovski, Ashgate Yay., 2014, s.189-207

TERRIS Daniel; Romano, Cesare P.R.; Swigart,Leihg; *The International Judge:An Introduction To The Men And Women Who Decide The World’s Cases*, **Brandeis University Press**, 2007

Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler, **Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü**, Eylül 2004

www.icc-cpi.int

www.un.org

www.coe.int/en/web/portal

www.brandesi.edu

www.anayasa.gov.tr

www.unodc.org

www.ijmonitor.org

www.eur-lex.europa.eu

www.unrol.org

www.sozluk.gov.tr



HASTA HAKKI OLARAK ÖZEL HAYATIN KORUNMASI BAĞLAMINDA BEDEN MAHREMİYETİ

*(Privacy of Body in the Context of Protection
of Private Life as a Patient's Right)*

Av. Dr. Yakup KORKMAZ¹

ÖZ

Özel hayat, bir insan hakkı olarak temel hak ve özgürlükler arasında yer alır. İlk çağdan günümüze tarihin her döneminde, özel hayat korunmuştur. Özel hayat kapsamında korunan hukuki çıkarlardan bir kısmı, kişi ile ilgili bilgi ve belge gizliliği, kişisel verilerin korunması ile bireyin beden mahremiyeti hakkıdır. Çalışmada öncelikle özel hayat kavramı, özel hayatın korunması ile ilgili uluslararası ve ulusal düzenlemeler ele alınmış, hastanın beden mahremiyeti ile ilgili düzenlemeler incelenmiştir. Bununla birlikte, uygulamada konuyla ilgili en sık ortaya çıkan aksaklıklara dikkat çekilmiştir. Daha sonra, mahremiyet ihlalinin hasta üzerindeki etkileri belirtilmiş ve ihlalleri azaltma önerileri ele alınmıştır. Son olarak, mahremiyet ihlalinin doğan tazminat sorumluluğu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Özel Hayatın Korunması, Tıbbi Müdahale, Beden Mahremiyeti, Mahremiyet İhlalleri.

ABSTRACT

Private life is one of the fundamental rights and freedoms as a human right. From the first age to the present, private life has been preserved in all periods of history. Some of the legal interests protected within the scope of private life are the confidentiality of the information and documents related to the person, the protection of personal data and the right to privacy of the individual's body. In this study, firstly, the concept of private life, international and national regulations related to the protection of private life were discussed, and privacy of body regulations were examined. At the same time, in practice, the most frequent problems related to the issue were pointed out. Then, the effects of the violation of privacy on the patient were mentioned and recommendations to reduce the breach were addressed. Finally, the liability for compensation for breach of privacy was examined.

Keywords: Private Life, Protection of Private Life, Medical Intervention, Privacy of Body, Privacy Violations.

1 Gaziantep Barosu'na Kayıtlı Avukat, dr.yakupkorkmaz@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1539-5618.



I. ÖZEL HAYAT VE KORUNMASI

Özel hayat, insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu temel hak ve özgürlükler arasında yer alır². İlk çağdan günümüze tarihin her döneminde, özel hayat önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihi araştırmalar, çeşitli dinlerde yer alan kurallar ve değişik hukuk düzenlemeleri, özel hayatın her zaman geçerli olduğunu göstermektedir³.

Özel hayat kavramı dinamik ve değişken olması sebebiyle çok geniş bir kapsama sahiptir ve sınırlarının belirlenmesi de zordur⁴. Bu nedenle doktrin ve yargı kararlarında kapsayıcı bir tanım yapılmaktan kaçınılmaktadır⁵.

Özel hayat, aynı zamanda özel hayatın korunmasını da kapsayan hukuki bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değerlerden birisi kişinin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olmasıdır. Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki çıkarılardan bir diğeri bireyin mahremiyet hakkıdır. Mahremiyet hakkı “yalnız bırakılma hakkını”⁶ kapsadığı gibi, aynı zamanda bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuki çıkarını da kapsar. Zira bireyin özel hayatının başkaları tarafından teknik araçlarla veya çıplak gözle izlenmemesi, kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, rızası olmaksızın kaydedilmemesi, açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere

2 Özel hayat her ne kadar insanlık kadar eski bir kavram olsa da bu kavramın bir hak olarak ortaya çıkması özellikle 1890 tarihinde Warren ile Brandeis’in “Mahremiyet Hakkı” isimli makalesinden sonra olmuştur. Bkz. WARREN, Samuel D./BRANDEIS, Louis D.: The Right to Privacy, Harvard Law Review, 1890, Vol. 4, No. 5, s. 193-220 (<http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>, E.T.09.08.2018).

3 KILINÇ, Doğan: Anayasa Mahkemesinin Özel Hayatın Korunmasına İlişkin 2013/1614 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirmeler, International Journal of Legal Progress, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 184.

4 PARENT, W. A.: A new definition of privacy for the law, Law and Philosophy, 1983, Vol. 2, Issue 3, s. 305; LUKÁCS, Andrienn: What is Privacy? The History and Definition of Privacy, Keresztes, Gábor (Ed.): *Tavaszi Szél 2016 Tanulmánykötet I*, Budapest, 15-17 April. 2016 Budapest, (<http://publicatio.bibl.u-szeged.hu/10794/7/3188699.pdf>, E.T. 09.08.2018) s. 258; SERT, Gürkan: Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 8. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yola çıkarak özel hayatın kapsamına, kişinin kimliği, onur ve şerefi, kişisel verileri fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, cinsel hayatı, ilgilerinin girdiği söylenilebilir. Bkz. LUKÁCS, s. 260; DUTERTRE, Gilles: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2003, s. 284, 288; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. XVII, S. 3, s. 237 vd.; SERT, s. 12; ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s. 37; GÜNTÜRK, M. Serdar: Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Ankara 2012, s. 45.

5 DUTERTRE, s. 201; GÜNTÜRK, s. 47.

6 Warren/Brandeis, mahremiyet hakkını yalnız bırakılma hakkı olarak ifade etmişlerdir. Bkz. WARREN/BRANDEIS, s. 195.



başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati vardır⁷.

Kişinin insan olması sebebiyle sahip olduğu bir hak olan özel hayata saygı, dolayısıyla mahremiyet hakkı hem uluslararası⁸ hem de ulusal⁹ düzenlemeler ile teminat altına alınmıştır.

Hukuki düzenlemelerde özel hayatı korumak adına daha önceleri beden mahremiyeti ve sır kavramı kullanılmışken, özellikle 1980'li yıllardan itibaren yeni bir kavram olarak "kişisel veri" kavramı kullanılmaya başlanılmıştır¹⁰. Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir

7 ZAFER, s. 36; Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), T. 18.05.2011, E. 2009/1, K. 2011/82 sayılı kararı ile T. 31.03.1987, E. 1986/24, K. 1987/7 sayılı kararları.

8 Özel hayatı koruyan uluslararası düzenlemelerden birisi olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (m.12) "Hiç kimsenin mahremiyetine (özel hayatına), ailesine, konutuna veya yazışmasına keyfi olarak karışılmaz, şeref ve itibarına (şöhretine) saldırılmaz. Herkesin bu gibi müdahale ve saldırılara karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır." düzenlemesine yer verilmiştir. Konu ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde de "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." açıklaması yapılmıştır. Yine Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17'nci maddesinde de "Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine veya haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlere bulunamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere veya tecavüzlere karşı kanunlarca korunma hakkı vardır." düzenlemesi yer almaktadır.

9 Özel hayatı koruyan ulusal düzenlemelerden birisi Anayasadır. Anayasanın 20/1'nci maddesinde, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." düzenlemesine yer verilmiştir. Bununla birlikte Türk Ceza Kanununda da özel hayatı koruyan hüküm mevcuttur. Söz konusu düzenleme, "Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır." hükmünü içermektedir (m.134).

10 Kişisel veriler özel hayatın gizliliği kavramının içinden çıkmış olsa da "özel hayatın gizliliği" kavramındaki "gizlilik" sözcüğü, kişisel verilerin korunmasıyla tam olarak örtüşmemektedir. Zira doktrinde de belirtildiği üzere, koruma altına alınan kişisel verilerin mutlaka gizli olması gerekmez. Kişinin özel hayatına dahil olan kişiler tarafından bilinen ancak gizli olmayan bir bilginin, üçüncü kişilerle paylaşılması halinde bu bilgi de kişisel verilerin korunmasından faydalanır, ancak bu gizliliğin korunması değildir. Benzer şekilde kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda da korunan hukuki değer "sır" olmayıp, verinin ilgilisi olan kişinin kişilik haklarıdır. Bkz. LISSEL, P. M.: Die Schweigepflicht bei der Behandlung von Patienten, Notfall+Rechtsgesundheitswesen, Ausgabe 2, 2006, s. 211; DÜLGER, Murat Volkan: Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014, C. 1, S. 2, s. 45. Konu ile ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda da, "TCK'nun 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel verilerdir. Bu düzenlemeler ile tüm kişisel veriler koruma altına alındığından kişisel verilerin mutlaka gizli olması zorunlu değildir. Gizli olmayan ve herkes tarafından bilinen kişisel veriler de hukuka aykırı



gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder (Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m. 4/1; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 3/1-d). Kişisel verilerin korunmasının altında da mahremiyet anlayışı bulunmaktadır. Bu sebeple özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelerin aynı zamanda kişisel veriler üzerinde de etki doğurduğu görülür¹¹. Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili de yine uluslararası¹² ve ulusal¹³ düzenlemeler söz konusudur.

- eylemlere karşı korunmalıdır. Zira kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda korunan hukuki değer "sır" olmayıp, verinin ilgisi olan kişinin kişilik haklarıdır" açıklamasına yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay CGK, T. 17.06.2014, E. 2012/1510, K. 2014/331 (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=45321>, Erişim Tarihi: 07.04.2019). Sonuç olarak özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkında, kural olarak kişinin özel alanı ile giz alanında kalan kısımlar istifade edebilecekken, istisna olarak özel hayatın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilmektedir. Zira meşru beklenti kavramı ve kişisel verilerin kapsamı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır. Tedavi olmak için muayene olmak üzere bir sağlık kuruluşuna veya bağımsız çalışan bir hekime başvurulması hali bunun en güzel örneklerinden birisidir.
- 11 DÜLGER, s. 46 vd. AİHM kişisel verilerin korunmasını, AİHS'nin 8'inci maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, Handan: Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara 2008, s. 782; AKGÜL, Aydın: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 92, s. 74. AİHM L.L./Fransa Davası (No: 7508/02, T. 10.10.2006)'nda da aynı hususlara dikkat çekilmiştir. Kararlar için bkz. [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/bilgi/Protection%20of%20personal%20data%20\(ki%C5%9Fisel%20verilerin%20korunmas%C4%B1\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/bilgi/Protection%20of%20personal%20data%20(ki%C5%9Fisel%20verilerin%20korunmas%C4%B1).pdf) (Erişim Tarihi: 08.05.2019).
 - 12 Kişisel verilere ilişkin ilk metinlerden birisi Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD)'nin 1980 yılında yayınladığı "Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırtesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler"dir. Söz konusu ilkelerin 10'uncu maddesinde kişisel verilerin kural olarak açıklanamayacağı düzenlenmiştir. Diğer bir düzenleme de, Avrupa Konseyi'nin hazırlanmış olduğu, 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak onaylanıp, ulusal hukuka dahil edil edilen 108 No'lu "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması sözleşmesi (108 No'lu Sözleşme)"dir. Bu sözleşmede, kişisel verilerin korunmasına ilişkin en geç sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihte gerekli önlemlerin alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir (m. 4). Yine ulusal hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, sağlıkla ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır (m. 6). Başka bir düzenleme ise, Avrupa Birliğinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli metinlerden birisi olan ve 24.10.1995 tarihinde yürürlüğe giren, "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Türdeki Verilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin Yönerge"dir (95/46/EC). Ancak, 25.05.2018 tarihinden itibaren bu Yönergeyi ilga ederek yerini alan "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)" de bu konudaki uygulanan önemli bir metindir (GDPR m. 94). Bu Tüzükte, sağlıkla ilgili verilerin açıklanmasının kural olarak yasak olduğu hüküm altına alınmıştır (m. 9/1).
 - 13 Türk hukuku bakımından en üst norm olan Anayasa'da konuyla ilgili açıklayıcı bir hüküm olarak 20/3'ncü madde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "...Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla



II. HASTANIN ÖZEL HAYATINA SAYGI HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Hastanın özel hayatına saygı kapsamında beden mahremiyetine saygı gösterilmesi ve hastanın bilgilerinin, sırlarının saklanması, verilerinin korunması, eskiden beri kabul edilmiş bir esastır. Bu konu ile ilgili uluslararası alanda birçok düzenleme mevcuttur. Örneğin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi'nin 4'üncü maddesinde hastanın, hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Yine 1995 tarihli Bali Bildirgesinin 8(a) maddesinde de hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgilerin ölümden sonra bile gizli olarak korunması gerektiği düzenlenmiştir.

Diğer bir önemli düzenleme olan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin¹⁴ 10'uncu maddesinde de herkesin, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Yine Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi) Temel Doküman (2002)'in "*hastalara ait on dört hak*" başlıklı ikinci bölümünde sayılan "*özel ve gizlilik hakkı*" başlıklı altıncı hak olarak "*Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle muhafaza edilmelidir. Tıbbi/cerrahi müdahale sırasında bile kişisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır.*" düzenlemesine yer verilmiştir.

işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." Yine kişisel verilerin korunması ile ilgili 2016 yılında özel bir kanun yürürlüğe girmiştir; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu. Yine Türk Ceza Kanununda da kişisel verilerin korunması ile ilgili maddeler mevcuttur. Bu düzenlemelerde, hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi (m. 135) ve bu verilerin bir başkasına verilmesi ve yayılması (m.136) da suç olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında benzer açıklamalara yer vermiştir. Bkz. AYM, Şengül Kayan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1614, Karar Tarihi: 03.04.2014 "Anayasa'nın 20. maddesinde, herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ve özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen özel hayatın gizliliği hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan hakka karşılık gelmektedir. Bireyin mahremiyet alanının ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışlarının da kişinin özel yaşamı kapsamında olduğu açıktır. Mahremiyet hakkı ve bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunması Anayasa Mahkemesi tarafından da, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir (AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, K.T. 18/5/2011; E. 1986/24, K. 1987/7, K.T. 31/3/1987)."

14 Bu sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiş, 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.



En yeni düzenlemelerden olan, “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Türdeki Verilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin Yönerge (95/46/EC)*”yi ilga eden ve 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde de sağlıkla ilgili verilerin açıklanmasının (işlenmesinin) kural olarak yasak olduğu hüküm altına alınmıştır (m. 9/1).

Konu ile ilgili ulusal mevzuatta da düzenlemeler mevcuttur. Bunlardan Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)’nde¹⁵ uluslararası düzenlemelere benzer şekilde, kanun ile müsaade edilen haller ve tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır (m. 5/f).

Sağlık hizmetlerinde özel hayata saygı hakkı, insan hakları açısından önem taşımakla birlikte, taraflar arasında karşılıklı güvenin sağlanması açısından da çok önemli bir işleve sahiptir. Bu sayede hasta kendini güvende hissedebilir ve daha iyi bir sağlık hizmeti için gerekli olan doğru bilgileri hekime veya diğer sağlık çalışanına verebilir¹⁶. Zira kişiler, sağlık hizmetlerinden yararlandıkları süreçte (hastanın başvurusu, tetkikleri, yatışı, taburcu edilmesi, takibi, hastaya uygulanan klinik girişimler, konsültasyon sırasında vb.) sağlık hizmeti veren kişi veya birimlere özel hayatları ile ilgili pek çok bilgi vermektedir. Bu bağlamda hastalar, duydukları güven duygusu ile başkalarıyla paylaşmayacakları pek çok sırlarını hekimler ile paylaşırlar. Hatta en mahrem vücut bölgelerini hekimin etik kimliğine ve meslek ilkelerine bağlılığına güvenerek açarlar. Bu sebeple hekimler hasta ile olan ilişkilerinde mevzuata ve etik ilkelere uygun davranmak, hastaların dini inanç ve düşüncelerine saygı göstermek, bireysel ve toplumsal hassasiyetlere dikkat etmekle yükümlüdürler¹⁷.

15 Hasta Hakları Yönetmeliği, 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

16 SCHLUND, Gerhard H.: Entwicklung und allgemeine Grundsätze der Schweigepflicht, in: (Hrsg. Adolf Laufs, Bernd-Rüdiger Kern) Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 65, Rn. 11.

17 YILDIZ, Pervin: Hastanın Mahremiyet Hakkı, <http://www.savunmahareketi.org/pervin-yildiz-hastanın-mahremiyet-hakki/> (E.T.: 24.08.2018); ALAN, Sultan/ERBAY, Hasan: Tıp Etiği Açısından Ambulans Hizmetlerinde Hasta Mahremiyeti, Akademik Acil Tıp Dergisi, Y. 2011, S. 10, s. 34. Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi “Hasta Kimliğinin Tanımlanması ve Doğrulanması Prosedürü” başlıklı 03.08.2017 yayın tarihli yazının 5.1.2 numaralı maddesinde “Hastanın, sosyokültürel özellikleri nedeniyle gündeme getirdiği mahremiyete ilişkin farklı algı ve beklentileri dikkate alınır. Batı ve doğu toplumlarının, çeşitli dinsel grupların, modern ve geleneksel toplumların mahremiyete ilişkin değerleri, inançları ve beklentileri arasında farklılıklar bulunabilir. Kendisiyle ilgilenen sağlık çalışanına yönelik tercihi söz konusu kültürel özellikler doğrultusunda belirleme, adını açıklamama ya da saklama, yalnız kalma ve tedbirli olma hakları vardır. Ayrıca toplumda göz önünde bulunan bir hastanın, kişisel ve tıbbi bilgilerinin gizliliği konusunda, özellikle hassasiyet gösterilmesi yönünde talebi değerlendirilip gerekli önlemler alınır.” ifadesine yer verilmiştir.



Kişinin özel hayatına saygı hakkı gereği kişiye ait bu bilgilerin gizliliğinin korunması gerekir¹⁸. Gizliliğe saygı ve kişisel verilerin korunması, hastanın kendi tıbbi durumu veya tedavisi ile ilgili bilgiyi kontrol etme, başka bir anlatımla hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını¹⁹ yani hastanın özerkliğini²⁰ ifade eder²¹.

III. BEDEN MAHREMİYETİ

Özel hayatın korunması ile ilgili düzenlemelerde bu kavramı ifade etmek için hem “*özel hayat*” hem de “*mahremiyet*” kavramının kullanıldığı görülmektedir²². Bu açıdan “*hastanın mahremiyeti*” ifadesi, hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi işlem ve değerlendirmelerin makul bir gizlilik içerisinde yürütülmesini ifade eder. Bu gizlilik, hasta muayenesinde beden mahremiyetini, teşhis ve tedavi süreçleri ile hastaya ait bilgi ve belgelerin korunmasını kapsar²³. Buna karşılık çalışmada “*hasta mahremiyeti*” kavramı, bilgi ve belge gizliliği kapsamı dışı bırakılarak, beden gizliliği anlamında kullanılmaktadır.

Hastaların mahremiyetine saygı gösterilmesi, sağlık hizmet sunumunun en temel esaslarından birisidir. Hasta mahremiyeti ile ilgili en kapsamlı düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21'inci maddesinde bulunmaktadır. “*Mahremiyete saygı gösterilmesi*” başlıklı bu maddenin ilk

-
- 18 FRIEDLAND, Bernard: Physician-Patient Confidentiality: Time to re-Examine a Venerable Concept in Light of Contemporary Society and Advances in Medicine, The Journal of Legal Medicine, 1994, Vol. 15, Issue 2, s. 256; MORSE, Jerome R./CASEMORE, Anna L.: Doctor-Patient Confidentiality: To Disclose or Not to Disclose, Advocates Quarterly, 2000, Vol. 22, s. 312; SERT, s. 3-4.
- 19 Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hastaların kendi gelecekleri ile ilgili alacakları kararlara saygı duyulması ve hekimlerce bu karar ve isteklerin yaşama geçirilmesinin sağlanması demektir. Hasta kendisiyle ilgili kararları özgürce verebilmeli ve hastanın kararları geçerli olmalı, dolayısıyla hasta kendi hayatını belirleme hakkına sahip olmalıdır. Bkz. TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s. 100.
- 20 Hastanın özerkliği, karar verme yeteneğine sahip hastaların tedavilerinin gidişatını kontrol etme yetkilerinin bulunması ve hastaların karar verme sürecine aktif olarak katılmalarıdır. Hasta özerkliği ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı içerik bakımından aynı anlayışa hizmet etmektedir. Bunlar arasındaki tek fark, hasta özerkliğinin bir ilke olması, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ise, bu ilkenin belli bir hakka özgülenmiş olarak kural şeklini almış olmasıdır. Bu sebeple, hasta özerkliğinin hukuk alanındaki yansımaları, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile gerçekleşmektedir (TACİR, s. 110).
- 21 BERAN, Roy G.: The Doctor/Patient Relationship, Confidentiality and Public Responsibility, Medicine and Law, 2002, Vol. 21, Issue 3, s. 617; Zafer, s. 36; TACİR, s. 312 vd.
- 22 Özel hayata ilişkin ulusal ve uluslararası belge ve sözleşmelerde söz konusu hakkı ifade etmek için bazen “*özel hayat (private life)*” bazen ise “*mahremiyet (privacy)*” kavramı kullanılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m. 8) ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda (m.20) özel hayat kavramı kullanılmışken, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede (m. 17) ise mahremiyet kavramları kullanılmıştır. Bkz. SALİHPAŞAOĞLU, s. 233.
- 23 BOSTAN, Sedat: Hasta Mahremiyeti Sorun mu? <http://www.ussam.co/tr/ussam/hasta-mahremiyeti-sorun-mu/> (E.T.: 22.08.2018); SERT: s. 3.



fıkrasında, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu, her türlü tıbbi müdahalenin, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilebileceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin²⁴ 7'nci maddesinde, *“Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir.”* düzenlemesine yer verilmiştir.

Yine Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul Ve Esasları Hakkında Tebliğde²⁵de, acil servislerde yapılan her türlü tıbbi işlem sırasında hasta mahremiyetine, tıbbi etik kurallarına ve hasta hakları ilkelerine riayet edilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır (m. 9/III).

Yukarıdaki hukuki düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, hastanın mahremiyet hakkı, insan olmanın doğal bir sonucudur. Bu hak, insan hayatının her alanında geçerliliğini koruyan ve hukukun korunmasında olması gereken bir haktır²⁶.

Her türlü tıbbi müdahale sırasında hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi zorunlu olmasına karşılık, bu genel kurala etkin şekilde uyulmadığı Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilmiş ve bu hususta Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından, 15.07.2016 tarihinde *“hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi”* konulu 2016/10 sayılı Genelge yayınlanmıştır. Bu genelgeye göre, *“sahada yapılan incelemelerde, muayene, tetkik ve tedaviler ile özellikle cerrahi işlemler sırasında ve yoğun bakım ünitelerinde hasta mahremiyetine yeterince riayet edilmediği görülmüş ve bu konuda gerekli hassasiyetin gösterilmesi gerektiği değerlendirilmiştir.”*²⁷

24 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

25 Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul Ve Esasları Hakkında Tebliğ 16.10.2009 tarih ve 27378 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

26 MCGOWAN, Claire: Patients' Confidentiality, Critical Care Nurse, 2012, Vol. 32, No. 5, s. 63; ARSLAN, Elif Türkan/DEMİR, Hüseyin: Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyetine İlişkin Tutumu, AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y. 2017, C. 17, S. 4, s. 198.

27 Genelgenin devamında; hasta mahremiyetini teminen mer'î mevzuata titizlikle riayet edilmesi gerektiği hatırlatılmış ve “özellikle” denilerek şu hususlara riayet edilmesi gerektiği bildirilmiştir. 1) Yoğun bakım üniteleri ile girişimsel işlemler ve görüntüleme gibi hastanın bedeni üzerinde yapılan tüm uygulamalarda hasta mahremiyetini sağlayacak tedbirlerin alınması, hastayı hazırlama işlemleri sırasında mahremiyet esaslarına azami ölçüde dikkat edilmesi (mahremiyet sağlayacak şekilde beden mahrem yerlerini örten önlük ve bone kullanılması gibi), 2) Poliklinik, acil servis, gözlem ve hasta odaları ile kan alma gibi birden çok hastanın bir arada bulunduğu mahallerin, hasta mahremiyetini koruyacak şekilde düzenlenmesi (perde, paravanla ayırma gibi), 3) Klinik görüşmeler, muayene, işlem/edavi, görüntüleme ve hasta transferi işlemlerinde, Hasta Hakları Yönetmeliğinde öngörülen



IV. HASTA MAHREMİYETİ İHLALLERİ

Hasta mahremiyeti ihlallerinin tespit edilebilmesi öncelikle hasta mahremiyetinin sınırlarının belirlenmesi şartına bağlıdır. Bununla birlikte hasta mahremiyetinin sınırlarının neler olduğu sorusuna kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Konuyla ilgili mevzuatta da mahremiyetin kapsamı kesin şekilde saptanmamıştır. Aslında bu tercihin oldukça isabetli olduğu söylenebilir. Zira mahremiyet kültürden kültüre hatta aynı toplum içerisinde zamandan zamana farklılık gösterdiği gibi, birçok insan için aynı anlama da gelmemektedir²⁸. Bu sebeple sağlık çalışanları, sağlık hizmeti sunarken, kendi değer yargıları ile hareket etmek yerine, mevzuatın ve şartların mümkün olduğu ölçüde hastanın beklentisini karşılamakta gayret etmelidirler.

Sınırları tam olarak tespit edilemediğinden, mevzuatta hasta mahremiyeti ve ihlalleriyle ilgili düzenlemelerde sınırlı sayı ilkesi uygulanmamış, bunun yerine örnek niteliğinde açıklamalarla yetinilmiştir. Mevzuattan ve uygulamadan yola çıkarak tespit edilebilen ihlal halleri aşağıda değerlendirilmiştir.

Beden mahremiyeti, hasta için her zaman uygulanması gereken bir durumdur. Bu mahremiyet ihlalleri ilk aşama olan hastanın sağlık kurumuna/kuruluşuna taşınma aşamasında veya acil servislerde ortaya çıkabilmektedir. Acil sağlık sorunları herkes için ve beklenmedik zamanlarda meydana gelebilir. Örneğin banyoda düşme veya şofben zehirlenmesi veya denizde boğulma ya da başkalarının görmesini istemediği bir vaziyette, başka bir ifadeyle hastanın kıyafet olarak uygun olmadığı durumlarda beden mahremiyeti önem kazanmaktadır. Hatta bazen bu durum acil tıbbi müdahalenin önüne geçebilmektedir. Söz konusu hallerde acil olan hastaya müdahale eden sağlık çalışanlarının mümkün olduğu ölçüde mahremiyete de özen göstermesi etik duyarlılık açısından önemlidir²⁹.

İlkelere uygun davranılması, 4) Hasta ve tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin (sağlık çalışanı dahil), tıbbi müdahale sırasında mahalde bulunmaması ve hastanın sağlığı ile ilgili bilgilerin gizliliğinin sağlanması, 5) Ölüm olayı sonrasında da mahremiyet hakkına riayete devam edilmesi.

28 "Beden mahremiyetinin sınırları kişiden kişiye değişebilir. Çünkü inanç, gelenek ve görenekler gibi unsurlar mahremiyetin sınırlarını hatta tanımını bile değiştirebilir. Ama mahremiyet hakkı herkes için var. Çünkü herkesin bazı insanların görmesini veya dokunmasını istemediği sınırları olabilir. Hastanın mahremiyet hakkı çerçevesinde bedensel mahremiyeti hastanın tedavi süreci için çok hassastır. Çünkü kişinin bu sınırlarına ya da inanç ve toplumsal değerlerine dikkat edilmeden yapılacak bir tedavi sürecinin hastada oluşturacağı ruhi ve sosyal travmanın sonuçları göz ardı edilemez." ÇETİN, M. Esad: Hastayı İkilimde Bırakmayın, <http://www.star.com.tr/pazar/hastayi-ikilemede-birakmayin-haber-1318719/> (E.T.:23.08.2018).

29 Geniş bilgi için bkz. ALAN/ERBAY, s. 35. 06.10.2011 tarihinde eşi tarafından banyoda sırtından bıçaklanan bir kadın taşınırken basın yayın organları tarafından fotoğrafı



Hasta mahremiyeti ihlalleri sağlık kurum/kuruluşlarında genellikle henüz muayene için hekimin bulunduğu polikliniğe girme ile başlar. Hastaların muayene için sıraya girip ayakta beklemesi yerine getirilen sistemde, başvuru yapan hastalara bir sıra numarası verilmekte ve kapıdaki ekranda sıra numaraları ile ad ve soyadları yazmaktadır. Bu uygulama kuyrukta beklemeye göre daha modern bir sistem olmakla birlikte yine de mahremiyet bakımından bir ihlal hali oluşturabilir. Poliklinik önündeki ekranda isim yazılması, belki göz ya da kulak burun boğaz ünitelerinde sorun olarak görünmeyebilirken, psikiyatri veya üroloji yahut kadın doğum polikliniklerinde mahremiyet ihlali olarak algılanabilir. Bu hususla ilgili olarak çok yeni tarihli (24.08.2018) bir haberde, Sağlık Bakanlığı'nın mahremiyet ihlalinin önüne geçmek amacıyla, poliklinik ekranlarında istemeyen hastaların isimlerinin gizlenmesi ve hastaların sıra numarası, hasta numarası veya kimlik numarası ile muayene alanlarına çağırılması uygulamasına (pilot olarak psikiyatri ve kadın doğum polikliniklerinde) başlanılacağı planlandığı belirtilmektedir³⁰.

Hastamahremiyetiyle ilgili önemli bir başka ihlal de muayene odalarında ortaya çıkabilmektedir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu isteme hakkı bağlamında, tedavi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin tıbbi müdahale sırasında muayene alanında bulunmaması gerektiği HHY'nin 21/d maddesinde özel olarak düzenlenmiştir³¹. Bu düzenlemeye rağmen, muayene odasına girildiğinde orada bulunan ve hasta kayıtlarının yapılması, elektronik reçete kodunun verilmesi, sıra ile hastaların içeri alınması gibi konularda hekime yardımcı olan tıbbi sekreterin varlığı da bir mahremiyet ihlali olarak görülebilirse de çoğu kere zorunlu bir ihtiyacı da karşılayabilmektedir. Tıbbi sekreterin sürekli hekimle birlikte muayene odasında bulunmasından kaynaklı mahremiyet endişeleri birbirine açılan iki odalı muayene odaları uygulaması ile karşılanabilir. Zira hasta hekim ilişkisinin pek çok ihtimalinde her iki taraf da tıbbi sekreterin tanıklığına ihtiyaç duyabilmektedirler. Bu sebeple Ülkemizde hasta yoğunluğu sebebiyle hekime yardımcı olması için görevlendirilen ve muayene odasında bulunması gereken tıbbi sekreterlerle ilgili Sağlık Bakanlığının uygun bir çözüm üretmesi gerekmektedir³².

çekilmiş ve 07.10.2011 tarihinde vücudu belli olacak şekilde yayınlanmıştır. Bu durum doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. SERDAR TEKEL, Esra: Kadın cinayetlerinin haberleştirilmesi bağlamında medya etiğini yeniden tartışmak: Habertürk gazetesi örneği, Abant Kültür Araştırmalar Dergisi, Y.2016, C. 1, S. 1, s. 129-142.

30 Bkz. <https://www.aksam.com.tr/guncel/hastanelerde-hasta-mahremiyeti-donemi/haber-766927> (E.T.:24.08. 2018).

31 Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi) Temel Doküman'da da benzer bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre, tıbbi/cerrahi müdahale sırasında kişisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır (m. 6).

32 31.03.2017 tarihli www.kent32.com sitesindeki habere göre; "Kamu Hastaneleri Birliği



Hasta muayene alanlarında, kural olarak, hekim ve hastadan başka üçüncü kişilerin bulunmaması esastır. Sağlık çalışanları da kural olarak bu sınırlamaya tabidir. Zira sağlık çalışanı olmak da kişiye her türlü tıbbi müdahale sırasında orada bulunma hakkını vermez. Ancak bu mutlak bir kural değildir³³. İhtiyaç olduğunda hemşireler başta olmak üzere diğer sağlık çalışanlarının hekime yardımcı olması bir zorunluluk olarak görülebilir³⁴. Özellikle yoğun bakım ünitesinde ve acil müdahale esnasında hemşirelerin yardımı oldukça önemlidir³⁵. Kaldı ki Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde de muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinin bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında ise hastanın tedavisiyle doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması, hastanın önceden veya tedavi sırasında rızasının alınması şartına bağlıdır (HHY. m. 21/III)³⁶. Zira hastanın eğitim ve araştırma hastanesine başvurması, muayene sırasında eğitim alan öğrencileri de bu öğrenciler tıp veya hemşirelik öğrencileri olsa dahi kabul ettiği sonucunu doğurmaz³⁷. Bununla birlikte hastanın onam vermesi, tedavinin ön şartı yapılamaz. Bu sebeple hasta, sağlık hizmeti aldığı süreçte önceden vermiş olduğu onamı her zaman geri alabilir³⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), hastanın itirazlarına rağmen, doğum sırasında tıp öğrencilerinin de ameliyathanede bulunmasını özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı bulmuştur³⁹.

Genel Sekreteri Uz. Dr. Hüseyin Yavuz, Sağlık Bakanlığı'nun Isparta Şehir Hastanesi'nde hasta mahremiyeti açısından doktorlara tıbbi sekreter vermediğini" belirtmiştir (<http://www.kent32.com/hekimlere-sekreter-hasta-mahremiyeti-icin-verilmiyor-16550h.htm>, E.T.: 22.08.2018).

- 33 "Halbuki hekim ile hemşirenin beraber hasta muayene etmesi kural olarak hasta mahremiyetinin ihlali niteliğinde değildir." HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 173.
- 34 Hemşirelik Kanunu'nun 4'üncü maddesinde, hemşirelerin tabip tarafından verilen tedavileri uygulamak, hastanın hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık çalışanı olduğu ifade edilmiştir.
- 35 ARSLAN/DEMİR, s. 198.
- 36 Eğitim ve araştırma hastaneleri hem sağlık hizmeti veren hem de eğitim ve araştırma faaliyetleri yürütülen kurumlardır. Eğitim ve araştırma hastanesine başvuran hastanın beklentisi tedavisinin gerçekleştirilmesidir. Bir başka deyişle hasta eğitim ve araştırma hastanesine eğitim materyali olarak değil, tedavi olmak amacıyla başvurmaktadır. Dolayısıyla hastaların red hakkı, eğitim ve araştırma hastaneleri hastaları bakımından da tanınmalıdır (SERT, s. 155-156).
- 37 HAKERİ, s. 173; SERT, s. 156; PETEK, Hasan: Sağlık Hukuku, (Ed. Hasan Petek, Meral Gürbüz), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2013, s. 36.
- 38 SERT, s. 157.
- 39 AİHM'nin 09.10.2014 tarihinde vermiş olduğu Konovalova/Rusya Davası'nda (Başvuru No: 37873/04), hasta 23.04.1999 sabahı S.M. Kirov Askeri Tıp Akademisi Jinekoloji bölümüne yatırılmıştır. Hastaneye kabulünden sonra başvurucuya hastane tarafından yayınlanan



Muayene sırasında diğer hastaların, hasta yakınlarının ve sağlık çalışanı olmayan diğer personelin muayene alanlarına giriş ve çıkışlarının kontrol altına alınması da mahremiyetin sağlanması bakımından gerekli bir durumdur⁴⁰.

Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemelidir (HHY. m. 21/e). Aksi halde hasta mahremiyetinin ihlal edilmesi gündeme gelebilir. Yine hastanın cinsel tercihini yargılamak ve paylaşmak da mahremiyet ihlali sayılmalıdır⁴¹.

Bir başka mahremiyet ihlali ise koğuş sisteminin uygulandığı hasta servislerinde (birden fazla hastanın bulunduğu odalarda) hasta yataklarının bir paravan veya perde ile ayrılmamasından ileri gelebilir⁴². Zira bu durumdaki hastanın gerek tıbbi müdahale sırasında gerekse de dinlenme esnasında diğer hasta veya hasta refakatçisi ya da hasta ziyaretçisi ile aynı ortamda bulunması da mahremiyet ihlalidir.

Hastanelerde, özellikle görüntüleme birimlerinde, uygun soyunma ve giyinme bölümleri oluşturulmaması⁴³ ve görüntüleme birimlerine veya

-
- bir broşür verilmiştir. Broşürün hastaya ne zaman verildiği tam belli değildir. Bu broşürde hastalara hastanede klinik eğitim nedeniyle tıp öğrencilerinin muhtemel varlığı hakkında uyarıda bulunulmuştur. Broşürde, "Biz hastanemizdeki tıbbi tedavilerin jinekoloji ve kadın doğum alanında çalışan öğrencileri eğitimleriyle birlikte yapıldığı hususuna saygı göstermenizi talep ediyoruz. Bu nedenle bütün hastalar bu öğrenim sürecine dahil olmak durumundadır." yazmaktadır. Başvurucu doğum odasında tıp öğrencilerinin orda bulunmasına itiraz ettiğini iddia etmiştir. Doğum, tıp öğrencilerinin ve doktorların nezaretinde gerçekleştirilmiştir. AİHM, bu olayda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddesinde düzenlenen "özel ve aile hayatına saygı hakkı"nın ihlal edildiğine karar vermiştir.
- 40 Polikliniklerde her gün yüzlerce hasta muayene edilmekte, her bir hastaya ayrılan süre çok kısa tutulmakta ve bu sebeple hastalar birbirinin yanında soyunup giyinmek zorunda kalmaktadır. Yoğunluk sebebiyle bazen hastalar beşer onar kişilik gruplar halinde muayeneye alınmaktadırlar ki, bu durum mahremiyet hakkının ağır bir ihlali halindedir. Bkz. DERYAL, Yahya: Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s. 83.
- 41 ARSLAN/DEMİR, s. 198-199. Muayene için gittiği hekim tarafından cinsel yönelim temelli ayrımcılığa uğrayan hastanın şikayet haberi için bkz. <http://marmaracagdas.com/haber-escinsel-hasta-doktoru-sikayet-etti-8916.html> (E.T.: 26.08.2018).
- 42 Akten'in 2017'de hazırlamış olduğu tezde yer verilen, Antalya'da 503 kişi üzerinde yapılan bir ankete göre; hastalara, hastanede en son kaldıkları odadaki yatak sayısı sorulmuş ve buna verilen cevaplarda 125 kişi (%24,9) 1 kişilik, 292 kişi (%58,1) 2 kişilik, 76 kişi (%15,1) 3 kişilik, 10 kişi (%2) ise 4 ve daha fazla kişilik odalarda kaldıklarını belirtmişlerdir (AKTEN, Refik: Hastanelerde Hasta Mahremiyetine Gösterilen Özenin Hasta Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi (Antalya Örneği), Yüksek Lisans Tezi, Konya 2017, s. 57). Yine aynı çalışmada hastanın kalmış olduğu odada gerektiğinde kullanabileceği perde ya da paravan var mıydı? sorusuna katılımcıların %82,1'i vardı cevabını verirken, %14,5'i ise yoktu cevabını vermiştir. %3,4 oranındaki kişi ise bu soruya bilmiyorum şeklinde cevap vermiştir (AKTEN, s. 61).
- 43 Antalya'da 503 kişi üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, röntgen bölümünde soyunma ve giyinme kabini var mıydı? sorusuna 444 kişi (%88,3) vardı, 30 kişi (%6) yoktu, 29 kişi (%5,8) ise bilmiyorum cevabını vermiştir. Bkz. AKTEN: s. 60.



muayene yerlerine yahut kan alma bölümlerine (yoğunluk sebebiyle de olsa) birden çok hastanın birlikte alınması da mahremiyet ihlaline yol açmaktadır⁴⁴.

Sağlık çalışanlarının gerekçesini anlayabilecekleri, ancak hasta ve hasta yakınlarının sıklıkla şikayet ettikleri diğer bir mahremiyet ihlali ise yoğun bakımlarda hastaların çıplak yatırılmasıdır⁴⁵. Aslında şikayet konusu olan, hastanın çıplak yatırılması olmayıp, hastalar arasında bölme veya perde gibi ayırıcı bir kısım bulunmadığı için beden mahremiyetinin ihlal edilmesidir⁴⁶. Bu açıdan yoğun bakımların mümkünse hastaların yalnız kalabilecekleri tek kişilik odalar şeklinde dizayn edilmesi veya en azından bir paravan ya da perde ile bölünmesi oldukça önemlidir.

Hastanın mahremiyetiyle ilgili başka bir ihlal de hekimlerin, hastanın tedavi öncesi ve/veya sonrasına ait görüntüleri yayınlamasıdır⁴⁷. Bu ihlalle ilgili olarak Türk Tabipler Birliği 15.02.2017 tarihinde “*Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımına İlişkin Kılavuz*” hazırlamıştır⁴⁸. Söz konusu kılavuzda, hastaların tedavi öncesi ve/veya sonrasına ait görüntülerine ya da ifadelerine hiçbir şekilde yer verilemeyeceği gibi bu nitelikteki yayınlara link verilerek yönlendirme de yapılamayacağı açıklanmıştır (m. 9)⁴⁹. Yine sağlık çalışanlarının da tedavi öncesi, sırası ve sonrasında hasta ve hasta yakınları ile birlikte görüntülerine yer verilmesi de yasaklanmıştır (m. 10).

44 İzmir’de bir hastanede yaşanan yoğunluk ve fiziki imkansızlık nedeniyle ameliyathanede, iki hastanın ameliyatının aynı anda yapıldığı 25.09.2013 tarihli basına yansımıştı. Haber için bkz. <https://www.acunn.com/haber/ameliyathane-skandali-92158-haber> (E.T.:22.08.2018).

45 BOSTAN, Sedat: Hasta Mahremiyeti Sorun mu? <http://www.ussam.co.tr/ussam/hasta-mahremiyeti-sorun-mu/> (E.T.: 22.08.2018).

46 Burada belirtilmesi gereken bir diğer durum da hastaların kendilerine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçmeleri bir hak olarak tanınmıştır. Bununla ilgili olarak HHY. m. 9/II’de “Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır” düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak toplumda söz konusu seçim hakkının sadece hekimler bakımından olduğu diğer sağlık çalışanları açısından ise kim görevli ise onun hizmet vereceği gibi bir anlayış vardır. Halbuki hastaların çıplak yatırılmaları sebebiyle yoğun bakımlar, beden mahremiyeti bakımından en fazla anlayış gösterilmesi gereken alanlardır. Bu nedenle yoğun bakımlarda, mümkün olduğunca hastalara sorularak onların istediği sağlık çalışanından hizmet alması sağlanmaya çalışılmalıdır. Yine mamografi, röntgen, ultrason vb. birimlerinde de aynı durum söz konusudur.

47 SERT, s. 158.

48 http://www.ttb.org.tr/yazisma_goster.php?Guid=f2e81512-8840-11e7-8318-948af52f0cac (E.T.: 22.08.2018).

49 Kılavuzun 9’uncu maddesinin kaleme alınmış şeklinden, hastanın rızası olsa dahi, tedavi öncesi ve/veya sonrasına ait görüntülerin yayınlanamayacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Halbuki uluslararası ve ulusal düzenlemelerde rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılması sebebiyle, hastanın rızası varsa bu mümkün olmalıdır.



Son yıllarda rutin uygulama olarak neredeyse her kurumda kamera kaydı alınmaktadır. Kamera kaydı, hukuk dışı tutum ve davranışlara, özellikle sağlık çalışanlarına karşı şiddetin önlenmesinde caydırıcı bir fonksiyona sahiptir⁵⁰. Ayrıca kamera kayıtları, hukuki delil olarak da son derece önemlidir. Bununla birlikte her mekanın kamera ile kayıt altına alınması mümkün olmamalıdır. Özellikle kişilerin mahrem alanlarında kamera kaydı alınmaz. Örneğin, cinsel hastalık sebebiyle hastaneye giden bir kimsenin kamera kayıtlarından bu durumunun öğrenilememesi gerekir⁵¹. Sağlık Bakanlığı, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 20.03.2009 tarihli ve "güvenlik kameraları" konulu yazısında, güvenlik kameralarının, yoğun bakım, ameliyathane, hasta odaları, poliklinik odaları ve yataklı servis koridorları gibi hastaların özel hallerinin görüntülenebileceği bölümlere konulamayacağı belirtilmiştir. Buna göre hasta ve hastane güvenliğinin sağlanması amacıyla ancak hastane giriş ve çıkışı, merdiven, bahçe, dış cephe ile hasta mahremiyeti ihlaline yol açmayacak koridorlara güvenlik kamerası konulması mümkündür⁵². Özel Hastaneler Yönetmeliği⁵³ m. 49/V'da, "*Hasta mahremiyeti dikkate alınmak kaydıyla, ortak kullanım alanları kamera kayıt sistemi ile kayıt altına alınır ve kamera görüntüleri en az iki ay süre ile saklanır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile özel hastaneler açısından kamera kaydı konusu takdire bırakılmayıp zorunlu hale getirilmiştir. Ancak bu durumlarda dahi belirtilen alanlardan alınan kayıtların istenildiği gibi kullanılması mümkün değildir. Bu gibi hallerde kayıtların gizliliğine riayet edilmesi gerekir. Zira kişinin hastanede bulunması bile tek başına mahremiyetinin bir parçasını oluşturur⁵⁴.

Mahremiyet hakkı sağlık hizmetinin her aşamasında dikkat edilmesi gereken bir husustur. Bu bağlamda mahremiyet hakkı, hastalık öyküsü (anamnez) alınırken, tanı/teşhis aşamasında, tedavi yapılırken, tedavi sonrası ve hatta ölümden sonra dahi dikkat edilmesi gereken bir haktır (Amsterdam Bildirgesi m. 4/1; Bali Bildirgesi m. 8/a; HHY. m. 21/III)⁵⁵. Çünkü bireyin ölümünden sonra ölenin yakınları onun anısına saygı gösterilmesini isteyebilir⁵⁶.

50 HAKERİ, s. 180.

51 HAKERİ, s. 180.

52 HAKERİ, s. 180.

53 Özel Hastaneler Yönetmeliği, 27.03.2002 tarih ve 24708 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

54 GÖÇMEN, Erkin: Özel Hastanelerde Kamera Kaydı Alınması Hukuka Uygun mu? <https://www.medikalakademi.com.tr/ozel-hastanelerde-kamera-kaydi-alinmasi-hukuka-uygunmu/> (Erişim Tarihi: 26.08.2018).

55 ARSLAN/DEMİR, s. 196; YILDIZ, Pervin: Hastanın Mahremiyet Hakkı, <http://www.savunmahareketi.org/pervin-yildiz-hastanin-mahremiyet-hakki/> (E.T.: 24.08.2018).

56 ALAN/ERBAY, s. 35; ZAFER, s. 43.



Mahremiyet ihlali, ahlaki normlara ve meslek disiplini kurallarına aykırılık teşkil eder. Bu aynı zamanda ceza kanununda düzenlenmiş bir suç oluşturabileceği gibi, failin hem idari hem de hukuki (tazminat) sorumluluğuna da yol açabilir⁵⁷.

V. MAHREMİYET İHLALLERİNİN HASTA ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ VE İHLALLERİN AZALTILMASINA YÖNELİK ÖNERİLER

A. Mahremiyet İhlallerinin Hasta Üzerindeki Etkileri

Mahremiyetle ilgili yapılan anket çalışmaları bu konuda önemli veriler sunmaktadır. Bu anketlere bakılarak mahremiyete saygı gösterilmemesinin, hasta için bazen sadece utanmak gibi bir sonuç doğururken, bazen çok daha önemli sonuçlar doğurabileceği tespit edilebilmektedir. Mahremiyetle ilgili yapılan bir araştırmada⁵⁸ hastalara yöneltilen *“Hastanede tedavi olurken odamda başkalarının olması yüzünden sağlık çalışanlarına bazen soracağım soruları soramadım”* sorusuna, hastaların %40,4 gibi önemli orandaki kısmı *“evet”* cevabını vermiştir. Bu, hastalar için ölüm riski de içeren çok önemli sorunlara yol açabilecek bir durumdur. Aynı çalışmada hastalara yöneltilen *“tedavi gördüğüm dönem başka hastanın kişisel sağlık bilgilerini istemeyerek de olsa duydum”* sorusuna cevap olarak da hastaların %31,4’ü *“evet”*, %62’si *“hayır”* ve %6,6’sı ise *“bilmiyorum”* cevabını vermişlerdir.

Mahremiyet ihlalinin hasta üzerindeki olumsuz etkisini araştırmak için yapılan bir araştırmada, laboratuvar farelerinde doğum ve doğum ağrısı üzerinde çevrenin etkisi incelenmiştir. Araştırmada, doğum sancısı çeken farelerin mahremiyetinin sağlanmadığı ortamda korku ve stres yaşadıkları tespit edilmiştir⁵⁹. Hayvanlarda dahi böyle sonuç doğuran bir durum insanlar söz konusu olduğunda çok daha dikkatli ve özenli olunmalıdır.

B. Mahremiyet İhlallerinin Azaltılmasına Yönelik Öneriler

Mahremiyete saygı duyulmasını sağlamak ve mahremiyet ihlallerini en aza indirmek için ilk ve orta öğretim müfredatlarına mahremiyet eğitimi eklenebilir. Çünkü mahremiyet herkes için ve her zaman lazımdır. Bu eğitim, ülkemizde maalesef son yıllarda oldukça artan cinsel istismar konusunda, özellikle çocuklarda farkındalık oluşturmak bakımından da faydalı olacaktır.

57 MORSE/CASEMORE, s. 313-314.

58 AKTEN, s. 62.

59 BEKMEZCİ, Hediye/ÖZKAN, Hava: Ebelik Uygulamalarında Mahremiyetin Önemi, HSP, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 118.



Yine sağlık çalışanlarının, hasta mahremiyeti konusunda kendi değer yargıları doğrultusunda değil de hasta odaklı davranmaları halinde, sağlık kuruluşlarındaki mahremiyet ihlalleri azalacaktır. Bunun için tedavi sürecinin bir bütün olduğu ve hastanın psikolojik huzurunu temin etmenin de tedavinin bir parçası olduğu, sağlık çalışanları tarafından göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁰.

Mahremiyet hakkının etkin kullanımı için, muayene esnasında ilgililerin haklarının kendilerine hatırlatılması sağlanmalıdır. Bu da hastane koridorlarına hasta hakları ile ilgili panoların asılması⁶¹, bu hususta kamuoyunun bilgilendirilmesi ve farkındalığın artırılmasına yönelik çalışmalar yapılması ile temin edilmelidir⁶². Sağlık Kurumlarında yapılan hizmet içi eğitimlerin sayısının artırılması da buna katkı sağlayabilir⁶³. Yine sosyal medyada ve televizyonlarda kamu spotu hazırlanıp yayınlanabilir. Bunlardan başka sivil toplum kuruluşları aracılığıyla toplumun bilinçlenmesi için seminer, sempozyum, panel gibi çalışmalar yapılabilir.

60 KARAMAN, M. ihsan: Hasta saygınlığı ve mahremiyet ihlalleri üzerine, <http://www.fikriyat.com/yazarlar/akademi/mihsan-karaman/2018/03/05/hasta-saygınlığı-ve-mahremiyet-ihlalleri-uzerine> (E.T. 23.08.2018).

61 2005 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Uygulama Yönergesine göre hasta hakları uygulamalarının planlanması, değerlendirilmesi, uygulanması amacıyla illerde tüm kamu hastaneleri, dış hastaneleri ve ilçelerdeki 100 yatak kapasitesi üzerindeki hastanelerde "Hasta Hakları Birimi" kurulması amir hüküm olarak yer almaktadır (m. 14). Bu Yönergenin 34/r'üncü maddesinde Hasta Hakları İletişim Sorumlusunun görev ve sorumlulukları düzenlenirken, "hasta hakları panolarını ilgili yerlere asmak" da bir görev olarak sayılmıştır.

62 2010 yılında bir üniversite hastanesi dahiliye ve cerrahi kliniklerinde yatarak tedavi gören 196 hasta üzerinde yapılan bir araştırmada 108 kişi (%55,1) hasta hakları konusunda bilgisi olduğunu belirtirken, 88 kişi (%44,9) bilgisi olmadığını ifade etmiştir. Yine hastalara hasta haklarını öğrendiği kaynak sorulduğunda 61 kişi (%56) sağlık çalışanından, 27 (%21,3) medyadan, 13 kişi (%12) eğitimden, 7 kişi (%10,2) ise diğer bir yerden öğrendiğini açıklamıştır. Halbuki 2002 yapılan bir araştırmada hastaların sadece %24,3'ünün haklarını bildiği, bu kişilerin de %65,8'inin haklarını başvurdukları sağlık kuruluşundaki afişlerden ve personelden, %27,3'ünün kitle iletişim araçlarından öğrendiği belirlenmiştir. Bu bilgilere göre, sevindirici bir durum olarak her geçen gün hastaların haklarını öğrenme oranlarının arttığı görülmektedir. Bkz. ZAYBAK, Ayten/EŞER, İsmet/GÜNAY İSMAİLOĞLU, Elif: Bir Üniversite Hastanesinde Hastaların Hasta Haklarını Kullanma Tutumunun İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi, Y. 2012, C. 20, S. 2, s. 104-111.

63 Hasta mahremiyeti ile ilgili olarak bir özel hastanede görev yapan 100 hemşirenin katılımıyla 2012 yılında yapılan başka bir araştırmada, hemşirelerin %66,6'sının hasta hakları yönetmeliğini, %75,8'inin bu Yönetmelikte yer alan "hasta haklarının korunması ve mahremiyete saygı gösterilmesi" ile ilgili bölümü okuduğu, %45'inin mahremiyetle ilgili bir kurs/seminere katıldığı tespit edilmiştir. Yine bu araştırmada hemşirelerin %62'sinin daha önce hastanede yatış deneyimi olduğu ve bunlardan %16'sının mahremiyetinin ihlal edildiğini hissettiği ortaya çıkmıştır. Anılan çalışmada yapılan ankete göre, hemşirelerin %91,8'i öncelikle kendisinin hastanın beden mahremiyetini koruduğunu belirtirken, %43,9'u diğer hemşireler tarafından daha çok hastanın özel yaşamı ve kişisel bilgilerine, %42,9'u ise sağlık durumuna ilişkin mahremiyetinin ihlal edilebildiğini ifade etmiştir. Bkz. ÖZTÜRK, Havva/ÖZÇELİK, Semanur K./BAHÇECİK, Nefise: Hemşirelerin Hasta Mahremiyetine Özen Gösterme Durumu, Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 30, S. 3, s. 24-25.



Mahremiyet hakkının ihlal edilmesini engelleyecek veya en azından azaltacak bir yol da etkin bir şikayet sisteminin uygulanmasıdır⁶⁴. Böylece pasif eleman konumundaki hastalar da mahremiyet ihlallerine karşı koymada ve ihlalleri önlemede daha etkin bir konuma geçeceklerdir. Ancak, mahremiyeti ihlal edilen hastanın durumu şikayet ettiği hizmet hakkından da mahrum kalacağı düşüncesi toplumda yaygın bir inanıştır. Bu yüzden hastalar şikayet hakkını etkin olarak kullanamamaktadırlar⁶⁵.

Hasta haklarının hastalar tarafından öğrenilmesi mutlaka çok önemlidir, fakat ondan da önemlisi bu hakların sağlık çalışanları tarafından da bilinmesi ve tatbik edilmesidir. Hasta haklarına uygun davranışlar, hasta mahremiyetine saygıyı ve dolayısıyla hasta memnuniyetini artıracaktır.

VI. MAHREMİYET HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN HUKUKİ (TAZMİNAT) SORUMLULUK

Beden mahremiyetinin ihlali, ahlaki normlara ve meslek disiplini kurallarına aykırılık teşkil ettiği gibi aynı zamanda ceza kanununda düzenlenmiş bir suç oluşturabilmekte, yine failin hukuki sorumluluğuna da yol açabilmektedir⁶⁶. Failin kamu görevlisi olması durumunda idari sorumluluk hükümleri de uygulanabilir.

Beden mahremiyeti yükümlülüğü sadece hekimlerle sınırlı değildir⁶⁷. Hekimden başkaları için de bu yükümlülük mevcuttur. Örneğin, hemşire, ebe, hasta bakıcı, görüntüleme biriminde çalışan teknisyenler, diğer görevliler, öğrenciler ve stajyerler de bu kapsamda sayılabilir⁶⁸.

64 "2010 yılı istatistiklerine bakıldığında, 142.623 başvuru yapıldığı, bunların 121.032 tanesinin (%85) hasta hakları birimleri tarafından yerinde çözülen başvurular, 21.591 tanesinin (%15) ise Hasta Hakları Kurulu'nda görüşülen başvurular olduğu; bunların 12.241'inin (%57) erkek, 9.350'sinin (%43) kadın olduğu; başvuran sayısı itibarıyla sırasıyla hizmetten genel olarak faydalanamama, saygınlık ve rahatlık görememe, bilgilendirilmeme, başvuru ve dava edememe, mahremiyete uyulmaması, sağlık kurumunu ve personeli seçememe ve değiştiremememe, güvenliğin sağlanamaması, rızanın alınmaması, ziyaretçi kabul edeme ve refakatçi bulunduramama, dini vecibeleri yerine getirememeye konularında şikayetlerin yapıldığı; 21.591 başvurudan 2.478 tanesinde ihlalin tespit edildiği görülmektedir" PETEK, s. 49.

65 <http://hastahaklari.com.tr/NewsPrint.aspx?Id=376&ModuleName=haberleri> (E.T.: 29.08.2018).

66 MORSE/CASEMORE, s. 313-314.

67 Hekim denildiğinde, ilk akla gelen, hasta ile teşhis ve tedavi ilişkisinde olan müdavi hekim olmakla birlikte hastanın danışıldığı konsültan hekim de bu kapsama dahildir.

68 ULSENHEIMER, Klaus: § 69 Die personelle Reichweite der §§ 203, 204 StGB, in: Handbuch des Arztrechts, (Hrsg. Adolf Laufs, Bernd-Rüdiger Kern), 4. Aufl., München 2010, Rn. 1-3; LISSEL, s. 206-207; ZEYTİN, Zafer: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Türkiye Klinikleri J. Med. Ethics, Y. 2006, S. 14, s. 80; BÜYÜKAY, Yusuf: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 383-396, s. 387; TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral: Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010 (Basım Yılı 2012), C. 12, S. 2, s. 172.



Hekim veya özel hastane ile hasta ya da hasta yakını arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliğine bakılmaksızın, hasta mahremiyetinin ihlal edilmesi sebebiyle hastanın uğrayacağı maddi veya manevi zararın tazmin edilmesi gereklidir⁶⁹.

Zira mahremiyet ihlali, vekalet veya eser sözleşmesinde sadakat borcunun ihlali niteliğinde olduğundan, sözleşmeye aykırılık söz konusu olur. Bu durumda TBK m. 112 “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmese borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” hükmü ve aradaki sözleşme ilişkisinin vekalet olmasına (TBK m. 506/II)⁷⁰ veya eser sözleşmesi (TBK m. 471/I)⁷¹ olmasına göre mahremiyeti ihlal eden aleyhine tazminat davası açılabilir⁷².

Hastası ile bizzat bir sözleşme ilişkisi kuran hekim, mahremiyet yükümlülüğünün ihlalinden dolayı, sözleşmeye aykırılık hükümleri sebebiyle sorumlu olur. Buna karşın hastanın, doğrudan hastane ile bir sözleşme ilişkisi içerisine girmesi durumunda, yükümlülüğü ihlal eden personel (yardımcı kişi sıfatı ile) haksız fiil sebebiyle (TBK m. 49) sorumlu olur. Bununla birlikte hastane işletmesi de TBK m. 116’da belirtilen “*yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*” hükmü sebebiyle sorumlu olur. Şayet hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa bu takdirde hastane “*adam çalıştıranın sorumluluğu*” hükmüne göre sorumlu olur (TBK m. 66). Her iki halde de hastane ile yükümlülüğü ihlal eden personel müteselsilen sorumlu olurlar.

Hastanın mahremiyetinin ihlal edilmesi haysiyetin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın kişilik hakkına saldırı sayılmaktadır. Zira mahremiyet, kişisel değerlerden biri olarak kabul edilmektedir. Yargıtay da bir kararında; “*Hayatın, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar hep kişisel varlıklardır*” açıklamasını yaparak sırrın kişisel varlık olduğuna vurgu yapmıştır⁷³.

69 SCHLUND, § 73, Rn. 2; MORSE/CASEMORE, s. 314; BÜYÜKAY, s. 385; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 159.

70 TBK m. 506/II “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*”

71 TBK m. 471/I “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*”

72 MORSE/CASEMORE, s.314; DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 25.

73 Yargıtay 4. HD, T. 06.06.1972, 14724/5389 (İPEKYÜZ, Y. F.: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 6, ÖZDEMİR, s. 139’dan naklen).



Kişilik hakkı saldırı tehlikesi altında olan şahıs hakimden bunun önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir (TMK m. 25/I). Bunlardan başka kişilik hakkının ihlaledilmesi halinde, hasta veya hasta yakını, maddi veya manevi tazminat talebinde bulunabileceği gibi, bu ihlal sebebiyle bir kazanç elde edilmişse bu elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesini de talep edebilir (TMK m. 25/III). Kişilik hakkı zedelenmesinden zarar gören kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat talep ettiğinde hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir ya da bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir (TBK. m. 58).

Mahremiyetinin ihlal edildiğini iddia eden hasta, bunu ispat etmekle yükümlüdür (TMK m. 6)⁷⁴.

SONUÇ

Özel hayat, insanın hakkı olması dolayısıyla kişinin sahip olduğu temel hak ve özgürlükler arasında yer alır. İlk çağdan günümüze tarihin her döneminde, özel hayat, önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel hayat, özel hayatın korunmasını da kapsayan hukuki bir kavramdır.

Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki çıkarlardan birisi bireyin mahremiyet hakkıdır. Mahremiyet hakkı, yalnız bırakılma hakkını kapsadığı gibi, aynı zamanda bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hakkını da kapsar. Zira bireyin özel hayatının başkaları tarafından teknik araçlarla veya çıplak gözle izlenmemesi, kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, rızası olmaksızın kaydedilmemesi, açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati vardır.

Özel hayatın gerek uluslararası gerekse de ulusal düzenlemelerle teminat altına alınmıştır. Bu düzenlemelere göre, hiç kimsenin özel hayatına keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere veya tecavüzlere karşı kanunlarca korunma hakkı vardır.

Özel hayatı koruyan hukuki değerlerden görece yeni bir kavram da kişisel verilerdir. Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek

74 AYAN, Mehmet, Tıbbi, Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 100; GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 138; YILDIRIM, M. Fadıl: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 64.



kişiyi ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder. Kişisel verilerin korunmasının altında da mahremiyet anlayışı bulunmaktadır.

Türk hukuku bakımından en üst norm olan Anayasa'da konuyla ilgili hem özel hayatı hem de kişisel verileri teminat altına alan açıklayıcı bir hüküm mevcuttur (m.20) Bu maddeye göre, *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz... Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Hastanın özel hayatına saygı kapsamında mahremiyete saygı gösterilmesi ve hastanın bilgilerinin saklanması, verilerinin korunması kabul edilmiş bir esastır. Bu konu ile ilgili uluslararası alanda birçok düzenleme mevcuttur. Örneğin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi (m.4), 1995 tarihli Bali Bildirgesi (m.8), İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (m. 10), Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi) Temel Dokümanı (2002) ve 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (m. 9/1) gibi. Bu düzenlemelerde, bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve verilerin gizli olması ve öyle muhafaza edilmesi gerektiği vurgulandığı gibi, tıbbi müdahale sırasında kişisel gizliliğe saygı gösterilmesi, yani muayene ve tedavinin uygun ortamda yapılması ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler nezdinde yapılması gerektiği hükümlerine yer verilmiştir.

Konu ile ilgili ulusal mevzuatta da düzenlemeler mevcuttur. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde uluslararası düzenlemelere benzer şekilde, kanun ile müsaade edilen haller ve tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır (m. 5/f).

Sağlık hizmetlerinde özel hayata saygı hakkı, hasta-hekim/sağlık kuruluşu ilişkisinde karşılıklı güvenin sağlanması açısından da çok önemli bir işleve sahiptir. Bu sayede hasta kendini güvende hissedebilir ve daha iyi bir sağlık hizmeti için gerekli olan doğru bilgileri hekime veya diğer sağlık çalışanına verebilir. Hastalar, duydukları güven duygusu ile başkalarıyla paylaşmayacakları pek çok sırlarını hekimler ile paylaşırlar. Hatta en mahrem vücut bölgelerini hekimin etik kimliğine ve meslek ilkelerine bağlılığına güvenerek açarlar. Bu sebeple hekimler hasta ile



olan ilişkilerinde mevzuata ve etik ilkelere uygun davranmak, hastaların dini inanç ve düşüncelerine saygı göstermek, bireysel ve toplumsal hassasiyetlere dikkat etmekle yükümlüdürler

Hastanın mahremiyeti ifadesi, hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi işlem ve değerlendirmelerin makul bir gizlilik içerisinde yürütülmesini ifade eder. Bu gizlilik, hastanın muayenesinde beden mahremiyetini, teşhis ve tedavi süreçleri ile hastaya ait bilgi ve belgelerin korunmasını kapsar. Bu bağlamda bilgi ve belge gizliliği ile kişisel veriler çalışma kapsamı dışında tutulmuştur.

Hastaların mahremiyetine saygı gösterilmesi, sağlık hizmet sunumunun en temel esaslarından birisidir. Hasta mahremiyeti ile ilgili en kapsamlı düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21'inci maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin ilk fıkrasında, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu, her türlü tıbbi müdahalenin, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilebileceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde, poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayetinin esas olduğu, burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilmesi gerektiği, hastaların teker teker muayene edilmesi gerektiği, muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerektiği düzenlemesine yer verilmiştir.

Yine Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul Ve Esasları Hakkında Tebliğ'de, acil servislerde yapılan her türlü tıbbi işlem sırasında hasta mahremiyetine, tıbbi etik kurallarına ve hasta hakları ilkelerine riayet edilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır (m. 9/III).

Her türlü tıbbi müdahale sırasında hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi zorunlu olmasına karşılık, uygulamada birçok durumda gerek bir kısım zorunluluklar, gerekse de mahremiyet hakkına yaklaşım tarzından kaynaklanana birçok ihlal durumuna rastlanılmaktadır. Uygulamada Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nde yapmış olduğu bir değerlendirmede mahremiyet konusunda birçok ihlal yapıldığını tespit etmiş ve bunların önüne geçebilmek için 2016/10 sayılı genelgeyi yayınlamıştır. Bu genelge ile sağlık çalışanlarından ve sağlık kurumlarından, mahremiyet hususunda gerekli hassasiyetin gösterilmesi istenilmiştir.

Mahremiyetine saygı gösterilmemesi, hasta için birçok olumsuz etkiye yol açabilir. Bu bağlamda beden mahremiyetine saygı gösterilmemesinin



en hafif etkisi hasta için utanma olarak ifade edilebilirken, en ağır sonuç olarak ölüme yol açabilecek etki söz konusu olabilir.

Beden mahremiyetinin ihlali, ahlak ve meslek disiplini kurallarına aykırılık teşkil eder. Aynı zamanda bu durum ceza kanununda suç olarak da düzenlenmiştir. Failin kamu görevlisi olması durumunda idari sorumluluk hükümleri de uygulanabilir.

Hastanın mahremiyetinin ihlali, bu ihlali yapan failin hukuki sorumluluğuna başka bir deyişle tazminat sorumluluğuna da yol açabilmektedir. Zira mahremiyet ihlali bir sözleşmeye aykırılık hali oluşturabileceği gibi, kişilik hakkına saldırı durumuna da yol açabilir.



KAYNAKLAR

AKGÜL, Aydın: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Y. 2014, C. 9, S. 92, s. 72-81.

AKTEN, Refik: **Hastanelerde Hasta Mahremiyetine Gösterilen Özenin Hasta Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi (Antalya Örneği)**, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2017.

ALAN, Sultan/ERBAY, Hasan: Tıp Etiği Açısından Ambulans Hizmetlerinde Hasta Mahremiyeti, **Akademik Acil Tıp Dergisi**, Y. 2011, S. 10, s. 33-38.

ARSLAN, Elif Türkan/DEMİR, Hüseyin: Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyetine İlişkin Tutumu, **AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2017, C. 17, S. 4, s. 191-220.

AYAN, Mehmet, **Tıbbi, Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara 1991.

BEKMEZCİ, Hediye/ÖZKAN, Hava: Ebelik Uygulamalarında Mahremiyetin Önemi, **HSP**, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 113-124.

BERAN, Roy G.: The Doctor/Patient Relationship, Confidentiality and Public Responsibility, **Medicine and Law**, 2002, Vol. 21, Issue 3, s. 617-637.

BOSTAN, Sedat: **Hasta Mahremiyeti Sorun mu?** <http://www.ussam.co/tr/ussam/hasta-mahremiyeti-sorun-mu/> (E.T.: 22.08.2018).

BÜYÜKAY, Yusuf: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 383-396.

ÇETİN, M. Esad: **Hastayı İkilemde Bırakmayın**, <http://www.star.com.tr/pazar/hastayi-ikilemde-birakmayin-haber-1318719/> (E.T.:23.08.2018).

DERYAL, Yahya: Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s. 71-84.

DOĞAN, Cahid: Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti, **Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s. 105-144.

DONAY, Süheyl: **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul 1978.

DUTERTRE, Gilles: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Ankara 2003.



DÜLGER, Murat Volkan: Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2014, C. 1, S. 2, s. 43-80.

FRIEDLAND, Bernard: Physician-Patient Confidentiality: Time to re-Examine a Venerable Concept in Light of Contemporary Society and Advances in Medicine, **The Journal of Legal Medicine**, 1994, Vol. 15, Issue 2, s. 249-277.

GÖÇMEN, Erkin: **Özel Hastanelerde Kamera Kaydı Alınması Hukuka Uygun mu?** <https://www.medikalakademi.com.tr/ozel-hastanelerde-kamera-kaydi-alinmasi-hukuka-uygun-mu/> (Erişim Tarihi: 26.08.2018).

GÖKCAN, Hasan Tahsin: **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Ceza Sorumluluk**, 2. Baskı, Ankara 2014.

GÜNTÜRK, M. Serdar: **Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması**, Ankara 2012.

HAKERİ, Hakan: **Tıp Hukuku**, 10. Baskı, Ankara 2015.

KARAMAN, M. ihsan: **Hasta saygınlığı ve mahremiyet ihlalleri üzerine**, <http://www.fikriyat.com/yazarlar/akademi/mihsan-karaman/2018/03/05/hasta-sayginligi-ve-mahremiyet-ihlalleri-uzerine> (E.T. 23.08.2018).

KILINÇ, Doğan: Anayasa Mahkemesinin Özel Hayatın Korunmasına İlişkin 2013/1614 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirmeler, **International Journal of Legal Progress**, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 178-204.

LISSEL, P. M.: Die Schweigepflicht bei der Behandlung von Patienten, **Notfall+Rettungsmedizin**, Ausgabe 2, 2006, s. 205-211.

LUKÁCS, Andrienn: What is Privacy? The History and Definition of Privacy, Keresztes, Gábor (Ed.): *Tavaszi Szél 2016 Tanulmánykötet I*, Budapest, 15-17 April. 2016 Budapest, s. 256–265 (<http://publicatio.bibl.u-szeged.hu/10794/7/3188699.pdf>, E.T. 09.08.2018).

MCGOWAN, Claire: Patients' Confidentiality, **Critical Care Nurse**, 2012, Vol. 32, No. 5, s. 61-64.

MORSE, Jerome R./CASEMORE, Anna L.: Doctor-Patient Confidentiality: To Disclose or Not to Disclose, **Advocates Quarterly**, 2000, Vol. 22, s. 312-336.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 125-164.



ÖZTÜRK, Havva/ÖZÇELİK, Semanur K./BAHÇECİK, Nefise: Hemşirelerin Hasta Mahremiyetine Özen Gösterme Durumu, **Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi**, Y. 2014, C. 30, S. 3, s. 19-31.

PARENT, W. A.: A new definition of privacy for the law, **Law and Philosophy**, 1983, Vol. 2, Issue 3, s. 305-338.

PETEK, Hasan: **Sağlık Hukuku**, (Ed. Hasan Petek, Meral Gürbüz), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2013.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, C. XVII, S. 3, s. 227-266.

SCHLUND, Gerhard H.: § 65 Entwicklung und allgemeine Grundsätze der Schweigepflicht, in: (Hrsg. Adolf Laufs, Bernd-Rüdiger Kern) **Handbuch des Arztrechts**, 4. Aufl., München 2010.

SERDAR TEKEL, Esra: Kadın cinayetlerinin haberleştirilmesi bağlamında medya etiğini yeniden tartışmak: Habertürk gazetesi örneği, **Abant Kültür Araştırmalar Dergisi**, Y.2016, C. 1, S. 1, s. 129-142.

SERT, Gürkan: **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı**, Doktora Tezi, İstanbul 2007.

TACİR, Hamide: **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, İstanbul 2011.

TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral: Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2010 (Basım Yılı 2012), C. 12, S. 2, s. 159-181.

ULSENHEIMER, Klaus: § 69 Die personelle Reichweite der §§ 203, 204 StGB, in: **Handbuch des Arztrechts**, (Hrsg. Adolf Laufs, Bernd-Rüdiger Kern), 4. Aufl., München 2010, Rn. 1-3.

WARREN, Samuel D./BRANDEIS, Louis D.: The Right to Privacy, **Harvard Law Review**, 1890, Vol. 4, No. 5, s. 193-220 (<http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>, E.T.09.08.2018).

YILDIRIM, M. Fadıl: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s.57-64.

YILDIZ, Pervin: **Hastanın Mahremiyet Hakkı**, <http://www.savunmahareketi.org/pervin-yildiz-hastanin-mahremiyet-hakki/> (E.T.: 24.08.2018).

YOKUŞ SEVÜK, Handan: Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, V. Türk Alman



Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara 2008, s. 782-811.

ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hekimin Meslek Sırrını Saklama Yükümlülüğü, **Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler**, İstanbul 2009, s. 33-64.

ZAYBAK, Ayten/EŞER, İsmet/GÜNAY İSMAİLOĞLU, Elif: Bir Üniversite Hastanesinde Hastaların Hasta Haklarını Kullanma Tutumunun İncelenmesi, **İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi**, Y. 2012, C. 20, S. 2, s. 104-111.

ZEYTİN, Zafer: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, **Türkiye Klinikleri J. Med. Ethics**, Y. 2006, S. 14, s. 77-82.

<https://www.aksam.com.tr>

<http://hastahaklari.com.tr>

<http://www.inhak.adalet.gov.tr>

<https://www.kararara.com>

<http://www.kent32.com>

<http://marmaracagdas.com>

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.ttb.org.tr>



TAŞINMAZ SİMSARLIĞI SÖZLEŞMESİNDE SİMSARIN VE İŞ SAHİBİNİN HUKUKİ DURUMU

*(Legal Status of the Agent and the Contract Giver
In the Real Estate Brokerage Contract)*

Yusuf Erdem MİRHANOĞULLARI¹

ÖZ

Vekalet sözleşmesi hükümlerinin kural olarak uygulanacağı simsarlık sözleşmesi, her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile ivazlı bir şekilde iş görme amacına yönelmiş olarak kurulan bir sözleşme tipidir. Simsar ile iş sahibi arasında karşılıklı bir hak ve borç ilişkisi varsa da, bu ilişki sürekli bir hukuki bağlantı şeklinde değildir. Yasa gereğince, yazılı şekilde yapılması zorunluluğu bulunan taşınmaz simsarlığı sözleşmesinde, simsarın esas borcu, iş sahibi ile üçüncü şahıs arasında aracılık ederek, sözleşmenin yapılmasına aracılık etmektir. Şüphesiz ki simsar, bu borcunu, iş sahibinin talimatları doğrultusunda sadakat ve özenle yerine getirmeli ve ona hesap vermelidir. İş sahibinin ise esas borcu ve aynı zamanda simsarın önemli hakkı ise, ücret alacağıdır. Ancak, simsarın ücrete hak kazanabilmesi için, amaçlanan sözleşmenin kurulması şarttır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz Simsarlık Sözleşmesi, Hak ve Borçlar.

ABSTRACT

Brokerage agreement, in which the provisions of the power of attorney agreement shall be applied as a rule, is a type of contract established with the mutual and appropriate will of both parties towards the purpose of working in a rapid manner. Although there is a mutual right and debt relationship between broker and business owner, this relationship is not a permanent legal connection. In accordance with the law, in the immovable brokerage contract, which is obliged to be made in writing, the principal debt of the broker is to mediate the contract between the business owner and the third party. The broker must definitely fulfill this duty faithfully and carefully in accordance with the instructions of the business owner and account for him/her. On the other hand, the principal duty of the owner of business and the main right of the broker is fee. However, in order for the broker to qualify for the fee, the intended contract must be established.

Keywords: Immovable Brokerage Contract, Rights and Obligations.

¹ Avukat, İstanbul Aydın Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi, yusuferdemmir@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4129-2647



GİRİŞ

Eski Borçlar Kanunumuzda, tellallık ve sımsarlık ifadeleri birlikte yer almakta idi. 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu, tellallık ifadesini kaldırmış ve sadece “sımsarlık” ifadesini ismen bırakmıştır. Böylece bu konuda artık sadece “sımsarlık” kavramını kullanmak zorunda kalmış bulunmaktayız.

Sımsarlık Sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 520 ve 525’nci hükümleri arasında sımsarlık sözleşmesi düzenlemiştir. 520’nci maddede sımsarlık sözleşmesinin tanımı ve şekli, sımsarın ücreti hak etme zamanını, ücretin belirlenmesi 522’de, sımsarın haklarını kaybetmesi durumu 523’de ve son olarak da ücretten indirim ise 525’nci maddede yer almaktadır. Sımsarlık sözleşmesinin bu denli az maddelerde yer almasının ana sebebi, BK m. 520 f.2 atfı gereğince genel kural olarak vekalet sözleşmesi hükümlerinin, sımsarlık sözleşmesine de uygulanacak olmasından kaynaklanmasıdır.

Borçlar Kanunu’un 520/1’nci maddesinde sımsarlık sözleşmesinin tanımı yapılmaktadır: “Sımsarlık sözleşmesi, sımsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.” Sımsarlık sözleşmesi, yasal tanımdan yola çıkarak, bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanması veya kurulmasına aracılık edilmesi olarak sınırlandırılmış ücretli bir vekalet sözleşmesi olarak ifade edilebilir.

Sımsarlık sözleşmesi, genel olarak şekil serbestisine sahip ise de, BK m.520/3 uyarınca, taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğu vardır. Emredici bir hüküm olan bu düzenleme gereğince, taşınmaz sımsarlığı sözleşmenin yazılı olmaması halinde, bir hüküm ve sonuç doğmayacaktır.

Sımsarlık sözleşmesinin konusu, BK m.27 hükümlerine aykırı olmamak kaydı ile ve yasada başkaca bir şekilde düzenlenmeyen her çeşit hukuki iş olabilir. Ancak taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinde durum farklılık arz edecektir. Taşınmaz sımsarlık sözleşmesinin, taşınmaz üzerinde alım-satım, kiralama yapılması, ipotek, geri alım, önalım, trampa, irtifak, süknâ, sulama, geçit hakkı gibi sözleşmelerin kurulmasını konu edinmesi gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunumuz, vekalet sözleşmelerinde sadece tarafların borçlarından söz etmekte, tarafların haklarından bahsetmemektedir. Bunun sebebi, bir tarafın borcunun, diğer tarafın hakkını oluşturmasıdır. Vekalet sözleşmesinin bir alt tipi olan sımsarlık sözleşmesinde, BK m.520/2 gereğince, kural olarak vekaletle ilişkili hükümler de uygulanacaktır. Madde,



“Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır.” demekle, yasanın 520 ve 525’nci maddeleri arasında düzenlenmeyen diğer konularda, vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağı kuralı açıktır. Bu yasal düzenleme doğrultusunda, simsarlık sözleşmesinde tarafların borçları, aynı zamanda diğer tarafın hakları olarak değerlendirilecektir.

Taşınmaz simsarlığı sözleşmesinde, simsarın en önemli ve asıl borcu, simsarlık faaliyetinde bulunma borcudur. Simsar, taşınmazı ilgilendiren bir konuda, ya bir sözleşme kurulması fırsatına aracılık edecek ya da bir sözleşme görüşmesine aracılık edecektir. İş sahibinin ise en büyük borcu ve aynı zamanda simsarın da en önemli hakkı, ücret borcudur. Tarafların diğer borçları ise, esas olarak, vekalet sözleşmesinin genel hükümlerinden çıkarılacak borçlardandır.

I. SİMSARIN BORÇLARI

A. Simsarlık Faaliyetinde Bulunma Borcu

Simsarlık sözleşmesinde simsarın esas borcu, simsarlık faaliyetini yerine getirme borcudur. Simsarın asıl borcu, sözleşmenin yapılmasına aracılık ederek, sözleşmenin kurulmasını sağlamaktır. Simsarın bu faaliyeti, BK m.520/1’de genel hattı ile belirtilmiştir. Simsar, yapmayı vaat ettiği faaliyetinin türüne göre ya bir sözleşme kurulması fırsatına aracılık edecek ya da bir sözleşme görüşmesine aracılık edecektir.² Bu iki faaliyet bağımsız olabildiği gibi, aynı sözleşmede de simsar tarafından yükümlenebilir. Simsarın yaptığı faaliyetinin çeşidine göre, simsara “aracı simsar” veya “gösterme simsarı-bulucu simsar” denilmektedir. Aracı simsar, esas sözleşmenin taraflarını bir araya getirmek, taraflar arasında var olan ya da muhtemel uyuşmazlıkların çözümüne müzakere, pazarlık gibi işleri yaparak katkıda bulunmak şeklinde kendini gösterir. Gösterici/Bulucu simsar, iş sahibine aradığı işle ilgili olarak iletişim bilgilerini, adresini, yetkili kişilerin bilgilerini vermek, kiralık ya da satılık yer bakan iş sahiplerine de satılık ya da kiralık yer göstermek, sahiplerine ulaşma imkanlarını sağlama şeklinde yapılır. Uygulamada bilinen en önemli örneği, taşınmaz simsarlığı faaliyeti yapan emlakçılardır. Taşınmaz simsarlığı sözleşmesi faaliyeti, genel olarak iş sahibi ile üçüncü şahıs arasında taşınmaz üzerinde aynı veya şahsi hak kurulmasına ilişkin bir asıl sözleşme yapmayı amaçlayan “fırsat gösterme” girişimi şeklinde görülür.³

2 YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, Hazırlayanlar: YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Beta Yayınları, 10.Baskı, s. 1309; BAKAR Gökhan, **Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 64.

3 BAKAR, s. 65; ERASLAN, ÖZKAYA, **Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 1021.YHGK. T. 07.03.2018, E. 2017/13-555, K. 2018/442, “6098 Sayılı Türk



Sımsarın sımsarlık faaliyetinde bulunma borcu, kural olarak aracılık faaliyetine konu sözleşmenin ifası ile sona erecektir.

B. Şahsen İfa Borcu

Sımsarlık sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda ayrıca düzenlendiğinden, vekalet sözleşmesinin yan bir türü olmayıp, kendine özgü nitelikleri olan özel bir türüdür. BK m.520/2 hükmü gereğince vekalet sözleşmesine yapılan atıftan dolayı, vekalet sözleşmesi hükümleri, sımsarlık sözleşmesi hükümlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.⁴ İşte atıf yapılan bu hükümlerden birisi de BK m.506/1'de yer alan "şahsen ifa" hükmüdür. BK m. 506/1'e göre, "Vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu olduğu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir." Hükümden anlaşılan, sımsarın kural olarak borcunu bizzat ifasıdır.

BK m.506/1'de öngörülen vekilin şahsen ifa yükümlülüğü borcu, taraflar arasındaki özel bir güvene dayanmaktadır. BK m.83'de yer alan "Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir." şeklindeki "şahsen ifa zorunluluğunun olmaması" kuralı, burada geçerli değildir.⁵ Dolayısıyla vekil, borcunu bizzat ifa etmelidir. Şahsen ifa borcunun, sadakat ve özen borcu ile aynı hüküm altında düzenlenmiş olmasının, kanun koyucunun bu borcu özen borcu kapsamında değerlendirmesinden de kaynaklandığı ifade edilmektedir.⁶

Sımsarlık sözleşmesinde genel ilke olarak, sımsarın işi şahsen yapma yükümlülüğü varsa da, BK m.506 hükmünde, bazı istisnai durumlar da tanınmıştır. BK m.506/1 f.2'de "Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir." demek sureti ile genel kurala istisnai olabilecek durumları saymıştır. Bu

Borçlar Kanununun 520/1. maddesinde sımsarlık sözleşmesinin tanımı "...sımsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir" şeklinde yapılmıştır. Bu hüküm mehaza uygun olarak, "Sımsarlık, sımsarın bir ücret karşılığında, ya diğer tarafa bir sözleşmenin kurulması fırsatını göstermeyi ya da ona bir sözleşme görüşmesi için aracılık etmeyi borçlandığı bir sözleşmedir" şeklinde anlaşılmalıdır." Aynı yönde YHGK. T. 30.03.2016, E. 2014/859, K. 2016/428. (Kazancı İçtihat Bankası, 19.09.2019).

4 ÖZKAYA, s. 1022; YHGK. T. 07.03.2018, E. 2017/13-555, K. 2018/442, "Sımsarlık sözleşmesi vekalet sözleşmesinin, konusu belirli (akit yapma hususunda aracılık faaliyetinde bulunma) ve sımsarın her zaman ücrete hak kazandığı özel bir çeşidedir. Bu sebeple TBK. m.520/2 maddesinde (BK m.404/2) "sımsarlık sözleşmesine, kural olarak vekaletle dair hükümler uygulanır" denilmiştir." (Kazancı, 19.09.2019).

5 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 724-725.

6 BOZKURT Tamer, **Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık**, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara 2007, s. 196.



hallerde, BK m.83'te yer alan "gayri şahsi ifa ilkesi" uygulanma imkanı bulacaktır. Vekil, bu yetki ve hakkı, birbirinden farklı olan ikame vekil yolu ile ya da alt vekalet yolu ile kullanabilecektir.⁷

BK m.506 f.2'de, vekilin işi bizzat yapma yükümlülüğünün istisna halleri sayılmıştır. Madde metni şu şekildedir: "Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir." Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, Vekalet veren, vekile, yapacağı işi başkasına gördürmesi ile ilgili olarak açık ya da zımnî bir rıza göstermesi halinde, BK m.506 f.1'de yer alan "şahsen ifa" genel kuralı işlemeyecektir. Yine madde hükmünden anlaşılacağı üzere, "durumun zorunlu kıldığı hallerde" vekil, işi başkasına yaptırabilecektir. Burada vekil, üzerine aldığı işin yerine getirilmesinde başka bir kişinin yardımından yararlanmak zorunda kalmaktadır. Son olarak, vekil, yüklenmiş olduğu işin ifasında bir başkasının yardımından yararlanmasını icap ettirecek bir "teamül durumu" varsa, işi ona havale edip gördürebilme hakkına sahiptir.

Vekilin işi başkasına yaptırması halinde karşı karşıya olacağı sorumluluk hali, BK m.507'nci madde de yer almaktadır. Madde düzenlemesi şu şekildedir: "Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur. Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir." Burada madde hükmünden hareketle, vekilin iş başkasına gördürürken yetkili olup olmasına göre ayrı değerlendirme yapmak gereklidir.

BK m.507 f.1 gereğince vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına yaptırdığında, tereddütsüz bir şekilde, yetki verdiği kişinin fiilinden sanki onu kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Ancak vekil yerine işi gören kişi, vekilden de beklenen itimamı göstermiş olmasına rağmen, amaçlanan iş gerçekleşmemiş ise, vekilin sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Keza işin ifasının tamamen yapılması ve arzulanan sonucun gerçekleştirilmesi halinde de, borç sona ermiş olduğundan, vekilin bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Böyle bir halde, iş sahibinin ifayı başkasının yapmış olduğu gerekçesi ile kabul etmemesi, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecektir. BK m.507 f.1'deki sorumluluk, aslında BK m.112 vd maddelerinde yer alan "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları"nın bir uygulama alanıdır. Vekil, kabul edilmemiş tüm işi başkasına yaptırması hallerinde, sorumluluk alanını genişletmiş olacaktır.⁸

7 Bu konuda geniş bilgi için bkz. YAVUZ, s. 1197.

8 YAVUZ, s. 1999-1200; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 2,



Maddenin ikinci fıkrası, vekilin işi başkasına yaptırmasına yetkili olduğu haldeki sorumluluğunu düzenlemektedir. Fıkra da yer alan “*Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.*” sorumluluğu, vekilin yerine atadığı vekili seçme ve talimat özeni ile sınırlı olacaktır. Eğer vekil, işi yapacak kişiyi seçmede bir özen eksikliği göstermiş ve yetersiz ve ehil olmayan bir kimseyi seçmiş ise ya da ona işi yapmada talimatları hatalı veya eksik vermiş ise, bundan dolayı meydana gelecek zarardan sorumlu olacaktır.⁹ Yavuz, mehaz doktrinden de hareketle, buna aykırı yani vekilin seçmede ve ona talimatta sorumlu olamayacağına dair sözleşme şartı koyamayacağını haklı olarak söylemektedir.¹⁰

Maddenin üçüncü fıkrası gereğince, vekilin işi başkasına gördürmesinde yetkili ya da yetkisiz olması fark etmeksizin, vekalet veren, vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı aralarında doğrudan doğruya bir sözleşme olmamasına rağmen talep hakkına sahiptir. Vekalet veren, işi görmeye atanmış alt vekilden ifayı talep ya da varsa zararını, kanundan doğan bu tek taraflı hakkına dayanarak talep edebilecektir. Alt vekil de, gerek kendisinin sahip olduğu ve gerekse de asıl vekilin sahip olduğu def’ileri ileri sürme hakkına sahiptir.¹¹

BK m.506 ve 507’nci maddelerinde sayılan kişiler yukarıda da belirtiltiği üzere genel olarak, alt vekil ya da ikame vekil statüsündeki kimselerdir. Yardımcı kimseler ise bunlardan farklıdır. Vekilin vekalet verene karşı olan edimini bizzat ifa etmesi, işin niteliği ve hacmi gibi ve başkaca diğer sebeplerden dolayı zor olabilir. Bu yüzden vekilin yanında bazı yardımcı kişileri çalıştırması, zorunluluk dahi teşkil etmektedir. Yardımcıların yaptığı iş, kural olarak asli işler olmayıp, ikinci nitelikteki işlerdir. Yardımcı kimselerin yaptıklarından sorumluluk hali, BK m.112 ve m.507’de değil, BK m.116’da yer almaktadır. Görüldüğü üzere vekil, yanında çalıştırdığı kimselerin yaptıklarından, BK m.116 gereğince sorumlu olacaktır. Simsarlık sözleşmesinde simsarın kimliğinin, diğer bazı adi vekaletlere göre daha az rol oynadığı göz önüne alınarak, simsarın yardımcı kişi kullanabileceği kabul edilmektedir. Bunun aksinin yani yardımcı kişi kullanılmayacağı şartının taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Yardımcı kişinin kullanılmasının kabul edildiği durumlarda, vekilin sorumluluğu BK m.116 kapsamında olacak, aksi taktirde ise sorumluluk BK m.112 kapsamında olacaktır.¹²

Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 204; ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku, Özel Hukuk İlişkileri**, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, s. 452.

9 YAVUZ, s. 1200, ARAL/AYRANCI, s. 452.

10 YAVUZ, s. 1200.

11 EREN, s. 728.

12 EREN, s. 725; BAKAR, s. 68.



C. Sadakat ve Özen Borcu

Simsarlık sözleşmesinde vekilin, yüklendiği işi özen ve sadakatlere yerine getirme borcu vardır. BK m.502/2 atfı gereğince, vekilin özen ve sadakat borcu da vekalet hükümlerinde yer alan düzenlemeye göre olacaktır. Vekilin sadakat ve özen borcu, BK m.506/2'de şöyle düzenlenmiştir: *“Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”*

Doktrinde sadakat borcu, gerek vekaletin ifası sırasında ve gerekse vekaletin sona ermesinden sonra, vekile duyulan güvene uygun olarak, vekalet verenin menfaatlerinin sözleşmede arzulan amaç kapsamında vekil tarafından korunması ve vekilin kendi menfaatini vekalet verenin menfaatine tabi kılması şeklinde tanımlanmaktadır.¹³ Sadakat borcunun kapsamına, vekil edeni sözleşmenin ifasıyla ilgili gelişmelerden bilgilendirme ve tavsiyede bulunma, vaki bir menfaat çatışmasından derhal haberdar etme ve bu kapsamda ilke olarak kendisiyle sözleşme yapmaması, hesap verme, aldıklarını geri verme ve vekilin özellikle sır saklaması gibi konular genel olarak girmektedir.¹⁴

Vekilin BK m.506/2'de yer alan özen borcunun borcunun niteliğini ve sorumluluk durum ve derecesini, aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Madde fıkrası şu şekildedir: *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”* Hükümden anlaşılan ilk sonuç, öncelikle vekilin sözleşme ile amaçlanan sonuca varmak için yaptığı faaliyette özenle davranmak zorunda oluşudur. Vekil, sonucun elde edilememesinden değil, sözleşmenin ifası sırasında yapmış olduğu işlerin özenle yapılmamasından dolayı sorumlu olacaktır. Buna göre, işin yapılmasında hayat tecrübelerine ve işlerin mutad gidişine göre zorunlu girişim ve davranışların yapılması, sonucu engelleyecek davranışlardan ise uzak kalınması gerekmektedir.¹⁵

13 YAVUZ, s. 1204-1207; TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C: 2, Vedat Kitapçılık, 5. Basım, İstanbul, 2010, s.407.

14 EREN, s. 733; ARAL/AYRANCI, s. 447; YAVUZ Nihat, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C: 2, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 2863.

15 EREN, s. 730-733; BAKAR, s. 66 vd.; TANDOĞAN, s. 411; Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. YAVUZ, s. 1192-1196; Y13HD, T. 10.05.2018, E. 2015/41418, K. 2018/5670, *“Vekil, vekalet görevine konu işi görürken, yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur.”*; Y13HD, T. 29.06.2016, E. 2014/26481, K. 2016/6184, *“... vekil, adı geçen Kanununun 506. maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özenle ifa etmekte yükümlüdür. Vekil, sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır.”* (Kazancı, 21.09.2019).

BK m.523'de yer alan “*Sımsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder yahut dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder*”. hükmü de, sımsarın sadakat ve özen borcunu düzenleyen özel bir görünümüdür.

Sadakat borcu ve özellikle sır saklama borcu, özen yükümlülüğünün aksine, sözleşme konusu işin ifa edilip sözleşmenin sona ermesine rağmen devam eder.¹⁶

D. Talimata Uygun Davranma Borcu

Sımsarın sımsarlık sözleşmesinde, iş sahibini talimatına uygun davranma borcu da, sımsarlık sözleşmesi ile ilgili maddelerde özel olarak yer almadığından, burada da BK m.502/2 atfı gereğince, vekalet sözleşmesi hükümlerine gidilerek çözüm aranacaktır. Vekilin, vekalet verenin iradesine ve talimatına uygun davranma borcu ve sonucu, BK m.505'de şöyle düzenlenmiştir. “(1)Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir. (2) Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz.”

Vekalet sözleşmesinde asıl olan, vekalet verenin işi ve bundan sonuçlanacak olan faydasıdır. Vekilin vekalet veren adına ve onun faydasına hareket etmesi zorunluluğu ve borcu da, zaten onun iradesine ve talimatlarına uymayı gerektirmektedir.

Vekalet verenin talimata yönelik irade yetkisi, iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bu iradesi ya açık bir talimat şeklinde olacaktır ya da muhtemel bir irade şeklinde olacaktır. Yavuz, muhtemel iradeyi “*Şartların değişmesi ve vekalet verenden zamanında açık talimat alınması imkanı bulunmaması halinde araştırılacak irade ve talimat*” olarak açıklamaktadır.¹⁷

Vekilin, vekalet verenin talimatlarına uymamasının sonucu, BK m.505/2'de düzenlenmiştir. Madde hükmü, vekilin vekalet verenin talimatından ayrılması ve bundan da bir zararın doğması halinde, bu zarardan sorumlu olacağını ve bu zararı telafi etmedikçe, işini ifa etmemiş sayılacağını açık olarak ifade etmektedir.

Vekilin talimattan ayrılmış olduğuna ilişkin tartışmalarda ispat yükü, kural olarak, talimattan ayrılma şartlarının oluştuğunu ileri süren vekile aittir.¹⁸

16 TANDOĞAN, s. 409.

17 YAVUZ, s. 1201.

18 YAVUZ, Nihat, s. 2679.



E. Hesap Verme Borcu

Simsarlık sözleşmesinde simsarın iş sahibine hesap verme borcu da bulunmaktadır ve bu borcu, BK m.508/1'de şu şekilde düzenlenmiştir. *“Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.”*

Vekilin, vekalet verene karşı bir yapma borcu niteliğinde olan borcu, aslında başkasına ait bir işi görmesinin doğal ve zorunlu bir unsurudur ve bu borç sadece vekalet veren lehine değil, aynı zamanda vekil yararınadır da. Hesap verme borcunun yerine getirilmesi ile vekilin ifa borcunu, talimatlara uyma borcunu yerine getirip getirmediği, işin gidişatının vekalet verenin arzusuna uygun gidip gitmediği anlaşılacaktır ve hesap verme, vekil talep etmemiş dahi olsa, işin gidişatı konusunda bilgi vermeyi kapsamaktadır. Dolayısıyla, vekilin sözleşme ifasına ait belgeleri saklaması, hesap veya defter tutması, düzenli olarak bilgi vermesi, her iki tarafın da yararına olacaktır. Hesap verme borcunun kapsamına bakıldığında, bilgi verme yükümlülüğünün daha geniş bir şekilde ortaya çıktığı görülecektir.¹⁹

F. Geri Verme Borcu

BK m.508 hükmünde, *“Vekil, vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.”* denilmekte ve böylece vekilin sözleşme kapsamında aldıklarını, vekalet verene verme borcunun da olduğu ifade edilmiştir. Yasada açıkça yer alan bu emredici düzenleme karşısında vekil, vekalet sözleşmesine ait olmak kaydı ile aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür. BK m.508/2'de yer alan *“Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür.”* hükmü karşısında vekil, sözleşme kapsamında almış olduğu parayı da, diğer şeyler gibi gecikmeksizin ve derhal vermek zorundadır. Aksi takdirde, paranın geç verilmesinden dolayı faiz ödemesi sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Gümüş, buradaki faizin temerrüt faizi değil, anapara faizi olduğunu ve iade borcunun kapsamını da *“iş görmenin amacına hizmet eden ve onu koruyan her şey”* şeklinde açıklamaktadır.²⁰

Yavuz, vekilin alınanları verme borcunun, bir verme borcu ve vekilin bunu vermemesi halindeki sorumluluğunun, bir sonuç sorumluluğu olduğunu söylemektedir. Vekalet veren bu durumda, borçların ifasına ilişkin genel hükümlere göre vekili zorlayabilecektir. Bu zorlama konusu talep, bir tazminat alacağı değil, ifaya yönelmiş bir talep niteliğindedir

19 YAVUZ, s. 1207-1208; EREN, s. 735; GÜMÜŞ, s. 169; ARAL/AYRANCI, s. 479, YAVUZ, Nihat, s. 2895.

20 GÜMÜŞ, s. 167-168.



ve BK m.147/b.5 hükmü çerçevesinde, beş yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir.²¹

Vekilin vekalet verene karşı geri verme borcu kapsamındaki takas, zamanaşımı, ödemezlik def'i, hapis hakkı gibi hak ve savunmaları, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulacaktır. Vekil, özellikle ücret, masraf ve tazminat alacaklarını, takas ve hapis hakkı yolu ileri sürebilecektir.²²

II. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

A. Ücret Borcu

Sımsarlık sözleşmesinde, adi vekalet sözleşmesi genel hükümlerinden farklı olarak, ücret, kanuni ve zorunlu bir unsur olarak yasa da yer almaktadır. BK m. 502/3'de, "Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır." denmektedir. Dolayısıyla adi vekalet sözleşmelerinde ücret, sözleşmede kararlaştırılmamış ise veyahut sözleşme konusu işle ilgili olarak ücretle ilgili bir teamül yoksa, vekil ücret talep edemeyecektir. Bu halde, işin ücretsiz yapılması durumu söz konusudur. Sımsarlık sözleşmesinde ücret, kanuni ve zorunlu bir unsur olup, sımsar, faaliyetinin karşılığında, sözleşmede yer almasa bile bir ücret talep edebilecektir. Sımsarlık sözleşmesinde ücret, sözleşmenin yapısal (objektif esaslı) unsurunu oluşturmaktadır. Bu nokta, sımsarlık sözleşmesini vekaletten ayıran önemli bir farktır.²³ Sımsarlık sözleşmesinde ücretin bu yapısal niteliği, BK m.520/1'de şöyle ifade bulmuştur: "Sımsarlık sözleşmesi, sımsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir."

Görülmektedir ki, sımsarlık sözleşmesinde ücret, ancak sımsarın faaliyetinden kaynaklı olarak bir sonuca ulaşılması halinde talep edilebilir bir niteliğe bürünecektir. Sımsarın, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir çaba göstermiş olması hali, başlı başına ücrete hak kazanmasına yeterli değildir. BK m.521/1'de "Ücretin Hak Etme Zamanı" başlığı altında, "Sımsar, ancak yaptığı faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır." hükmü karşısında, taraflar arasında sözleşme kurulamamış ise, sımsarın ücret talep etme hakkı olmayacaktır.²⁴

21 YAVUZ, s. 1208 vd.

22 YAVUZ, s. 1212.

23 GÜMÜŞ, s. 199; BOZTAŞ Nevzat, **Taşınmaz Sımsarlığı (Emlak Komisyonculuğu)**, Aristo Yayınları, s. 46.

24 YAVUZ, s. 1314; GÜL Neytullah, Sımsarın Ücret Hakkı, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4) 2016, S. 2795-2820, s. 2797.



İş sahibinin, simsarın yerine getirdiği ve önerdiği teklifi kabul etme mecburiyeti yoktur. Esas sözleşme tamamen kendi yararına olsa dahi, bunu yapıp yapmamakta serbesttir ve bu hakkından önceden feragat etmesi de geçerli değildir. Böyle bir halde, esas sözleşmenin kurulmamış olması sebebi ile simsar ücrete hak kazanamayacaktır. Simsarın faaliyetine rağmen esas sözleşmenin kurulamamasının rizikosu, tamamen simsara yüklenmiştir. Doktrinde bu durum, simsarlık sözleşmesinin tesadüfe bağlı bir sözleşme niteliğinde olduğu yönü ile açıklanmaktadır.²⁵

Buna rağmen, iş sahibinin, haklı sebepler dahilinde değil de, dürüstlük kuralları dışına çıkarak sözleşmeyi yapmaktan imtina etmesi halinde, BK m.175 gereğince somut olayın değerlendirilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. BK m.175 hükmü şu şekildedir. *“(1)Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır. (2)Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır.”* Yargıtay’ın da uygulamada göz önüne aldığı prensip budur.²⁶

İş sahibinin, simsara, işin sonuçlandırılması noktasında bir süre vermesi mümkündür. Simsar kendisine verilen süre içerisinde işi sonuçlandıramazsa yani esas sözleşmenin kurulmasını sağlayamazsa, ücret talep hakkını kaybedecektir. Ancak, bu konuda iş sahibinin dürüstlük kuralları içerisinde kalıp kalmadığı da önem arz etmektedir. Örneğin, sırf simsarlık ücretini ödememek için sözleşme yapmayı süre sonuna bırakan ya da sürenin dolmasından kısa bir süre sonra sözleşmeyi kuran iş sahibinin iyi niyeti, dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirilecek ve bu hallerde bile simsarın ücrete hak kazanabilmesi söz konusu olabilecektir.²⁷

Simsarın faaliyetine rağmen, esas sözleşmenin kurulamamasından dolayı simsarın ücrete hak kazanamadığı hususunun aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı konusunda, doktrinde farklı görüşler mevcuttur.²⁸

Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için, esas sözleşmenin kurulmasının gerekliliğinin yanı sıra, başka birtakım unsurlara daha ihtiyaç vardır. Öncelikle, esas sözleşmenin, hukuken geçerli bir sözleşme niteliğinde olması gerekmektedir. BK m.27/1 kapsamında, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan ve keza konusu imkansız olan sözleşmeler geçersiz sayılacağından, bu hallerde simsarın bir ücret talep etme hakkı söz konusu olamayacaktır. Aynı şekilde,

25 YAVUZ, s. 1314-1315; GÜL, s. 2799, 2802; ÖZKAYA, s. 1023; BOZKURT, s. 124-125.

26 YAVUZ, s. 1316; GÜL, s. 2802; ÖZKAYA, s. 1024.

27 ÖZKAYA, s. 1025; GÜL, s. 2802.

28 Bu konudaki görüşler için bkz. GÜL, s. 2797.



BK m.12/2 gereğince, kanunda öngörülen biçimsel şartta yapılmayan sözleşmelerde de, simsarın ücret hakkı söz konusu olamayacaktır.²⁹ Ayrıca, simsarın çaba gösterdiği ve yapılmasına zemin hazırladığı sözleşmeden kaynaklı olarak ücrete hak kazanabilmesi için, esas sözleşmenin, iş sahibinin simsar ile sözleşme kurarken beklediği, amaç ve arzulanmış özellikte bir sözleşme olmalıdır. Ancak, bu amaç ve uygunluğun, mutlak nitelikte aynı olması şart değildir. Esas sözleşme, iş sahibinin iktisadi amaçlarına bir fayda getirmiş ise, bu amaca uygun bir nitelikte ise, simsarın ücrete hak kazandığı söylenebilir. Önemli olan husus, simsarın aracılık yaptığı sözleşmenin, amaçlanan esas sözleşmeye iktisaden bir eş değer taşımasıdır.³⁰ Son olarak, simsarın faaliyeti ile iş sahibi ve üçüncü kişi arasında kurulan esas sözleşme arasında, bir nedensellik ilişkisinin bulunması gereklidir. BK m.521/1 hükmünde yer alan “*yaptığı faaliyet sonucunda*” ifadesi, nedensellik ilişkisi varlığını daha açık bir şekilde göz önüne sermektedir. Simsar, simsarlık sözleşmesinde yapmayı vaat ettiği çalışmaları yapmalı ve esas sözleşmede, bu aracılık çalışmalarının bir sonucu olarak kurulmuş olmalıdır. Simsarın fırsat gösterme, aracılık ve yönlendirme şeklinde olabilecek faaliyetleri, iş sahibi ile üçüncü kişi arasında sözleşme kurulması, sözleşme kurmaya yönlendiren etkili bilgi akışı şeklinde olabileceği gibi, üçüncü kişiyi sözleşme yapma noktasında olumlu anlamda etkileme, ikna etme (buna psikolojik nedensellik bağı denilmekte) şeklinde de olabilir. Bunları yaparken, şahsi çalışmalarının yanında, yardımcı ya da aracı kullanması da mümkündür.³¹

BK m.521/2 hükmü, “Simsarın faaliyeti sonucunda kurulan sözleşme geciktirici koşula bağlanmışsa ücret, koşulun gerçekleşmesi hâlinde ödenir.” demek sureti ile, sözleşmenin bir geciktirici şarta bağlanması halinde, simsarın ücrete hak kazanmasının da bu geciktirici şarta bağlanabileceğini ifade etmektedir. Bu durumda, şart gerçekleşmeden, simsar ücrete hak kazanamayacaktır. Simsara daha önceden verilen bir ücret varsa, şartın gerçekleşmemesi veyahut gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi halinde, ödenen ücret, simsardan, sebepsiz zenginleşme hükümleri dahilinde geri talep edilebilecektir. Yeter ki, şartın gerçekleşmemesi, BK m.175/1 uyarınca, iş sahibine mal edilebilir olmasın. Ancak, hükmün emredici nitelikte olmaması sebebi ile bu durumun aksinin kararlaştırılması mümkün olup, simsarın ücrete hak

29 GÜL, s. 2977; Boztaş, s. 117; ÖZKAYA, s. 1024.

30 GÜMÜŞ, s. 209; ÖZKAYA, s. 1024-1025.

31 YAVUZ, s. 1317; GÜMÜŞ, s. 209-210; GÜL, s. 2804-2805; BAKAR, s. 93-100; Boztaş, s. 124; ÖZKAYA, s. 1025; Aynı doğrultuda Yargıtay kararı, Y13HD, T. 21.02.1991, E. 1991/5988, K. 1991/1927, “Tellalın ücrete hak kazanabilmesi, ancak yaptığı hazırlık veya icra eylediği tavassutun akdin icrasına müncer olması koşuluna bağlıdır.” (ÖZKAYA, s. 1025.).



kazanabilmesi için, geciktirici şartın gerçekleşmesinin beklenilmesi şartı, simsar açısından ortadan kaldırılabilecektir.³²

Daha önce de ifade edildiği üzere, simsarlık sözleşmesini benzerlerinden ayıran özelliği, ücret karşılığı yapılıyor olmasıdır. Ücret, simsarlık sözleşmesinin yapısal (objektif esaslı) unsurudur. Simsarlık sözleşmenin esaslı unsuru olan ücretin verileceği konusunda, tarafların bir anlaşma yapmaları yeterli olup, ücret miktarı konusunda bir anlaşma yapmaları zorunlu değildir. Dolayısıyla, simsarlık sözleşmesinde, tarafların ücret miktarı konusunda değil, bir ücret ödenmesi konusunda irade birliği içerisinde olmaları, sözleşmenin kurulması ve ücretin ödenmesi için yeterli olacaktır. Taraflar, ücreti belirlemişler ise, bu miktar ücret ödenecektir. Eğer ücret ödenmesi kararına rağmen bir ücret miktarı belirlenmemiş ise, ücretin yine de ödenmesi söz konusu olacaktır. Bu husus, BK m.522'de düzenlenmiş olup, madde hükmü şöyledir: “*Ücret belirlenmemişse tarifeye, tarife yoksa teamüle göre ödenir.*” Bu hüküm, mülga kanunun 406'ncı maddesini karşılamakta olup, maddede sadeleşme dışında bir değişiklik yapılmamıştır. Yani, simsar ile iş sahibi arasında, ücret miktarına ilişkin bir sözleşme yapılmaması halinde bile, simsar, ücrete hak kazanabilecektir. Bundan anlaşılan ve çıkarılan sonuç, ücret miktarının, sözleşmenin esaslı bir unsuru olmadığıdır.³³

Taraflar arasında ödenmesi kararlaştırılan ücret, irade ve sözleşme özgürlüğü gereğince, kural olarak, ücret yöntemleri dahilinde tespit edilip, serbestçe kararlaştırılabilecektir. Ücret, tayin edilen bir miktar para olabileceği gibi, sözleşme konusu edimin ve değerinin bir yüzdelik oranı şeklinde de olabilir. Hatta, farklı ücret tiplerini bir arada bulunduran karma bir ücret kararlaştırılması da mümkündür. Uygulamada özellikle taşınmaz simsarlığında ücret, kiralanan ya da satılan taşınmazın yıllık kira bedelinin ya da taşınmazın satışı halinde, satış değerinin belli bir yüzdesi olarak kararlaştırılmaktadır.³⁴

Ücret miktarının sözleşmede kararlaştırılmaması halinde, BK m.522 gereğince, önce tarifeye göre; eğer bir tarife yok ise, teamüle göre ödenecektir. Tarafların ücret miktarı konusunda bir anlaşma yapmış olmaları halinde, kural olarak, tarifeye veyahut teamüle gidilmeyecektir. Hukuki geçerliliği olan bir anlaşma, tarife ve teamülden daha üstün ve

32 YAVUZ, s. 1316; GÜL, s. 2803; GÜMÜŞ, s. 208; BAKAR, s. 100-101.

33 ÖZKAYA, s. 1029; GÜMÜŞ, s. 211-212; SALDIRIM Mustafa, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu**, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 1117; İLGÜN Candaş, **Emlakçılık ve Taşınmaz Simsarlığı Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 11.

34 YAVUZ, s. 1318; GÜMÜŞ, s. 212; BAKAR, s. 103 vd.; Boztaş, s. 132.



önceliklidir.³⁵ Sözleşmede ücret miktarı konusunda bir hüküm yoksa, bakılacak olan tarifeden kasıt, resmi niteliği olan tarifelerdir. Resmi nitelik taşımayan özel nitelikteki tarifelerin de, taraflarca yapılacak atıf sureti ile kararlaştırılabilmesi mümkündür. Ücret konusunda bir tarifenin bulunup bulunmadığı konusunda, ilgili Ticaret ve Sanayi Odaları ile Emlak Meslek Odalarından bilgi ve görüş alınmalıdır.³⁶

Resmi Gazetede (RG) yayımlanan 29.04.2004 Tarih ve 25447 sayılı Mecburi Standartlar Tebliği'ne göre, *“Emlak komisyonculuğu hizmetleri, ilgili Ticaret Odası veya Sanayi veya Ticaret Odası veya Esnaf Sanatkarlar Odası bünyesinde kurulan Emlak Meslek Odalarıncı belirlenmiş ücret tarifesine veya teamül ücrete göre verilmeli ve komisyon ücretlerinin yüzdeleri ile yer gösterme hizmeti karşılığında herhangi bir ücret talebinde bulunamayacağına dair bilgilerin yer aldığı fiyat tarifesi müşterilerin görebileceği bir yere asılmalıdır.”*(m.1.1.3). Söz konusu düzenleme, sımsarın ücreti ile ilgili olarak serbestçe hareket etme kabiliyetini tamamen sınırlamış ve sımsarın bağlı bulunduğu oda tarafından belirlenen ücret tarifesi dışında bir ücret talebinde bulunamayacağını, BK m.522 bağlamında, kesin olarak sonuca bağlamıştır. Sözleşme konusu ücrete ilişkin bir tarifenin bulunmaması halinde yine, sımsarın serbestçe ücret tayini ve talebi söz konusu olamayacak, aynı şekilde, bu defa teamüller kapsamında bir ücret talep ve takdiri olacaktır. Tüm bunlara ek olarak düzenleme, sımsarın yer gösterme karşılığında da bir ücret talep edemeyeceğini hükme bağlamıştır. Doktrinde, BK m.522'de yer alan sözleşme serbestisi ve keza BK m.521/1 hükmünün emredici nitelikte bir hüküm olmaması sebebi ile tebliğ'deki bu sınırlamaların, BK m.520 vd. hükümleri ile örtüşmediği ileri sürülmüştür. Yer göstermenin de bir sımsarlık faaliyeti olması sebebi ile bunun için dahi ücret kararlaştırılabileceğinin mümkün olması gerektiği, kanaatimizce de haklı olarak ifade edilmektedir.³⁷

Mecburi Standartlar Tebliğinde yapılan 2004 tarihli değişiklik gereğince, taşınmaz sımsarlarının Meslek Odasına kayıt olmaları zorunluluğu getirilmiş ise de, sımsarlık faaliyetlerinde bulunan tüm sımsarların, ilgili odaya kayıtlı olduğu söylenemez. Bu zorunluluğa

35 ÖZKAYA, s. 1029; YAVUZ, s. 1318, *“Ücret sözleşme ile belirlenmiş ise, BK m.522 hükmünün tamamlayıcı kaynaklarına başvurulmaz. BK'nun öngördüğü hiyerarşisiye göre, sözleşme tarifeden önce, tarife de teamülden önce gelir.”*

36 GÜMÜŞ, s. 212; Uygulamadaki birçok sorunu çözmek adına, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan *“Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik”*, 05.06.2018 tarihli ve 30442 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik ile taşınmaz ticaretine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmıştır.

37 Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. BAKAR, s. 104-105



uyulmamasından kaynaklı olarak, uygulamada birçok sorun meydana gelmektedir. Zira Tebliğ'de, simsarların işyeri ve çalışmalarını ile ilgili standartlar belirlenmiştir.³⁸

Uygulamadaki birçok sorunu çözmek adına, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan "Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik", 05.06.2018 tarihli ve 30442 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik ile taşınmaz ticaretine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmıştır (Madde 1). Yönetmeliğin 2'nci maddesi de "Kapsam" başlığı altında şu şekildedir: *"Bu Yönetmelik, tapu kütüğüne kayıtlı olsun ya da olmasın taşınmaz alım satımı ve kiralınması ile tapu işlemlerine aracılık eden, taşınmazla ilgili danışmanlık ve yönetim hizmeti veren gerçek veya tüzel kişi tacirler ile esnaf ve sanatkârların mesleki faaliyetlerini, yetki belgesinin verilmesi, yenilenmesi, askıya alınması ve iptaline ilişkin usul ve esasları, taşınmaz ticaretiyle iştigal eden işletmelerde aranan şartları, bu işletmelerin faaliyetlerine ilişkin yükümlülüklerini ve Bakanlık, yetkili idareler ile ilgili diğer kurum ve kuruluşların taşınmaz ticaretine ilişkin görev, yetki ve sorumluluklarını kapsar."*

Yönetmeliğin 20'nci maddesi "Hizmet bedeli" adı altında düzenlenmiş olup, madde, taşınmaz simsarlığı sözleşmesinde ücrete de şamil olduğundan önem arz etmektedir. Madde hükmü şöyledir: *"(1)Alım satım işlemlerinde hizmet bedeli oranı, alım satıma aracılık sözleşmesinde yer alan satış bedelinin katma değer vergisi hariç yüzde dördünden fazla olamaz. (2) Kiralama işlemlerinde hizmet bedeli, kiralamaya aracılık sözleşmesinde yer alan kira bedelinin katma değer vergisi hariç bir aylık tutarından fazla olamaz. (3) İşletme, taşınmaz alım satımının tapu siciline tesciliyle veya iş sahibi ile kiracı arasındaki kira sözleşmesinin kurulmasıyla hizmet bedeline hak kazanır. Alım satım ve kiralama dışındaki hizmetlerde hizmet bedeli hakkı ilgili sözleşmenin kurulmasıyla doğar. (4)Hizmet bedeli, iş sahibi ile alıcı veya kiracı arasında aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça eşit olarak paylaşılır. (5)18 inci madde çerçevesinde yürütülen ortak çalışma sonucunda hak kazanılan hizmet bedeli, alım satıma aracılık sözleşmesi veya kiralamaya aracılık sözleşmesinde yetkilisinin imzası bulunan işletmeye ödenir ve hizmet ortaklığı sözleşmesinde belirtilen usulde paylaşılır. Bu sözleşmede hizmet bedelinin paylaşımı hususunda hüküm bulunmaması halinde bu bedel taraflar arasında eşit olarak paylaşılır. (6)Taşınmazın yetkilendirme sözleşmesinin süresi içinde, taşınmaz gösterme belgesini düzenleyen işletme bertaraf edilerek doğrudan iş sahibinden satın alınması veya kiralınması durumunda işletme hizmet bedeline hak kazanır. (7)*

38 BOZKURT, *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.281; ÇAĞLAYAN Çağlar, *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması*, *Ankara Barosu Dergisi*, S:2016/1, S.441-455, s. 446.



Yetki belgesi iptal edilen işletmenin, iptal tarihi itibarıyla geçerli olan yetkilendirme sözleşmeleri feshedilmiş sayılır. İşletme, sözleşmenin feshedilmiş sayılmasından önce vermiş olduğu hizmetler için hizmet bedeline hak kazanır.”

Yönetmelik, taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinde, sımsarın taşınmazın satımında ve kiralanmasında alabileceği ücret miktarını tayin etmiştir. Buna göre, taşınmazın alım satım işlemlerinde sımsarın alabileceği hizmet bedeli (ücret) oranı, sözleşmeye konu satış bedelinin (katma değer vergisi hariç) yüzde dördünden (%4) fazla olamayacaktır. Sözleşmeye konu edimin bir kiralama hizmeti olması halinde ise, sımsarın hizmet ücreti, kira bedelinin (katma değer vergisi hariç) bir aylık tutarından fazla olamayacaktır.

Maddenin dördüncü fıkrasında, hizmet bedeli konusunda taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, iş sahibi ile alıcı veya kiracı arasında eşit olarak paylaşılacağı hükme bağlanmıştır. Uygulamada da genel olarak, taşınmaz sımsarları, bu bedelleri taraflara eşit paylaşım sureti ile hareket etmektedirler.³⁹

Bu yönetmelik gereğince, taşınmaz sımsarlığı sözleşmelerinde ücrete ilişkin bir üst sınır bulunup bulunmadığı sorunu böylece ortadan kaldırılmıştır demek mümkündür. Yönetmelik, açık bir şekilde taşınmaz sımsarının talep edebileceği üst limiti tayin etmiştir. Madde hükümlerinde yer alan “olamaz” ibaresinin, emredici bir nitelik taşıdığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, tarafların taşınmaz sımsarına karşı açacakları bir üst ücret limitinin aşıldığına ilişkin davada, hakim, yasanın belirttiği üst limiti aşan kısmı iptal etmesi gerekecektir. Bu halde, Yargıtay’ın sımsarlık sözleşmesinde, ücretin taraflarca serbestçe belirlenebileceği konusundaki kabulü, taşınmaz sımsarlığı tipinde geçerli olmayacaktır. Yönetmelik ile getirilen bu sınırlamanın, sözleşme serbestisinin bir istisnası olduğu kanaatindeyiz.

Uygulamada taşınmaz sımsarlığında sıkça rastlanılan bir sorun, gerçek satış değeri ile tapuda gösterilen değer arasında büyük farkın olması halidir. Bu konuya ilişkin olarak, sımsarın ücretinin hangi değer üzerinden hesaplanacağı ihtilafında, Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere, ücretin gerçek satış değeri üzerinden hesaplanması, kanaatimizce de hakkaniyete uygun bir çözüm olmuştur.

Sımsarlık sözleşmelerinde, iş sahibinin, ücretin aşırı bir şekilde kararlaştırılmış olduğuna ilişkin bir itirazının olması hali ile karşılaşmak mümkündür. BK m.525 hükmü, “Ücretten indirim” başlığı altında bu konuya el atmış ve şu şekilde düzenlenmiştir: “Sözleşmede aşırı bir

39 BOZTAŞ, s. 133.



ücret kararlaştırılmışsa, borçlunun istemi üzerine, bu ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir.” Ücretin aşırı olduğuna ilişkin itiraz hakkı, talebin niteliğinden ve borcun yükümlülüğünden de anlaşılacağı üzere, sadece iş sahibine aittir. Hakimin, önüne başka bir sebeple gelen uyuşmazlıkta, re’sen ücreti fahiş bularak bir indirim gitmesi de mümkün değildir. Yasada yer alan “borçlunun istemi üzerine” ifadesi karşısında, mutlak surette, iş sahibinin bu konuda bir talebinin olması gerekmektedir.⁴⁰ Hakim, ücretin fahiş olduğu ve bu nedenle bir indirim yapılması talebini, somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, hakkaniyet kuralları çerçevesinde karara bağlayacaktır. Simsarın çalışmasını, iş sahibinin elde ettiği değeri, benzer konulardaki olağan ücretleri, diğer şartlar ile karşılaştırıp değerlendirecek ve simsarlık ücretini tamamen ortadan kaldırmadan, hakkaniyete uygun bir karara varacaktır.⁴¹ Belirtmek gerekir ki, yasa maddesinden de anlaşılacağı üzere, aşırı olduğu iddia edilen ücretin, mutlaka sözleşme ile kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Yani sözleşme dışında, tarife ya da teamül ile belirlenen ücrette bir indirim yapılması mümkün değildir. Ayrıca, bir ihtirazi kayıt ileri sürmeden iradi bir şekilde ödenen ücret, hukuken geçerlilik kazanmış olduğundan, indirilmesi ve iadesi de talep edilemeyecektir. Aşırı ücretin indirilmesinin bir şartı da, ücret borçlusunun TTK anlamında tacir olmamasıdır. Eğer borçlu tacir sıfatına haiz ise, TTK m.22 uyarınca, ücretin fahiş olduğundan bahisle bir indirim talebinde bulunamayacaktır.⁴²

B. Giderleri Ödeme Borcu

BK m.521/3’e göre, “Simsarlık sözleşmesinde simsarın yapacağı giderlerin kendisine ödeneceği kararlaştırılmışsa, simsarın faaliyeti sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanmamış olsa bile giderleri ödenir”.

Bu hükümden anlaşılan, simsarın, aksi kararlaştırılmadığı sürece, edimini ifa sırasında yaptığı giderlerden kendisinin sorumlu olduğu, iş sahibinden bunları talep edemeyeceğidir. BK m.521/3 düzenlemesi, BK m. 510/1’da yer alan, “Vekalet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklediği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.” düzenlemesi karşısında, özel bir hüküm

40 YAVUZ, s. 1319; GÜMÜŞ, s. 213; BAKAR, s. 113; GÜL, s. 2810; ÖZKAYA, s. 1033; ŞAHİN, s. 48-49; YAVUZ, Nihat, s. 2779; Y13HD, T. 16.11.1995, E. 1995/9657, K. 1995/10070, “...ücretten indirim yapılabilmesi için borçlunun isteği şarttır. Oysa bu davada borçlu davalının bu yönde herhangi bir isteği yoktur. Mahkemece buna rağmen ücretten indirim yapılmış olması bozmayı gerektirir.” (Kazancı, 16.10.2019); Y13HD, T. 01.05.1987, E. 1987/2249, K. 1987/2653, “Tellallık ücretinin fahiş olduğu iddia edildiğine göre, bu husus incelenmelidir.” (ÖZKAYA, s. 1058).

41 YAVUZ, s. 1319; GÜMÜŞ, s. 213; GÜL, s. 2810; ÖZKAYA, s. 1032; BAKAR, s. 111 vd.

42 YAVUZ, s. 1320; ÖZKAYA, s. 1033; GÜL, s. 2811-2812; YAVUZ, N., s. 2778; SALDIRIM, s. 1118.



niteliğindedir. Aksi kararlaştırılmış ise, sımsarın talep edebileceği giderler, BK m.510/1 kapsamında değerlendirilecek ve sözleşme konusu hizmetten kaynaklı genel ve zorunlu giderler olacaktır.⁴³

Sımsarlık sözleşmesinde tarafların ücrette olduğu gibi, giderler konusunda da yazılı bir şekil şartına uymalarına gerek yoktur. Ancak, taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinin geçerlilik şartının yazınlık olması karşısında, sımsarın giderlerinin ödeneceği hususunun da aynı şekilde yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.⁴⁴

C. İş Sahibinin Diğer Borçları

İş sahibinin yukarıda açıklanan borçları haricinde, bir takım başkaca borçları da söz konusudur. Herşeyden evvel, iş sahibi, dürüstlük kuralları dahilinde hareket etmeli ve sımsarı gereksiz çaba ve masrafları yapmak zorunda kalmaktan kurtarmalıdır. Bu yükümlülük de, iş sahibine, sımsar sözleşme konusunda yeterli şekilde aydınlatma ve ona bilgi vermesini zorunlu kılmaktadır. Münhasırlık kaydı verilmiş ise, sımsarın faaliyetini engelleme ya da onu aradan çıkartmak sureti ile esas sözleşmeyi kendisi ya da başkasına yaptırma faaliyetinden kaçınmalıdır. Aksi halde, sımsarın ücrete ve yaptığı giderleri talep etme hakkı söz konusu olacaktır.⁴⁵

İş sahibinin, vekalet sözleşmesi gereğince, sımsara avans verme, onu borçtan kurtarma ve uğramış olduğu zararlardan kurtarma yükümlülüğü de vardır. (BK m.510)⁴⁶

SONUÇ

Sımsar, karşılıklı ihtiyaçları olan kişileri bir araya getirerek, onlar arasında esas sözleşme kurmaya çalışmakta ve bu aracılık hizmetinden de bir ücret almaya çalışan kişidir.

43 GÜMÜŞ, s.214; ÖZKAYA, s.1028; BAKAR, s.71-73; SALDIRIM, s.1112; UYGUR Turgut 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-II, 3. Baskı, 2013, s. 2364.

44 GÜMÜŞ, s. 215.

45 GÜMÜŞ, s. 215; BAKAR, s. 74; Y13HD, T. 13.10.2014 E. 2014/5401, K. 2014/30849 "...Dava, taraflar arasındaki tellallık hizmet sözleşmesinden kaynaklanan ücretin tahsili istemine yöneliktir. Taraflar arasında yazılı şekilde düzenlenmiş olan gayrimenkul görme ve bilgi formu gereğince, davalıya gösterilip tanıtılacak taşınmazın satış bedeli üzerinden %2 oranında tellaliye ücretin" in ödenmesinin taahhüt edildiği anlaşılmaktadır. Davalının, davacı komisyoncuyla devre dışı bırakarak taşınmazı eşi adına satın almış olması nedeniyle sözleşmede öngörülen ve dava konusu yapılan satış bedeli üzerinden sözleşme gereğince üstlendiği ücreti ödemekle yükümlü olduğunda duraksama olmamalıdır. Sözleşmede düzenlenen taşınmazın satın alınması halinde tellallık ücreti ödeneceğine ilişkin hüküm, taraflarca itiraz edilmeksizin imzalanmış olmakla ve aksi yönde yasa hükmü de bulunmamasıyla sözleşme serbestisi ilkesi gereğince geçerlidir ve sözleşmenin taraflarını bağlar..."; Y13HD, T. 06.10.1192, E. 1992/7320, K. 1992/7357, "Sözleşmeyi kusurlu olarak imkansız hale getiren taraf, tellallık ücretini ödemelidir." (Kazancı, 16.10.2019).

46 Bu konuda geniş bilgi için bkz. TANDOĞAN, s. 576 vd.



Simsarlık sözleşmesi, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan gelmiş olup, 6098 sayılı Borçlar Yasamızın 520 ve 525'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Daha önce mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanun'unda yer alan "Ticari İşler Telallığı", yeni Türk Ticaret Kanun'undan çıkarılarak, tamamen Borçlar Kanun'una bırakılmıştır. Yasada "Tellallık" kelimesi yerine de "simsarlık" ifadesi tercih edilmiştir. 6098 sayılı Borçlar Yasasında aracılık faaliyeti olarak düzenlenen simsarlık mesleğinin daimi bir şekilde yapılması aranmadığı gibi, yapılan işin ticari olup olmadığına da bakılmamıştır.

Simsarın, kurulmasına çaba gösterdiği esas sözleşme tipleri çok sayıda olmakla beraber, ülkemizde, simsarlık sözleşmesi denince daha çok akla gelen ilk sözleşme ve meslek grubu, toplumda emlakçı olarak adlandırılan kişilerin yapmış olduğu taşınmaz simsarlık sözleşmeleridir.

Simsarlık sözleşmesinde şekil serbestisi vardır. Ancak taşınmaz simsarlığında, sözleşmenin mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Bu husus, hakim tarafından res'en bakılacak bir noktadır. Zira yazılı olma, taşınmaz simsarlığının geçerlilik şartıdır. Taşınmaz simsarlığı, simsarın bir taşınmaz üzerindeki aynî veya şahsî hakkın tesisini konu edinen bir asıl sözleşmenin kurulması fırsatını göstermeyi veya sözleşme görüşmesi için aracılık etmeyi ve iş sahibinin de aksi kararlaştırılmadıkça asıl sözleşme kurulursa ücret ödemeyi borçlandığı bir yazılı sözleşmedir.

Taşınmaz simsarlığı sözleşmesinde, simsarın ve iş sahibinin karşılıklı bir takım hak ve borçları vardır. Simsarın simsarlık sözleşmesinde ana borcu, simsarlık faaliyetini yerine getirme borcu iken, iş sahibinin de esas borcu, ücret ödeme borcudur. Diğer hak ve borçlar bakımından vekalet sözleşmesindeki vekilin ve iş sahibinin hak ve borçları burada da geçerlidir. Zira, simsarlık sözleşmesi, esas olarak, vekalet sözleşmesinin bir alt tipi olup, çift taraflı sözleşme niteliğindedir. BK m.520/2 atfı gereğince, kural olarak, vekalet sözleşmesi hükümleri, uygun düştüğü oranda, simsarlık sözleşmesine uygulanacaktır.

Simsarın esas borcu ve faaliyet biçimi, esas sözleşmenin kurulmasına hizmet etmek anlamında fırsat göstermek ya da aracı olmaktır. Uygulama ve doktrinde, bir üçüncü tip olarak, üçüncü kişiyi, iş sahibi ile iş yapmaya yönlendirmek de sayılmaktadır.

Simsarlık sözleşmesini, vekalet sözleşmesinden ayıran en önemli fark, ücretin zorunlu ve kanuni unsur olmasıdır. Ücretsiz (ivazsız) bir şekilde simsarlık faaliyeti yapılamayacağı gibi, kural olarak, simsar, esas sözleşmenin kurulması halinde bu ücrete hak kazanacaktır. Ücret, açık ya da zımni bir şekilde kararlaştırılabilir. Ücretin miktar olarak



belirtilmesi gerekli değildir. BK m.522 gereğince, sözlüşmede ücret miktarı belirtilmemiş ise, tarifeye göre, tarife de yoksa teamüllere göre ücret tayini yapılacaktır. Teamül de yoksa, hakim, MK m.1/2'ye göre ücreti takdir edecektir.

Kanaatimizce, yasa koyucunun sımsarlık sözlüşmesine verdiği özel önem itibari ile sımsarlık sözlüşmesi düzenlemelerinin vekalet sözlüşmeleri bağından çıkarılarak, yasada bağımsız ve daha geniş bir şekilde yer alması, uygulamadaki hukuki sorunlar açısından daha uygun olacaktır. Keza, ücretin, esas sözlüşmenin istenilen sözlüşme olması şartına bağlanması karşısında, esas sözlüşmenin sımsarlık sözlüşmesinden farklı olması halinde dahi, sımsarın uğraşısına bir karşılık verilmeli ve sımsar, tamamen olmasa da, hak ve nesafet kurallarına göre bir ücret alabilmelidir.



KAYNAKLAR

ARAL Fahrettin, AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku, Özel Hukuk İlişkileri**, Yetkin Yayınları, 11. Baskı.

BAKAR Gökhan, **Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

BOZKURT Tamer, **Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık**, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara 2007.

ÇAĞLAYAN Çağlar, Taşınmaz Sımsarlığı Sözleşmelerinde Yargıtay Uygulaması, **Ankara Barosu Dergisi**, S:2016/1, s. 441-455.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2018.

GÜL Neytullah, Sımsarın Ücret Hakkı, Makale, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4) 2016, s. 2795-2820.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C: 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

İLGÜN Candaş, **Emlakçılık ve Taşınmaz Sımsarlığı Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ÖZKAYA Eraslan, **Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 3. Baskı, Ankara 2013.

SALDIRIM Mustafa, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu**, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C: 2, Vedat Kitapçılık, 5. Basım, İstanbul, 2010.

YAVUZ Nihat, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C:2, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

UYGUR Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt-II, 3. Baskı, 2013.

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, Hazırlayanlar: YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Beta Yayınları, 10.Baskı.

YAVUZ Nihat, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C: 2, Adalet Yayınları, Ankara 2013.



CEZA MUHAKEMESİNDE MAĞDUR VE ŞİKÂyetÇİNİN HAKLARI¹

(Rights of Victim and Complainant in Criminal Procedure)

Mehmet Beyhan SEÇKİN²

ÖZ

Suçun pasif süjesi olarak kabul edilen mağdur, suça konu eylemin konusunun ait olduğu, suçtan zarar gören şahıs olarak tanımlanmaktadır. Mağduru veya zarar göreni olduğu suçun soruşturulması için yazılı veya sözlü başvuruda bulunan kişi ise şikâyetçi olarak adlandırılmaktadır. Temel insan haklarının hüküm sürdüğü hukuk devletleri, kabul ettikleri usul kanunları ile suç şüphesi altındaki kişilerin haklarını koruduklarına göre madalyonun diğer yüzünde bulunan, bu suçun mağdurlarının da korunması gerekmektedir. Mağdura olan ilgi zamanla “viktimoloji” adlı yeni bir alanın doğmasına neden olmuştur. Bağımsız olarak gelişme gösteren bu bilim dalında, sanık haklarına karşın mağdur haklarının gündeme getirilmesine ilişkin çalışmalar yapılmaktadır.

Türk Ceza Adalet Sisteminde, 1992 yılında yapılan reform ile failin hakları Avrupa ülkeleri ile uyumlu hale getirilmiş, gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde sahip olduğu hakları artırılmıştır. Buna karşılık zaman içerisinde mağdurun bu haklardan yoksun bırakıldığı görülmüş, mağdurlar için adaletsiz bir zemin üzerinde yargılama yapıldığı fark edilmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile mağdur lehine yasal düzenlemeler artırılarak uygulanmaya başlanmış, suç faili ile suç mağduru arasındaki adaletsizlik giderilmeye çalışılmıştır. Mağdurlar lehine yapılan düzenlemeler, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın karşısında mağdura ayrıcalıklar tanınmasından ziyade, şüpheli veya sanığa verilen hakların benzerlerinin Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına uygun olacak şekilde mağdurlara da tanınmasını sağlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Suç mağduru, Suçtan zarar gören, Şikâyetçi, Kamu davasına katılma, Kanun yolu.

ABSTRACT

The victim, who is accepted as the passive subject of crime, is defined as the person who is the subject of the crime-related action and who is

1 Bu makale, Mehmet Beyhan Seçkin'in "Onarıcı Adalet Modelinde Mağdur Haklarının Değerlendirilmesi" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

2 Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Cumhuriyet Savcısı, mehmet.beyhan.seckin@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9521-7231



damaged by crime. The person who makes a written or verbal application for the investigation of the victim of the crime is called a complainant. Since the states of law, where basic human rights prevail, protect the rights of persons under suspicion of crime with the procedural laws they accept, the victims of this crime, which are on the other side of the coin, must also be protected. The interest in the victim, over time, led to the emergence of a new field called "victimology". In this independently developing branch of science, efforts are being made to bring victim rights to the agenda despite the accused rights.

In the Turkish Criminal Justice System, with the reform made in 1992, the perpetrators' rights were harmonized with the European countries, and their rights during the investigation and prosecution phases were increased. Whereas, it was observed that the victim was deprived of these rights over time, and it was noticed that the victims were tried on an unfair ground. With the Criminal Procedure Code No. 5271, which came into force in 2005, legal arrangements in favor of the victim were increased and the injustice between the criminal offender and the victim of crime was tried to be eliminated. Arrangements for the victims have been made in line with the right to a fair trial set out in Article 36 of the Constitution, instead of making concessions to the victim in criminal proceedings against suspects or defendants.

Keywords: Victim of crime, Person affected by crime, Complainant, Participation in the criminal trial, Legal remedy.

I. GENEL AÇIKLAMALAR

20. yüzyılın son çeyreğinde Avrupa devletlerinde mağdur haklarının gelişmesi ile birlikte 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile mağdur hakları hatırlanmış ve mağdur yönünden birçok yeni düzenleme hayata geçirilmiştir. CMK ile eşgüdüm sağlayacak şekilde, aynı tarihte yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun(TCK)'da onarıcı adalet modelinin en önemli aktörü olan mağdurun haklarına önem verilerek birçok müessese mevzuata dâhil edilmiştir. TCK, CMK ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK)'da, uzlaştırma, adli kontrol, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın seçenek yaptırıma çevrilmesi, etkin pişmanlık ve koşullu salıverme gibi düzenlemeler kabul edilmiştir.

Ceza hukukunda mağdurun korunması kavramı bünyesinde, mağdur haklarının yanı sıra suçtan doğan zararın giderilmesini de



barındırmaktadır. T.C. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı'nda suç mağdurları ve ölümleri halinde bakmakla yükümlü oldukları kişilerin, suç nedeniyle oluşan mağduriyetlerinin giderilmesi için devlet tarafından maddi yardım sağlanmasını öngören bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan tasarının yönetmelik çalışmaları da sürmekte olup, kanunlaşması halinde onarıcı adalet modeli çerçevesinde mağdurun suç nedeniyle uğradığı maddi zararının karşılanması yönünde çok önemli bir adım atılmış olacaktır.

Çalışmada, suç mağdurunun ve şikâyetçinin ceza yargılamasındaki konumunu güçlendiren ve CMK'da düzenlenen hakları irdelenmiştir.

II. SUÇ MAĞDURU VE ŞİKÂYETÇİ

Ceza muhakemesinde adil yargılama yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, suç faili yönünden ne kadar önemli ise suç mağduru açısından da o kadar önemlidir. Maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, usul kanunlarında bunu kolaylaştıracak hükümlerin kabulü ile mümkün olabilir. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu (CMUK) hükümlerinde suçun mağduru ve şikâyetçinin hakları ile ilgili ayrıntılı ve sistematik bir düzenleme bulunmazken, CMK'nın dördüncü kitap başlığı "*Mağdur, Şikâyetçi, Malen Sorumlu, Katılan*" olarak belirlenmiştir.

CMK'nın birinci kısmında suça konu eylemin soruşturma makamlarına intikalinden itibaren, mağdur veya şikâyetçinin haklarının etkin bir biçimde korunması imkânının sağlanması amacıyla "*Suçun Mağduru ile Şikâyetçinin Hakları*" sistematik olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "a" bendinde mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresindeki hakları sayılmışken, "b" bendinde kovuşturma evresindeki hakları sıralanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında mağdura zorunlu vekil atanmasının şartları düzenlenmiş, 3. fıkrasında ise maddede belirtilen hakların şikâyetçi ve mağdura anlatılıp açıklanacağı vurgulanmıştır. CMK'nın 234. maddesinin 1 ve 3. fıkralarında tanınan haklardan mağdur ile birlikte suçtan zarar gören şikâyetçi de yararlanacaktır. Kanaatimizce, buradaki şikâyetçi kavramı geniş yorumlanmalı ve şikâyetçi olup suçtan zarar görme ihtimali olan herkesin, özellikle soruşturma evresinde bu haklardan yararlandırılması gerekmektedir. Kitabın ikinci kısmında ise "*Kamu Davasına Katılma*" müessesesi düzenlenmiştir.

Suç mağduru, suça konu eylemin konusunun ait olduğu kişidir³. Suçun pasif süjesi kavramından da zarar gören şahıs veya suç mağduru

3 ÖZGENÇ İzzet, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 209.



anlaşılır⁴. Yaşam hakkına veya vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerde suçun konusu, insan yaşamı veya vücut bütünlüğü olmakla birlikte suçun mağduru da kişinin kendisidir. Hırsızlık ve yağma gibi malvarlığına karşı işlenen suçlarda ise suçun konusu çalınan veya yağmalanan eşya iken suçun mağduru malvarlığı eksilen kişidir⁵. Suç mağduru terimi, doğrudan doğruya suç nedeniyle mağdur olan kimsenin aile bireylerini veya suçun işlendiği sırada mağdura yardım ederken ya da mağduriyete engel olmaya çalışırken zarara uğrayan kişileri de kapsar⁶. Gerçekten de birincil mağdurlar olarak tanımlanan, suçun doğrudan doğruya mağduru olmuş kişilerin yanı sıra suçun işlenmesine tanık olanlar, mağdurun aile bireyleri, hatta tüm toplum suçun ikincil mağdurları olarak kabul edilmektedirler⁷.

Yargıtay'a göre mağdur ile suçtan zarar gören kavramları aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi olduğundan suç nedeniyle muhakkak zarar görmekte ise de suçtan zarar gören her zaman suçun mağduru olmayabilir⁸. CMK'da bazen "mağdur" (CMK m. 12), bazen "suçtan zarar gören" (CMK m. 22, 237) olarak adlandırılan zarar gören kişiye bazı haklar ve ödevler verilirken kanun koyucunun farklı ölçü ile hareket etmesi de mümkündür. Örneğin CMK'nın 22. maddesi uyarınca davaya bakamayacağı halleri değerlendiren hâkim "suçtan zarar gören" kavramını geniş yorumlarken, Aynı Kanun'un 237. maddesine göre davaya katılmayı değerlendirirken suçtan doğrudan doğruya zarar görme kriterini esas alacaktır⁹.

Mağduru veya suçtan zarar göreni olduğu bir suçu, devletin soruşturma veya kovuşturma makamlarına duyurarak şikâyetçi olan kimseye "müşteki"¹⁰ adı verilir. Eğer şikâyet hakkını kullanan kişi, işlenen suçtan zarar görmemiş ise "ihbarcı" veya "ihbar eden" olarak değerlendirilmelidir

4 SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 239.

5 HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 133.

6 BM'nin 29.11.1985 gün, 40/34 sayılı "Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu" Madde 1.

7 SOKULLU-AKINCI Füsün/DURSUN Selman, **Viktoloji (Mağdurbilim)**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2016, s. 4.

8 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** 19.02.2013 tarihli ve 2012/6-1490 esas, 2013/59 karar sayılı ilamı.

9 "Suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen maktulün amcası olan S... A...'nın davaya katılmasına karar verilip, gerekçeli karar başlığında da katılan olarak gösterilerek vekâlet ücretine hükmedilmesi" **Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin** 06.06.2018 tarihli ve 2018/1848 esas, 2018/2800 karar sayılı ilamı.

10 *Şahin*, soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete tabi bir suçtan dolayı şikâyet hakkını kullanmış olan zarar gören kişiyi ifade etmek üzere, müşteki terimi yerine suçtan zarar gören teriminin kullanılması gerektiğini belirtmektedir. **ŞAHİN** Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 119.



Hukumumuzda şikâyet, herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Başka bir ifadeyle müşteki, yazılı veya sözlü olarak şikâyet hakkını kullanabilir.

Devlet düzenini bozan eylemlerin suç olarak kabul edilmeleri karşısında, kural olarak tüm suçların re'sen soruşturulmaları gerekir. Fakat bazı suçların takibi şikâyete tabi tutulmuştur. Bunun nedeni, suç sayılan eylem bazen devletten çok kişilere zarar verebilir. Bu tür eylemlerde kanun koyucu kişi faydasını ön planda tutmuştur. *Beccaria*, daha hafif nitelikte dahi olsa verilecek muhakkak bir cezanın caydırıcılığının, daha ağır ancak kurtulma ihtimali bulunan bir cezadan daha üstün olduğunu, bu nedenle şikâyete tabi suçların korkutuculuk etkisinin az olacağını belirtmektedir¹¹.

Şikâyetçi kelimesini dar anlamda anlayıp sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olan suçlarla sınırlı tutmak CMK ile tanınan birçok hakkı şikâyetçiden alma sonucunu doğurabilir. Re'sen takibi gereken suçları öğrenerek şikâyetçi olan kişiler de yasal şartları haiz iseler CMK'da tanınan hakları kullanabilirler¹². Şikâyet hakkı gibi şikâyetten vazgeçme yetkisi de mağdura aittir. Mağdurlar birden çok olduğunda, her biri söz konusu şikâyet hakkı ve yetkisini diğerlerinden tamamen bağımsız olarak kullanabilirler. Başka bir ifadeyle mağdurlardan birinin şikâyetçi olması veya şikâyetinden vazgeçmesi, diğerlerinin haklarını etkilemez¹³.

A. Soruşturma Evresindeki Hakları

Mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresindeki haklarını saymadan öncesoruşturma evresinin sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Soruşturma evresi suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkin iddianın araştırıldığı aşamadır¹⁴. CMK'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin "e" bendine göre soruşturma, "*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*" ifade eder. Buna göre, Cumhuriyet savcısı veya kolluk birimlerine suçun işlendiğine dair bir ihbar yapılması veya Cumhuriyet savcısının suç işlendiğinden haberdar olması halinde kural olarak¹⁵ soruşturma evresi başlayacaktır.

11 EREM Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler*, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1993, s. 910-911.

12 YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 120.

13 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt 2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1974, s. 471.

14 ŞAHİN, s. 31.

15 15.08.2017 tarihli 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nin 145. maddesi ile eklenen CMK'nın 158. maddesinin 6. fıkrasına göre, ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilecektir.



Soruşturma sonucunda düzenlenen iddianamenin CMK'nın 174. maddesi uyarınca mahkeme tarafından iade edilmesi halinde ise iade kararının kesinleşmesine müteakip iddia makamı tarafından yeniden iddianame tanzim edilip, düzenlenen ikinci iddianamenin kabulüne kadar soruşturma evresi devam edecektir. İddianamenin gönderildiği mahkemece CMK'nın 175/1. maddesi uyarınca kabulü ile soruşturma evresi sona erecek, kovuşturma evresi başlayacaktır.

Suç teşkil eden eylemin işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için suç şüphesi altında olanların lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplayarak muhafaza altına alma ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Öztürk ve diğerlerine göre, CMK ile mağdur ve şikâyetçiye tanınan haklar sonucunda, daha düne kadar sadece şüphelinin haklarını koruduğu için total olan ceza muhakememiz nihayet iki ayağı üzerine basmaya başlamıştır¹⁶. Ancak CMK'da mağdur ve şikâyetçinin soruşturma evresindeki hakları genişletilerek kabul edilmiş ise de mağdur ve şikâyetçi şahıslar Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde sahip olduğu tüm imkânları kullanamazlar. Örneğin şüphelinin sulh ceza hâkimliği tarafından tutuklanmasını talep edemeyecekleri gibi tahliye kararına karşı da itiraz hakları yoktur. Kanun tarafından tanınmayan böyle bir hakkın varlığının kabul edilmesi, Cumhuriyet savcısının soruşturmadaki hâkimiyetini zaafiyete uğratıp mağduru güçlendirecektir¹⁷. Bu nedenle hazırlık aşamasında soruşturmanın asıl sahibi olan Cumhuriyet savcısının tüm hak ve yetkilerinin mağdur ve şikâyetçiye tanınmaması kanaatimizce soruşturmanın sıhhati açısından da yerinde bir düzenlemedir.

1. Delillerin Toplanmasını İsteme Hakkı

Yargılama konusu olayın aydınlığa kavuşturulması, başka bir ifadeyle maddi gerçeğin bulunabilmesi için ispat amacıyla kullanılan tüm araçlara "delil" denilir¹⁸. Delil, olayın belirlenmesine hizmet eder¹⁹. CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "a-1" bendinde, mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresinde "delillerin toplanmasını isteme" hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır.

16 ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/KIRIT Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ERDEN Efser, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 235.

17 SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 475.

18 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt 2, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 104.

19 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 302.



Delillerin toplanması, ceza muhakemesinde karar verme yetkisine haiz olan birim sorumlularının karar verebilmelerini sağlayabilmek için delillerin hazır bulundurulmasıdır²⁰. Bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunduğunu hisseden Cumhuriyet savcısı, kamu davası açılıp açılmayacağına dair vereceği karara esas olmak üzere her türlü araştırmayı yapmaya yetkilidir. Cumhuriyet savcısı bu araştırmayı yaparken emrindeki adli kolluk güçlerinden yararlanacaktır. Soruşturma evresinde kendisine tanınan bu yetki çerçevesinde Cumhuriyet savcısının, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için her türlü delili toplama görevi vardır. Cumhuriyet savcısı delil toplama görevini yerine getirirken, şüphelinin ve mağdurun haklarını koruyacak, tarafların lehine ve aleyhine tüm delilleri topladıktan sonra kamu davası açılıp açılmayacağına karar verecektir. Delillerin toplanmasını isteme hakkı, şüpheliye CMK'nın 147/1-f maddesinde verilen "*lehine olan delillerin toplanmasını isteme*" hakkına eşgüdüm sağlayacak şekilde, silahların eşitliği ilkesi gözetilerek mağdura tanınmıştır²¹.

Ceza muhakemesi hukukunda delil serbestliği ilkesi kabul edilmiştir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise hâkim suçun kanıtlanması için kural olarak her türlü delilden yararlanabilir. Soruşturma evresinde mağdurun veya şikâyetçinin toplanmasını istediği deliller, Cumhuriyet savcısının hukuki değerlendirmesinden geçtikten sonra yerinde görülürse toplanıp evrak arasına alınmaktadır. Cumhuriyet savcısı bu değerlendirmeyi yaparken bazı kriterleri esas almaktadır. Öncelikle deliller suça konu eylem ile ilgili olmalı yani olayla ilgili bir hususu ispat etmeli ya da çürütmelidir. Başka bir ifadeyle, delil olayın aydınlatılmasına katkı sunmalıdır. Bilimsel açıdan kabul edilebilir, tutarlı, mantıklı ve gerçekçi vasıfta olmalıdır. Son olarak da delil, "*hukuka aykırı delil*" yani "*yasak delil*" niteliğinde bulunmamalıdır²².

CMK ile mağdur ve şikâyetçiye tanınan Cumhuriyet savcısından delil toplanmasını isteme hakkı, toplumsal adaletin sağlanması açısından çok önemli bir yenilik olarak kabul edilmelidir. Tanınan hak, ceza yargılamasında mağdurun sadece suçun ortaya çıkması için dinlenen bir tanık olmadığının göstergesi olarak görülmelidir. Çünkü delil toplanmasını isteyerek soruşturmanın mağdur ve şikâyetçi tarafından

20 ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 334.

21 PAZARCIKLI Nusret Alper, "Türk Ceza Yargısında Soruşturma ve Kovuşturma Evresinde Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 4, Sayı 14, Ankara 2013, s. 984.

22 ALTAY Ali, "Ceza Muhakemesi Kanununda Mağdur Hakları", *Suç Mağdurları*, (Ed.: BAHAR H. İ.), Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 279; KAYMAZ Seydi, "*Hukuka Aykırı Delillerin Mukayeseli Hukuktaki Yeri*", *Hukuka Aykırı Delillerin Toplanması*, (Ed.: SOYUBELLİ F.), Ankara 2016, s.1.



da yönlendirilebilmesi, suçtan zarar gören mağdurların kendilerini iyi hissetmelerini sağlayacak, birçok olayda ileride iddia edilebilecek hususların henüz soruşturma evresinde dosyaya yansımalarının önü açılacak, mağdur, yargılamada bir süje olarak kabul edilecektir²³.

2. Belge Örneği İsteme Hakkı

CMK'nın 157/1. maddesine göre, failin savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Bu nedenle mağdur ve şikâyetçi tarafından ancak soruşturmanın gizliliği ihlal edilmemek kaydıyla dosyadan belge örneği alınabilmelidir. CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "a-2" bendinde de "soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla" mağdur ve şikâyetçinin Cumhuriyet savcısından belge isteme hakları olduğu belirtilmiştir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun²⁴ 7. maddesiyle, ilgili gerçek ve tüzel kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarının elindeki belgeler yönünden bilgi istemelerine olanak tanınmıştır. Aynı Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrasında "açıklanması halinde, suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek, hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek nitelikteki bilgi veya belgelerin" 4982 sayılı Kanun'un kapsamının dışında bırakıldığı vurgulanmış, aynı Kanun'un 2. fıkrasında ise CMUK hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir²⁵. Kanaatimizce, CMUK'un mülga olması göz önüne alındığında, anılan istisnalar yönünden CMK hükümleri Bilgi Edinme Kanunu hükümlerinden önce uygulanmalıdır²⁶.

CMK'da mağdur ve şikâyetçinin soruşturma evresinde belge isteme hakkından bahsetmekle birlikte hangi belgelerin talep edilebileceği belirtilmemiştir. Soruşturma evraki, şüpheli savunmaları, mağdur ve müşteki beyanları, bilgi sahibi ifadeleri, ölü muayene ve otopsi zabıtları, olay yeri incelemelerine ilişkin her türlü belge, yakalama ve gözaltı tutanakları, doktor raporları, bilirkişi tutanak ve raporları gibi birçok belgeden oluşmaktadır. Cumhuriyet savcısının soruşturmanın gizliliğini ve amacını bozmadığını düşündüğü her türlü soruşturma evrakının suretini mağdur veya şikâyetçi isteyebilir. Burada istenen belgenin

23 DEĞİRMENÇİ Olgun, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 77, Ankara 2008, s. 56.

24 24.10.2003 tarihli, 25269 sayılı Resmi Gazete (RG).

25 PAZARCIKLI, s. 984-985.

26 31.03.2005 tarihli, 25772 sayılı RG ile yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesi uyarınca, mevzuatta CMUK'a yapılan yollamaların CMK'nın karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.



soruşturmanın gizliliğini ihlal edip etmediğinin veya soruşturmanın amacını tehlikeye düşürüp düşürmediğinin kararını Cumhuriyet savcısı verecektir. Bu kararın olumsuz olması halinde mağdur veya şikâyetçinin sulh ceza hâkimine itiraz hakkı saklıdır. Cumhuriyet savcısı soruşturmanın tamamı üzerinde bir kısıtlama getirilmesi gerektiğini düşünüyorsa sulh ceza hâkiminden CMK'nın 153/2 maddesi uyarınca kısıtlama kararı istemelidir. Bu durumda mağdur ve şikâyetçi kendi ifadeleri ve kendi imzaları bulunan tutanaklar dışında herhangi bir soruşturma evrakının suretini isteyemezler²⁷.

3. Avukat Görevlendirilmesini İsteme Hakkı

CMK'da mağdura ve şikâyetçiye tanınan haklardan birisi de hukuki bilgi ve tecrübeye sahip bir kişiden yardım alma hakkıdır. Mağdur ve şikâyetçi, ceza muhakemesi sürecinde mağduriyetlerine sebep olan faillerin yargılanarak en ağır şekilde cezalandırılmaları için hukuki yardım alabilirler²⁸. Hukuki yardım alınabilmesi için kanuni bir takım koşulların gerçekleşmesi lazımdır. CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "a-3" bendinde, mağdur ve şikâyetçinin "*vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme*" haklarının olduğu belirtilmiştir. Buna göre, mağdurun ve şikâyetçinin anılan hakkı kullanabilmesi için soruşturma konusu olan suçun, cinsel saldırı suçu veya alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan olması, mağdurun veya şikâyetçinin vekil talebinde bulunması ve talepte bulunanın vekilinin bulunmaması gerekmektedir²⁹.

Soruşturma evresinde hukuki yardım imkânı sağlamak amacıyla mağdur ve şikâyetçi ile birlikte hareket edecek kişinin mutlaka avukat olması gerekmektedir³⁰. Avukat, "*hak*" ve "*kanun*" işlerinde, isteyenlere yol göstermeyi, mahkemelerde, devlet dairelerinde başkalarının hakkını aramayı, korumayı meslek edinen ve bunun için kanunun belirlediği şartları taşıyan kimsedir³¹. Vekil ise katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı ifade eder³². 1136 sayılı Avukatlık Kanunu³³'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında avukatlığın amacının "*hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve*

27 DEĞİRMENCİ, s. 57-58.

28 BOZDAĞ Ahmet, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı*", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 132, Ankara 2017, s. 126.

29 PAZARCIKLI, s. 987.

30 BOZDAĞ, s. 126.

31 **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011, s. 193.

32 CMK'nın "*Tanımlar*" başlıklı, 2/1. maddesinin "*d*" bendi.

33 07.04.1969 tarihli, 13168 sayılı R. G.



anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak” olduğu açıkça vurgulanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise avukat, “bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eden kişi” olarak tanımlanmıştır.

CMK’da öngörülen vekil isteme hakkı, soruşturma evresinde hem mağdura hem de şikâyetçiye tanınmış olup kural olarak ihtiyaridir. Başka bir ifadeyle suça konu eylemin karşılığı cezanın nevi ve miktarı ne olursa olsun, kendilerine vekil görevlendirilmesini talep etmezlerse soruşturma makamları tarafından re’sen barodan vekil görevlendirilmesi istenmeyecektir. Mağdur veya şikâyetçinin kendilerine vekil görevlendirilmesini talep etmeleri halinde ise soruşturma makamları önce ihtiyari vekilleri bulunup bulunmadığına bakacak, vekilleri yoksa cinsel saldırı suçundan veya alt sınırı beş yıldan fazla ceza gerektiren bir suçtan soruşturma yapıyorlar ise barodan vekil görevlendirilmesini isteyeceklerdir. Sanık gibi mağdura ve şikâyetçiye de ücretsiz olarak avukatlık hizmetinden yararlanma imkânı getirilmiş olması, “adil yargılanma” kavramı içinde değerlendirilen “silahların eşitliği ilkesi” ile de uyum içindedir³⁴.

Soruşturma evresinde kural olarak vekil isteme hakkı ihtiyari olsa da CMK’nın 234. maddesinin 2. fıkrasına göre, “mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir³⁵”. Soruşturma makamları bu düzenlemede belirtilen hallerde, vekil isteyip istemediğini sormaksızın re’sen barodan mağdura bir vekil görevlendirilmesini isteyeceklerdir. Başka bir ifadeyle “zorunlu vekillik” söz konusu olacaktır. Kanunda öngörülen zorunlu vekillik düzenlemesi sadece mağdur yönünden söz konusu olabilirken suçtan zarar gören şikâyetçiyi kapsamamaktadır. Örneğin on sekiz yaşını doldurmamış bir çocuğun kasten yaralama suçunun mağduru olması halinde ifadesi ancak zorunlu vekil refakatinde alınabilecekken aynı çocuğun kasten öldürülmesi halinde suçtan zarar gören kanuni temsilcilerinin ifadesinin alınması sırasında zorunlu vekil görevlendirilmesine lüzum bulunmamaktadır. Çocuk maktulün kanuni temsilcilerinin ifadeleri

34 ALTAY, s. 280.

35 Maddede düzenlenen bu fıkra Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen tasarı metninde bulunmazken TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında “silahların eşitliği ilkesi” de belirtilerek tasarı metnine eklenmiş ve genel kurulda aynen korunarak kabul edilmiştir. **Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara 2005, s. 893-894.



alınırken hakları hatırlatılacak, talep etmeleri ve vekillerinin bulunmaması halinde soruşturma konusu suçun alt sınırının beş yıldan fazla hapis cezası gerektirmesi nedeniyle vekil görevlendirilmesi istenecektir. Re'sen veya talep üzerine barodan vekil görevlendirmesinin istenmesi, soruşturma aşamasında kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi tarafından yerine getirilecektir³⁶.

4. Soruşturma Belgelerini, Elkonulan ve Muhafaza Altına Alınan Eşyayı İnceleme Hakkı

CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "a-4" bendine göre, mağdur ve şikâyetçinin, vekilleri aracılığı ile soruşturma belgelerini, elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceleme hakları vardır. Ancak bu hakkın kullanılması, CMK'nın 153. maddesine uygunluk koşuluna bağlıdır. CMK'nın 153. maddesinin 1. fıkrasında, "şüpheli müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir" hükmü getirilmişken aynı maddenin son fıkrasında "bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Maddede belirtilen "uygunluk koşulu", sulh ceza hâkimi tarafından dosya üzerinde kısıtlama kararı verilmemesi halidir. O halde, soruşturma evresinde kısıtlılık kararının bulunması halinde mağdur veya şikâyetçi bu haklarını kullanamayacaktır. Kısıtlılık kararı bulursa dahi mağdur veya şikâyetçi, kendi ifadelerini içeren tutanak ve belgelerin incelenmesini vekilleri aracılığı ile isteyebileceklerdir³⁷. Bu düzenleme ile kanun koyucu mağdur ve şikâyetçiye, elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceleme hakkını tanıyarak soruşturma evresinde şüpheliye dahi vermediği³⁸ bir hakkı kullandırmıştır³⁹.

Mağdur ve şikâyetçi, CMK'nın 234/1. maddesinin "a-2" bendindeki soruşturma evrakındaki belgelerin suretini isteme hakkını bizzat kendileri kullanabilirken, aynı maddenin "a-4" bendine göre bu belgelerin incelenmesini ancak vekillerinden isteyebileceklerdir. Kanaatimizce, kanun koyucu bu düzenleme ile kural olarak gizlilik içerisinde yürütülmesi gereken soruşturma evresinde savcılık kaleminde muhafaza edilen dosya evrakının ve elkonulan veya muhafaza altına alınmış eşyanın bir hukukçu tarafından incelenmesini istemiş, hukukçu vasfı olmayan mağdur

36 BOZDAÇ, s. 128.

37 DEĞİRMENCİ, s. 57.

38 CMK'nın 153. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, sanık müdafî ancak iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir.

39 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 125.



veya şikâyetçinin bu hakkı bizzat kullanmalarına imkân tanımamıştır. Aynı gizlilik, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme hakkının şüpheli tarafından değil, şüpheli müdafii tarafından kullanılması ile de sağlanmaktadır.

5. Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına İlişkin Kararına İtiraz Hakkı

Kamu davası açmada “mecburilik” ve “takdirilik” olmak üzere iki sistem bulunmaktadır⁴⁰. CMK’da kabul edilen mecburilik sistemine göre soruşturma evresinde toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmak zorundadır, ancak eylemi değerlendirme yetkisi mahkemeye aittir⁴¹. Hukukta maslahat, kamu yararı demektir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının dava açarken dikkate alması gereken “maslahata uygunluk” şartına kamu yararı şartı da diyebiliriz. Kamu davası açılmasında mecburilik sisteminin karşılıklı olan maslahata uygunluk sisteminde, davanın açılması için kamu yararının bulunması şartı aranmaktadır⁴².

Yenisey ve Nuhoğlu’na göre, mevcut şüphenin dava açmakta yeterli olup olmadığına takdiri ile davanın maslahata uygunluğunun takdiri farklı hususlardır. Cumhuriyet savcısına toplanan delillerin dava açmaya yeterli olup olmadığı hususunda takdir hakkı verilmiş ise de davanın maslahata uygunluğunun takdiri mahkemeye aittir. CMK, kural olarak “mecburilik” sistemini tercih etse de sınırlı şekilde “takdirilik” istisnası kabul etmiştir⁴³. CMK’nın 171. maddesinin 1. fıkrasında “cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir” hükmü düzenlenmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrasında düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesinde ise yeterli delil bulunmasına rağmen Cumhuriyet savcısı kamu davası açmamakta, şartların oluşması halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermektedir⁴⁴.

CMK’nın 160. maddesinin birinci fıkrasına göre, suç işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının soruşturma evresindeki amacı, suç faili hakkında kamu davasının açılmasına gerek bulunup bulunmadığına ilişkin araştırma yapmaktır. Cumhuriyet savcısı, aldığı ihbar üzerine veya re’sen yürüttüğü soruşturma neticesinde kamu davasının açılmasına

40 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 841.

41 ÜNVER/HAKERİ, s. 13.

42 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 843-844.

43 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 851.

44 ŞAHİN, s. 104-106.



yetecek delil tespit ederse delillerin takdiri mahkemeye ait olmak üzere suç oluşturan eylemi de iddianameye yazarak kamu davası açacaktır. Kamu davasının açılması üzerine mahkeme tarafından incelenen iddianame kabul edildiğinde kovuşturma evresine geçilecektir. Savcı tarafından samimi ve etkin bir soruşturma yapılmasına rağmen, kamu davası açmaya yetecek kadar delil bulunamaması halinde ise kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir⁴⁵. Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar, soruşturma evresinde mağdurun şikâyetinden vazgeçmesi, şüphelinin ölümü, şüphelinin cezai sorumluluğunun bulunmaması, ön ödeme bedelinin yatırılması, mağdur ve şüphelinin uzlaştırılması, şikâyete konu uyumsuzluğun hukuki ihtilaf niteliğinde olması gibi gerekçelerle de verilebilir.

CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "a-5" bendinde mağdur ve şikâyetçinin Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararına karşı kanunda yazılı usul çerçevesinde itiraz hakları olduğu kabul edilmiştir. Aynı Kanun'un 173/1 maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararının kendisine tebliğ edilmesinden itibaren on beş gün içerisinde suçtan zarar görenin, kararı veren Cumhuriyet savcısının bağlı bulunduğu ağır ceza merkezine bağlı sulh ceza hâkimliğine itiraz hakkı bulunmaktadır. Mülga CMUK'a göre, ceza davası açılması için savcılığa dilekçe vermiş olan kişi, aynı zamanda suçtan zarar görmüş kişi ise takipsizlik kararının kendisine bildirilmesinden itibaren onbeş gün içinde kararı veren Cumhuriyet savcısının bağlı bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığına başvurarak karara itiraz edilebiliyordu. CMK'da ise "savcılığa dilekçe vermiş olma" koşulu kaldırılıp aynı hüküm korunarak mağdur hakları güçlendirilmiştir⁴⁶.

Mağdur veya şikâyetçi olan suçtan zarar görenler bizzat veya vekilleri aracılığı ile yasal süresi içinde itiraz haklarını kullanabilirler. İncelemeyi yapan sulh ceza hâkimliği öncelikle istemde bulunanın suçtan zarar görüp görmediğini araştırarak, suçtan zarar görmediğini tespit ettiği ihbarcılarının itirazlarının reddine karar verecektir⁴⁷. Aksi halde suçtan

45 ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 594.

46 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 837.

47 **Yargıtay 16. Ceza Dairesi** 30.10.2018 tarihli ve 2018/2697 esas, 2018/3942 karar sayılı ilamında "Somut olayda Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek veya silahlı terör örgütü üyeliği suçlarından soruşturma başlatılmıştır. Bu suçla korunan hukuki değer millet iradesine dayanan demokratik rejimdir. Suçun dolaylı mağduru, demokratik toplumu oluşturan bütün bireylerin olduğu kabul edilebilir. Anayasal düzeni korumak meşru siyasal iktidarın görevlerinden olup, suçtan doğrudan doğruya zarar gören de Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Siyasi Partiler gibi kurumlardır. Dolaylı mağdur olarak kabul edilebilecek vatandaşların, CMK'nın 172/1 maddesi kapsamında suçtan doğrudan doğruya zarar görenler olarak kabulüne yasal imkan bulunmamaktadır. Bu nedenle itiraz merciinin itiraz edenin sıfatı bakımından itirazın



zarar görmeyen ihbarcılarının hakları bulunmamasına rağmen soruşturma evresine müdahil olmaları sonucu ortaya çıkacaktır. Suçtan zarar gören mağdur veya şikâyetçilerin talepleri ise esasa girilerek sulh ceza hâkimliği tarafından incelenecek ve karar verilecektir. Hâkimlik tarafından merci sıfatıyla verilen itirazın reddine veya kabulüne ilişkin kararlar CMK'nın 271/4. maddesi gereğince kesin niteliktedir.

B. Kovuşturma Evresindeki Hakları

CMK'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin "f" bendine göre kovuşturma, "iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade eder⁴⁸. Anılan Kanun'un 175/1 maddesi uyarınca "iddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar." Kovuşturma evresi, dar ve geniş olarak iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamıyla hükmün kesinleşmesine kadar devam etmekte olup, bu halde mahkeme tarafından nihai karar verilip dava dosyasının istinaf veya temyiz incelemesine gönderildiği aşamalar da kovuşturma evresi içerisinde değerlendirilecektir. Dar anlamda kovuşturma evresi ise iddianamenin kabulü ile başlayıp, ilk derece mahkemesinin nihai hükmünü vermesine kadar sürmektedir. Dar anlamda kovuşturma evresi duruşma hazırlığı, duruşma ve hüküm verme aşamalarında oluşmaktadır⁴⁹.

Kamu davasının açılması suretiyle kovuşturma evresine geçilmesi iki aşamadan geçerek gerçekleşmektedir. Bu aşamalar, Cumhuriyet savcısının iddianameyi düzenleyerek mahkemeye göndermesi ve mahkemece iddianamenin kabulüne dair karar verilmesidir. Başka bir ifadeyle iddianamenin mahkemeye gönderilmesi yalnız başına kamu davasının açılması için yeterli olmayıp davanın açılmış sayılması için gönderilen iddianamenin mahkemece incelendikten sonra kabul edilmesi de gerekmektedir. İddianamenin kabulüyle birlikte suç şüphesi altında bulunan fail, şüpheli statüsünden, sanık statüsüne geçmektedir⁵⁰.

reddine karar vermesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde itirazın kabulüne ve şüpheliler hakkında dava açılmasına karar vermesi yasaya aykırı görülmüştür." gerekçesiyle ihbarcı şahsın suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği sürece kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz hakkının bulunmadığını vurgulamıştır. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi** 25.09.2018 tarihli ve 2017/1853 esas, 2018/3163 karar sayılı ilamında ise Cumhurbaşkanına Hakaret suçundan yapılan soruşturmada verilen kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara ihbarcı olan bir vatandaşın itiraz hakkının bulunmadığını, itiraz hakkının kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin takdiri için, kararın suçtan doğrudan zarar gören Cumhurbaşkanına tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

48 Tanımlamanın eleştirisi için bakınız (bkz.) ÜNVER/HAKERİ, s.58.

49 ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 99-100.

50 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 99.



CMK'nın 2. maddesi ile ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma olarak iki evreden oluştuğu kabul edilmiş ise de öğreti de "Ara Muhakeme Evresi" olarak adlandırılan üçüncü bir evrenin varlığı da kabul edilmektedir⁵¹. Anılan görüşe göre, iddianamenin düzenlenmesiyle soruşturma evresi sona ermekte, iddianamenin kabulü halinde de kovuşturma evresi başlamaktadır. İddianamenin düzenlenmesi ile kabulü arasında geçen sürede yapılan işlemler ise ara muhakeme evresinde yapılmaktadır⁵². CMK'nın 174. maddesinde düzenlenen "İddianamenin İadesi" kurumunun hukuki niteliği dikkate alındığında ara muhakeme evresinde yapılan işlemlerin, soruşturma ve kovuşturma aşamasından farklı bir usule tabi bulunduğu görülmektedir. Öğreti de CMK'da açıkça düzenlenmediğinden bu kavramı kabul etmeyen görüşler de bulunmaktadır⁵³.

1. Duruşmadan Haberdar Edilme Hakkı

CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "b-1" bendine göre, mağdur ve şikâyetçinin kovuşturma evresinde duruşmalardan haberdar edilme hakları bulunmaktadır. İddianamenin kabulüyle başlayan kovuşturma evresinde, mahkeme tarafından tanzim edilen duruşma hazırlık tutanağında duruşma günü belirlenip, belirlenen günde duruşmada hazır bulunacak kişiler usulüne uygun olarak çağrılırlar⁵⁴. Mağdur ve şikâyetçi de duruşmada hazır bulunacak kişiler arasındadır. Mağdur ve şikâyetçinin duruşmadan haberdar edilme hakkı, bilgilendirilme (aydınlanma) hakkının bir uzantısı olarak değerlendirilebilir⁵⁵.

CMK'nın 233. maddesine göre, "mağdur ile şikâyetçi...mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağrılıp dinlenir." Mağdur veya şikâyetçinin vekili olduğunu belirterek vekâletname ibraz eden avukat da duruşmaya usulünce çağrılmalıdır⁵⁶. Suçtan zarar gören mağdurun, yaşının küçük olması halinde, kendisinin yanı sıra velisinin

51 CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2013, s.495-497; YENİDÜNYA A. Caner, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilgiler Aylık İnternet Dergisi**, Sayı 60, s. 3. (Erişim Tarihi 12.05.2020)

52 GÖKCEN Ahmet/BALCI Murat/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerem, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 560; ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 601.

53 Karşı görüş için bkz. KARAKURT Ahu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 82, Ankara 2009, s.176-177.

54 CMK'nın 175/2 maddesine göre, "Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır".

55 PAZARCIKLI, s. 991.

56 **Yargıtay 14. Ceza Dairesi**, 27.05.2014 tarihli ve 2012/12576 esas, 2014/7004 karar sayılı ilamında, vekâletnamesini ibraz eden avukatın duruşmalardan haberdar edilmemesini, CMK'nın 233/1 maddesine aykırı kabul ederek yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.



de duruşmadan haberdar edilmesi gerekmektedir⁵⁷. Tutuklu iş olarak adlandırılan sanıkların tutuklu yargılandığı davalarda mağdur ve şikâyetçi doğrudan zorla getirme kararı ile duruşmaya çağrılabilirler⁵⁸. Ancak bu halde zorla getirme kararı verilmesinin nedeni de kararın düzenlendiği tutanağa yazılmalıdır⁵⁹. Yargılamanın sürdürülebilmesi için duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin duruşmaya usulüne uygun olarak çağrılmamaları, Yargıtay uygulamalarında bozma nedeni olarak kabul edilmektedir⁶⁰.

Soruşturma evresinde şikâyetçi olan mağdur veya suçtan zarar görenin kovuşturma evresinde vefat etmesi halinde, mahkemece CMK'nın 260/1 maddesi uyarınca katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunan mirasçılarının tespit edilerek duruşma gün ve saatini bildirir davetiye çıkartılarak kamu davasından haberdar edilmeleri zorunludur. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece verilen kararın vefat eden şikâyetçinin mirasçalarına tebliğ edilmesi gerekmektedir. Yasal zorunluluk bulunmasa dahi uygulamada ekseriyetle mağdur ve şikâyetçiye veya vekillerine duruşma gününü bildirir davetiye ile birlikte iddianame de tebliğ edilmektedir. Yargıtay uygulaması da benzer yönde gelişmiştir⁶¹. Kanaatimizce sanıklarda olduğu gibi iddianamenin mağdur

57 **Yargıtay 12. Ceza Dairesinin** 23.05.2016 tarihli ve 2015/13182 esas, 2016/8587 karar sayılı ilamı.

58 Mağdur ve şikâyetçinin zorla getirme kararı ile çağrıldıkları duruşmada, beyanlarına başvurulmadan önce, CMK'nın 234. maddesindeki haklarının okunarak açıklanması, daha sonra ifadelerinin alınması gerekmektedir.

59 CMK'nın 236. maddesinin de 1. fıkrasında düzenlenen "*mağdurun, tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç tanıklığa ilişkin tüm hükümler uygulanır*" hükmü delaletiyle, tanık olarak dinlenmesi zorunlu olan mağdurun duruşmaya katılmaması halinde zorlayıcı tedbirler uygulanabilecektir. Ancak, suçta konu fiil nedeniyle zarara uğrayan mağdurun zararının giderilmesi gerekirken gerektiğinde zorla duruşmaya getirilmesi ve sebep olduğu zararların tanık sıfatıyla mağdura ödettilmesi, mağdurun onur ve saygınlığına uygun davranılmasını isteme hakkı ile bağdaşmamaktadır. DEĞİRMENCİ, s. 78.

60 **Yargıtay 21. Ceza Dairesi**, 20.04.2015 tarihli ve 2015/662 esas, 2015/285 karar sayılı ilamında, iddianamenin kabulünden sonra duruşma açılıp yargılamanın sürdürülmesi ve tarafların duruşmaya çağrılması gerekirken suçtan doğrudan zarar gören müşteki vekilinin duruşmadan haberdar edilip davaya katılmak isteyip istemediği sorulmadan evrak üzerinden hüküm kurulmasının CMK'nın 175/2 ve 234/1 maddeleri ve fıkralarına aykırı olduğunu belirterek yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir. **Yargıtay 3. Ceza Dairesi** de 09.02.2015 tarihli ve 2014/27914 esas, 2015/4647 karar sayılı ilamında, suçtan zarar gören müştekilerin CMK'nın 233/1 maddesi uyarınca çağrı kağıdı ile çağrılarak CMK'nın 234/1 maddesindeki hakları kullanma imkânı sağlanmamasını bozma nedeni olarak kabul etmiştir. Benzer şekilde **Yargıtay 17. Ceza Dairesi** 27.09.2017 tarihli ve 2015/21383 esas, 2017/10588 karar sayılı ilamında şikâyetçinin, CMK'nın 234/1-b.1 maddesine aykırı olarak usulüne uygun duruşmalardan haberdar edilmeden karar verilmesini Kanuna aykırı görmüştür.

61 **Yargıtay 15. Ceza Dairesinin** 27.01.2015 tarihli ve 2013/31173 esas, 2015/1327 karar sayılı ilamı; **Yargıtay 23. Ceza Dairesinin**, 12.11.2015 tarihli ve 2015/3509 esas, 2015/6561 karar



veya şikâyetçiye tebliğinin de zorunlu hale getirilmesi ve silahların eşitliği ilkesine uygun olacak şekilde yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

CMK'nın 233. maddesine göre mağdur ile şikâyetçinin duruşmaya çağırılması Kanun'un emredici, başka bir ifadeyle amir hükümlerinden biridir. Duruşmadan haberdar edilmeyen ve yokluğunda karar verilen mağdur, şikâyetçi veya suçtan zarar gören; kendisine kararın tebliğ edilmesinden sonra yasal süresi içerisinde kanun yoluna başvurduğunda Yargıtay tarafından mağdur, şikâyetçi veya suçtan zarar görenin ilk derece mahkemesinde yapılacak duruşmada yasal haklarını kullanabilmeleri için işin esasına geçilmeden ilgili hükmün usulen bozulmasına karar verilmektedir⁶². Yargıtay bir kararında mahkeme tarafından duruşmadan haberdar edilmeyen mağdura kanun yoluna başvurabilmesi için gerekçeli kararın tebliğ edilmesi gerekliliğini vurgulamıştır⁶³. Anılan karara göre, temyiz mahkemesince bir temyiz davasının görülebilmesi için, temyiz kanun yoluna başvuru hakkı bulunanların kararı tefhim ya da tebliğ yoluyla öğrenmelerinin sağlanması zorunludur⁶⁴.

CMK'nın 234. maddesi uyarınca mağdur, suçtan zarar gören ve şikâyetçinin yargılama sırasında öncelikle duruşmadan haberdar edilmesi gerekmektedir. Suçtan zarar görenin tüzel kişi olması halinde de ilgili kurum veya kuruluşun tebligata yarar adresine duruşma gününü bildirir çağrı kağıdı çıkartılmalıdır. İşlenen suç nedeniyle kurumun doğrudan zarar görmesi halinde kovuşturma evresinde mutlaka duruşmalardan haberdar edilmeli, doğrudan zarar görmemesi halinde ise ikili bir ayırım gözetilmelidir. Bu durumda kurum tarafından soruşturma evresinde

sayılı ilamı; **Yargıtay 19. Ceza Dairesinin**, 08.02.2017 tarihli ve 2016/15583 esas, 2017/935 karar sayılı ilamı.

62 "Suçtan zarar görenin bu sıfatının gereği olarak, CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için **duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği** halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve CMK'nın mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan, yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir". **Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin** 15.02.2017 tarihli ve 2016/6195 esas, 2017/427 karar sayılı ilamı.

63 **Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin** 28.03.2016 tarihli ve 2016/944 esas, 2016/1542 karar sayılı ilamı

64 Anılan karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 27.04.2016 tarihinde, CMK'nın 308/1 maddesinin tanıdığı yetkiye dayanarak olağanüstü itiraz kanun yoluna başvurmuş; **YCGK** ise 25.04.2017 tarihli ve 2016/1-1102 esas, 2017/248 karar sayılı ilamı ile duruşmadan haberdar edilme hakkının kanun koyucu tarafından mağdur ve şikâyetçiye kovuşturma evresinde kullanılabilir bir hak olarak düzenlendiğini, buna göre mağdur ve şikâyetçi veya vekillerine usulüne uygun tebliğ işlemi yapılmadan "**duruşmadan haberdar edilme**" hakkının kullanıldığından bahsetmenin mümkün olmadığını vurgulayarak Özel Dairece bozma kararı verilmesinde isabetsizlik görmemiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazını reddetmiştir.



herhangi bir ihbarda bulunmuş veya dilekçe verilmiş ise kovuşturma evresinde duruşmalardan haberdar edilmeli, aksi halde kurum veya kuruluş ile ilgili mevzuata bakılmalıdır. İlgili mevzuatta belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılmış kamu davalarına katılmasını öngören özel bir düzenleme bulunuyor ise duruşmalardan zorunlu olarak haberdar edilmeli⁶⁵, aksi halde duruşmalardan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmelidir⁶⁶.

Yasal tebligat yapılmasına müsait olan adresine usulüne uygun tebligat yapılmasına rağmen duruşmaya gelmeyen mağdur veya şikâyetçiye, yeniden tebligatta bulunulmaz⁶⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tebligatın usule ve kanuna uygunluğudur⁶⁸. Çünkü tebligat usulsüz ise mağdur veya şikâyetçinin duruşmaya yeniden çağrılmaları gerekmektedir. Eğer mağdur veya şikâyetçi adres bildirmemişse ve adresleri tespit edilemiyorsa dinlenmeleri zorunlu olanlar hakkında mahkeme tarafından adres araştırması yapılmalıdır. Ancak adrese dayalı nüfus sisteminde mağdur veya şikâyetçinin adresine ulaşılabilir ise tebligata yarar adres araştırmasına lüzum bulunmamaktadır. Mahkeme tarafından bu adrese yapılan tebligat geçerlidir⁶⁹. Yargıtay, kovuşturma evresinde çıkartılan

65 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca Gümrük Müdürlüğünün, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesi gereğince Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığının usulüne uygun başvuruları halinde kamu davasına katılacakları açıkça düzenlendiğinden, belirtilen kurumların suçtan doğrudan zarar görüp görmediklerine bakılmaksızın, anılan Kanunlar uyarınca duruşmalardan haberdar edilmeleri gerekmektedir.

66 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca ilgili Bakanlığın duruşmalardan haberdar edilme zorunluluğu bulunup bulunmadığına ilişkin içtihat aykırılığının giderilmesi için **Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu** toplanmış, Büyük Genel Kurul tarafından 13.12.2019 tarihli ve 2019/6 esas, 2019/7 karar sayılı kararıyla içtihatlar birleştirilmiş, 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmiştir. YKD., Cilt: 46, Sayı 3, Mart 2020, s. 645-674.

67 CMK'nın 235/2. maddesine göre, soruşturma evresinde bildirilen adrese çıkartılan çağrıya rağmen gelmeyen kimseye yeniden tebligat yapılmaz.

68 **Yargıtay 2. Ceza Dairesi** 11.03.2015 tarihli ve 2015/3102 esas, 2015/5171 karar sayılı ilamında, 'suçtan doğrudan zarar gören yakınan şirketin "kovuşturma evresinde duruşmalardan haberdar edilme" ... hakkının bulunduğu, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinin "vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır" şeklindeki hükmü uyarınca, yakınan şirketin vekaletname ile yetkili kıldığı avukatlardan birisine duruşma gününü bildirir davetiyenin gönderilmesi gerektiği gözetilmeden, yakınan şirket çalışanı L.Y.'a yapılan usulsüz tebligat ile yetinilip yargulamaya devam edilerek hüküm kurulması suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 234/1-b maddesine aykırı davranılması' gerekçesiyle yerel mahkemece verilen hükmün bozulmasına karar vermiş ve tebligatın kanuna uygun olması gerektiğini vurgulamıştır.

69 19.02.1959 tarihli, 10139 sayılı RG'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7201 sayılı Tebligat



çağrı kâğıdının, soruşturma evresinde bildirilen adresten farklı bir adrese gönderilmesini, CMK'nın 234/1-b maddesindeki hakların kullanılmaması nedeniyle bozma nedeni olarak kabul etmiştir⁷⁰.

Mağdur onsekiz yaşından küçük, sağır, dilsiz veya meramını anlatamayacak kadar malûl olur ise şahsa sıkı sıkıya bağlı olan şikâyet hakkının kullanılabilmesi için duruşmaya kanuni temsilcisinin de çağrılması gerekmektedir⁷¹. Kanuni temsilcisinin yargılamanın tarafı olması, başka bir ifadeyle sanık sıfatıyla yargılanması halinde ise sanık ile mağdur arasında menfaat çatışması bulunduğundan mağdurun haklarının korunması ve temsiline sağlanması için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 426 ve devamı maddeleri uyarınca temsil kayyımı atanması gerekmektedir. Temsil kayyımı atanmadan yargılama yapılarak karar verilmesi halinde ise kararın mağdura tebliğ edilmesi zorunlu olduğundan⁷², öncelikle Sulh Hukuk Mahkemesine yazı yazılarak mağdura temsil kayyımı atanması sağlanması, sonrasında ise gerekçeli kararın atanan temsil kayyımına tebliğ edilmesi gerekmektedir⁷³.

İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu haller saklıdır. Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur. Yargıtay uygulamalarında da yaşı küçük olan mağdurun dinlenmesi sırasında psikiyatri, psikoloji,

Kanunu'nun 21. maddesine -11.01.2011 günlü, 6099 sayılı Kanunun 5. maddesi ile- ikinci fıkra olarak eklenen hükme göre; "Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır".

- 70 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 01.04.2014 tarihli ve 2013/25832 esas, 2014/13245 karar sayılı ilamı.
- 71 Onbeş yaşından küçük olup ayırt etme gücü bulunmayan mağdurun kanuni temsilcisinin duruşmalardan haberdar edilmemesi *halinde*, mağdurun yaşı itibariyle onu temsilen davaya katılma ve kanun yoluna başvurma hakkı bulunan velisine gerekçeli kararın tebliğinde zorunluluk bulunmaktadır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin** 15.05.2019 tarihli ve 2018/10715 esas, 2019/9815 karar sayılı ilamı.
- 72 Kanun koyucu, CMK'nın 234/1-b1. maddesine aykırı davranılması halinde bu hukuka aykırılığın telafisine imkân sağlayacak şekilde bir düzenlemeye yer vermiş ve anılan Kanun'un 260. maddesi uyarınca "katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanlara" kanun yoluna başvurma hakkı tanımıştır. Kanun yoluna başvurulabilmesi için yargılama sonucunda verilen kararın aynı Kanun'un 35. maddesi uyarınca tebliği gerekmektedir.
- 73 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 03.12.2018 tarihli ve 2018/3653 esas, 2018/18723 karar sayılı ilamı.



tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulmaması, mutlak bozma nedeni olarak görülmektedir⁷⁴.

2. Kamu Davasına Katılma Hakkı

Suç nedeniyle devletin yanı sıra gerçek kişilerin de zarar görmüş olması, fertlerin kovuşturma evresinde bir sıfat takınabilmesini mümkün kılmaktadır. Her ne kadar kovuşturmayı, devletin bazı makamları eliyle yapması kabul edilmiş ise de mağdur veya suçtan zarar gören şikâyetçi tarafından bu makamların kovuşturmasının yeterli görülmemesi mümkündür. İddia makamını kamuyu temsil eden Cumhuriyet savcısı ile birlikte mağdur veya suçtan zarar gören şikâyetçi ferdin işgal etmesi, kamu davasına katılma şeklinde mümkün olmaktadır⁷⁵. Bizzat mağdur veya suçtan zarar görenin soruşturma evresinde araştırma işlemlerini yapması, kovuşturma evresinde ise iddia makamını yalnız olarak doldurması mümkün değildir. Bu kişiler genel olarak soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ancak belirli işlemlerde hazır bulunabilirler⁷⁶.

Mağdur olan veya suçtan zarar gören şikâyetçiyi korumayı amaçlayan düzenlemelerden en önemlisi katılma müessesesidir. Kamu davasına katılma (müdahale) hakkı, CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "b-2" bendinde kabul edilmiştir. Anılan Kanun'un 237/1 maddesine göre mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu⁷⁷ olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Kamu davasına katılma halinde müdahil, ceza muhakemesine katılan birisi olarak kendi şahsi hak ve menfaatlerini korumak ve gözetmek için uğraştığı gibi hakkında dava açılan sanığın mahkûm olması ve hakkında güvenlik tedbirine hükmolunması için de çaba sarf eder ve kanun tarafından kendisine tanınan haklarını kullanır⁷⁸. Kovuşturma evresinde suçtan zarar gören, kendine özgü haklarla donatılmış kişi olarak Cumhuriyet savcısının yanında kamu davasına dâhil olmaktadır⁷⁹. Bu suretle, yargılamada iddia makamı olan Cumhuriyet savcısının yanında,

74 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 09.03.2016 tarihli ve 2016/1897 esas, 2016/6238 karar sayılı ilamı; **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin** 15.12.2015 tarihli ve 2015/8556 esas, 2015/11720 karar sayılı ilamı; **Yargıtay 5. Ceza Dairesinin** 13.02.2007 tarihli ve 2006/12163 esas, 2007/966 karar sayılı ilamı.

75 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 127.

76 ŞAHİN, s. 119.

77 Malen sorumlu, CMK'nın 2. maddesine göre, yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddi ve mali sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişiyi ifade eder.

78 ÜNVER/HAKERİ, s. 323.

79 ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 236-237.



suçtan zarar gören bireyin kovuşturmada söz sahibi olması, devlet (savcı) ve birey (katılan) arasında yasal bir işbirliği sağlamaktadır⁸⁰.

Davaya katılma, kovuşturma evresinde suçtan zarar gören mağdurun, suç oluşturan eylemi gerçekleştiren failden şikâyetçi olduğunu yazılı veya sözlü olarak mahkemeye bildirmesi ve davayı takip etme iradesini duruşma tutanaklarına yansıtmasıyla gerçekleşmektedir. Davayı takip etme iradesi, duruşmaları takip etme zorunluluğu olarak değil, kamu davasının tarafı olma iradesi olarak anlaşılmalıdır. Bir kimsenin davaya katılmasına karar verilebilmesi için öncelikle kendisinin açık veya örtülü bir talebi olmalıdır⁸¹. Ceza yargılamasında kamu davasına katılma talebinin üç şekilde yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Öncelikle kovuşturma evresinde dilekçe verilerek bu hak kullanılabilir. Yazılı bir talep bulunmuyorsa suçtan zarar gören şikâyetçinin duruşmalar sırasında sözlü olarak katılma iradesini açıklaması halinde, mahkeme tarafından davaya katılmasına karar verilecektir⁸². Son olarak suçtan zarar görenin duruşmada şikâyetçi olduğunu bildirmesi üzerine mahkeme tarafından CMK'nın 238/2 maddesi uyarınca davaya katılmak isteyip istemediği sorulacak, sonucuna göre suçtan zarar görenin talebi karara bağlanacaktır⁸³. Şikâyetçi olan suçtan zarar gören hukuki altyapıya sahip olmadığından, mutlaka *"katılmak istiyorum"* veya *"davaya müdahil olmama karar verilsin"* tarzında bir ifade kullanmasını beklememek gerekir. Failin cezalandırılması istemesi, davayı takip etme iradesini ortaya kayacak şekilde tanık dinletmek istemesi veya keşif talep etmesi bile örtülü bir katılma talebi olarak değerlendirilmelidir⁸⁴.

Kanun yolu incelemesinde kural olarak katılma isteminde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun şekilde katılma isteminde bulunulmuş olmasına rağmen mahkeme tarafından katılma istemi ile ilgili olumlu veya olumsuz bir karar verilmediyse ve başka inceleme yapılmasına lüzum bulunmuyorsa⁸⁵ kanun yolu mercii

80 YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 185.

81 ÜNVER/HAKERİ, s. 324.

82 Mülgâ CMUK'un 365. maddesinde katılma usulü yazılı şekil şartına tabi tutulmuşken CMK'nın 237 ve 238. maddeleri şekil şartını kaldırmış, yazılı olarak katılma isteminin yanı sıra, sözlü talebi de yeterli görmüştür. KOCA Mahmut, *"Temyiz Yolunda Davaya Katılma"*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 5, Sayı 18, Ankara 2014, s. 12.

83 KOCA, s. 12.

84 *Yargıtay Birinci Ceza Dairesi*, 12.09.2012 tarihli ve 3370/6439 ve 08.10.2015 tarihli ve 3239/4773 sayılı ilamlarında sanığın cezalandırılmasına ilişkin talepleri, 26.09.2012 tarihli ve 3371/6860 sayılı ilamında tanık listesi verilmesini, 18.02.2015 tarihli ve 4593/792 sayılı ilamında ise sanıkların tutuklanmalarına ve cezalandırılmalarına dair istemi dikkate alarak suçtan zarar gören şikâyetçilerin CMK'nın 237/2 maddesi uyarınca davaya katılmalarına karar vererek inceleme yapmıştır.

85 Temyiz incelemesi aşamasında herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadan karar



tarafından katılma kararı verilip⁸⁶ buna göre inceleme yapılabilir⁸⁷. İlk derece mahkemesi tarafından davayı neticelendiren hüküm kurulduktan sonra, katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar gören kimse, katılma isteminde bulunup hükmü kanun yoluna götürürse temyiz istemi kabul edilecek, ancak duruşmalara usulüne uygun çağrılmayan mağdurun CMK'nın 234. maddesindeki haklarını kullanamadığından davaya katılmasına kanun yolu aşamasında karar verilemeyecektir⁸⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu görüşüne karşılık aksi yönde gelişen Yargıtay Ceza Dairesi kararları da bulunmaktadır⁸⁹.

CMK'nın 234. maddesinin 2. fıkrası uyarınca görevlendirilen zorunlu vekil ile mağdurun kanuni temsilcileri olan anne ve babasının, şikâyet veya davaya katılma konusunda iradelerinin çelişmesi halinde, mağdurun kanuni temsilcilerinin beyanlarına üstünlük tanınması gerekmektedir⁹⁰. Çünkü katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur çocuğun, duruşmalarda vekil ile temsil ettirilmesi için her aşamada kanuni temsilcisinin vekâletname vererek bir vekil ile anlaşması mümkündür.

-
- verilebiliyorsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesinde düzenlenen makul sürede yargılanma ilkesi de dikkate alınarak katılma kararı verilmeli, ancak araştırma zorunluluğunun doğduğu ahvalde bu husus bozma nedeni yapılmalıdır. **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** 13.05.2014 tarihli ve 2013/8-121 esas, 2014/254 karar sayılı ilamı.
- 86 CMK'nın 237/2. maddesine göre, "Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karar bağlanır".
- 87 **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi**, 27.03.2017 tarihli ve 2015/5491 esas 2017/934 karar sayılı dosyasını incelerken "maktulün kardeşleri M.O., N.O., A.O. ve E.O.'nun 29/06/2012 tarihi oturum sırasında sanıktan şikâyetçi olduklarından bahisle davaya katılma talebinde buldukları, katılma talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmediği anlaşılma, maktulün kardeşlerinin kasten öldürme suçundan doğrudan zarar görmeleri ve bu hususta herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmasına lüzum bulunmaması medeniyle maktulün kardeşlerinin 5271 sayılı CMK'nın 237/2. maddesi uyarınca açılan kamu davasına katılmalarına" karar vererek inceleme yapmıştır.
- 88 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** (YCGK) 25.04.2017 tarihli ve 2016/1-1102 esas, 2017/248 karar sayılı ilamı.
- 89 "Müşteki M.T.C.'nin soruşturma aşamasında sanıktan şikâyetçi olduğunu beyan ettiği, **müşteki vekilinin hükmü aleyhe temyiz ederek katılma iradesini göstermiş olduğunun tespiti** ile kasten yaralama suçu nedeniyle suçtan zarar görme ihtimali bulunan müştekinin CMK'nın 237/2 ve 260. maddesi uyarınca davaya katılan, vekilinin katılan vekili olarak kabulüne karar verilerek inceleme yapılmıştır. **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 11.04.2019 tarihli ve 2019/932 esas, 2019/7960 karar sayılı ilamı.
- 90 **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin** 21.01.2020 tarihli ve 2019/4078 esas, 2020/572 karar sayılı ilamında, "Kayden 01.01.2005 doğumlu mağdur Ç... ile 03.02.2002 doğumlu mağdur M...'nin suç tarihlerinde on beş yaşından küçük olup, velayet haklarına sahip babaları müştekiler R... ile M...'nin ilk derece mahkemesindeki duruşma ifadelerinde şikâyetçi olmadıklarını beyan etmeleri karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin davaya katılma hakkı bulunmadığı gibi mahkemece verilen katılma kararının da bu hakkı vermeyeceği" vurgulanmıştır.



Bu durumda ihtiyari vekili bulunan çocuk mağdura baro tarafından vekil atanamayacağından kanuni temsilcinin iradesine öncelik verilmesi gerekliliği kabul edilmelidir⁹¹. Bunun yanı sıra, ayırt etme yeteneği bulunmayan mağdur çocuk ile kendisine baro tarafından atanan zorunlu vekilin iradelerinin çelişmesi halinde, mağdurun kanuni temsilcilerinin duruşmada dinlenerek sanıktan şikâyetçi olup olmadıkları saptanıp sonucuna göre mağdur vekilinin katılma talebinin karara bağlanması gerekmektedir⁹².

Tüzel kişiler, kanun yolu başvurusunda başvurabilecekler arasında açıkça sayılmamış ise de CMK'nın 249. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme⁹³ karşısında dolaylı olarak kanun yoluna başvurabilecekleri kabul edilmiştir⁹⁴. Bu bağlamda tüzel kişilerin açılan kamu davalarına katılmalarına karar verilmesine de engel bulunmamaktadır. Örneğin suç teşkil eden haksız rekabet eylemi nedeniyle haksız bir şekilde şirketin pazar payının önemli ölçüde azalmasına sebep olan diğer şirketin suç teşkil eden eylemi nedeniyle açılan kamu davasında, pazar payının azalması nedeniyle mali açıdan zarar gören şirket tüzel kişiliğinin hukuki statüsü mağdur olarak değil suçtan zarar gören olarak kabulü gerekmektedir. Bu gibi durumlarda, CMK'nın 234. maddesinde düzenlenen ve sadece mağdur olan şikâyetçiye tanınmış haklardan "suçtan zarar gören" olarak tüzel kişilerin de yararlanması gerekir. Burada şikâyeti geniş manada yorumlayarak sadece şikâyete tabi suçlarda değil re'sen soruşturulan suçlarda da suçtan zarar görenin başvurusu şikâyet olarak değerlendirilmeli ve katılma hakkı da kabul edilmelidir⁹⁵. Yargıtay Ceza Daireleri de benzer yorumlar yaparak tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri halinde açılan kamu davasına katılmalarını kabul etmektedir⁹⁶.

Yargıtay istikrarlı olarak, suç teşkil eden eylemlerde tüzel kişiliğin dolaylı zarar görmesini katılma hakkı için yeterli görmeyip doğrudan

91 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** 20.05.2014 tarihli ve 2013/14-287 esas, 2014/273 karar; 02.12.2014 tarihli ve 2014/3-28 esas, 2014/537 karar sayılı ilamları.

92 **Yargıtay 6. Ceza Dairesinin**, 02.05.2016 tarihli ve 2013/32517 esas, 2016/3712 karar sayılı ilamı.

93 CMK'nın 249/2. maddesine göre, "Tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu Kanunun katılana ve sanığa sağladığı haklardan yararlanır".

94 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 248-249.

95 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 124.

96 **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi** 21.01.2014 tarihli ve 5848/111 sayılı ilamında "...Sağlık ve Hayat Sigorta A.Ş.'nin sadece dolandırıcılığa teşebbüs suçundan açılan dava yönünden suçtan zarar gören sıfatıyla davaya katılma hak ve yetkisi bulunduğu, nitelikli şekilde insan öldürme suçundan açılan davaya katılma hak ve yetkisi bulunmadığı...", şeklinde karar vererek bahsi geçen şirketi zarara uğratma girişiminde bulunan sanıklar hakkında dolandırıcılığa teşebbüsten açılan davaya tüzel kişiliğin katılmasına imkân tanırken vuku bulan ölüm olayı nedeniyle aynı sanıklar hakkında öldürme suçundan açılan davada tüzel kişiliğin zarar görmediğini vurgulayarak katılma hakkının bulunmadığını belirtmiştir.



doğruya zarar görülmesi gerekliliğini vurgulamaktadır⁹⁷. Tüzel kişiliğin özel veya kamu tüzel kişisi olması arasında bir fark bulunmamaktadır. CMK'da, mağdur, gerçek ve tüzel kişilerin kamu davasına katılma haklarının⁹⁸ olduğu hüküm altına alındığından önemli olan suçtan zarar görenin gerçek veya tüzel kişi olması değil tüzel kişiliğin suçtan doğrudan zarar gören olmasıdır⁹⁹. Bu çerçevede kamu kurumlarının da suçtan zarar görmeleri koşuluyla davaya katılmalarına karar verilebilir¹⁰⁰. Failin, devlet ormanından izinsiz ağaç kesmesi halinde Orman Genel Müdürlüğünün, tefecilik yaparak hazineyi zarar uğratması halinde ise Maliye Bakanlığının açılan davalara CMK'nın 237/1 maddesi uyarınca katılma hakları vardır. Bazı kanunlarda ise katılma hakkı özel olarak düzenlenmiştir¹⁰¹.

Suçta konu eylemin gerçekleşmesi nedeniyle mağdur olan ya da eylemden zarar gören kişiler kovuşturma evresinde şikâyetlerinden vazgeçebilecekleri gibi davaya katılma haklarından da vazgeçebilirler. CMK'nın 243/1 maddesine uyarınca katılan vazgeçerse veya ölürse

- 97 **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi** 16.04.2014 tarihli ve 5332/2497 sayılı ilamında, ... Barosuna kayıtlı bir avukatın öldürmeye teşebbüs eyleminin mağduru olduğu bir olayda, ... Barosunun suçtan doğrudan doğruya zarar görmediğinden ve hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığından baro vekilinin temyiz isteminin reddine hükmetmiştir. **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 18.02.2019 tarihli ve 2019/1115 esas, 2019/3125 karar sayılı ilamında da "Sağlık Bakanlığı personeli olan katılanlara yönelik kasten yaralama suçu bakımından Sağlık Bakanlığının doğrudan suçtan zarar gören sıfatı bulunmadığından Sağlık Bakanlığı Kamu Hastaneleri Kurumu açısından verilen katılma kararının hükümsüz olduğu, bu nedenle Sağlık Bakanlığı Kamu Hastaneleri Kurumunun 5271 sayılı CMK'nın 260. maddesi uyarınca kanun yoluna başvurma hakkı bulunmadığından, vekilinin temyiz isteminin 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi gereğince REDDİNE" karar verilmiştir.
- 98 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** 31.05.2016 tarihli ve 2015/8-992 esas, 2016/290 karar sayılı ilamında, kamu davasına katılmak için aranan "suçtan zarar görme" kavramının "suçtan doğrudan zarar görmüş bulunma hali" olarak anlaşılabilir uygulanması gerektiğini belirtmiştir.
- 99 Sanık İ.'nin, mağdur H'yi, katılma talep eden şirketin müstemilatında kasten öldürmeye teşebbüs ettiği olayda, **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi** 25.04.2016 tarihli ve 3705/2140 sayılı ilamı ile Taşıt Muayene İstasyonları İşl. A.Ş.'nin davalara katılma hakkı bulunmadığından vekillerinin temyiz isteminin reddine karar vermiş, ilgili şirketin suçtan doğrudan doğruya zarar görmediğini vurgulamıştır.
- 100 09.01.2002 tarihli, 24635 sayılı RG. ile yürürlüğe giren 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanuna Muhalefet suçundan verilen bir karar üzerine yapılan incelemede, **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi** 17.06.2014 tarihli ve 2282/3541 sayılı ilamında, suçtan doğrudan zarar gören ve yargılamaya katılma hakkı bulunan kurum olan Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumunun duruşmadan haberdar edilip kurum temsilcisinin şikâyet ve delillerinin tespiti, davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması, davaya katılma isteğinin bulunması halinde CMK'nın 238/3 maddesi uyarınca bir karar verilmesi gereğinden yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.
- 101 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine dair Kanun'un 20/2 ve ilgili yönetmeliğin 46. maddesine göre, "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (Aile, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı), gerekli görmesi halinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan ve herhangi bir şekilde haberdar olduğu cezai ve hukuki davaya müdahil olarak katılabilir".



katılma hükümsüz kalacaktır. Anılan maddede, suçtan zarar görenin katılma hakkını kazanmasından sonra, katılmadan vazgeçmesi veya ölmesi hali düzenlenmiştir. Kovuşturma evresinde yapılan duruşmalarda şikâyeti devam eden, ancak davaya katılmak istemeyen mağdurun, sonraki oturumlarda davaya katılma talebinde bulunması mümkündür. Kovuşturma evresinde şikâyetçi olmadığını bildiren suçtan zarar görenin davaya katılmasına ise karar verilemez. Ancak soruşturma evresinde şikâyetinden vazgeçmesine rağmen, kovuşturma evresinde şikâyetçi olan suçtan zarar görenin davaya katılma hakkı bakidir. Çünkü CMK'nın 243/1 maddesi, davaya katılan mağdurun bu hakkından vazgeçmesini düzenlediğinden, kovuşturma evresinin her aşamasında şikâyeti devam eden mağdurun katılma talebinde bulunmasına engel bir hal bulunmamaktadır¹⁰². Davaya katılmasına karar verilen müdahil, şikâyetinden vazgeçerse katılma hükümsüz kalır¹⁰³. Bu nedenle kovuşturma aşamasında şikâyetinden vazgeçen mağdur, yargılama sonucunda kurulan hükmü temyiz etme hak ve yetkisini de kaybetmektedir¹⁰⁴. Katılmanın hükümsüz kalacağı ikinci ihtimal, katılanın ölmesidir. Ancak ölüm halinde, ölen katılanın haklarını takip etmek üzere mirasçılarının davaya katılma hakları olduğu unutulmamalıdır¹⁰⁵.

3. Tutanak ve Belgelerden Örnek İsteme Hakkı

CMK'nın 234. maddesinin ikinci fıkrasının "b-3" bendine göre, mağdur ve şikâyetçinin kovuşturma evresinde de tutanak ve belgelerden örnek isteme hakları vardır. Soruşturma evresinde soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla suret alabilen mağdur ve şikâyetçi, kovuşturma aşamasında herhangi bir sınırlama olmaksızın bizzat bu haklarını kullanabileceklerdir¹⁰⁶.

102 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** 02.07.2014 tarihli ve 2013/15-289 esas, 2014/342 karar sayılı ilamı.

103 **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi** 01.03.2012 tarihli ve 4712/1363 sayılı ilamında, sanıklar hakkında kamu davası açıldıktan sonra mağdurun şikâyetinden vazgeçmesi karşısında, katılma hükümsüz kaldığından mağdur vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermiş ve katılma hükümsüz kaldığından mağdur vekiline vekalet ücreti verilmesi isabetsizliğinden yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

104 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** 02.06.2015 tarihli ve 2014/12-817 esas, 2015/190 karar sayılı ilamı.

105 KOCA, s. 14.

106 CMK'nın ilk halinde, kovuşturma aşamasında da mağdur ve şikâyetçinin ancak vekilleri aracılığı ile tutanak ve belgelerden örnek isteme hakları düzenlenmişken Anayasa Mahkemesi bu maddedeki "vekili aracılığı ile" ibaresini hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirip Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. **Anayasa Mahkemesinin** 17.05.2012 tarihli ve 37/69 sayılı kararı (21.07.2012 tarihli, 28360 sayılı R. G.).



CMK'nın "mağdur ile şikâyetçinin hakları" başlıklı 234. maddesinde, mağdur ve şikâyetçiye kovuşturma evresinde tutanak ve belgelerden örnek isteme hakkı tanınmıştır. Mağdur veya şikâyetçinin anılan haklarını kullanabilmeleri için davaya müdahil olarak katılmaları da zorunlu bir koşul olarak öngörülmemiştir¹⁰⁷. Ancak mağdur veya şikâyetçinin, davaya katılmamaları halinde kendilerine mahkemece re'sen tutanak ve belgelerden örnek verilmesi gerekmemekte ise de davaya katılmaları halinde mahkemece hükme esas alınması gereken belgelerin örneklerinin tefhim veya tebliğ edilmesi gerekmektedir. Yargıtay "hâkim havalesi bulunmayan ve beraat hükmüne esas alınan yeminli mali müşavir M... K... 'ye ait bila tarihli bilirkişi raporu duruşmada okunmayarak, katılan vekiline bir örneği verilerek beyanda bulunma imkânı tanınmayarak" CMK'nın 234. maddesine aykırı davranılmasını, bozma nedeni olarak gösterilmiştir¹⁰⁸. Katılmadan önce verilen kararların ve katılma tarihinden önce dosyaya konulan hükme esas alınacak belgelerin ise katılana veya vekiline tebliğ edilmesine ise lüzum bulunmamaktadır¹⁰⁹.

4. Tanıkların Davetini İsteme Hakkı

Kovuşturma aşamasında mağdur veya şikâyetçi, duruşmalarda tanık dinletmek isteyebilirler. Bu hak, delillerin toplanmasını isteme hakkı ile uyumlu olarak düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle soruşturma evresindeki delilleri toplatma talebi ile kovuşturma evresindeki tanık dinletme istemi arasında aslında pratik bir fark bulunmamaktadır. Her iki evrede de mağdur veya suçtan zarar gören toplanması gereken bir delil olduğunu düşünüyorlarsa anılan hak kapsamında bu delilin toplanıp evrak arasına alınması için talepte bulunacaklardır¹¹⁰.

CMK'nın 234. maddesinin 2. fıkrasının "b-4" bendinde düzenlenen tanıkların davetini isteme hakkını, mağdur veya şikâyetçi aynı Kanun'un 178. maddesindeki usule göre kullanabilirler. Buna göre, mahkeme başkanı veya hâkimden, tanık veya uzman bilirkişi çağrılmasını sözlü olarak veya dilekçe ile isteyebilme ve bu istem reddedildiğinde, o kimseleri mahkemeye bizzat getirip dinletebilme hakkına sahiptirler¹¹¹. CMK'nın

107 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01.04.2013 tarihli ve 2013/2-434 esas, 2014/157 karar sayılı ilamı.

108 Yargıtay 23. Ceza Dairesinin 28.03.2016 tarihli ve 2015/6335 esas, 2016/3560 karar sayılı ilamı.

109 ÇINAR Ali Rıza, "Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, İzmir 2019, s. 2825.

110 ŞAHİN, s. 119.

111 "Mağdure ile sanığın anlatımları, adli rapor ve tüm dosya kapsamı dikkate alınarak, sanık müdafininin tanık G... 'nin dinlenmesi talebine yönelik 28/12/2015 tarihli dilekçesinin reddedilmesinin ardından, müdafininin adı geçeni mahkemede hazır etmesine rağmen



178. maddesinin metninde bu haktan sadece katılanın yararlanacağı açıkça belirtilmiştir¹¹² ise de kanaatimizce aynı Kanun'un 234/1-b-4. maddesindeki düzenleme karşısında bu haktan mağdur ve şikâyetçinin de davaya katılmamış olsalar dahi yararlanabilmeleri gerekmektedir. Çünkü şikâyetçi olup aynı zamanda suçtan zarar görenlerin, kovuşturma evresinde tanık dinletmek isteyerek davayı takip iradelerini yansıtmaları aynı zamanda davaya katılma talebi olarak değerlendirilmelidir. Yargıtay Ceza Daireleri de müştekinin davayı takip iradesini açıkça göstermesi halinde, bu iradenin davaya katılma istemi olarak görülmesi gerektiğini belirtmektedirler¹¹³.

5. Avukat Yardımından Yararlanma Hakkı

Mağdur ve şikâyetçi kovuşturma evresinde "ihtiyari vekillik" veya "zorunlu vekillik" yoluyla duruşmalarda kendilerini avukat olan vekil aracılığı ile temsil ettirebilirler. Zorunlu vekillik CMK ile mevzuata dahil edilmiş olup, kanundan kaynaklanmaktadır. İhtiyari vekillik ilişkisi ise sözleşmeden veya kanundan doğabilir. Sözleşmeden kaynaklanan ihtiyari vekillik ilişkisi mağdurun veya şikâyetçinin kendi iradesi ve Noter aracılığında düzenleteceği vekâletname ile kurulabilir. Burada mağdur ile ihtiyari vekil arasında kurulan ilişki bir sözleşmeye dayanmakta olup, tayin olunan vekil, vekâletname sözleşmesi kapsamındaki tüm davalarda mağdur veya şikâyetçiyi vekil sıfatıyla duruşmalarda temsil edebilirler.

Kanundan kaynaklanan ihtiyari vekillik ise CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "b-5" bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, mağdur ve şikâyetçinin, cinsel saldırı suçundan veya alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren bir suçtan mağdur olmaları halinde, duruşmalarda kendileri temsil etmeleri için barodan vekil görevlendirilmesini isteme hakları bulunmaktadır¹¹⁴. Anılan bent gereğince mağdur veya şikâyetçiye istemi halinde vekil görevlendirileceği düzenlemesi yapılmıştır. Kanundan doğan ihtiyari vekillik olarak adlandırabileceğimiz bu haller kanunda sınırlı olarak sayılmış, cinsel saldırı suçu veya alt sınırı beş

tanığın dinlenilmemesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 178. maddesine aykırı davranılması bozma nedeni yapılmıştır". **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin** 29.06.2016 tarihli ve 2016/4161 esas, 2016/6423 karar sayılı ilamı.

112 CMK'nın 178/1. maddesine göre, "Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir".

113 **Yargıtay 8. Ceza Dairesinin** 05.12.2007 tarihli ve 1728-8599 sayılı ilamı ve benzer yönde **Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin** 26.09.2012 tarihli ve 3371-6860 sayılı ilamı.

114 Anılan düzenleme "Katılanın hakları" başlıklı CMK'nın 239/1. maddesi ile uyum içindedir. CMK'nın 239. maddesinin 1. fıkrasına göre, mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir.



yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden mağdur olanların kendisine vekil atanmasını isteyebileceği kabul edilmiştir. Mağdur veya şikâyetçinin bu haktan yararlanabilmesi için vekâletname ile atadığı vekilinin bulunmaması ve mahkemeden kendisine vekil tayin edilmesini istemesi gerekmektedir. Bu çerçevede mağdur veya şikâyetçinin, alt sınırı beş yıl veya daha az hapis cezası öngörülen suçtan zarar görmeleri halinde, bu suç cinsel saldırı suçu değil ise talep etseler dahi kendilerine baro tarafından vekil tayin edilmeyecek, vekil istiyorlarsa ihtiyari vekillerini kendi imkânları ile temin edeceklerdir. Kovuşturma evresinde avukat yardımından yararlanma hakkı, mağdur veya şikâyetçinin soruşturma evresinde kendilerine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı ile uyumlu olarak düzenlenmiştir.

CMK'nın 234. maddesinin 2. fıkrasında ise zorunlu vekillik sistemi öngörülmüştür. Zorunlu vekillik ilişkisi kanunun amir hükmü gereğince mağdur ile baro tarafından atanacak vekil arasında kurulmaktadır. Buna göre, mağdur onsekiz yaşından küçük, sağır, dilsiz veya meramını anlatamayacak kadar malûl olur ve ihtiyari vekili de bulunmazsa, talebi aranmaksızın vekil görevlendirilmesi için baro ile yazışma yapılmalıdır¹¹⁵. Kovuşturmaya konu eylem nedeniyle birden fazla kişinin mağdur olduğu olaylarda, tüm mağdurlara baro tarafından tek vekil görevlendirilmesi mümkün ise de mağdurlar arasında menfaat çatışması bulunduğu tespit edildiğinde ayrı ayrı vekil tayin edilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

Yargıtay uygulamalarına göre mağdurun ifadesinin alındığı tarihte onsekiz yaşından küçük olması¹¹⁷, sağır ve dilsiz olması¹¹⁸, zihinsel engelinin bulunması¹¹⁹, atipik psikoz hastalığı nedeniyle çalışamaz durumda olduğunun belirtilmesi¹²⁰, TCK'nın 32/1 maddesi kapsamında akıl hastalığı olması¹²¹ halinde vekil eşliğinde beyanının alınması zorunlu görülmüştür. Kovuşturma evresinde, vekil atanmasının zorunlu olduğu hallerde, mağdurun şikâyetçi olup olmadığına veya katılma talebinde

115 ŞAHİN, s. 120.

116 BOZDAĞ, s. 138.

117 **Yargıtay 4. Ceza Dairesinin**, 06.04.2016 tarihli ve 2014/946 esas, 2016/6557 karar sayılı ilamı; **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin**, 22.01.2018 tarihli ve 2017/20537 esas, 2018/589 karar sayılı ilamı; **Yargıtay 18. Ceza Dairesinin**, 02.05.2016 tarihli ve 2015/23538 esas, 2016/9296 karar sayılı ilamı.

118 **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin**, 25.04.2017 tarihli ve 2017/1424 esas, 2017/2230 karar sayılı ilamı.

119 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin**, 22.03.2016 tarihli ve 2015/23176 esas, 2016/7201 karar sayılı ilamı.

120 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin**, 16.02.2016 tarihli ve 2015/24839 esas, 2016/3397 karar sayılı ilamı.

121 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin**, 25.01.2016 tarihli ve 2015/23854 esas, 2016/1502 karar sayılı ilamı.



bulunup bulunmadığına bakılmaksızın¹²² iddianamenin kabulünden sonra vekili bulunmayan mağdura re'sen vekil görevlendirilmesinin istenmesi gerekmektedir¹²³. Onsekiz yaşından küçük mağdurun ifadesine başvurulmasına lüzum bulunmayan hallerde dahi duruşmalarda temsilinin sağlanabilmesi amacıyla kendisine vekil görevlendirilmesi zorunludur¹²⁴.

Kanaatimizce kovuşturma evresinde, dosya kapsamına veya mahkemenin gözlemine göre mağdurun, mahkeme huzurunda meramını anlatamayacağına ilişkin emareler varsa, bir vekil tayin ettirilerek onun refakatinde mağdurun beyanının alınması kanun kapsamına uygun olacaktır. Yargıtay bir kararında, sanık hakkında kasten yaralama suçundan TCK'nın 86/1 maddesi gereğince verilen cezanın, mağdurun özürlü olması nedeniyle aynı Kanun'un 86/3-b maddesi uyarınca artırıldığına anlaşılması karşısında, mağdura zorunlu vekil atanmasının sağlanarak beyanının vekili huzurunda alınması gerektiğini belirtmiştir¹²⁵. Zorunlu vekilin duruşmaya gelmemesi veya görevini yapmaması halinde ise mahkemece re'sen yeni bir vekil tayin ettirilmesi¹²⁶ ve atanan yeni vekile tebligat yapılması gerekmektedir¹²⁷. Ancak suç tarihi itibarıyla yaş küçük olan mağdurun, ifadesinin alınacağı tarihte onsekiz yaşını doldurması halinde zorunlu olarak vekil tayin ettirilmesine lüzum bulunmamaktadır. Yargıtay uygulamalarında da inceleme tarihi itibarıyla mağdurun onsekiz yaşını doldurduğunun tespiti halinde ifadesi sırasında onsekiz yaşını doldurmamış olsa dahi bu eksikliğin telafisi mümkün olmadığından bu husus bozma nedeni yapılmamaktadır¹²⁸.

122 Mağdurun onsekiz yaşından küçük, sağır ve dilsiz veya meramını anlatamayacak kadar malül olması halinde CMK'nın 234. maddesinin 2. fıkrası uyarınca duruşmalarda vekil ile temsil ettirilmesi zorunludur. Bu nedenle mağdurun davaya katılıp katılmadığına bakılmaksızın vekilinin bulunmaması halinde barodan vekil tayin edilmesi istenmelidir. Anılan emredici hükme rağmen, "Katılanın hakları" başlıklı CMK'nın 239. maddesinin 2. fıkrasında, mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmayacağına belirtilmesi kanaatimizce yerinde bir düzenleme olmamıştır.

123 BOZDAĞ, s. 128.

124 "Olay tarihinde üç yaşında olan mağdur E.S.'yi temsil etmesi amacıyla vekil atanmayarak CMK'nın 234/2. maddesine muhalefet edilmesi" bozmayı gerektirmiştir. **Yargıtay 16. Ceza Dairesinin**, 30.09.2016 tarihli ve 2016/2930 esas, 2016/4895 karar sayılı ilamı.

125 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin**, 20.02.2018 tarihli ve 2017/8225 esas, 2018/2647 karar sayılı ilamı.

126 **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin**, 03.03.2016 tarihli ve 2014/2054 esas, 2016/2136 karar sayılı ilamı.

127 **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin**, 31.03.2016 tarihli ve 2015/9995 esas, 2016/3170 karar sayılı ilamı.

128 **Yargıtay 20. Ceza Dairesinin**, 07.03.2016 tarihli ve 2015/14088 esas, 2016/1305 karar sayılı ilamı; **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin**, 14.06.2016 tarihli ve 2016/433 esas, 2016/5867 karar sayılı ilamı.



Mahkemece yaşı küçük olduğu için kendisine vekil tayin edilen mağdurun duruşmalar sırasında onsekiz yaşını doldurması ve vekil istememesi halinde zorunlu vekilin görevi sona erecektir¹²⁹. Ancak yaşı küçükken kendisine vekil ataması yapıldıktan sonra mağdur veya şikâyetçinin açıkça vekil istemediğini beyan etmemesi halinde, zorunlu vekilin görevi kovuşturma evresinin sonuna kadar devam edecektir. Her iki halde de zorunlu vekile yönetmelik gereğince belirlenen ücret devlet hazinesinden ödenecektir. Devlet hazinesinden ödenen bu ücret mahkemece yargılama giderlerine de eklenmeyecek, maliye hazinesi üzerinde bırakılacaktır¹³⁰.

Zorunlu vekillik müessesesinde, bağlı bulunduğu baro tarafından görevlendirilen avukat, mağdur veya şikâyetçiyi vekâletname ile temsil etmediğinden kovuşturma sonucunda sanık cezalandırılrsa dahi lehine avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca vekâlet ücretine hükümlenmeyecektir¹³¹. Mağdurun veya şikâyetçinin duruşmalarda kendisini -noter tarafından düzenlenen vekâletname sözleşmesi ile atadığı- ihtiyari vekil aracılığı ile temsil ettirmesi ve sanık/sanıklar hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması halinde ise karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekâlet ücreti verilmesi gerekmektedir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹³². Ancak, bu halde vekâletname verilerek ihtiyari şekilde tayin edilen vekil nedeniyle tayin edilecek vekalet ücretinin “katılan” sıfatını alması koşuluyla¹³³ bizzat mağdur veya şikâyetçiye verilmesi gerekmektedir. Katılan sıfatının alınması yeterli olmayıp, karar tarihi itibarıyla de halen sürmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, katılan sıfatı alınmasına rağmen sonraki oturumlarda şikâyetten vazgeçme nedeniyle katılma

129 **Yargıtay 6. Ceza Dairesi**, 27.04.2016 tarihli ve 2016/2024 esas, 2016/3518 karar sayılı ilamında, katılanın onsekiz yaşından büyük olarak ifadesinin alındığı oturumda vekil istemediğini beyan etmesi karşısında, zorunlu vekilin görevi sona erdiğinden zorunlu vekilin katılan vekili sıfatıyla yaptığı temyiz isteminin reddine karar vermiştir.

130 **Yargıtay 2. Ceza Dairesi**, 15.11.2017 tarihli ve 2015/11460 esas, 2017/11892 karar sayılı; **Yargıtay 3. Ceza Dairesi** ise 25.09.2017 tarihli ve 2017/6367 esas, 2017/11448 karar sayılı ilamları ile AİHS'nin 6/3-c maddesine açıkça aykırı olarak zorunlu vekil ücretinin yargılama giderine eklenmesini kanuna aykırı görülmüştür.

131 **Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin** 26.01.2016 tarihli, 2014/2209 esas, 2016/751 karar sayılı ilamında, yaşı küçük mağdureye CMK'nın 234/2 maddesi gereğince vekil tayin edildiği ve mağdure ile vekili arasında vekâletnameye dayalı bir ilişkinin bulunmadığı anlaşıldığından koşulları oluşmadığı halde vekâlet ücretine hükümlenmesi kanuna aykırı görülmüştür. Benzer şekilde **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 14.06.2017 tarihli ve 2016/17632 esas, 2017/8728 karar sayılı ilamı.

132 **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 10.01.2019 tarihli ve 2018/3859 esas, 2019/441 karar sayılı ilamı.

133 “Yargılamanın hiçbir aşamasında usulüne uygun verilmiş bir katılma kararı olmadığı gözetilmeden, sanık aleyhine vekalet ücretine hükmedilmesi” **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin** 10.04.2019 tarihli ve 2018/12270 esas, 2019/7765 karar sayılı ilamı.



sıfatı son bulmuş ise karar tarihi itibarıyla katılan olmadığından lehine vekâlet ücretine hükmolunmaması lazımdır.

6. Kanun Yollarına Başvurma Hakkı

Suç oluşturan eylem nedeniyle mağdur olup doğrudan doğruya zarar görenlerin kovuşturma evresinde hüküm kuruluncaya kadar, CMK'nın 237/1 maddesi uyarınca sanıktan şikâyetçi olup davaya katılmak istemeleri üzerine mahkeme tarafından kamu davasına katılmalarına karar verilecektir¹³⁴. Kamu davasına katılmış olmak şartıyla¹³⁵ mağdur veya şikâyetçi, CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrasının "b-6" bendine göre, davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yoluna başvurabilir. CMK'nın 260. maddesi ile uyumlu olarak düzenlenen bu hak sayesinde mağdur ve şikâyetçi, Cumhuriyet savcısından bağımsız olarak verilen kararlara karşı itiraz yoluna başvurabileceği gibi, hükümlere yönelik istinaf ve temyiz isteminde de bulunabilir.

Kanun yolları olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılır. Kural olan olağan kanun yollarıdır, olağanüstü kanun yolları ise istisnayı teşkil eder. Hâkim veya mahkeme tarafından verilen kararlara karşı başvuru itiraz yolu ile nihai hükümlere yönelik açılan istinaf ve temyiz davaları olağan kanun yolları olarak değerlendirilirken, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yollarını oluşturur. Olağanüstü kanun yolları kesin olan karar veya hükümler yönünden yapılan başvuruları kapsamaktadır.

İtiraz, hâkim veya mahkemece verilen kararların, karardan zarar gören kişinin başvurusu üzerine, farklı bir merci tarafından yeniden incelenmesine olanak tanıyan bir kanun yoludur. Kural olarak itirazın konusu hâkim kararları¹³⁶ iken, istisna olarak mahkeme ara kararlarına da itiraz edilebilir. Ancak mahkemenin nihai kararından önce verdiği ara kararlarına itiraz edilebilmesi için, kanunda itiraz yoluna başvurulabileceğinin açıkça gösterilmiş olması gerekmektedir¹³⁷. Suçtan zarar görenler soruşturma

134 ŞAHİN, s. 124.

135 **Yargıtay 22. Ceza Dairesi**, 06.05.2015 tarihli ve 2015/894 esas, 2015/587 karar sayılı ilamında, "CMK 234/1 maddesi gereğince şikâyetçinin davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakkının bulunduğunu" belirterek duruşmalarda davaya katılmak istemediği için hakkında katılma kararı verilmeyen müştekinin temyiz talebinin reddine karar vermiştir.

136 Kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça, soruşturma evresinde verilen sulh ceza hâkiminin kararları, naip hâkim kararları, istinabe olunan hâkim kararları ve mahkeme başkanı sıfatıyla verilen kararlar itiraz yoluna başvurulabilecek hâkim kararlarıdır. CENTEL/ZAFER, s. 743.

137 CENTEL/ZAFER, s. 743.



evresinde sulh ceza hakimliği tarafından verilen her türlü karara itiraz edemeseler de, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar karşı itiraz hakları vardır¹³⁸.

İstinaf kanun yolu bir dava olduğundan talep üzerine açılır. “Davasız yargılama olmaz prensibi” gereğince istinaf istemi bir dava olarak, hükmün kurulduğu dava dosyasının herhangi bir şarta bağlanmaksızın uyuşmazlığı çözecek yargısal makamın huzuruna getirilmesidir¹³⁹. Ancak talep dışı istinafta düzenlenmiştir. CMK’nın 272/1. maddesi uyarınca on beş yıl hapis cezasına ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümleri bölge adliye mahkemeleri tarafından re’sen incelenir. Bu hükümlerin önemine binaen kanun koyucu tarafından re’sen (otomatik) istinaf yolu öngörülmüştür¹⁴⁰. CMK’nın 273/1. maddesi uyarınca istinaf davası, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içerisinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine beyanda bulunulması ve bu beyanın tutanağa bağlanıp hâkim onayına sunulması ile birlikte açılmaktadır. Hüküm istinaf kanun yoluna başvuru hakkı bulunanların yokluğunda verilmiş ise yedi günlük istinaf süresi usulüne uygun yapılacak olan tebligat ile başlayacaktır.

CMK’nın 286/1. maddesine göre, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan kararları temyiz edilebilir. Bu çerçevede temyiz edilemez kararlar¹⁴¹ ve hukuka kesin aykırılık hallerini kapsayan mutlak istinaf sebeplerinin varlığı nedeniyle verilen bozma kararları dışındaki bölge adliye mahkemesi kararları temyizi kabildir. Hükmün açıklanmasından itibaren onbeş gün¹⁴² içinde hükmü veren mahkemeye ilgili kararının Yargıtay’da incelenmesi isteğini içeren bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibine beyanda bulunularak bu istemin tutanak altına alınması suretiyle açılan davaya temyiz davası, kural olarak sadece hukuki denetim yapılan incelemeye ise temyiz muhakemesi denilmektedir. Temyiz incelemesinin amacı hukuk birlikteliğinin sağlanması, gerçek bir hukuki güvenliğin tesisi ve toplumsal adaletin gerçekleşmesidir¹⁴³.

138 Ayrıntılı açıklama için bkz. “Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmayaya Yer Olmadığına İlişkin Karara İtiraz Hakkı” başlığı.

139 YENİSEY Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabul Sorunu*, İstanbul 1979, s. 150.

140 ÜNVER/HAKERİ, s. 414.

141 CMK’nın 286. maddesinin ikinci fıkrasında bölge adliye mahkemelerinin ceza daireleri tarafından verilen ancak temyiz edilemeyecek kararlar sınırlı olarak sayılmıştır. Sınırlı olarak sayıldığından bölge adliye mahkemesi kararları kural olarak temyizi kabul kararlardandır.

142 20.07.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile CMK’nın 291/1. maddesinde “yedi gün” olarak belirlenen temyiz süresi “onbeş gün” olarak değiştirilmiştir.

143 ÇINAR, Ali Rıza, *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 59-60; ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 733.



Temyiz incelemesinin yapılabilmesi için, davasız yargılama olmaz ilkesi nedeniyle öncelikle temyiz davasının açılması gerekmektedir. CMK'ya göre temyiz davasına başvurulabilmesi için iki koşul birlikte yerine getirilmelidir. Temyiz başvurusuna ilişkin ilk olarak temyiz istemde bulunulması koşulunun gerçekleşmesi, ikinci olarak ise başvuru isteminin yasal süresi içerisinde yapılması lazımdır. Kanun yolu davası açma hakkı, karar verildikten sonra, kanunda öngörülen sürenin sonuna kadar kullanılabilir¹⁴⁴. Başvuru koşullarının yanı sıra temyiz edenin buna yetkisinin bulunup bulunmadığının ve bölge adliye mahkemesi kararının temyiz edilebilir kararlardan olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁵. Bölge adliye mahkemesi kararı, temyiz davası açma hakkı bulunan katılanın yokluğunda verilmiş ise kararın öncelikle katılan vekiline, vekilin bulunmaması halinde ise bizzat katılana tebliği gerekmektedir.

İlk derece mahkemesinin nihai kararını istinaf etmeyen katılanın, diğer tarafların (sanık, Cumhuriyet savcısı, malen sorumlu gibi) istinafı üzerine veya re'sen istinaf sonucunda verilen bölge adliye mahkemesi kararını temyiz edip edemeyeceğine ilişkin Yargıtay uygulaması istikrar göstermemektedir. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesi kararını istinaf edip etmediğine bakmaksızın bölge adliye mahkemesinin temyizi kabil olan tüm kararlarının suçtan zarar gören katılan tarafından temyiz edilebileceği görüşüne varıp, kararın istinaf etmeyen katılana tebliğ edilmesi gerektiğini kabul ederek uygulamasını geliştirmiştir¹⁴⁶. Başka bir ifadeyle, Yüksek Daire, ilk derece yargılamasında katılan olarak kabul edilen herkesin¹⁴⁷ temyiz davasının tarafı olmaya hakkı olduğunu

144 ÇINAR, 2019, s. 2827.

145 ÖZTÜRK ve diğerleri, s. 735-737.

146 İlk derece mahkemesi tarafından sanık S... hakkında kasten öldürme ve kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından verilen mahkûmiyet hükümlerini sadece sanık müdafii istinaf etmiş, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun esaslan reddine ilişkin kararı sanık müdafii tarafından temyiz edilmiş, **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi** 02.04.2019 tarihli ve 2019/236 esas, 2019/2017 karar sayılı ilamıyla "Yargılama aşamasında, sanık S... hakkındaki açılan kamu davasına katılmalarına karar verilen mağdurlar Burak ve Buse'nin CMK'nın 234 ve 260. maddeleri uyarınca hükmü temyize yetkileri bulunduğu anlaşılınca, 16.01.2018 tarihli kararın (bölge adliye mahkemesi kararı) kendilerine usulünce tebliğ edilmek üzere" dosyanın mahalline iadesine karar vermiştir.

147 İlk derece mahkemesinin kasten öldürme suçundan verdiği mahkûmiyet kararını sanık ile birlikte maktulün kardeşi D... B... vekili istinaf etmiş, maktulün davaya katılan diğer kardeşleri H...S... ve B... V... gerekçeli karar tebliğine rağmen mahkûmiyet hükmünü istinaf etmemişlerdir. İstinaf incelemesini yapan bölge adliye mahkemesi kararı yönünden yine sanık ile birlikte maktulün kardeşi D... B... vekili temyiz davası açmış, bölge adliye mahkemesi tarafından verilen karar diğer katılanlara tebliğ edilmemiştir. **Yargıtay Birinci Ceza Dairesi** 22.05.2019 tarihli ve 2019/22 esas, 2019/2973 karar sayılı ilamında, maktulden katılanlar; H... S... ve B... V...'e ilgili Bölge Adliye Mahkemesi kararının tebliğ edilmesi için dosyayı mahalline tevdi etmiş, sanığın aleyhine temyiz bulunmasına ve katılan aleyhine



kabul etmiştir. Yargıtay 14. Ceza Dairesi ise bölge adliye mahkemesi kararının katılanın aleyhine olup olmadığını değerlendirerek ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği yönünde görüşe varmıştır. Buna göre, bölge adliye mahkemesi kararının katılanın aleyhine olması halinde ilk derece mahkemesi kararını istinaf etmeyen katılanın temyiz hakkını kabul ederken, bölge adliye mahkemesi kararının istinaf isteminde bulunmayan katılana tebliğ edilmesi lüzumunu belirtmiştir¹⁴⁸. Bu çerçevede 14. Ceza Dairesi ilk derece mahkemesi kararını aleyhe değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararlarının, istinaf isteminde bulunmayan katılanın temyiz davası açma hakkının bulunmadığını kabul etmektedir¹⁴⁹.

Suçtan zarar gören mağdurun veya şikâyetçinin, usulüne uygun şekilde davaya katılmaları koşuluyla istinaf veya temyiz davası açma hakları bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen şartlar gerçekleştiğinde katılan, bizzat kendisi veya vekili aracılığı ile ilk derece mahkemesinin nihai kararına karşı istinaf davası açabileceği gibi, bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı da temyiz davası açabilecektir. Kural olarak isteğe bağlı olması dolayısıyla kanun yoluna başvuru hakkı olan katılan bu hakkını isterse kullanacak, istemediği takdirde ise kanun yoluna başvurmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de “*istinaf davası*” veya “*temyiz davası*” açmanın birbirleriyle bir bağlantısının bulunmamasıdır. CMK'nın 272 ve devamı maddelerinde istinaf davasının açılmasının koşulları ile muhakemesinin usulü düzenlenmişken, aynı Kanun'un 286 ve devamı maddelerinde temyiz davasının şartları belirlenmiştir.

bir istinaf kararı olmamasına rağmen temyiz davası açma hakları bulunan katılanlara tebliğ zorunluluğunu vurgulamıştır. Benzer yönde **Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin** 19.03.2019 tarihli ve 2019/82 esas, 2019/1675 karar ile 19.03.2019 tarihli ve 2019/207 esas, 2019/1676 karar sayılı ilamları.

148 **Yargıtay 14. Ceza Dairesi** 09.04.2019 tarihli ve 2018/7547 esas, 2019/8963 karar sayılı ilamında, “Bölge adliye mahkemesi kararının kısmen katılanların aleyhine olduğu anlaşılmasına rağmen, yokluğunda verilen hükmün katılan C...’ye tebliğine dair belgeye dosyada rastlanılmadığından” gerekçeli kararın adı geçen katılana tebliği gerektiğini vurgulamış, 18.04.2019 tarihli ve 2018/9660 esas, 2019/9228 karar sayılı ilamında ise sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün, bölge adliye mahkemesi tarafından beraat hükmüne çevrilmesi nedeniyle bölge adliye mahkemesi kararının katılana tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

149 **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin** 09.01.2020 tarihli ve 2019/7065 esas, 2020/187 karar sayılı ilamında “Katılan B... vekilinin ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda verilip usulüne uygun şekilde tebliğ edilen hükümlerle ilgili istinaf kanun yoluna başvurmaması nedeniyle söz konusu hükümleri aleyhe değiştirmeyen Bölge Adliye Mahkemesi kararını temyize hakkı bulunmadığı anlaşıldığından, vaki istemin 5271 sayılı CMK'nın 298. maddesi uyarınca REDDİNE” karar verilmiştir. **Yargıtay 14. Ceza Dairesinin** 14.01.2020 tarihli ve 2019/7147 esas, 2020/376 karar; 10.02.2020 tarihli ve 2019/1382 esas, 2020/998 karar ve 18.02.2020 tarihli ve 2019/4675 esas, 2020/1267 karar sayılı ilamlarında da benzer gerekçeyle katılan temyizlerinin reddine karar vermiştir.



Temyiz davasının açılması koşulları arasında katılanın istinaf davası açması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle istinaf davası açılıp açılmadığına bakılmaksızın bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilen tüm nihai kararların CMK'nın 260. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı ve sanık ile birlikte, katılan sıfatı almış olanlar, katılma istemi karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan olabilecek surette suçtan zarar görenler tarafından temyiz edilebileceği kabul edilmeli ve bu çerçevede başvuru hakkı olan tüm ilgililere tebliğ edilmelidir. Bu kabul, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ve hukuki güvenlik ilkesi ile de uyumlu olacaktır. Katılan dışındaki tarafların açtığı istinaf davasının incelenmesi sonucunda bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararların katılanın aleyhine olup olmaması da bu hakkın kullanılması bakımından önemli değildir. Ancak katılanın istinaf davası açmaması ve hükmün Cumhuriyet savcısı tarafından da katılan lehine istinaf edilmemesi halinde CMK'nın 283/1. maddesine göre ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm önceki belirlenen cezadan daha ağır olamayacağından, katılanın temyizi halinde temyiz muhakemesi sonucunda ceza miktarı yönünden sanığın kazanılmış hakkının korunması, başka bir ifadeyle ilk derece mahkemesi tarafından verilen ceza miktarının artırılmaması gerekmektedir.

Kanun yollarına başvuru hakkının sadece katılana değil katılma istemi reddedilmiş veya karara bağlanmamış olanlara da tanınması, temyiz kanun yolu yönünden CMK'nın 287/1 maddesi ile de uyum içindedir¹⁵⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da son dönemdeki kararlarında katılma istemi reddedilmiş bulunan şikâyetçiye, öncelikle gerekçeli karar tebliğinin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır¹⁵¹. Bununla beraber, sanık hakkında açılan davaya katılma talebinde bulunan, ancak bu talebi reddedilen veya bu talep hakkında karar verilmeyen şikâyetçinin, gerçekte davaya katılma hakkı olmayabilir. Bu çerçevede, davaya katılma hakkı bulunmayan şikâyetçinin, katılma talebi hakkında karar verilmemesi veya katılma talebinin reddedilmiş olması, kendisine hükme karşı kanun yollarına

150 CMK'nın 287/1 maddesine göre, "Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir".

151 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** 14.11.2017 tarihli ve 2016/1-540 esas, 2017/480 karar sayılı ilamı ile suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği gerekçesiyle katılma talebi reddedilen **Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu Derneği'nin**; 28.11.2017 tarihli ve 2016/1-1415 esas, 2017/501 karar sayılı ilamı ile ise suçtan zarar gören durumunda olmadığından katılma talebi reddedilen **Uluslararası Baran Tursun Vakfı'nın** CMK'nın 260. maddesi uyarınca kanun yollarına başvuru hakları bulunduğu şüphe olmadığından öncelikle bu haklarını kullanabilmeleri için gerekçeli karar tebliğ edilmesini gerektiğini belirtmiştir.



başvuru hakkı verse de istinaf veya temyiz davasının tarafı olma hakkı vermeyecektir¹⁵².

Onbeş yaşını doldurmamış ve ayırt etme yeteneğine sahip olmayan mağdur çocukların, sadece zorunlu vekillerinin beyanına dayanılarak açılan kamu davasına katılmalarına karar verilmesi halinde, katılma kararı hukuki değerden yoksun olarak değerlendirilmelidir¹⁵³. Mağdur çocukların kanuni temsilcileri dinlenmeden verilen katılma kararı hukuki değerden yoksun olduğundan zorunlu vekilin kurulan hükmü temyize hak ve yetkisi de bulunmamaktadır. Hükmün bu şekilde temyiz incelemesine gönderilmesi halinde Yargıtay Ceza Daireleri zorunlu vekilin temyize hak ve yetkisi olmadığından temyiz isteminin reddine karar vermektedir¹⁵⁴. Ancak bu durumda gerekçeli kararın mağdur çocuğun kanuni temsilcisine tebliğinde¹⁵⁵ zorunluluk bulunmaktadır¹⁵⁶. Yargıtay uygulamasına göre gerekçeli karar tebliğine rağmen kanuni temsilcilerinin temyiz kanun yoluna başvurmamaları halinde mağdur çocukların temyiz davasının tarafı olma şansları kalmamaktadır. Kanaatimizce bu durumda mağdur çocuğun Yargıtay inceleme tarihine göre onbeş veya onsekiz

152 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 248.

153 Ayrıntılı açıklama için bkz. “**Kamu Davasına Katılma**” başlığı.

154 “Suç tarihi ve yargılama aşamasında beyanın alınacağı 09.07.2015 tarihi itibarıyla 12-15 yaş grubunda bulunan mağdur U... S... adına şikâyet hakkının ve kamu davasına katılma yetkisinin, kanuni temsilcileri olan anne ve babasına ait olduğu, mağdurun velilerine usulüne uygun şekilde gerekçeli karar tebliğ edilmesine karşın hükmü temyiz etmedikleri anlaşılmakla, **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** 20.05.2014 tarih, 2013/287 Esas ve 2014/273 sayılı kararı gereğince, mağdurun velisi ile mağdura 5271 sayılı CMK’nın 234/2. maddesi uyarınca atanan vekilin iradelerinin çelişmesi halinde, mağdurun kanuni temsilcisinin iradesine üstünlük tanınması gerektiğinden, katılan sıfatını almayan mağdurun temyiz hakkı bulunmadığından, mağdur vekilinin temyiz isteminin 6723 sayılı Kanun’un 33. maddesiyle değişik 5320 sayılı Kanun’un 8. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’un 317. maddesi uyarınca isteme aykırı REDDİNE” **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin**, 04.02.2019 tarihli ve 2019/912 esas, 2019/1965 karar sayılı ilamı.

155 CMK’nın “kararların açıklanması ve tebliği” başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrasında; “koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunmayan ilgisine tebliğ olunur” hükmü yer almaktadır.

156 “Sanık hakkında verilen beraat kararının suç ve hüküm tarihinde 15 yaşından küçük mağdur Z... B... K...’ın zorunlu vekilce temyiz edildiği, ancak **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun** 20.05.2014 tarihli, 2013/287 esas ve 2014/273 sayılı kararına göre; 12-15 yaş grubundaki kişiler ile ilgili olarak mağdurun velisi ile mağdura 5271 sayılı CMK’nın 234/2. maddesi uyarınca görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde, mağdurun kanuni temsilcisinin iradesine üstünlük tanınması gerektiğinden ve dosya içeriğinden mağdurun velisi olan babası A... K...’ın duruşmaya davet edilerek şikâyetçi olup olmadıkları hususunda beyanlarının tespit edilmediği de anlaşıldığından, gerekçeli kararın usulüne uygun olarak mağdurun velisine tebliği ve kararı temyiz ettiği takdirde ek tebliğname de tanzim edilmek suretiyle dosyanın eksiklik giderildiğinde iade edilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE” **Yargıtay 3. Ceza Dairesinin**, 06.05.2019 tarihli ve 2018/7557 esas, 2019/9539 karar sayılı ilamı.



yaşını doldurup doldurmadığına bakılmalı, onbeş yaşını doldurmuş olması halinde ayırt etme gücüne erişeceğinden iradesinin dosyaya yansıtılması, onsekiz yaşını doldurduğunun anlaşılması halinde ise gerekçeli kararın bizzat mağdura tebliğ edilmesi gerekmektedir. Çünkü uygulamada, mağdur çocuğun zorunlu vekilinin temyizinden haberdar olan kanuni temsilcilerin gerekçeli karar tebligatına rağmen hükmü temyiz etmedikleri, mağdur çocuğun zorunlu vekilinin temyizi ile kararın inceleneceği düşüncesine kapıldıkları bilinen bir gerçektir.

CMK'nın 233/1 maddesindeki usule uygun olarak duruşmaya çağrılan mağdur ve şikâyetçinin, bu çağrıya uymamaları¹⁵⁷ veya bu çağrıya uyup duruşmalara gelmelerine rağmen davaya katılmamış olmaları halinde kanun yollarına başvuru hakları bulunmamaktadır¹⁵⁸. Mağdur ve şikâyetçi, doğrudan doğruya zarar görmedikleri suçlar yönünden açılan kamu davalarına katılma hakları bulunmadığından, bu suçlardan kurulan hükümlere karşı da anılan hakkı kullanamazlar¹⁵⁹. Yargıtay Ceza

157 CMK'nın 235. maddesinin 1. fıkrasına göre, "tarafalarına yapılan usulüne uygun tebligata rağmen duruşmaya gelmeyen mağdur veya şikâyetçiye yeniden tebligat yapılmaz." Bunun anlamı, mağdurun ifadesinin alınması amacıyla zorla getirilemeyeceği, soruşturma veya kovuşturma evresinde bir hak olarak mağdur ve şikâyetçiye tanınmaktadır. Anılan maddenin 2. fıkrasında ise bu adrese çıkartılan çağrıya rağmen gelmeyen kimseye yeniden tebligata bulunulmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle duruşmaya usulüne uygun meşruhatlı çağrı kağıdı ile çağrılan mağdur veya şikâyetçi duruşmaya katılmadı ise yokluğunda verilen hükmün gerekçeli halinin tebliğine de lüzum bulunmamaktadır. Mağdur veya şikâyetçinin soruşturma evresinde bildirdiği adresini değiştirip, yeni adresini bildirmemesi halinde de kanun yoluna başvuru hakkı bulunmamaktadır. Yargıtay uygulaması da bu yönde gelişmiştir. **Yargıtay 8. Ceza Dairesi** 22.10.2018 tarihli ve 2018/2647 esas, 2018/11395 karar sayılı ilamında "Müşteki H... M... 'e duruşma gün ve saati, 13.05.2014 tarihli kolluk ifadesinde beyan etmiş olduğu adrese yapılan tebligatın bila ikmal iade edildiği, 5271 sayılı CMK'nın 235/3. maddesi uyarınca yeni adres beyan etmeyen müşteki yönünden usulüne uygun bir katılma talebinin bulunmadığı, katılan sıfatını almaması nedeniyle hükmü temyize hak ve yetkisi bulunmayan müşteki vekilinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 317. maddesi gereğince reddine" karar vermiştir.

158 **Yargıtay 14. Ceza Dairesi** de 06.02.2017 tarihli ve 2016/10994 esas, 2017/495 karar sayılı ilamıyla usulüne uygun çağrı kağıdı ile çağrılmasına rağmen duruşmaya gelmeyen müşteki kurum vekilinin, CMK'nın 234/2. maddesi uyarınca hükmü temyiz hakkı bulunmadığından temyiz isteminin reddine karar vermiştir.

159 **Yargıtay 20. Ceza Dairesi**, 18.12.2017 tarihli ve 2017/6170 esas, 2017/7060 karar sayılı ilamında, "Sağlık için tehlikeli madde temin etme suçunun 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiş olması; belirtilen özelliği gereğince mağdurların CMK'nın 237. maddesi uyarınca mağdur veya suçtan zarar gören sıfatıyla bu suçlarla ilgili davalara katılma ve hükmü temyiz etme haklarının olmadığı anlaşıldığından, mağdurlar vekilinin temyiz inceleme isteğinin 5320 sayılı Kanun'un 8/1. ve 1412 sayılı CMUK'un 317. maddeleri gereğince reddine" karar vermiştir.



Genel Kurulu¹⁶⁰ ve Ceza Daireleri¹⁶¹, suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği için katılma hakkı bulunmamasına rağmen, yerel mahkemece yanılığılı değerlendirme ile şikâyetçinin açılan davaya katılmasına karar verilmesini hukuki değerden yoksun kabul etmektedir.

C. Bilgilendirilme (Aydınlanma) Hakkı

Mağdurun veya suçtan zarar görenin, kanundan kaynaklanan haklarını öğrenebilmeleri ve şikâyet haklarını kullanabilmeleri için usulüne uygun olarak ilgili makama davet edilip bilgilendirilmeleri gerekmektedir. CMK'nın 234. maddesinin 3. fıkrasında, suç mağdurlarına ve müştekiye, soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki haklarının anlatılıp açıklanacağı ve tutanak altına alınacağı hususu kabul edilmiş, bilgilendirilme hakkı hukuksal zeminde düzenlenmiştir¹⁶². Kanuna göre, mağdur ile şikâyetçiye CMK'nın 234. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen hakların açıklanıp anlatılması gerekmektedir¹⁶³.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, 14.06.2006 tarihinde bakan temsilcilerinin 97. toplantısında kabul edilen, "Üye Ülkelere Suç Mağdurlarına Yardım Hususundaki Tavsiye Kararının¹⁶⁴" altıncı bendinde düzenlenen bilgilendirme hakkı, "bilginin sağlanması", "bilginin kapsamı" ve "hususî usul hakkında bilgiler" olmak üzere üç başlıkta incelenmiştir. Buna göre;

"Bilginin sağlanması"

□ Devletler, mağdurların davaları ile ilgili ve kendi çıkarlarını korumak için ve haklarını kullanmak için gerekli bilgilere ulaşabilmesini temin etmelidir.

□ Bu bilgi, mağdur kolluk kuvvetleri veya ceza adaleti görevlileri veya sosyal ve sağlık servisi ile temasa geçer geçmez mağdura sağlanmalıdır. Bu bilgi, mümkün olduğu kadar mağdurun anlayacağı dilde sözlü olduğu gibi yazılı olarak iletilmelidir.

160 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.04.2014 tarihli ve 2013/4-599 esas, 2014/190 karar sayılı ilamında, "Ziraat Bankası ... Şubesinde çalışan mağdurların tehdit edilmesi suçundan doğrudan zarar görmeyen ve kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün de bulunmaması nedeniyle, bu suçu takip etme görevi bulunmayan Ziraat Bankasının kamu davasına katılma yetkisi olmadığı gibi, yerel mahkemece verilen müdahale kararı da hukuki değerden yoksun olup hükmü temyiz hakkı vermeyeceğinden, temyiz isteminin reddi kararı doğrudur", şeklinde karar vermiştir. Benzer yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 14.02.2017 tarihli ve 2015/5-95 esas, 2017/71 karar sayılı ilamı.

161 Yargıtay 16 Ceza Dairesi, 30.09.2016 tarihli ve 2016/2930 esas 2016/4895 karar sayılı ilamında, 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarından doğrudan doğruya zarar görmediğinden, davaya katılma hakkı bulunmayan Y... I...'ın bu suçlardan davaya katılmasına ilişkin verilen karar hukuki değerden yoksun olup hükmü temyiz yetkisi vermeyeceğinden vekilinin temyiz isteminin bu suçlar yönünden 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi gereğince reddine karar vermiştir.

162 ŞAHİN, s. 120.

163 ÇINAR, 2019, s. 2814.

164 14.06.2006 tarihli, Rec (2006) 8 numaralı tavsiye kararı.



Bilginin kapsamı

□ Bütün mağdurlar, destek sağlayabilecek hizmetlerden ve kuruluşlardan ve türünden ve gerekirse bu desteğin maliyetinden bilgilendirilecektir.

□ Kolluk kuvveti veya ceza adaleti görevlilerine bir suç bildirildiğinde, mağdura verilecek bilgiler asgarisinden aşağıdakileri kapsamalıdır:

- i) Takip edilecek usul ve bu usul içinde mağdurun yeri,
- ii) Hangi durum ve şartlarda mağdurun korunabileceği,
- iii) Hangi durum ve şartlarda mağdurun failden tazminat alabileceği,
- iv) İlgili durumlarda,

- Hukuki danışmanlığı,
- Hukuki yardımın veya,
- Herhangi diğer yardımların,

Varlığı ve mali bedeli,

v) Eğer mümkün ise Devlet tazminatına başvuru yolları,

vi) Eğer mağdur başka ülkede ikamet etmekte ise, onun haklarının korunması için mevcut diğer başka düzenlemeler.

Hukuki Usul Hakkında Bilgiler

□ Devletler mağdurların aşağıdaki hususları anlamalarını ve uygun şekilde bilgilendirilmelerini temin etmelidirler.

- i) Şikâyetlerinin sonuçlarını,
- ii) Ceza soruşturması ve kovuşturmasındaki gelişmelerin ilgili aşamalarını,
- iii) Yetkili mahkemenin kararlarını ve gerektiğinde de mahkeme hükmünü temin etmelidirler."

Mağdurlara bu tür bilgileri isteyip istemedikleri konusunda irade açıklamalarına fırsat verilmelidir¹⁶⁵.

Kural olarak suç teşkil eden olayın savcılık makamına intikal etmesi üzerine soruşturma evresi başlayacak, mağdur veya şikâyetçi Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri tarafından ifadesinin alınması amacıyla usulüne uygun çağrılacak, çağrı üzerine gelen ilgiliye hakları hatırlatılarak bu husus tutanağa yazılacaktır¹⁶⁶. Kovuşturma evresinde de mağdur veya şikâyetçi duruşmaya çağrılıp dinlenmeden önce sahip oldukları haklar kendilerine bildirilip bu hususta aydınlanmaları sağlanacaktır.

165 SOKULLU-AKINCI/DURSUN, s. 437-438.

166 SOYASLAN, 2014, s. 474.



Bilgilendirme hakkı çerçevesinde mağdur veya şikâyetçinin ifadelerinin alınmasından önce haklarının hatırlatıldığı hususu mutlaka tutanak altına alınacaktır¹⁶⁷. CMK ile uyumlu olacak şekilde Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı taslağının “*Temel Hak ve Hizmetler*” başlıklı ikinci bölümünde bilgilendirme hakkı düzenlenmiştir. Anılan tasarının 4. maddesine göre, “*mağdur, kanunlarda kendisine sağlanan hak ve yardımlar hakkında kolluk birimleri veya müdürlükçe bilgilendirilir ve yönlendirilir*”.

Mağdur Hakları Tasarısının genel gerekçesine göre, temel insan hakları arasında yer alan ve hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir parçasını oluşturan adalete erişim konusu, mağdurlar açısından özellikle de kırılgan grupta yer alan çocuklar açısından çok fazla önem arz etmektedir. Toplum içerisinde desteklenmesi gereken çocukların adli süreçte de desteklenmesi ve adalete erişim hakkından eşit olarak yararlanmaları için yasal, kurumsal, yapısal, sosyo-ekonomik ve kültürel alanda pek çok tedbir alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Adalete erişilebilirliğin sağlanması için alınan bu tedbirler hak arama mekanizmalarının güçlendirilmesi ile hak arama yolları hakkında belirtilen kesimlerin farkındalığının artırılması gibi önlemleri içermektedir¹⁶⁸.

Mağdura gerek bilgilendirilme hakkı kapsamında açıklama yaparken gerekse soruşturma ve kovuşturmanın tüm aşamalarındaki işlemler sırasında, mağdurun kişisel onur ve saygınlığına uygun davranılmalıdır. Mağdurla iletişim kuran kolluk makamlarının mağdura, suçun konusu veya suçun delili gözüyle bakmamaları gerekir. Kovuşturma aşamasında da mağdura suçun sübutunu ispatlayacak bir delil muamelesi yapılmamalıdır¹⁶⁹. Suça konu eylem gerçekleştirildiğinde, kolluk görevlileri ve Cumhuriyet savcısı tarafından mağdurun içinde bulunduğu durum göz önünde bulundurularak nazik ve hoşgörülü davranış sergilenmeli, mağdura yardım edileceğini hissettirecek şekilde güven aşılanmalıdır¹⁷⁰.

SONUÇ

Suç oluşturan eylem bireysel ve toplumsal yaşam açısından farklı olumsuz sonuçlar doğurabilir. Suç hemen herkesin yaşamını doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir. Yaşamımız sadece kendi eylemlerimiz nedeniyle değil, yakınlarımızın, arkadaşlarımızın, akrabalarımızın ve hatta belli zamanlarda aynı mekânları paylaştığımız tanımadığımız insanların mağduriyetleri ile de olumsuz etkilenebilir. Mağduriyet yaşamını kaybetme, fiziksel veya ruhsal yaralanma, ekonomik kayıp

167 KOCA, s. 10.

168 www.kgm.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi 07.08.2017).

169 DEĞİRMENCİ, s. 76.

170 USLU Ferhat, “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2013/4, Ankara 2013, s. 259.



şeklinde olabileceği gibi suç ve suç mağduru olma korkusu yoluyla toplumsal açıdan da olabilir. Bu korku yaşam kalitesini düşürmekle kalmayıp toplumsal olarak insanlar arasında güven ilişkisini de azaltarak zedelediğinden, kendilerini hukuk devleti olarak adlandıran tüm ülkelerde suç nedeniyle mağdur olan kişilerin mağduriyetlerini azaltmaya yönelik kanuni düzenlemeler yapılmalıdır.

Ceza muhakemesinde hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde suç mağdurlarına birçok hak tanınması, muhakemenin tüm aşamalarında kendilerini aktif bir biçimde temsilinin sağlanmasının amaçlandığını göstermektedir. Mağdur ve şikâyetçiye muhakeme sürecinde tanınan hakların çoğaltılması ve hangi haklara sahip olduklarının anlatılması, suç nedeniyle mağdur olan kişilerin devlet tarafından yalnız bırakılmadıkları düşüncesine varmalarına neden olacaktır. Kovuşturma evresinde ilk derece mahkemesi tarafından kurulan nihai hükmün sanık ile birlikte katılan sıfatını almış olma koşuluyla mağdur tarafından da -karar tarihine göre istinaf veya temyiz davası açılarak- kanun yoluna taşınabilmesi anılan amacın başka bir göstergesidir.

CMK'nın 283. maddesine göre, bölge adliye mahkemesine sadece sanık lehine istinaf başvurusunda bulunulması halinde önceki hükümde belirlenmiş cezadan daha ağır bir cezaya hükmolunamayacaktır. Gerçekten de yargılama sonunda sanık aleyhine elde edilen bazı yeni deliller bölge adliye mahkemesi tarafından sanığın aleyhine değerlendirilerek ilk derece mahkemesinde aldığı ceza miktarının artması sonucunu doğurabilecektir. Ancak böyle bir durumda sadece sanığın lehine bir başvuru varsa, istinaf incelemesi sonucunda verilen ceza miktarı ilk derece mahkemesinin belirlediği ceza miktarından fazla olamayacaktır. Temyiz davasında da benzer hüküm CMK'nın 307. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, hüküm yalnızca sanık tarafından veya Cumhuriyet savcısınca sanığın lehine temyiz edilmiş ise yeniden belirlenen hükümde verilen ceza önceden verilen cezadan daha ağır alamayacaktır. Gerek istinaf gerekse temyiz davası sonucunda kurulacak hükümlerde sanığın lehine olacak şekilde "*aleyhe değiştirme yasağı*" konulmasına rağmen, suçtan zarar gören katılan yönünden benzer bir düzenlemeye CMK'da yer verilmemiştir. Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının uzantısı olan silahların eşitliği ilkesine uygun olacak şekilde sadece suçtan zarar gören katılan tarafından veya katılanın lehine Cumhuriyet savcısı tarafından kanun yoluna başvurulması halinde katılan lehine "*aleyhe değiştirme yasağı*" konulmalıdır. Aksi halde suçtan zarar gören katılan, sanığın daha fazla cezalandırılmasını isteyen dilekçe ile istinaf veya temyiz davası açmasına rağmen, sanığın cezasının tamamen ortadan kalkması veya cezasının azaltılması söz konusu olabilecek, bu nedenle suç mağduru olan katılan, istinaf davası veya temyiz davası açmaktan imtina edebilecektir.



KISALTMALAR

- AIHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
bkz.: Bakınız
CMK: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK: 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
Ed.: Editör
KHK: Kanun Hükmünde Kararname
R.G.: Resmi Gazete
s.: Sayfa
TCK: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi
YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://www.kgm.adalet.gov.tr> (07.08.2017)
<http://www.e-akademi.org/makaleler/acyenidunya-1.htm> (12.05.2020)

KAYNAKLAR

Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005.

ALTAY Ali, “*Ceza Muhakemesi Kanununda Mağdur Hakları*”, **Suç Mağdurları**, (Ed. Bahar, H. İ.), Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 274-290.

BOZDAĞ Ahmet, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 132, Ankara 2017, s. 121-146.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2013.

ÇINAR Ali Rıza, **Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

ÇINAR Ali Rıza, “*Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, İzmir 2019, s. 2801-2836.



DEĞİRMENCİ Olgun, “*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 77, Ankara 2008, s. 33-86.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt 2**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1974.

EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Cilt I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1993.

GÖKCEN Ahmet/BALCI Murat/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerem, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

KARAKURT Ahu, “*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 82, Ankara 2009, s. 170-200.

KAYMAZ Seydi, “*Hukuka Aykırı Delillerin Mukayeseli Hukuktaki Yeri*”, **Hukuka Aykırı Delillerin Toplanması**, (Ed. Soyubelli, F.), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2016, s. 1-18.

KOCA Mahmut, “*Temyiz Yolunda Davaya Katılma*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 5, Sayı 18, Ankara 2014, s. 1-28.

ÖZGENÇ İzzet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/ KIRIT Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ ERDEN Efser, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

PAZARCIKLI Nusret Alper, “*Türk Ceza Yargısında Soruşturma ve Kovuşturma Evresindeki Mağdur Hakları*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 4, Sayı 14, Ankara 2013, s. 969-1009.

SOKULLU-AKINCI Füsun/DURSUN Selman, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2016.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.



ŞAHİN Cumhuriyet/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 2**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011.

USLU Ferhat, “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2013/4, Ankara 2013, s. 242-260.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 2**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

YENİDÜNYA, A. Caner, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, sayı 60, Şubat 2007. Erişim Tarihi 12.05.2020.

YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabul Sorunu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.