

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

KAMU HUKUKU

Habip ÜNYILMAZ

Doğu Akdeniz Sorunu Çerçevesinde Avrupa Birliği'nin Türkiye'ye Karşı Aldığı Önlemlerin Uluslararası Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi
Evaluation of the Measures Taken by the European Union Against Türkiye within the Framework of the Eastern Mediterranean Issue in Terms of International Law 735

H. Sefa ERYILDIZ

Alman Ceza Hukukunda İyileştirme ve Güvenlik Tedbirlerinin Tatbikinde Ölçülülük
Proportionality of Application in Rehabilitation and Security Measures in German Criminal Law 791

Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY

Hukuk Eğitiminde "Hukuk Etiği"
"Legal Ethics" in Legal Education 837

Merve AĞZITEMİZ

Gümrük Birliğinin Güncellenmesi ve DTÖ Kapsamında Kamu Alımları Başlığının Değerlendirilmesi
Evaluation of the EU-Turkey Customs Union and Review of Public Procurement Title within the WTO System 869

ÖZEL HUKUK

Ayşe Ledün AKDENİZ

Yurt Dışına Göttürülen İşçilerin İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Konusuna İnterdisipliner Bir Yaklaşım
An Interdisciplinary Approach to the Law Applicable to the Employment Contracts of Employees Taken Abroad..... 925

Elif Beyza AKKANAT-ÖZTÜRK

Yargıtay Kararlarında Mirasçılarnın Miras Hakkını Konu Ettiği İşlemlerin Nitelendirilmesi Sorunu
The Problem of the Qualification of Transactions Concerning Heirs' Right in the Decisions of the Court of Cassation 979

Hikmet BİLGİN

Hukuk Alanındaki Hizmetlerde Kullanılan Teknolojik Olanaklar (Legaltech) ve Avukatlık Mesleğine Olası Etkileri
Technological Opportunities Used in Legal Services (LegalTech) and Their Possible Effects on Legal Professions 1019

Sercan ECEMİŞ

Yabancı Taşıyıcı Anneden Doğan Çocuğun Türk Vatandaşlığını Kazanabilmesine İlişkin Bir Değerlendirme
A Review on the Acquisition of Turkish Citizenship by a Child Born to a Foreign Surrogate Mother..... 1069

Cannur ERCAN, Gökhan ÜNLEN

Dijital Ürünlerin Eşya Niteliğine Disiplinlerarası Bir Bakış
An Interdisciplinary Perspective on the Property Character of Digital Products..... 1139

Nurbanu ERZURUMLU IŞIK, Cansu KORKMAZ

Yargı Kararları Çerçevesinde Genel Haciz Yoluyla Takibin Geri Alınması ve İcra Hukuku Bakımından Yarattığı Bazı Sorunlar
Withdrawal of Execution Through Confiscation Method and Some Issues Arising in Enforcement Law within the Framework of Judicial Decisions 1191

Banu Fatma GÜNARSLAN

Protection of IP Rights as an Investment
Fikri Mülkiyet Haklarının Yatırım Olarak Korunması 1255

Pelin KARAASLAN, Ahunur AÇIKGÖZ

Müzik Eserlerinin Karaoke ve *Cover* Versiyonlarının Sosyal Medya Ortamlarında Sunulmasının 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Değerlendirilmesi
Examination of Providing Cover and Karaoke Versions of Musical Works on Social Media Platforms in Accordance with Law No. 5846 Intellectual and Artistic Works 1293

Büşra Gül KARACA

Musiki Eserlerin Telif Hakkına Dayalı Menkul Kıymetleştirme ve Bowie Tahvilleri Örneği
Music Royalty Securitization and the Example of Bowie Bonds..... 1329

Zeynep ÖZCAN, Keriman Nisa ŞEKER

Hekimin Hukuki Sorumluluğundan Doğan Tazminat Davalarında Görevli Mahkemenin Tüketici Mahkemesi Olması ve Taleplerin Arabuluculuk Çözüm Yolu ile Sonuçlanabilmesi Hakkında Değerlendirme
Evaluation on the Duty Court is the Consumer Court in Damages Arising from the Physician's Legal Responsibility and the Claims Can Be Resulted by Mediation..... 1361

Hale ŞAHİN

Demansın Ayırt Etme Gücü Bakımından Ölüme Bağlı Tasarruf Yapma Ehliyetine Etkisi
The Effect of Dementia on the Testamentary Capacity in Terms of the Capacity of Judgement..... 1413

Zeynep Damla TAŞKIN

Evli Olmayan Kişilere Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Yararlanma Hakkı Tanınmamasının Hukuki Gereçleri Üzerine Bir Değerlendirme
An Evaluation of the Legal Grounds for Not Allowing Unmarried People to Receive Medically Assisted Reproduction Treatment..... 1449

Emek TORAMAN ÇOLGAR

Çekin İptalinin Müracaat Hakkına Etkisi

Effects of Cancellation a Check on the Right of Recourse 1483

Mustafa YASAN

Türk Hukukunda Limited Şirketler İçin Asgari Sermaye Kuralının Gerekliliği ve Yerindeligi (1 TL Sermayeli Limited Şirketlerin Tercih Edilebilirliği) Sorunu

The Issue of Necessity and Appropriation of the Minimum Capital Requirement Rule for Limited Liability Companies in Turkish Law (Preferability of Limited Liability Companies with 1 TL Capital) 1529

MAKALELER / Articles

DOĞU AKDENİZ SORUNU ÇERÇEVESİNDE AVRUPA BİRLİĞİ'NİN TÜRKİYE'YE KARŞI ALDIĞI ÖNLEMLERİN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Measures Taken by the European Union Against
Türkiye within the Framework of the Eastern Mediterranean Issue
in Terms of International Law*

Habip ÜNYILMAZ*

ÖZ

Uluslararası örgütlerin üyesi olmayan devletlere karşı aldıkları önlemlerin uluslararası hukuk bakımından niteliğinin belirlenmesi ve bu önlemlerin hukuki incelemesinin yapılması, günümüzde artan uygulama örnekleri dikkate alındığında önem arz etmektedir. Bu çalışmada Avrupa Birliği (AB) tarafından Doğu Akdeniz'deki sondaj ve arama faaliyetleri nedeniyle Türkiye'ye karşı başvuru alan önlemlerin örnekliğinde bir inceleme yapılacaktır. Önce Türkiye'ye karşı alınan önlemlerin neler olduğu tespit edilecektir. Ardından uluslararası örgütlerin başvurdukları önlemler cebrî karakterleri esas alınarak genel uluslararası hukuk bakımından sınıflandırılacak ve her bir önlem kategorisine dair temel bilgiler ve ayırt edici hususlar aktarılacaktır. Türkiye'nin AB üyesi olmaya aday devlet statüsü önlemler bakımından kısaca incelenecek ve AB'nin aldığı önlemlerin söz konusu önlem kategorilerden hangisine dâhil olabileceği, hangi şartların gerçekleşmesi gerektiği ve muhtemel gerekçeler dikkate alınarak sunulacaktır. Ulaşılabilen bilgiler ışığında önlemlerin uluslararası hukuka uygunlukları ve muhtemel hukuka aykırılık durumları değerlendirilecektir. Bu makale gerek uluslararası örgütlerin gerekse devletlerin farklı gerekçelerle

Makalenin Geliş Tarihi: 23.10.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 26.06.2024.

* Dr. Arş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: habipunyilmaz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1185-3626.

sıkça başvurdukları önlemlerin uluslararası hukuk bakımından durumuna ve sınırlarına ilişkin bir vaka çalışmasıdır.

Anahtar kelimeler: Kısıtlayıcı önlemler, yaptırımlar, misilleme, karşı önlemler, Doğu Akdeniz

ABSTRACT

Considering the increasing number of international practices available today, international legal qualification and legal examination of measures taken by international organizations against non-member States are important. As an example, this study examines the measures put in place by the European Union (EU) on Türkiye due to its exploration and drilling activities in the Eastern Mediterranean. First, the measures taken against Türkiye will be identified. Then, based on their coercive nature, the measures adopted by international organizations will be categorized in terms of general international law, and basic information and defining characteristics regarding each category of measures will be provided. The candidate state status of Türkiye is briefly analyzed in terms of the EU measures. Finally, it will be discussed which of these categories the European Union's measures may fit into, the conditions that must be met, and potential justifications will be presented. The legality and potential illegality of the measures under international law will be assessed in light of the available information. This is a case study on the international legal status and boundaries of the measures that international organizations and states routinely resort to for various reasons.

Keywords: Restrictive measures, sanctions, retorsion, countermeasures, East Mediterranean

GİRİŞ

Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de gerçekleştirdiği hidrokarbon arama ve sondaj faaliyetleri Avrupa Birliği (AB) tarafından yakından takip edilmiştir. Söz konusu faaliyetlerin durdurulması için yapılan çağrılar, AB üyesi olan Güney Kıbrıs'ın lehine bir dil kullanılarak tekrar etmiş ve nihayet Türkiye'ye karşı belirli önlemlerin alınmasıyla sonuçlanmıştır. Bu çalışmada önce Türkiye'ye karşı alınan önlemler tespit edilecek, ardından bu önlemler uluslararası hukuk bakımından değerlendirilecektir. Önlemlerin genel uluslararası hukuk açısından nitelikleri, hukuki karakteri ve hukuka uygunluk durumları incelenecektir.

I. AB TARAFINDAN TÜRKİYE'YE KARŞI UYGULANAN ÖNLEMLER

Doğu Akdeniz'de Türkiye tarafından gerçekleştirilen arama ve sondaj faaliyetlerinin Güney Kıbrıs'ın karasularına taşıdığı iddia edilen AB çağrılarında, bu faaliyetlerin hukuka aykırı olduğu, uluslararası hukuka uygun biçimde Güney Kıbrıs'ın egemenliğine ve egemen haklarına saygı gösterilmesi için bu tür faaliyetlerden kaçınılması gerektiği dile getirilmiştir¹.

Türkiye'nin devam eden ve yeni başlayan sondaj faaliyetleri nedeniyle AB'nin önlem düzeyinde ilk somut tepkisi, 15 Temmuz 2019 tarihinde Kapsamlı Hava Taşımacılık Anlaşması (Comprehensive Air Transport Agreement) müzakerelerinin askıya alınması ve Ortaklık Konseyi ile diğer üst düzey toplantıların yapılmayacağı ilan edilmesiyle olmuştur². İlaveten, Türkiye'ye sağlanan AB'ye katılım öncesi mali yardımların 2020 yılı için düşürülmesi benimsenmiş ve AB Yatırım Bankası da Türkiye'ye sağlayacağı ödünçleri gözden geçirmeye davet edilmiştir³.

14 Ekim 2019'da AB Konseyi, Doğu Akdeniz'de Türkiye'nin yürüttüğü sondaj faaliyetlerinden sorumlu olan veya bu faaliyetlere müdahil olan gerçek ve tüzel kişilere karşı kısıtlayıcı önlemler alınması için bir çerçeve

¹ Avrupa Konseyi (European Council), European Council Meeting (22 March 2018) Conclusions, Brussels, 23 March 2018, paras. 12-16.

² AB Konseyi (The Council of the European Union), Outcome of the Council Meeting, 3709th Council meeting Foreign Affairs Brussels, 15 July 2019, 11260/19, 10, para. 4; Council Decision (CFSP) 2019/1894 of 11 November 2019 concerning restrictive measures in view of Turkey's unauthorised drilling activities in the Eastern Mediterranean, *Official Journal of the European Union (OJEU)*, L 291, 12.11.2019, para. 4.

³ AB Konseyi, Outcome of 3709th Council meeting, 10, para. 4; Council Decision (CFSP) 2019/1894, para. 4.

hazırlanması kararı almış ve 8 Kasım 2019 tarihinde hazırlanan metin kabul edilmiştir. Söz konusu metinde, Türkiye'nin sondaj faaliyetlerinin Güney Kıbrıs'ın karasuları, münhasır ekonomik bölgesi ve kıta sahanlığındaki egemenliğini veya egemen haklarını ve yetkisini ihlal ettiği belirtildikten sonra, karşılıklı kıyılara sahip devletlerin münhasır ekonomik bölgelerinin ve kıta sahanlığının uluslararası hukuk bakımından sınırlandırılmadığı durumlarda bu faaliyetlerin bir sınırlandırma anlaşmasına varmayı güçleştirdiği ve tehlikeye attığı ifade edilmiştir⁴.

Söz konusu eylemlerin uyuşmazlıkların barışçı çözümü dahil olmak üzere Birleşmiş Milletler (BM) Andlaşması'ndaki ilkelere aykırı olduğu ve AB'nin çıkarlarına ve güvenliğine karşı bir tehdit oluşturduğu belirtilerek, önlemlere tâbi olacak kişiler bakımından da şu ölçütler zikredilmiştir: Güney Kıbrıs tarafından ruhsat verilmeden onun karasuları, münhasır ekonomik bölgesi veya kıta sahanlığında hidrokarbon keşfi ve üretimine dönük sondaj faaliyetlerinde planlama, hazırlama, katılma, yönetme veya yardım yoluyla sorumlu veya müdahil olan gerçek veya tüzel kişiler, birimler ve organlar hedef alınacaktır⁵. Keza bu faaliyetlerden kaynaklanan hidrokarbon çıkarma veya bunlara mali, teknik ve maddi yardım sağlama da bu bağlamda sayılmış, henüz bir deniz yetki alanları sınırlandırma anlaşması yapılmamış olsa bile bu faaliyetlerde bulunan kişi ve kurumların hedefleneceği dile getirilmiştir⁶.

27 Şubat 2020 tarihinde ise yukarıda ifade edilen çerçevede belirtilen ölçütler dikkate alınarak kısıtlayıcı önlemler somutlaştırılmış ve hedeflenmiş önlemler olarak iki Türk görevli önlemler listesine eklenmiştir. Bu kişiler, söz konusu sondaj faaliyetlerini yerine getiren Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) Genel Müdür Yardımcısı ve Yönetim Kurulu üyesi⁷ ile Arama Daire Başkanlığı Müdür Yardımcısı olmuştur⁸. İki Türk görevlinin

⁴ AB Konseyi, Council Regulation (EU) 2019/1890 of 11 November 2019 concerning restrictive measures in view of Turkey's unauthorised drilling activities in the Eastern Mediterranean *OJEU*, L 291, 12.11.2019, para. 2.

⁵ AB Konseyi, Council Regulation (EU) 2019/1890, para. 1.

⁶ AB Konseyi, Council Regulation (EU) 2019/1890, para. 1.

⁷ AB'nin söz konusu önlemlere karar verdiği tarihteki Genel Müdür Yardımcısı ve Yönetim Kurulu üyesi 2023 yılı sonlarında görevden alınmıştır. Bkz: 2023/511 Sayılı 24 Kasım 2023 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı, *Resmî Gazete (RG)*, Sayı: 32380, 25 Kasım 2023.

⁸ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2020/275 of 27 February 2020 amending Decision (CFSP) 2019/1894 concerning restrictive measures in view of Turkey's

önlem listesine eklenme gerekçesi olarak Yavuz ve Fatih adlı sondaj gemilerinin 2019 ve 2020 yıllarında farklı zaman ve bölgelerdeki Güney Kıbrıs'ın "izni olmadan" gerçekleştirdiği dört sondaj eyleminin planlanması, yürütülmesi ve yönetilmesinden sorumlu oldukları açıkça belirtilmiştir. Bu bölgelerin Güney Kıbrıs'ın karasuları ve Mısır ile yaptığı sınırlandırma anlaşması uyarınca BM'ye bildirdiği münhasır ekonomik bölgesi içinde kalan alanlar oldukları belirtilmiş, keza TPAO tarafından yine "izinsiz" biçimde gerçekleştirileceğini ilan ettiği planlanmış sondaj faaliyetlerinin de bulunduğu ifade edilmiştir⁹.

Sözü edilen karar uyarınca uygulanacak kısıtlayıcı önlemler üç başlık altında sınıflandırılabilir. İlk olarak *seyahat yasağı* biçiminde ifade edilebilecek olan listeye eklenen kişilerin AB üyesi devletlerin ülkelerine girişlerinin veya ülkelerinden geçişlerinin engellenmesi söz konusudur¹⁰. İkinci olarak *malvarlığının dondurulması* olarak kısaltılabilecek, listeye eklenen kişilere ait olan, onların maliki olduğu veya yönetimi altında bulunan tüm ekonomik kaynakların dondurulması kararlaştırılmıştır¹¹. Son olarak *finansman yasağı* şeklinde kısaltılabilecek olan doğrudan veya dolaylı olarak yararlanılabilecek ekonomik kaynağın listedeki kişilere sağlanmamasına karar verilmiştir¹².

Böylece Şubat 2020 tarihi itibarıyla Doğu Akdeniz'deki sondaj faaliyetleri gerekçe gösterilerek AB tarafından Türkiye'ye ve Türk görevlilerine karşı uygulanan önlemler topluca şöyle sıralanabilir: Kapsamlı Hava Taşımacılık Anlaşması müzakerelerinin askıya alınması, üst düzey toplantıların iptal edilmesi, mali yardım miktarının düşürülmesi, iki Türk görevliye seyahat yasağı getirilmesi, bu kişilerin malvarlıklarının dondurulması ve finansman yasağına tâbi olmaları.¹³ 2023 yılı sonlarında bu

unauthorised drilling activities in the Eastern Mediterranean, *OJEU*, L 56 I, 27.2.2020, madde 1, Ek (Annex).

⁹ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2020/275, Ek (Annex).

¹⁰ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2019/1894, madde 1/1.

¹¹ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2019/1894, madde 2/1.

¹² AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2019/1894, madde 2/2.

¹³ Avrupa Komisyonu (European Commission), Turkey 2020 Report, SWD(2020) 355 final, Brussels, 6.10.2020, 63-64, 114.

önlemlerin 30 Kasım 2024 tarihine kadar yürürlükte kalmasına karar verilmiştir¹⁴.

II. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ALDIKLARI ÖNLEMLERİN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN NİTELİKLERİ

Güçlü merkezileşmenin bulunmadığı uluslararası düzende başta devletler olmak üzere kişilerinin haklarını korumak, gerçekleşen hukuk ihlallerine cevap vermek veya siyasi memnuniyetsizliklerini yansıtmak adına farklı önlemlere başvurabilmeleri mümkündür. Bu önlemler gerek uygulamada gerekse öğretilerde farklı isimlendirmelerle dile getirilebilmektedir. Bununla birlikte önlemlerin uluslararası hukuk bakımından nitelikleri ve hukuka uygunlukları özel ve dikkatli bir incelemeyi gerektirmektedir. Mevcut başlıkta bir uluslararası örgüt olarak AB'nin başvurduğu önlemlerin uluslararası hukuk bakımından nasıl nitelendirilebileceği açıklanacaktır. Fakat inceleme sadece cebrî (zorlayıcı) önlemlere hasredilecek, cebrî niteliğe sahip olmayan önlemler değerlendirilmeyecektir. Cebrîlik (*coercion*) hukuk kuramında uluslararası hukukta anlaşıldığından daha farklı bir biçimde değerlendirilmektedir¹⁵. Bu başlıkta cebrîlik, uluslararası ilişkilerde farklı yollarla uygulanan baskı, yıldırma ve (fiziksel) kuvvet ile belirli biçimde davranmaya itilmek olarak tanımlanacaktır¹⁶. Uluslararası hukuk, farklı biçimlere bürünebilen cebrîliğin hangi şartlar altında uygulanabileceğini belirlemeye ve bu suretle bir dış politika aracı olarak kullanımını sınırlandırmaya çalışmaktadır¹⁷. Bir uluslararası hukuk kişisi tarafından alınan cebrî önlemler, yürürlükteki kurallara uygun olmadığı için hukuk düzeni içinde kabul görmeyebilir ve hukuka aykırı (haksız) bir eylem hâlini alabilir.

¹⁴ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2023/2488 of 9 November 2023 amending Decision (CFSP) 2019/1894 concerning restrictive measures in view of Turkey's unauthorised drilling activities in the Eastern Mediterranean, *OJEU*, L, 10.11.2023, madde 1.

¹⁵ Cebrîliğin hukuk kuramındaki yerine ilişkin bkz: Habip Ünyılmaz, "Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2022), 3–11.

¹⁶ Christopher C Joyner, "Coercion," in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2006), para. 1, <http://opil.ouplaw.com> (10.10.2020).

¹⁷ Joyner, para. 1.

Çalışmanın konusu olan AB önlemleri herhangi bir şekilde kuvvet kullanımı veya kuvvet kullanma tehdidi içermediği için kuvvet kullanımı içeren cebrî önlemler değerlendirilmeyecektir. Mevcut çalışma kapsamında günümüz uluslararası hukukunda kuvvet kullanımı olmaksızın hukuka aykırılıklara karşı gösterilen cebrî niteliği haiz önlemleri tasnif etmek için önlemlerin tek yanlı (*unilateral*) ve müşterek (*collective*) olmaları dikkate alınarak temel bir ayırım yapılabilir. Bilindiği üzere uluslararası hukuk düzeninin merkezi olmayan yapısı bizzat ihkak-ı hakkı (*self-help*) geçerli bir yöntem haline getirmekte, hukuka aykırılıklara karşı devletlerin şahsi adalet (*private justice*) gerekçesiyle hem ihlali tespit etme hem de ihlale cevap veren yetkilere sahip olmasıyla sonuçlanmaktadır¹⁸. Böylece bir devlet tek yanlı olarak hareket ederek ihlale cevap verebileceği gibi bunu diğer devletlerle birlikte de yapabilir. Karşılıklı ilişkiler bakımından tek yanlı önlemler baskınken, özellikle toplumsal nitelikli kurallara aykırılıkta kamusal hukuk icrası söz konusu olmakta ve çok taraflı bir yükümlülüğün ihlali durumunda kural olarak yetkilendirilmiş bir organın ve istisnai durumlarda devletlerin tepkiler göstermesi mümkün görünmektedir. Böylece günümüz uluslararası hukukunda misilleme ve karşı önlemler tek yanlı cebrî önlemler (*unilateral coercive measures*) iken; yaptırımlar ve müşterek karşı önlemler ise müşterek cebrî önlemler (*collective coercive measures*) olacaktır¹⁹.

Tek yanlı cebrî önlem kategorilerinden ilki olan misilleme (*retorsion*), bir hukuk kişinin başka bir kişiye karşı herhangi bir hukuki yükümlülüğüne aykırı düşmeyen fakat dostane olmayan bir eylemde bulunması olarak tanımlanabilir²⁰. Misilleme niteliğindeki önlemler, muhatabın bir hukuki yükümlülüğüne aykırılığı nedeniyle alınabileceği gibi, dostane görülmeyen veya hoş karşılanmayan herhangi bir eyleme cevaben de ortaya çıkabilir²¹. Limanlara veya ulusal hava sahasına yabancı gemilerin veya hava araçlarının girmesinin engellenmesi, uluslararası yükümlülüklerle aykırı düşmeyen

¹⁸ M. Aydoğan Özman, “Devletler Hukukunda Müeyyide” (Yayımlanmamış Doçentlik Eseri, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1974), 53-55.

¹⁹ Sınıflandırmaya ilişkin detaylı bir inceleme için bkz: Ünyılmaz, “Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği,” 103–80.

²⁰ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, c. II (2), 128, para. 3. (Devam eden kısımda Sorumluluk Maddeleri Şerhi olarak anılacaktır.)

²¹ Karl Josef Partsch, “Retorsion,” in *Encyclopedia of Public International Law*, ed. Rudolf Bernhardt (Amsterdam: North-Holland, 1982), 335; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 6. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 209–10.

ambargolar, kalkınma ve uzmanlık yardımlarının askıya alınması, askerî desteğin kesilmesi, diplomatların istenmeyen kişi ilan edilmesi, diplomatik ilişkilerin asgarî düzeye indirilmesi ve büyükelçilerin geriye çağırılması, devlet görevlilerinin ziyaretlerinin iptal edilmesi gibi eylemler uygulamada sık görülen misilleme örnekleridir²².

İkinci grup kuvvet kullanılmaksızın tek yanlı cebrî önlemler kategorisi ise karşı önlemler (*countermeasures*) olmaktadır. Öğretide, karşı önlemler, kimi yazarlarca tek yanlı önlemlerin tamamını içeren bir çatı kavram olarak kullanılmakta ve misilleme ile barış zamanı zararlar karşılık (*reprisal*) önlemlerinin üst başlığı biçiminde değerlendirilebilmektedir²³. Fakat Uluslararası Hukuk Komisyonunun (UHK) Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler (Sorumluluk Maddeleri)²⁴ ile oluşturduğu ve hem öğretide hem de uygulamada günümüzde kabul gören çerçeve, kapsamı itibarıyla karşı önlemler için daha dar ve bu önlemleri misillemeden ayıran bir nitelik arz etmektedir²⁵. Buna göre, “başka bir devlete karşı böyle bir tepkiyi hukuka uygun duruma getirecek bir uluslararası haksız fiilde bulunduğu için benimsenen, özünde hukuka aykırı olan tek yanlı barışçı tepkiler” karşı önlem olacaktır²⁶. Karşı önlemler, uluslararası hukukun ihlal edilmesine cevaben ve ihlale son verilmesi ile

²² Sorumluluk Maddeleri Şerhi, 128, para. 3; Thomas Giegerich, “Retorsion,” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2011), para. 10, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 211.

²³ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 209–12; Christian Hillgruber, “The Right of Third States to Take Countermeasures,” in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, ed. Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 265.

²⁴ BM Genel Kurulu, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/56/83, 28 Ocak 2002; Sorumluluk Maddeleri’nin Türkçe çevirileri için bkz: Hakan Hakkı Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 307–29; İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin, 2020), 346–70.

²⁵ Mary Ellen O’Connell, “Controlling Countermeasures,” in *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, ed. Maurizio Ragazzi (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 49–50; Ünyılmaz, “Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği,” 130–31.

²⁶ Denis Alland, “The Definition of Countermeasures,” in *The Law of International Responsibility*, ed. James Crawford et al. (Oxford: Oxford University Press, 2010), 1135.

onarım yükümlülüklerine uyulması için bir uluslararası yükümlülüğe riayet edilmemesini içerir²⁷. Karşı önlemler, özü itibarıyla hukuka aykırı olmasına rağmen cevaben uygulandıkları uluslararası haksız fiil nedeniyle hukuka uygun hâle gelmektedir. Böylece doğrudan hukuka uygun önlemleri içeren diğer tek yanlı önlem kategorisi olan misillemeden ayrılmaktadır. Sorumluluk Maddeleri karşı önlemlere başvurmaya ilişkin şartları ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bu aşamada bir uluslararası örgüt olarak AB özelinde karşı önlemler incelenirken dikkat edilmesi gereken bir diğer metnin –işlenen konu açısından her ne kadar büyük ölçüde benzer olsalar da -UHK'nın Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler (Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri)²⁸ olduğunu da belirtmek gerekir. Nitekim söz konusu metnin 22. maddesi ve maddenin şerhi uyarınca bir uluslararası örgüt, başka bir uluslararası örgütü veya devleti hedef alan karşı önlemlere başvurabilmektedir.²⁹

Birlikte yani müşterek hareket etmenin esas olduğu kuvvet kullanımı bulunmayan cibrî önlemlerin ilk kategorisi yaptırımlardır³⁰. Yaptırımların da dâhil olduğu ekonomik nitelikli farklı önlemlerin günümüz uluslararası ilişkilerinin yürütülmesinde çok sık karşılaşılan ve hem hukuka uygunluk hem de etkililik bakımından farklı sorunlar içerdiği görülmektedir³¹. Gerek uluslararası ilişkiler gerekse uluslararası hukuk literatüründe, yaptırım tabiri;

²⁷ James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 685.

²⁸ BM Genel Kurulu, Responsibility of International Organizations, A/RES/66/100, 27 Şubat 2012.

²⁹ Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri bir uluslararası örgütün başka bir uluslararası örgüte karşı başvurabileceği karşı önlemlere ilişkin şartları düzenlemekte, bir devlete karşı alınacak önlemler için Sorumluluk Maddeleri 49-54 arasında düzenlenen hususların kıyasen uygulanabileceğini bildirilmektedir. (Draft articles on the responsibility of international organizations with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2011, c. II (2), s 72, 22. madde şerhi para. 2; Devam eden kısımda *Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri Şerhi* olarak kısaltılacaktır).

³⁰ Tarihsel gelişimi içerisinde uluslararası yaptırımlara ilişkin bir inceleme için bkz: Özman, *Devletler Hukukunda Müeyyide*, 127–227.

³¹ Sayılan yönleriyle ekonomik önlemlere ilişkin bkz: Galip Engin Şimşek, “Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no. 4 (2021): 2049–78; Ali Cenk Keskin, “Uluslararası Hukukta Ekonomik Yaptırımların Hukuka Uygunluğu ve Etkinliği Sorunu,” *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 1 (2023): 139–76.

niteliği, icracısı veya muhatabı dikkate alınmaksızın bir birimin diğerine karşı uyguladığı her türlü önlemi kapsayacak biçimde bir torba kavram olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, söz konusu alanda sağlıklı bir değerlendirmeyi engelleyecek terminolojik bir karmaşa bulunduğu gözlenmektedir³². Mevcut çalışmanın kapsamını aşan bu sorunu³³ hem UHK çalışmalarında³⁴ hem de öğretilerde destek bulan³⁵ ve uluslararası yaptırım, “hukuk düzenince toplum adına hareket etmeye yetkilendirilmiş bir organın kararlarını yerine getirmek için alınmış cebrî önlemler” biçiminde tanımlamak³⁶ suretiyle aşabilmek mümkündür³⁷. Ancak yetkili bir uluslararası örgüt kararıyla³⁸ kurallara riayeti sağlamak ve kural aykırılıklarından kaynaklanan düzensizliği ortadan kaldırmak veya cezalandırmak için alınan³⁹ cebrî önlemler yaptırım niteliğini haiz olacaktır. Fakat yaptırımın böyle tanımlanması konusunda mutabakat

³² Ünyılmaz, “Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği,” 103–5.

³³ Bu durum farklı görüşler dikkate alınarak şurada tartışılmıştır bkz: Ünyılmaz, 104–21.

³⁴ Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-first session, Yearbook of the International Law Commission, 1979, c. II (2), 115, 121; Third report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/440 and Add. 1., Yearbook of the International Law Commission, 1991, c. II (1), 10, para. 15; Sorumluluk Maddeleri Şerhi, 75, para. 3; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri Şerhi, 72.

³⁵ Antonios Tzanakopoulos, “Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union: Implications for the European Union’s International Responsibility,” in *Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, ed. Ali Z. Marossi and Marisa R. Bassett (Lahey: T.M.C. Asser Press, 2015), 147; Jean-Marc Thouvenin, “Articulating UN Sanctions with Unilateral Restrictive Measures,” in *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions* (Cheltenham: Edward Elgar, 2021), 150–51.

³⁶ Georges Abi-Saab, “The Concept of Sanction in International Law,” in *United Nations Sanctions and International Law*, ed. Vera Gowlland-Debbas (The Hague: Kluwer Law International, 2001), 32.

³⁷ Aynı yönde bkz: Berat Lale Akkutay, “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26, no. 11 (2014): 412–17.

³⁸ Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 7. Baskı, (İstanbul: Beta, 2013), 273.

³⁹ Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk*, 4. Baskı (Bursa: Dora Yayınları, 2020), 161.

olmadığı dikkate alındığında,⁴⁰ bu tanımı dar anlamda yaptırım⁴¹ olarak nitelendirmek uygun olacaktır. Böylece yetkili bir uluslararası örgütün mevzuatı uyarınca üyesine karşı alacağı cebri önlemler dar anlamda yaptırım olacaktır. Bir uluslararası örgütün kendi kuralları çerçevesinde alacağı icra önlemleri (*enforcement measures*), örgütün üyesi olmayan devletlerle ilişkileri bakımından genel uluslararası hukuka tâbidir⁴². O hâlde, bir uluslararası örgüt ile üyesi arasında kural olarak yaptırım ilişkisi, üyesi olmayan devletler veya uluslararası örgütler açısından ise misilleme veya (müşterek) karşı önlemler ilişkisi söz konusu olacaktır⁴³.

AB'nin de yaptırımın tanım itibarıyla örgütsel bağı gerekli kıldığı hususuna kısmen riayet ettiği gözlenmektedir. Örgütün üçüncü kişilere karşı yürürlüğe koyduğu farklı önlemlerin hukuki dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma madde 215'te teknik anlamda isabetli biçimde “kısıtlayıcı önlemler (*restrictive measures*)” tabiri kullanılmaktadır⁴⁴. Buna rağmen, organların işleyişinde bu ayırmadan sapıldığı da görülmektedir. AB Konseyi tarafından hazırlanan “Kısıtlayıcı Önlemlerin (Yaptırım) Kullanılmasında Temel İlkeler” adlı belgenin hem başlığında hem de farklı

⁴⁰ Nigel D White and Ademola Abass, “Countermeasures and Sanctions,” in *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, Fourth Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 537–61; Tom Ruys, “Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework,” in *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, ed. Larissa van den Herik (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), 19–51.

⁴¹ Abi-Saab, “The Concept of Sanction in International Law,” 32; Alain Pellet and Alina Miron, “Sanctions,” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2013, para. 8, <http://opil.ouplaw.com/home/epil>.

⁴² Tarcisio Gazzini, “The Normative Element Inherent in Economic Collective Enforcement Measures: United Nations and European Union Practice,” in *Les Sanctions Économiques En Droit International / Economic Sanctions in International Law*, ed. L.A. Sicilianos and LP Forlati (Leiden: Brill, 2004), 302.

⁴³ Frederic Dopagne, “Sanctions and Countermeasures by International Organizations,” in *International Organizations and the Idea of Autonomy*, ed. Richard Collins and Nigel D White (Londra: Routledge, 2011), 179–82.

⁴⁴ Treaty on the Functioning of the European Union, *OJEU*, C 326/47, 26.10.2012; Türkçe çeviri için bkz: T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ankara, 2011, <https://ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (10.10.2023); Kamuran Reçber, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*, 3. Baskı (Bursa: Dora, 2018), 441–595.

maddelerinde, kısıtlayıcı önlemler tabiri yaptırım veya özerk yaptırım tabirleriyle birlikte veya değiştirilerek kullanılmaktadır⁴⁵.

Cebrî müşterek önlemlerin ikinci kategorisini oluşturan; dayanışma önlemleri (*solidarity measures*),⁴⁶ üçüncü taraf karşı önlemleri (*third-party countermeasures*),⁴⁷ müşterek karşı önlemler (*collective countermeasures*),⁴⁸ veya kamu menfaati için karşı önlemler (*countermeasures of general interest*)⁴⁹ gibi farklı adlarla anılabilen önlemler için bu çalışmada müşterek karşı önlemler tabiri tercih edilecektir. Söz konusu önlemleri isimlendirmedeki bu farklılıklar UHK çalışmalarında görülmekte ve Komisyon çalışmalarında müşterek karşı önlemler ve çok taraflı karşı önlemler tabirleri öne çıkmaktadır⁵⁰. Aşağıda inceleneceği üzere bu tip önlemler, birden fazla devletin karşı önlemlere başvurması durumunda nicelik itibarıyla devletlerin çoğulluğunu bildirebilir. Öte yandan ihlal edildiği ileri sürülen yükümlülüğün birden fazla devleti veya devletlerin tamamını ilgilendirmesi durumunda ise önleme gerekçe olan yükümlülüğün çok taraflılığını bildirebilir.

Müşterek karşı önlemler incelendiğinde önceki önlem sınıflarına nazaran normatif çerçevenin belirginlik bakımından zayıfladığı görülmektedir⁵¹. Zira müşterek karşı önlemler, hukukun henüz gelişim aşamasında olduğu, 21.

⁴⁵ AB Konseyi, “Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions)”, 10198/1/04 REV 1, 7 Temmuz 2004, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10198-2004-REV-1/en/pdf> (10.10.2023).

⁴⁶ Martti Koskenniemi, “Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?” *British Yearbook of International Law* 72, no. 1 (2002): 337–56.

⁴⁷ Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

⁴⁸ Crawford, *State Responsibility*, 703.

⁴⁹ Denis Alland, “Countermeasures of General Interest,” *European Journal of International Law* 13 (2002): 1222.

⁵⁰ Sorumluluk Maddeleri’ne ilişkin Özel Raportör James Crawford tarafından sunulan üçüncü rapora ilişkin yürütülen Komisyonun 2652 ve 2653. toplantılarındaki tartışma için bkz: *Yearbook of the International Law Commission*, 2000, vol. I, UN, New York, 2005, 329, para. 59; 336, para. 46; 337, para. 56.

⁵¹ Linos-Alexandre Sicilianos, “Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community,” in *The Law of International Responsibility*, ed. James Crawford et al. (Oxford: Oxford University Press, 2010), 1137.

yüzyılın başı itibarıyla uygulama sıklığı ve gerekçelendirme bakımından açık bir mutabakatın belirmediği bir alandır⁵². Buna rağmen günümüzde müşterek karşı önlemlere ilişkin devlet uygulamalarının arttığı, öğretide kapsamlı ve ayrıntılı incelemelerle söz konusu önlemlerin diğer önlemlerden ayrılan müstakil karakterinin teyit edildiği görülmektedir⁵³.

Müşterek karşı önlemler, niceliksel veya niteliksel veçhesi vurgulanarak bir ayrıma tâbi tutulabilir. İlkin, yani niceliksel olarak, bir devletin maruz kaldığı bir haksız fiile karşı diğer devletlerin dayanışma göstermesi söz konusudur. Tıpkı müşterek meşru müdafaa gibi burada haksız fiilden mağdur olmuş devletin talebi üzerine ve onun yararına, mağdur devletin önlemlerine destek vermek üzere diğer devletlerin de tepki göstermesi söz konusu olmaktadır⁵⁴. İkinci durumda ise müşterek karşı önlemler, ihlal edilen yükümlülüğün niteliğine istinaden ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle müşterek karşı önlemler, uluslararası toplumca benimsenen belirli ortak değerleri savunmak adına birlikte tepki vermeyi arzu edilir ve mümkün kılan buyruk kuralların (*jus cogens*), *erga omnes* yükümlülüklerin ve ağırlaştırılmış sorumluluğun uluslararası hukuki kavramlar olarak yerleşmelerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁵⁵. Buna göre, kaynağı buyruk kuralları olan *erga omnes* yükümlülüklerin ciddi ihlallerinde⁵⁶ BM Güvenlik Konseyi gibi yetkili organların etkin ol(a)madığı veya etkili biçimde müdahale edemediği durumlarda kendileri doğrudan bir zarara uğramasalar veya mağdur olmasalar bile uluslararası toplumun diğer kişilerinin karşı önlemler karakterinde tepkiler ortaya koyabilmeleri mümkün kabul edilmektedir⁵⁷. Gerek

⁵² Sorumluluk Maddeleri Şerhi, 139, madde 54 şerhi para. 6.

⁵³ Elena Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community* (Londra: Routledge, 2010), 90–209; Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, 111–284.

⁵⁴ Crawford, *State Responsibility*, 703.

⁵⁵ Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law*, 55–67; Zeynep Ceren Pirim, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme,” *Public and Private International Law Bulletin* 32, no. 2 (2012): 155–60; Ayşe Nur Afacan, *Uluslararası Hukukun Emredici Normları* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 163–78.

⁵⁶ Ümmühan Elçin Ertuğrul, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2012), 148–51.

⁵⁷ Ünyılmaz, “Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrîliği,” 168–74.

Sorumluluk Maddeleri gerekse Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri doğrudan mağdur olmayan üçüncü devletlerin veya uluslararası örgütlerin *erga omnes partes* veya uluslararası toplumun bütününe borçlanılan yükümlerin ihlalinde, ihlalcı devlet veya örgütün sorumluluğunu ileri sürebileceğini düzenlemiştir⁵⁸. Her ne kadar önceki cümlede zikredilen yükümlülüklerin ihlalinde ötürü sorumluluğun ileri sürülmesiyle buna dayanarak karşı önlemlere başvurulabilme imkânı birbirinden farklı olsa da, yeterince olgunlaşmadığı düşünülen müşterek karşı önlemler her iki metinde de açıkça düzenlenmemesine rağmen bu tip önlemlere olanak sağlayan bir lafız benimsenerek konu hukukun gelişimine bırakılmıştır⁵⁹.

Böylece bir devlet veya uluslararası örgütün diğer kişilere karşı aldığı cebrî önlemlerin hukuki niteliğine ilişkin sınıflandırma tamamlanmıştır. Tekrar etmek gerekirse, kuvvet kullanımı içermeyen cebrî önlemler, tek yanlı önlemler ve müşterek önlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Tek yanlı cebrî önlemler, misilleme ve karşı önlemlerden oluşmaktadır. Müşterek cebrî önlemler ise yaptırım ve müşterek karşı önlemlerden oluşmaktadır. Sonraki başlıkta AB'nin Türkiye'ye karşı yürürlüğe koyduğu önlemlerin hukuki nitelikleri ve hukuka uygunlukları araştırılacaktır.

III. AB TARAFINDAN TÜRKİYE'YE KARŞI UYGULANAN ÖNLEMLERİN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mevcut başlıkta çalışmanın ilk kısmında AB'nin Türkiye'ye karşı aldığı tespit edilen önlemlerin çalışmanın ikinci kısmında verilen tartışmalar ışığında uluslararası hukuk bakımından değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu başlıkta konu, AB hukuku veya Türk hukuku bakımından ele alınmayacak, sadece söz konusu önlemler uluslararası hukuk bağlamında incelenecektir. Yine çalışmanın konusu sadece alınan önlemlerin genel uluslararası hukuk bakımından değerlendirilmesi olduğu için önlemler uluslararası deniz hukuku,

⁵⁸ Sorumluluk Maddeleri, madde 48; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri, madde 49; Elif Başkaracaoğlu, “Uluslararası Hukukta ‘Jus Cogens’ (Emredici Kurallar)” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 158–73.

⁵⁹ Sorumluluk Maddeleri Şerhi, 139, 54. madde şerhi para. 7; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri Şerhi, 96, 57. madde şerhi para. 2.

uluslararası örgütler hukuku veya insan hakları hukuku bakımından incelenmeyecektir⁶⁰.

AB'nin aldığı önlemlerin hukuken nitelendirilmesinde BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla ilişkisi de konu edilebilir. AB, Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamak için önlemler alabileceği gibi ana gerekçesi ilgili Güvenlik Konseyi kararı olan fakat bunları aşan önlemlere de başvurabilmekte ve nihayet Güvenlik Konseyinden bağımsız biçimde kendi mevzuatı uyarınca önlemlere de karar verebilmektedir⁶¹. Mevcut çalışmanın konusu herhangi bir Güvenlik Konseyi kararıyla ilintili olmadığı için bu ayrıma ilişkin ayrıca bir inceleme yapılmamıştır.

Öncelikle Türkiye'nin AB üyeliğine adaylığı bakımından kısa bir değerlendirme yapılacak ardından AB önlemlerinin incelenmesine geçilecektir. Çalışmanın başında AB'nin Doğu Akdeniz'de Türkiye tarafından gerçekleştirilen arama ve sondaj faaliyetleri nedeniyle şu önlemleri yürürlüğe koyduğu tespit edilmiştir: İlk belirlenen bir anlaşmanın (Kapsamlı Hava Taşımacılık Anlaşması) müzakereleri askıya alınmış, AB'ye üyelik sürecinde kararlaştırılan üst düzey toplantılar iptal edilmiş ve AB tarafından sağlanan mali yardımların düşürülmesi benimsenmiştir. Bu önlemler genel nitelikli önlemler başlığı altında incelenecektir. Ardından iki Türk görevliye seyahat yasağı getirilmiş, bu kişilerin malvarlıkları dondurulmuş ve bu kişiler finansman yasağına tâbi olmuşlardır. Bu önlemler ise hedeflenmiş önlemler başlığı altında incelenecektir.

A. Üyeliğe Aday Devlet Statüsü ve Önlemler

Bilindiği üzere, AB ve Türkiye ilişkisi, olağan bir uluslararası örgüt ve o örgütün üyesi olmayan devlet ilişkisinin ötesinde olup, Türkiye aynı zamanda

⁶⁰ İnsan hakları boyutuyla AB hedeflenmiş önlemlerine dair bir inceleme için bkz: İlke Göçmen, "Avrupa Birliği'nin Hedefli Yaptırımları: Temel Hakların Korunması Temelinde Bir Değerlendirme," *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 16, no. 63 (2019): 119–37; Kıbrıs meselesi ve uluslararası deniz hukuku açısından bkz: Tülay Yıldırım Mat, Miray Azaklı Köse, Merve İspirli Armağan, "Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 3 (2021): 1067–1101; Mustafa Erçakıca, "Doğu Akdeniz'de Yaşanan Güncel Gelişmelerin Kıbrıs Sorunu ve Uluslararası Deniz Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2021): 301–34.

⁶¹ Tzanakopoulos, "Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union," 146.

AB üyesi olmaya aday devletlerden biridir. AB tarafından 1999 yılında Helsinki Zirvesi'yle tanınan aday ülke statüsü, 2005 yılında tam adaylık müzakerelerinin resmen başlamasıyla yeni bir safhaya erişmiştir⁶². 2023 yılı itibarıyla açılan 16 müzakere başlığından sadece biri tamamlanabilmiştir ve 2018'den itibaren müzakereler durma noktasına gelmiş olsa da aday devlet statüsü hâlen devam etmektedir⁶³. Mevcut başlıkta, Türkiye ile AB arasındaki aday devlet ve uluslararası örgüt ilişkisi, 2019 yılından itibaren başvuru AB önlemlerinin genel uluslararası hukuk bakımından sonuçları dikkate alınarak ana hatlarıyla değerlendirilecektir.

Öncelikle, devletlerin aksine bir yükümlülük altında olmadıkları müddetçe üyesi olmadıkları bir uluslararası örgütün önlemlerini benimsemek, yani bu önlemleri uygulamak zorunluluğu olmadığını ve bunun devletlerin egemenliğinden veya bağımsızlığından kaynaklandığını⁶⁴ belirterek başlamak yerinde olacaktır. Öte yandan AB üyesi olmak isteyen devletlerin AB müktesebatı adı verilen kuralları benimsemeleri ve bunları tatbik etmeleri için gerekli koşulların görüşüldüğü katılım müzakerelerini tamamlamaları gerekmektedir⁶⁵. Katılım müzakerelerinde görüşülen AB müktesebatı farklı fasıllardan oluşmakta ve bu fasıllardan biri de “dış, güvenlik ve savunma politikası” başlığını taşımaktadır. Aday devletlerin AB Ortak Dış ve Güvenlik Politikası çerçevesinde, AB açıklamalarına uyum sağlamaları, AB eylemlerinde yer almaları ve kararlaştırılan kısıtlayıcı önlemleri uygulamaları amaçlanmaktadır⁶⁶. Böylece müzakere sürecinde aday devletin söz konusu politikaya tedricen uyum sağlaması beklenmekte ve bu politikanın bir parçası

⁶² AB Konseyi, Press Release 2678th Council Meeting, 12514/1/05 REV 1, Lüksemburg, 3 Ekim 2005; Adaylığın hukukî boyutuna ilişkin bkz: Kamuran Reçber, “Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Üye Adayı Olarak Kabul Edilmesine Hukuksal Açıdan Bir Bakış,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 56, no. 04 (2001): 141–62.

⁶³ Avrupa Komisyonu, Türkiye 2022 Report, SWD(2022) 333 final, Brüksel, 12.10.2022, 3-4; Türkiye'nin AB'ye katılım müzakerelerine ilişkin bir inceleme için bkz: Sanem Baykal, “AB Hukukunun Temel İlkeleri Çerçevesinde AB'ye Katılım ve Türkiye'nin Müzakere Çerçeve Belgesinde Yer Alan Esaslar,” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 12, no. 1 (2013): 1–30.

⁶⁴ Gülsüm Kaya, *Uluslararası Hukukta Kişilik* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 104–9.

⁶⁵ AB'ye üyelik sürecinin detaylı bir açıklaması için bkz: Göçmen, *Türkiye- Avrupa Birliği İlişkileri: Hukukî Boyut*, 215–23.

⁶⁶ Müktesebatın fasıllarına ilişkin güncel bilgilere AB Komisyonun resmî internet sitesinden ulaşılabilir: https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/conditions-membership/chapters-acquis_en (26.09.2023)

olan kısıtlayıcı önlemler de uyum sağlanması beklenen hususlardan biri olmaktadır⁶⁷. Aday devletlerin AB tarafından alınan önlemlere uyum sağlaması beklentisi AB yetkililerince de dile getirilmekte, söz gelimi, yakın zamanda Rusya'ya karşı uygulanan AB önlemlerine bir diğer aday devlet olan Sırbistan'ın destek vermemesi üyeliğinin önündeki en önemli engel olarak zikredilmektedir⁶⁸. Benzer bir tutum Türkiye'ye karşı da alınmakta ve AB'nin Rusya'ya karşı aldığı kısıtlayıcı önlemlerle uyum sağlamaması eleştirilmektedir⁶⁹.

Nihai aşamada yapılacak bir katılım andlaşmasıyla bitmesi beklenen katılım müzakereleri süreci, bu veçhesiyle, kapsamlı ve çok yönlü bir uluslararası andlaşmanın hazırlık aşaması veya andlaşma müzakereleri görünümündedir. Uluslararası hukukun genel kuralları bakımından katılım müzakereleri için Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS)⁷⁰ hükümlerini dikkate alarak bir değerlendirme yapabilmek mümkündür. Buna göre başlangıçta aksi görüşler olsa bile günümüz itibarıyla uluslararası teamül hukukunu da yansıtan⁷¹ VAHS madde 18 uyarınca, bir devletin “onaya, kabule veya tasvibe bağlı olarak andlaşmayı imzaladığı zaman veya andlaşma teşkil eden belgeleri teati ettiği zaman andlaşmaya taraf olmamak niyetini açıklığa kavuşturmuş oluncaya kadar” veya “andlaşma yürürlüğe girinceye kadar veya bu yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla, andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra” bir andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak yükümlülüğü bulunmaktadır. Fakat Türkiye ile AB arasındaki müzakereler bir katılım andlaşmasının imzalanması veya tamamlanması evresine gelmediği için bu hükmün kapsamına girmemektedir. Bunun yerine üyelik müzakeresi yürüten aday devletlerin parçası olmayı görüştükleri AB Ortak Dış ve Güvenlik Politikasını zayıflatacak veya etkisiz kılacak eylemlerden kaçınması yönünde -en cömert yorumla VAHS madde 18'i anımsatacak- bir “iyiniyet”

⁶⁷ AB Konseyi, Sanctions Guidelines – update, 5664/18, 4 Mayıs 2018, para. 57.

⁶⁸ Sanctions on Russia are main obstacle to Serbia's EU bid - PM Brnabic, Reuters, 10 Şubat 2023, <https://www.reuters.com/world/europe/sanctions-russia-are-main-obstacle-serbias-eu-bid-pm-brnabic-2023-02-10/> (26.09.2023); Serbia's reluctance over Russia sanctions could hinder EU ambitions — EU Commissioner, Euronews, 7 Ekim 2022, <https://www.euronews.com/2022/10/07/serbias-reluctance-over-russia-sanctions-could-hinder-eu-ambitions-eu-commissioner> (27.09.2023).

⁶⁹ Avrupa Komisyonu, Türkiye 2022 Report, 7-8.

⁷⁰ VAHS metni için bkz: Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, ed. Reşat Volkan Günel, 7. Baskı (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2014), 66–87.

⁷¹ Oliver Dörr, “Article 18” in *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, ed. Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, Second (Berlin: Springer, 2018), 245.

yükümlülüğü altında olabileceği ifade edilmektedir⁷². Söz gelimi, önlemlere sebep olan durumdan fayda sağlamama şeklinde bir iyiniyet gerekliliği olabileceği düşünülebilir⁷³.

Türkiye'ye karşı uygulanan önlemler, Rusya gibi üçüncü devletlere karşı uygulanan önlemlerle doğrudan kıyas yapmaya uygun değildir. Zira Türkiye örneğinde bir üçüncü devlete karşı uygulanan önlemlere Türkiye'nin uyum sağlamaması değil, bizzat Türkiye'ye karşı önlemler uygulanması söz konusudur. Bu nedenle VAHS madde 18 veya benzeri bir yükümlülük farklı bir bakış açısıyla, devam eden müzakere sürecinin Türkiye veya AB üzerinde genel uluslararası hukuk bakımından ne gibi etkileri olabileceği yönüyle değerlendirilmelidir.

VAHS madde 18 üzerine yapılan çalışmalarda, maddede ortaya konulan yükümlülüğün özerk bir niteliği bulunduğu, nihayetinde henüz yürürlüğe girmediği için tarafları hukuken bağlamayan bir uluslararası andlaşmanın özünün yok edilmemesi yani yürürlüğe girmesinin fiilen anlamsız hâle getirilmemesinin amaçlandığı bildirilmektedir⁷⁴. Bu bağlamda tarafların yükümlülüğü, içerik itibarıyla etkilenmesine rağmen ilgili yükümlülüğe eksiksiz riayetle özerktir ve maddede geçen "ortadan kaldırma" lafzı andlaşmaya aykırılık veya andlaşma hükümleriyle uyumsuzluktan çok daha yüksek bir eşige denk düşmektedir⁷⁵.

Katılım müzakerelerinin nihaî aşamasında bir katılım andlaşması yapılacağı dikkate alındığında, VAHS madde 18 hükmüne yaklaşabilecek veya benzeyen bir iyiniyet yükümlülüğünün, geniş bir yorumla, katılım andlaşmasını anlamsız kılacak eylemlerden kaçınmayı gerektirebileceği düşünülebilir. Bir devletin AB üyeliği başta ekonomik olmak üzere siyasi, toplumsal ve hukuki pek çok yönü bulunan kapsamlı bir süreçtir. AB'ye katılan son üye olan Hırvatistan'ın katılım andlaşması incelendiğinde mali hizmetler, tarım, vergilendirme, balıkçılık, fikri mülkiyet, çevre politikaları ve gümrük birliği gibi çok farklı konularda hükümler barındırdığı

⁷² Marco Gestri, "Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects," in *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, ed. Natalino Ronzitti (Leiden: Brill Nijhoff, 2016), 79, dipnot 38.

⁷³ Gestri, 79.

⁷⁴ Dörr, "Article 18," 255.

⁷⁵ Dörr, 257.

görülmektedir⁷⁶. Dış, güvenlik ve savunma faslının müktesebatın otuz beş faslından sadece birisi olduğu dikkate alındığında, katılım andlaşmasının konu ve amacının Türkiye ile AB arasında Doğu Akdeniz'e dair görüş farklılıklarından çok daha geniş olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Doğu Akdeniz'de yaşanan gelişmeler sonrası AB'nin uyguladığı önlemleri, Türkiye'nin veya AB'nin aday devlet statüsünden kaynaklanan yükümlülükleri dikkate alındığında, katılım andlaşmasının özünü yok edebilecek veya bu andlaşmayı fiilen anlamsız hâle getirebilecek bir gelişme olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır.

Sıradaki başlıkta AB önlemleri uluslararası hukuk bakımından değerlendirilecektir.

B. AB'nin Genel Nitelikli Önlemleri

1. Andlaşma Müzakerelerini Askıya Alma

AB, 15 Temmuz 2019 tarihinde, Türkiye ile yürütülen Kapsamlı Hava Taşımacılık Anlaşması müzakerelerinin askıya alındığını ve Ortaklık Konseyi ile diğer üst düzey toplantıların yapılmayacağını ilan etmiştir⁷⁷. İlaveten AB'ye katılım öncesi mali yardımların 2020 yılı için düşürülmesi benimsenmiştir⁷⁸.

Siyaseten önemi az görünse de⁷⁹ Kapsamlı Hava Taşımacılık Anlaşması müzakerelerinin askıya alınması hukuken değerlendirildiğinde, söz konusu kararın uluslararası hukuka uygunluğuna göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu bağlamda eğer karar hukuka aykırı görülürse, misilleme niteliğinde olamayacak ancak karşı önlemler bakımından değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Bir uluslararası andlaşmanın hazırlanması için tarafların yürüttüğü iletişim de dahil olmak üzere, diplomatik müzakereler, uyuşmazlıkların

⁷⁶ Treaty between ... concerning the accession of the Republic of Croatia to the European Union, *OJEU*, L 112/10, 24.4.2012.

⁷⁷ AB Konseyi, Outcome of 3709th Council meeting, 10, para. 4; Council Decision (CFSP) 2019/1894, para. 4.

⁷⁸ AB Konseyi, Outcome of 3709th Council meeting, 10, para. 4; Council Decision (CFSP) 2019/1894, para. 4.

⁷⁹ AB-Türkiye arasında Havacılık Anlaşması müzakerelerinin durması ne ifade ediyor?, Euronews, 18 Temmuz 2019, <https://tr.euronews.com/2019/07/18/ab-turkiye-arasinda-havacilik-anlasmasi-muzakerelerinin-durmasi-ne-ifade-ediyor> (08.07.2023)

çözümü gibi farklı amaçlarla yürütülebilmektedir. Nitekim müzakere (*negotiation*) ve müzakereci devlet (*negotiating state*) kavramları uluslararası andlaşmalara ilişkin hukuki çerçevenin de bir parçası olup, hem 1969 VAHS hem de 1986 Viyana Devletler ve Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde kendine yer bulmuştur⁸⁰. Her iki sözleşmenin de gerek andlaşmaların hazırlanmasına ilişkin 12 vd. maddelerinde gerekse andlaşmaların geçerliliğine ilişkin 47 vd. maddelerinde söz konusu kavramlar açıkça zikredilmektedir.

VAHS başlangıç kısmında belirtildiği üzere iyiniyet ve ahde vefayla birlikte serbest rıza (*free consent*) evrensel kabul görmüş ilkelerdir. Öyle ki, uluslararası hukukun temelini devletlerin açık veya örtülü biçimde tezahür eden serbest rızaları olduğu bazı uluslararası hukuk ders kitapları ve farklı monografilerde ifade edilen bilgilerdendir⁸¹. Kavramın sınırları ve sonuçlarına dair sorunlar bir kenara bırakılırsa, uluslararası hukuk kişilerinin herhangi bir zorlamaya maruz kalmadan serbest rızalarıyla andlaşmalara taraf olacakları, bir başka deyişle, bir andlaşma yapmak, ona taraf olmak veya olmamak konusunda serbest oldukları (*freedom of consent*) açıkça kabul edilen bir ilkedir⁸².

Nitekim egemenliğin bir sonucu olarak, özel bir biçimde bir yükümlülük tesis edilmediği sürece müzakerelerde bulunmak gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır⁸³. Müzakereler uluslararası yargının gündemine daha çok bir uyumsuzluk çözüm yolu olarak kullanılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, böyle bir yükümlülüğün içeriğinin ne olabileceği ve söz konusu olaylarda bu içeriğin tatmin edilip edilmediği hususlarını açığa kavuşturmak

⁸⁰ Viyana Devletler ve Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi metni için bkz: Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, c. II, UN, New York 1995, 93-108.

⁸¹ Örnek kaynaklar için bkz: Andrew T. Guzman, "Against Consent," *Virginia Journal of International Law* 52, no. 4 (2012): 748-49; dipnot 1-3.

⁸² Tarihsel ve kuramsal yönleriyle konuyu inceleyen bir çalışma için bkz: Matthew Craven, "The Ends of Consent," in *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, ed. Dino Kritsiotis and Michael J. Bowman (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 126-31.

⁸³ Martin A. Rogoff, "The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities," *Michigan Journal of International Law* 16, no. 1 (1994): 153-54.

üzere götürülmektedir⁸⁴. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı (UAD) dahil olmak üzere uluslararası yargı makamlarının uyuşmazlıkların yargısal yollarla çözümü için diplomatik müzakerelerde bulunmak gibi genel bir yükümlülüğün bulunmadığı ancak bunun özel olarak düzenlemeyle mümkün olabileceğini bildirdiği farklı kararları bulunmaktadır. Buna göre, müzakereleri tüketmek gibi bir kural ne BM Andlaşması'nda ne de genel uluslararası hukukta bulunmamaktadır⁸⁵. Ancak böyle bir yüküm, uluslararası teamül hukuku veya taraflar arasında yürürlükte olan bir andlaşma kapsamında belirli (özel) bir hukuki rejimin parçası olabilir⁸⁶. Uluslararası teamül hukukundan veya andlaşma ilişkisinden doğan kıta sahanlığı gibi devletlerin haklarının birbirlerini sınırlandırdığı, yani bir tarafın hakkının ancak diğer tarafın hakkının belirlenmesiyle açığa çıkabildiği durumlarda özel bir müzakere yükümlülüğünden söz edilebilir⁸⁷.

Böylece ne bir andlaşmaya taraf olmak ne de bunun için müzakereler yürütmek şeklinde genel uluslararası hukukun bir kuralı olmadığı ortaya çıkmaktadır. O hâlde, AB'nin Türkiye ile yürütülen andlaşma müzakerelerini askıya alması uluslararası hukuka aykırı olmadığı için bu önlem misilleme niteliğindedir.

⁸⁴ Hukukî yönü dahil olmak üzere diplomatik müzakerelere dair bir inceleme için bkz: Habip Ünyılmaz, *Uluslararası Hukukta Uyuşmazlıkların Diplomatik Yollarla Çözümü* (Ankara: Seçkin, 2017), 58–85.

⁸⁵ UAD, Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998, 302–303, para. 56.

⁸⁶ The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility of 29 October 2015, Reports of International Arbitral Awards, United Nations, 2020, c. XXXIII, 124, para. 345; UAD, North Sea Continental Shelf, (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, ICJ Reports 1969, 46-48, para. 83–87; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, ICJ Reports 2010, 67-68, para. 149; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011, 129-30, paras. 147–48; Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, ICJ Reports 2018, paras. 84-90.

⁸⁷ Rogoff, "The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities," 160.

2. Üst Düzey Toplantıların İptali

Tarihsel olarak elçilik hakkı (*right to legation*) olarak anılan⁸⁸ ve Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi⁸⁹ (VDİS) madde 2’de kendine yer bulan kural uyarınca devletler başka devletler nezdinde kendilerini temsil edecek kişiler atayabilir ve aynı şekilde diğer devletlerce atanan kişileri kabul edebilirler. Elçilik hakkının temsil edilme zorunluluğu içerip içermediği şeklindeki tartışmanın günümüz itibarıyla ortadan kalktığı, ilişki kurmanın ancak karşılıklı rızayla mümkün olduğu açıkça kabul edilmektedir. VDİS madde 2’de de ifade bulunduğu üzere, diplomasi ilişkileri kurmak da bu ilişkileri sonlandırmak da karşılıklı rızaya dayanır, herhangi bir mecburiyet veya yükümlülük ve bundan kaynaklanan hukuki sorumluluk söz konusu değildir⁹⁰. Böylece uluslararası hukuk bakımından kişiler arasında ilişki kurmak şeklinde genel bir yükümden söz edilemeyeceği görülmekte, ancak özel olarak bu yükümlülüğün tesis edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Türkiye ve AB arasındaki anlaşmayla kurulan Ortaklık Konseyi ayrı bir incelemeyi gerektirir⁹¹.

1964 tarihli Ankara Anlaşması⁹² ile kurulan Ortaklık Konseyi (*Association Council*), madde 22’ye göre, “Anlaşma ile belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için karar yetkisi olan” ve “Anlaşma’nın hedeflerini göz önünde tutarak, ortaklık rejimi sonuçlarını belli aralıklarla inceleyen” toplantılara verilen addır. Konseyin, üye dağılımı ve karar alma şekli yine Anlaşma’da düzenlenmiştir. Konseyin toplantılarına ilişkin madde 6 bu açıdan dikkat çekicidir. Buna göre, “Ortaklık rejiminin uygulanmasını ve

⁸⁸ Seha L. Meray, “Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 11, no. 03 (1956): 82.

⁸⁹ 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair 84/8724 Sayılı 6/11/1984 Tarihli Bakanlar Kurulu Kararı, *RG*, 24 Aralık 1984, S: 18615.

⁹⁰ Meray, “Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü,” 82.

⁹¹ Ortaklık Konseyi’nin yapısı, işleyişi, görevleri ve AB Hukuku bakımından bir değerlendirme için bkz: İlke Göçmen, *Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri: Hukuki Boyut* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2022), 52–66.

⁹² Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Yaratan Anlaşma ve Eklerinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 397 No’lu, 4/2/1964 Kabul Tarihli Kanun, *RG*, 12 Şubat 1964, S. 11631; Agreement Establishing an Association Between the European Economic Community and Turkey (signed at Ankara, 12 September 1963), *Official Journal of the European Communities*, No L 361/29, 31.12.77.

gittikçe gelişmesini sağlamak için âkit taraflar, anlaşma ile verilen görevlerin sınırları içinde eylemde bulunan bir Ortaklık Konseyinde toplanırlar (*the Contracting Parties shall meet in a Council of Association*)". Konsey için öngörülen bu maddede toplantı aralıkları, süresi ve periyotları gibi zamansal bir belirleme yapılmadığı görülmektedir. Ankara Anlaşması, Ortaklık Konseyinin toplanma aralığını düzenlememektedir. Nitekim 1 Aralık 1964 tarihinde yaptığı toplantısında ilk kararını alan Ortaklık Konseyi, yıllar içinde ortaklığın çeşitli yönlerine ilişkin kararlar almıştır. 1964 yılından itibaren belirli dönemlerde düzenli olarak toplanan Konsey, kendi iç tüzüğünde öngörülen "Ortaklık Konseyi, aksine bir karar olmadıkça (*sauf décision contraire*), en az altı ayda bir kez bakanlar düzeyinde toplanır"⁹³ hükmünü çeşitli nedenlerle sürekli işletmemiştir.

Ortaklık Konseyi her koşulda düzenli biçimde toplanan bir iş birliği yapısı olmamıştır. Söz gelimi, 1980 askerî darbesi sonrası ilişkiler beş yıl kesilmiş, Ortaklık Konseyinin 16 Eylül 1986'da tekrar toplanmasıyla ilişkiler ancak yeniden kurulmuştur⁹⁴. Yine buna müteakip toplantı 30 Eylül 1991 tarihine kadar yapılamamıştır⁹⁵. Keza AB'nin mevcut çalışmasına konu önlemlerinin hemen öncesinde de toplantılar düzenli biçimde yapılmamıştır⁹⁶. 18 Mayıs 2015'te gerçekleşen Ortaklık Konseyinin 53. toplantısının ardından neredeyse dört yıl boyunca toplantının gerçekleşmediği, 54. Ortaklık Konseyi toplantısının 15 Mart 2019'da yapıldığı görülmektedir⁹⁷. Bu bilgiler ışığında,

⁹³ Ortaklık Konseyi'nin İç Tüzüğü'nün onayına ilişkin 1/64 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Devlet Planlama Teşkilatı, ed., *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1964-2000*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayın No. DPT: 2596, c. 1 (Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2001), 1; Kararın Fransızcası için bkz: *Décision du Conseil d'Association No 1/64 portant approbation du règlement intérieur du Conseil d'Association*, Devlet Planlama Teşkilatı, ed., *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1964-2000*, c. 2 (Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2001), 1.

⁹⁴ Rıza Aslan, "Türkiye-Avrupa Birliği: Sancılı Gelişen İlişki," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 55, no. 03 (2000): 13.

⁹⁵ T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, "Avrupa Birliği ve Üyelik Sürecimiz" (T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, 2023), 81.

⁹⁶ 1992 yılından itibaren gerçekleştirilen toplantıların tarihlerinin ve yerlerinin listesi için bkz: T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, 81-82.

⁹⁷ T.C. Dışişleri Bakanlığı resmî internet sitesindeki açıklamalar için bkz: Türkiye-AB Ortaklık Konseyi 53. Toplantısı Brüksel'de gerçekleştirildi, https://www.mfa.gov.tr/turkiye_ab-ortaklik-konseyi-53_toplantisi-bruksel_de-gerceklestirildi.tr.mfa; 14 Mart 2019, Türkiye-AB Ortaklık Konseyi 54. Toplantısı

Ankara Anlaşması'nda Konsey'in toplanmasına dair bir yükümlülük tespit edilememekte ve süregelen uygulamayla da bu durum teyit edilmektedir. Konseyin içtüzüğü bakımından ise açıkça “aksine bir karar alınmasına” imkân tanındığına dikkat çekmek gerekir. Böylece AB'nin Ortaklık Konseyi toplantılarına katılmaması söz konusu toplantıların düzenlendiği hukuki metinlere bir aykırılık içermemektedir. Ortaklık Konseyi toplantılarını yapmama kararı, sayılan nedenlerle, bir misilleme örneği olmaktadır.

3. Mali Yardım Miktarının Düşürülmesi

AB tarafından Türkiye'ye yapılan mali yardımlar, “faydalanıcılarının AB'ye üye olmak niyetiyle AB'nin değerlerine riayet edilmesine dönük siyasi, kurumsal, hukuki, idari, toplumsal ve ekonomik reformları benimsemesi ve uygulaması ile tedricen AB kural, standart, politika ve uygulamalarıyla uyum sağlanmasını” desteklemek için öngördüğü Katılım Öncesi Yardım Aracı [*Instrument for Pre-accession Assistance (IPA)*] adını verdiği yardımları içermektedir⁹⁸.

Söz konusu yardımlar, aday ve olası aday devletlerin belirlenen alanlarda AB üyelik kriterlerini sağlamalarına yardımcı olmayı amaçlarken gerek yardım miktarı gerekse yardımların sağlanma koşulları tamamıyla AB tarafından belirlenmekte ve düzenlenmektedir. Nitekim söz konusu hususlar 11 Mart 2014 tarih ve 231/2014 sayılı IPA II Tüzüğü⁹⁹ ve 2 Mayıs 2014 tarih ve 447/2014 sayılı IPA II Uygulama Tüzüğü¹⁰⁰ ile AB tarafından belirlenmiş ve yardımların temel önceliklerini gösteren belge olan Türkiye için Gösterge Strateji Belgesi, 26 Ağustos 2014 tarihinde AB Komisyonu tarafından kabul edilmiştir¹⁰¹. Bu kapsamda “Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Komisyonu

Hk., https://www.mfa.gov.tr/no_54_-turkiye-ab-ortaklik-konseyi-toplantisi-hk.tr.mfa (15.07.2023).

⁹⁸ Regulation (EU), No 231/2014 of the European Parliament and of The Council of 11 March 2014 establishing an Instrument for Pre-accession Assistance (IPA II), 15.3.2014, *OJEU*, L 77/11, madde 1.

⁹⁹ Regulation (EU), No 231/2014, 11–26.

¹⁰⁰ Commission Implementing Regulation (EU) No 447/2014 of 2 May 2014 on the specific rules for implementing Regulation (EU) No 231/2014 of the European Parliament and of the Council establishing an Instrument for Pre-accession assistance (IPA II), *OJEU*, L 132, 3.5.2014, 32–52.

¹⁰¹ 2018 tarihli gözden geçirilmiş metin için bkz: European Commission. (2018, August 18). Annex to the commission implementing decision amending Commission decision

Arasında Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA II) Çerçevesinde Birlik Tarafından Türkiye Cumhuriyeti'ne Yapılacak Mali Yardımın Uygulanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Çerçeve Anlaşma" imzalanmıştır¹⁰².

Anlaşma maddeleri incelendiğinde, yardımların sağlayıcısı olarak AB'nin, önceki paragrafta zikredilen metinlerde belirtilen ölçütler uyarınca yardımların sağlanma koşulları, zamanı ve biçimi konusunda yetkili olduğu (madde 5-24) ve belirtilen hâllerde bu yardım ödemelerini durdurma ve askıya alma ile sağlanan fonları geri alma yetkisini koruduğu görülmektedir (madde 39-41). Nitekim Anlaşma'nın bütünü bakımından 82. maddede "Anlaşma'da yer alan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi ve düzeltilmesine yönelik zamanında tedbir alınmaması halinde, Komisyon, Katılım Öncesi Yardım Aracı II kapsamındaki faaliyetlerin finansmanını askıya alabilir" hükmü ve yararlanıcı olan devlet bakımından da yardımlardan feragat hükmü bulunmaktadır.

2024 yılı itibarıyla III. döneminde bulunan bu yardım programının (IPA III 2021-2027) mevcut başlığı ilgilendiren II. döneminde (IPA II 2014-2020), AB'nin Türkiye'ye sağladığı yardımların 2020 yılı için azaltılması kararı¹⁰³ verilmiştir. Teknik veya mali yardımların azaltılması veya tamamen bitirilmesi özel bir yükümlülük belirlenmediği sürece yardımı yapan devletin veya uluslararası örgütün inisiyatifinde olan kararlar arasındadır¹⁰⁴. İncelenen Anlaşma hükümleri de göz önüne alındığında, AB tarafından verilen yardımların azaltılması kararı, örgütün yetkisi dâhilinde görünmekte ve uluslararası hukuk bakımından misilleme niteliğine bürünmektedir.

C. AB'nin Hedeflenmiş Önlemleri

AB'nin Türkiye'ye karşı aldığı önlemler muhatapları bakımından değerlendirildiğinde, önceki başlıkta sayılan müzakereleri askıya alma,

C(2014) 5998 of 26 August 2014 adopting the indicative strategy paper for Turkey for the period 2014–2020, C(2018) 5067 final.

¹⁰² Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Komisyonu Arasında Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA II) Çerçevesinde Birlik Tarafından Türkiye Cumhuriyeti'ne Yapılacak Mali Yardımın Uygulanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Çerçeve Anlaşmanın Onaylanması Hakkında 2015/7708 Sayılı 8/5/2015 Tarihli Bakanlar Kurulu Kararı, *RG*, 21 Haziran 2015, S. 29393.

¹⁰³ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2019/1894, para. 4.

¹⁰⁴ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 207, 211.

toplantıları iptal etme ve mali yardımları azaltma önlemleri bir devlet olarak Türkiye'ye yönelmiştir. Mevcut başlığın konusu olan ikinci kategori önlemler ise devlet görevlilerine yönelen hedeflenmiş önlemlerdir. Bu kapsamda belirlenen kişilerin malvarlıklarının dondurulması, finansman yasağına tâbi tutulmaları ve bu kişilere seyahat yasağı uygulanması söz konusudur. Genel nitelikli önlemlerden farklı olarak, hedeflenmiş önlemler (*targeted measures*), belirli kişilere yönelmekte, toplumun tamamını etkilemekten ziyade önlemlere konu olan eylemlere veya uygulamalara karar veren, bunları yürüten veya destekleyen kişilerle halkın geri kalanı arasında ayırım gözetmektedir¹⁰⁵. Başta BM yaptırımları olmak üzere kapsamlı ekonomik yaptırımların istenen etkiyi oluşturamaması, sivil halka ciddi zararlar vermesi gibi olumsuzlukları engellemek için 90'lı yıllardan itibaren kullanılmaya başlanan hedeflenmiş önlemler ya da diğer adıyla akıllı önlemler, günümüz uluslararası ilişkilerinin olağan bir parçası hâline gelmiştir¹⁰⁶. Gerek uluslararası örgütler gerekse devletler farklı nedenlerle belirledikleri bireylerin veya kurumların olağan şartlarda sahip oldukları imkânları sınırlandırarak arzuladıkları davranış değişikliğini sağlamakta istemektedirler.

Bu başlıkta, belirlenen Türk devlet görevlilerinin malvarlığının dondurulması ve finansman yasağı ile seyahat yasağına tâbi olmaları şeklindeki AB hedeflenmiş önlemleri uluslararası hukuk bakımından sırasıyla değerlendirilecektir.

1. Malvarlığının Dondurulması

Bireylerin veya kurumların malvarlığının dondurulması, özellikle terörizmle mücadele kapsamında uygulanan önlemlerden biri olagelmış, BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan yaptırım kararlarında en çok tercih edilen hedeflenmiş önlemlerden biri olarak üye devletlerin iç hukuklarına da sirayet ederek farklı hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla sonuçlanmıştır. Söz gelimi Türkiye'de 2013 yılında yürürlüğe giren Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun, "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinde bu

¹⁰⁵ Ülkü Halatçı Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 48–50; Sümeyra Altınır Coşkun, *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Akıllı Yaptırım Kararları ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 50–51.

¹⁰⁶ Ünyılmaz, "Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebriliği," 160–65.

durumu teyit ederek, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanmasını amaçlardan biri olarak zikretmiştir¹⁰⁷.

Malvarlığını dondurma önlemine müracaat terörizmle mücadeleyle sınırlı kalmamış, devletlerin ve uluslararası örgütlerin başta diğer devlet görevlileri olmak üzere belirledikleri bireyleri bu önleme tâbi tutmaları sık karşılaşılan bir durum olmuştur. Nitekim AB tarafından alınan önlemlerin yüzde 75'inin malvarlığını dondurma önlemini içerdiği görülmektedir¹⁰⁸. Türkiye'ye karşı uygulanan önlemler de iki Türk görevlinin malvarlığının dondurulmasını içermektedir. İlgili metinde söz konusu kişilere "ait olan, onların sahip oldukları, bulundurdıkları veya kontrol ettikleri her fon ve ekonomik kaynağın dondurulması" kararlaştırılmıştır¹⁰⁹. Üye devletlerin sınırlayıcı önlemlerin etkili biçimde hayata geçirilmesinde dikkate alabileceği genel nitelikli tavsiyelerden oluşan AB Örnek Uygulamalar¹¹⁰ belgesinde ise önlemlerin ayrıntıları görülmektedir. Buna göre fonların dondurulması mülkiyet durumunu ilgilendirmemekle beraber, bu fonların yer değiştirmesi ve başkaca değişimine sebep olabilecek her türlü kullanım ve işlem önceden alınması gereken bir izne tâbi olmaktadır¹¹¹. Ekonomik kaynakların dondurulması da fonların dondurulmasını güçlendirmek için söz konusu kişilerin mal veya hizmetler gibi finansal veya ekonomik faydalara erişimini engellemeyi amaçlanmaktadır. Kişisel kullanımın yasaklanmadığı söz konusu önlemlerde, kişilerin farklı ekonomik kaynakları kullanarak ekonomik aktivite sayılabilecek gelir vb. faydalar elde etmesi engellenmekte ve hedefteki kişilere fon, mal veya hizmet getirebilecek her türlü ekonomik kaynak kullanımı izne bağlanmaktadır¹¹².

Öte yandan malvarlığını dondurma katı bir AB önlemi olarak tasarlanmamış, bazı sapmalara, ilgili yetkilendirilmiş makamdan onay almak kaydıyla, izin verilmiştir. Gerçek veya tüzel kişiler ile bunlara bağımlı olan aile üyeleri gıda, ilaç ve tedavi giderleri, kira ve vergi ödemeleri, sigorta ve

¹⁰⁷ Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında 6415 Sayılı 7/2/2013 tarihli Kanun, *RG*, 16/2/2013, S. 28561.

¹⁰⁸ Francesco Giumelli, Fabian Hoffmann, and Anna Książczaková, "The When, What, Where and Why of European Union Sanctions," *European Security* 30, no. 1 (2021): 10–11.

¹⁰⁹ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2019/1894, madde 2.

¹¹⁰ AB Konseyi, EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures, Doc. 10572/22, 27 Haziran 2022.

¹¹¹ AB Konseyi, EU Best Practices para. 44-45.

¹¹² AB Konseyi, EU Best Practices, para. 53-56.

temel kamu hizmetleri bedelleri dahil olmak üzere temel ihtiyaçları karşılama, hukuki hizmetleri almaları, mal varlıklarının sadece idamesi için gerekli bedelleri ödemeleri ve kimi olağan dışı giderleri karşılama mümkünür¹¹³. İlaveten uluslararası bağışıklıktan faydalanan diplomatik temsilciliklerin, konsoloslukların ve uluslararası örgütlerin resmî maksatlarla kullanacağı (banka vb.) hesaplara erişim veya bu hesaplardan ödeme yapılması istisnası bulunmaktadır¹¹⁴.

AB tarafından uygulanan hedeflenmiş önlemlerin uluslararası hukuka uygunluğunun yetkiye ve ilgili kişilere dair değerlendirilmesinde öne çıkan iki husus söz konusudur. Bunlardan ilki, önlemlere tâbi olan devlet görevlilerinin sahip olabilecekleri hukuki korumaya ilişkindir. Bu bağlamda söz konusu kişilerin dokunulmazlık veya bağışıklık sahibi kişiler arasında sayılıp sayılmayacağına bakılmalıdır. İkinci olarak bu kişilerin sahip oldukları hukuki korumanın kapsamının ne olduğu, hangi dokunulmazlıklara veya bağışıklıklara sahip olabilecekleri değerlendirilmelidir.

a. Yabancı Devlet Görevlilerinin Bağışıklıkları ve Dokunulmazlıkları

i. Diplomatik, Konsüler ve Özel Misyon Bağışıklıkları ve Dokunulmazlıkları

Bilindiği üzere, bir devlet, ülkesinde bulunan yabancı devlet görevlilerine kendi yargılama faaliyetlerinin dışında tutma anlamında bağışıklık (*immunity*) ve bu kişilere müdahale etmeme anlamında dokunulmazlık (*inviolability*) tanıyabilmektedir¹¹⁵. Bu bağlamda VDİS uluslararası teamül hukukundan da doğan diplomatik dokunulmazlık, bağışıklık ve ayrıcalıkların neredeyse küresel kabul gören çerçevesini sunmakta¹¹⁶ ve diplomatik temsilcilerin hem bağışıklığını hem de sahip oldukları dokunulmazlıkları düzenlemektedir. Keza Viyana Konsolosluk

¹¹³ AB Konseyi, Council Decision 13262/19, madde 2/3.

¹¹⁴ AB Konseyi, Council Decision 13262/19, madde 2/3.

¹¹⁵ Kamuran Reçber, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku* (Bursa: Dora Yayınları, 2011), 50–74; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 89–107.

¹¹⁶ 2024 yılı Mayıs ayı itibarıyla 193 devletin taraf olduğu sözleşmeye neredeyse tüm devletler taraftır. Güncel resmî bilgiler için bkz: UN Treaty Collection, Status of Treaties, Vienna Convention on Diplomatic Relations https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=III-3&chapter=3&clang=_en (29.05.2024)

İlişkileri Sözleşmesi¹¹⁷ (VKİS) de konsolosluk personelinin hangi dokunulmazlık, bağışıklık ve ayrıcalıklarının bulunduğunu düzenlemekte ve bunların dışında özel misyonlar için geçerli olan bağışıklık ve dokunulmazlık kuralları bulunmaktadır¹¹⁸. Özel misyonlara ilişkin bağışıklık ve dokunulmazlıklar belirli bir görev veya konuda bir devleti temsil etmek üzere başka bir devlete geçici olarak gönderilen heyetleri kapsamaktadır¹¹⁹. Söz konusu heyet üyelerinin görevleri süresince diploması temsilcilerine benzer biçimde belirli bağışıklıklardan ve dokunulmazlıklardan yararlanmaları sağlanmaktadır¹²⁰.

Bağışıklık ve dokunulmazlık kavramlarına bakıldığında, ilkinin ulusal yasaların özünden değil fakat yargılama ve icra yollarından muaf olmayı içerdiği, ikincisinin ise ev sahibi devletin fiziksel müdahalesine karşı bir güvence olduğu görülmektedir¹²¹. Bağışıklık; cezai, medeni ve idari yargı yetkisine göre farklılaşabilmektedir. VDİS madde 31 uyarınca diplomatik ajanların ceza yargısından bağışıklığı istisnasız kabul edilmişken, medeni ve idari yargı bağışıklığı belirli istisnalara yer verilerek kabul edilmiştir. Konsolosluk memurları için ise bağışıklığın diplomatik ajanlara göre daha dar olduğu, VKİS madde 41-43 uyarınca bu kişilerin aleyhlerine ceza davaları açılabilmesi ve tutuklanabilmeleri ilgili maddelerde düzenlenen hususlara riayet edilmesi durumunda mümkündür. Aynı düzenlemeler uyarınca konsolosluk memurları sadece resmî görevlerini yerine getirirken işlenen fiillerden dolayı adli ve idari yargı bağışıklığına sahiptirler. Dokunulmazlıklar ise eşyalara veya binalara tanınanlar bakımından el koymama, izin olmaksızın girmeme, kişilere tanınanlar bakımından ise gözaltına alınmama ve tutuklanmama biçiminde tezahür etmektedir¹²².

¹¹⁷ 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne Katılmamız Hakkında 7/10222 Sayılı 5/6/1975 Tarihli Kararname, RG, 27 Eylül 1975, S. 15369.

¹¹⁸ Bkz: Convention on Special Missions, United Nations Treaty Series, c. 1400, UN, New York, 1994, 231. (Özel Misyonlar Sözleşmesi olarak anılacaktır.)

¹¹⁹ Özel Misyonlar Sözleşmesi, madde 1 (a).

¹²⁰ Özel Misyonlar Sözleşmesi, madde 25-35.

¹²¹ Reçber, *Diploması ve Konsolosluk Hukuku*, 50-52; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 89-91.

¹²² VDİS madde 22 vd.; Nasih Sarp Ergüven, "Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 66-102.

ii. Üst Düzey Devlet Görevlilerinin Bağışıklıkları ve Dokunulmazlıkları

Bağışıklık konusunda yapılan ayrımların başında kişisel bağışıklık (*ratione personae*) ve işlevsel bağışıklık (*ratione materiae*) ayrımı gelmektedir. Buna göre, belirli devlet görevlilerinin makamları veya statülerinden dolayı yabancı bir devletin yargılama yetkisinden bağışık olması kişisel bağışıklık iken; kişilerin devlet adına gerçekleştirdikleri eylemler nedeniyle ve bu eylemlerle sınırlı kalmak üzere yabancı devletlerin yargı yetkisinden bağışık olması işlevsel bağışıklıktır¹²³. Mevcut başlık kişisel bağışıklığa sahip kişilerin kimler olduklarına ilişkindir.

Önceki başlıkta da ifade dildiği üzere, diplomatik temsilciler ve konsolosluk personelinin hem uluslararası teamül hukukunda yeri olan hem de yazılı dayanağı Viyana sözleşmeleri olan bağışıklık ve dokunulmazlıkları bulunmaktadır. Bunlara ilaveten devlet başkanları ve kimi üst düzey devlet görevlilerinin de asıl kaynağı uluslararası teamül hukuku olan söz konusu bağışıklık ve ayrıcalıklara sahip olduğu kabul edilmektedir. UAD tarafından Tutuklama Müzekkeresi Davası'nda belirttiği üzere "uluslararası hukukta devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı gibi bir devletin belirli yüksek makamlarında bulunanların, diplomatik ve konsolosluk ajanları gibi, başka devletlerde medeni ve cezai yargıdan bağışık oldukları uluslararası hukukta iyice yerleşmiştir"¹²⁴. Nitekim söz konusu davada, Divan, Belçika tarafından görevdeki Kongo Dışişleri Bakanına karşı çıkarılan tutuklama müzekkeresinin bakanın bağışıklığını ve dokunulmazlığını ihlal ettiğine karar vermiştir¹²⁵.

Devlet ve hükümet başkanları ile dışişleri bakanlarının teyit edilen bağışıklık ve dokunulmazlıkları bulunmakla beraber¹²⁶ diğer üst düzey devlet

¹²³ Bilge Erson Asar, *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 95, 181; Nesrin Dabanlıoğlu Alanur, *Uluslararası Hukukta Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı ve Cezai Sorumluluğu* (Ankara: Adalet, 2023), 107–109.

¹²⁴ UAD, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, para. 51.

¹²⁵ UAD, Arrest Warrant, para. 70; Davaya ve hükme ilişkin bir değerlendirme için bkz: Uğur Bayıllıoğlu, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, no. 2 (2006): 27–63.

¹²⁶ Asar, *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı* 98–100.

görevlileri için ayrıca bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Devlet ve hükûmet başkanları ile dışişleri bakanları haricinde kalan üst düzey görevlilerin durumu, özel misyonlara ilişkin kurallarla belirlenmekte, yapılacak ziyaretlerde ilgili heyetlerin bir parçası olmaları durumunda sayılan bağışıklık veya dokunulmazlıklardan faydalanmaları öngörülmektedir¹²⁷. Fakat gerek yargı kararlarını gerekse devlet uygulamalarını inceleyen yazarların bildirdiği üzere, üst düzey devlet görevlileri tabirinin kapsamı bile belirsizdir¹²⁸. Yapılan çalışmalar, devlet ve hükûmet başkanları ile dışişleri bakanlarına ek olarak ancak bakan düzeyindeki devlet görevlileri için kapsam ve ölçütlere ilişkin belirsizliklere rağmen bağışıklık ve dokunulmazlığın mümkün olabileceğini göstermektedir¹²⁹. Görevdeki devlet başkanlarının diğer devletlerin ceza yargısından bağışık oldukları ve bu bağışıklığın hükûmet başkanları, savunma bakanları, ticaret bakanları gibi üst düzey devlet görevlilerine kadar genişletilebileceği bildirilmektedir¹³⁰. Diplomatik temsilciler harici bağışıklığın baskın biçimde uluslararası teamül hukukundan kaynaklandığı dikkate alındığında,¹³¹ bağışıklığı haiz kişi yönünden bakanlık makamından aşağı düzeyde bulunan devlet görevlileri için devlet uygulamaları ya tespit edilememekte ya da aksi yönde emareler görülmektedir¹³². Örneğin; Birleşik Krallık mahkemelerinde İsrail Savunma Bakanı'na ve Çin Ticaret Bakanı'na tanınan bağışıklığın Moğol Ulusal Güvenlik Konseyi İcra Ofisi Başkanı'na tanınmadığı aktarılmaktadır¹³³. Nitekim UAD, ne 1961 Viyana Sözleşmesi ne de 1969 Özel Misyonlar Sözleşmesi kapsamında diplomat sayılamayacak olan savcı (*procureur de la*

¹²⁷ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 89–91; Esra Ata Dağıstanlı, *Uluslararası Hukukta Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklar* (Ankara: Yetkin, 2022), 56–59.

¹²⁸ Joanne Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford International Law Library (Oxford: Oxford University Press, 2014), 128–29.

¹²⁹ Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, Third Edition, Oxford International Law Library (Oxford: Oxford University Press, 2013), 558–60; Hazel Fox, “Privileges and Immunities of the State, The Head of State, State Officials, and State Agencies,” in *Satow's Diplomatic Practice*, ed. Ivor Roberts, 7th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2017), 215–16; Foakes, *The Position of Heads*, 128–33; Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 75.

¹³⁰ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Ninth Edition (Oxford: Oxford University Press, 2019), 485.

¹³¹ Erson Asar, *Yabancı Devletlerdeki Yargulamalar Açısından*, 81–85.

¹³² Fox and Webb, *The Law of State Immunity*, 559–60.

¹³³ Fox and Webb, 559–60.

République) ve ulusal güvenlik şefi (*head of national security*) makamlarında bulunan iki Cibutili devlet görevlisinin kişisel bağışlıktan faydalanabileceğine dair bir dayanak olmadığını belirtmiştir¹³⁴.

Önceki paragrafta verilen bilgiler uyarınca, çalışmanın konusunu oluşturan hedeflenmiş önlemlere tâbi olan Türk devlet görevlileri, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığıyla ilgili bir kamu iktisadi teşebbüsü olan¹³⁵ TPAO yöneticileri olarak özel misyonlar kapsamına girebilecek bir heyette görevlendirilmedikleri müddetçe –ki incelenen önlemler bakımından böyle bir görevlendirmeye dair bilgi yoktur- bağışlığa veya dokunulmazlığa sahip kişiler arasında bulunmamaktadırlar.

b. Yargı Bağışlılığı ve Dokunulmazlıklar ile Hedeflenmiş Önlemler İlişkisi

Görece yeni olan hedeflenmiş önlemler uygulamasının bir devletin politikalarını değiştirmesini sağlamak üzere kullanılması da yeni sayılabilecek bir uygulamadır. Terörizmle veya devlet dışı birimlerle bağlantısı olmayan bu tür hedeflenmiş önlemleri farklı sorunları barındırmaktadır. Bunların başında devlet görevlilerinin veya devlet kurumlarının hedef alındığı önlemlerin bağışlıklarla olan ilişkisi gelmektedir. Bir uluslararası hukuk kişisinin başka bir kişiye karşı aldığı önlemlerin özellikle devletin ve devlet görevlilerinin mallarının statüsü gibi konularda bağışlık ve dokunulmazlık kurallarını ihlal edip etmediği veya hangi bağışlık kurallarına aykırı olabileceği hâlihazırda devam eden tartışmaların konusudur¹³⁶. Burada özellikle önlemlere tâbi kişilerin üst düzey devlet görevlileri oldukları varsayımından hareket edildiğini, yani hâlihazırda bağışlılığı bulunan kişiler bakımından tartışmanın bulunduğu belirtilmelidir.

¹³⁴ UAD, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, ICJ Reports 2008, para. 194.

¹³⁵ Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, *RG*, 18/6/1984, S. 18435 Mükerrer.

¹³⁶ Cf: Pierre-Emmanuel Dupont, “Countermeasures and Collective Security: The Case of the EU Sanctions Against Iran,” *Journal of Conflict and Security Law* 17, no. 3 (2012): 301–36; Tom Ruys, “Immunity, Inviolability and Countermeasures – A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions,” in *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, ed. Tom Ruys, Nicolas Angelet, and Luca Ferro (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 670–710.

Öncelikle devletlerin bağımsızlığının hem uluslararası teamül hem de uluslararası andlaşmalar bakımından *yargı bağımsızlığı* olarak tertip edildiği görülmektedir. Bu konuda hem 1972 Devlet Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi¹³⁷ hem de henüz yürürlüğe girmeyen 2004 Devletlerin ve [Devlet] Mallarının Yargı Bağımsızlıkları İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (BM Bağımsızlık Sözleşmesi)¹³⁸ tanınan bağımsızlıkların yargı süreçleriyle ilişkisi olduğunu düzenlemektedir. Her iki sözleşmenin birinci maddesinden itibaren konusunun bir devletin yabancı devletlerin mahkemelerinin yargılama yetkisinden bağımsızlık (*immunity from the jurisdiction of the courts of another state*) olduğu açıkça belirtilmektedir. Nitekim sözleşmelerde görülen infazdan bağımsızlık (*immunity from execution*) düzenlemeleri de bir yargısal makamca verilmemiş olsa bile yine yargılama süreçlerinin öncesinde (BM Bağımsızlık Sözleşmesi madde 18) veya sonrasında (BM Bağımsızlık Sözleşmesi madde 19) bu süreçlerle bağlantılı kararları nitelemektedir. Gerek devletlerin iç hukuk düzenlemeleri gerekse öğreti bu hususu teyit etmekte ve bağımsızlığın yargısal anlamda bir muafiyet olduğunu belirtmektedir¹³⁹. İnceleme konusu önlemler dikkate alındığında, bağımsızlığın yargısal faaliyetlere dönük olması ve yasama veya yürütme bakımından bir güvence sunmaması “şaşılacak biçimde çelişkili”¹⁴⁰ görülebilir fakat mevcut devlet uygulamaları, bu tezatın yaygın ve devam edecek bir eğilim olduğunu göstermektedir.

Mevcut çalışmanın konusu olan hedeflenmiş önlemler, bir yargısal sürece dayanmamakta, aksine yasama ve yerine göre yürütme organlarının uhdesinde bulunan yetkilere istinaden yürürlüğe konmaktadır. Nitekim

¹³⁷ European Convention on State Immunity, Basel, 16/05/1972, United Nations Treaty Series, c. 1495, UN, 1997, 182-226.

¹³⁸ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, New York, 2 December 2004, BM Genel Kurulu, A/59/508, 30 Kasım 2004.

¹³⁹ Rona Aybay, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 20, no. 72 (2007): 109–20; Berat Lale Akkutay, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 113 (2014): 99–125; Yıldırım Sak, *Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Temel Hakların Korunması* (Ankara: Seçkin, 2015), 37–59; Merve Erdem, “Devletin Jus Cogens Kurallara Aykırı Faaliyetleri Kapsamında Yargı Bağımsızlığı” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016), 103–57.

¹⁴⁰ UAD, Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor- Leste v. Australia), Memorial of the Democratic Republic of Timor-Leste, 28 Nisan 2014, 39, para. 5.18.

AB'nin aldığı önlemlerin de ortak dış ve güvenlik politikası bağlamında, AB Andlaşması madde 29 uyarınca AB (Bakanlar) Konseyince kararlaştırıldığı görülmektedir. AB'nin kurumsal yapısında söz konusu organ yargısal bir işlevi yerine getirmemektedir¹⁴¹. Türkiye'ye karşı alınan önlemlerin de AB Konseyi kararlarından kaynaklandığı dikkate alındığında, hedeflenmiş önlemlerin hem kişi bakımından hem de konu bakımından yargısal bağımsızlık kapsamına girmediği görülmektedir.

İlaveten BM Bağımsızlık Sözleşmesi madde 2/b(iii)'de tanımı yapılan, egemenlikten kaynaklanan yetkileri kullanabilecek farklı devlet kurum ve kuruluşları bakımından da TPAO'nun çalışmalarını değerlendirmeye gerek kalmamaktadır. TPAO'nun böyle bir yetkiyi kullanan devlet kuruluşu olarak bağımsızlığı ancak yargısal süreçlere ilişkin bir bağımsızlık olduğu için mevcut çalışma bakımından varılan sonuç değişmemektedir.

Öte yandan dokunulmazlıklar açısından farklı bir durumun söz konusu olduğu görülmektedir. Bağımsızlığın aksine dokunulmazlıklar, salt yargısal süreçlerle ilişkilendirilmemekte ve bağımsızlıklarla devletlere getirilen yapmama yükümlülüğüne ek olarak yapma yani fiziksel müdahaleden koruma yükümü de söz konusu olmaktadır¹⁴². Nitekim 1961 VDİS'te bulunan hem eşyaya hem de kişilere ilişkin dokunulmazlık hükümleri âkit taraflar için hem ihlal etmeme hem de muhtemel ihlalleri önlemek adına uygun önlemleri almayı içermektedir¹⁴³. VDİS'e ek olarak 1946 Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Bağımsızlığına İlişkin Sözleşme'de¹⁴⁴ de yer bulan dokunulmazlık hükümleri; belirli kişiler, mallar veya binalar için geçerli olan ve ancak zikredilen sözleşmelerin kapsamına giren durumlarda işlerliği olacak biçimde düzenlenmiştir. Söz gelimi, VDİS madde 25 düzenlemesinin sağladığı güvence diplomatik temsilciliğin görevini yerine getirmesi için kullanılacak banka hesapları gibi malvarlıklarında geçerli olacak biçimde yorumlanabilecek, genel bir dokunulmazlıktan bahsedilemeyecektir¹⁴⁵. Kişiler bakımından da benzer bir sonuca varılmakta, diplomatik temsilciler ve

¹⁴¹ Sanem Baykal, İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2016), 194–204; Reçber, *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*, 144–74.

¹⁴² Ruys, "Immunity, Inviolability and Countermeasures," 689–90.

¹⁴³ 1961 Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi madde 22, 24, 27, 29, 30.

¹⁴⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca Kabul Edilen "Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'ye Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin Katılması Hakkında 5598 Sayılı 15/3/1950 tarihli Kanun, RG, 21 Mart 1950, S. 7462.

¹⁴⁵ Ruys, "Immunity, Inviolability and Countermeasures" 693.

devlet başkanları haricindeki bağıışıklığı haiz olmayan üst düzey devlet görevlileri için genel nitelikli bir dokunulmazlık durumu gerek doktrinde gerekse uygulamada görülmemektedir¹⁴⁶. Bu çıkarım, uluslararası teamül hukukunda hem bağıışıklık hem de dokunulmazlığa cevaz veren genel bir kuralın olmadığı, muhtelif uluslararası andlaşmalarda belirli kişi veya eşyanın özel olarak dokunulmazlığı haiz olduklarının düzenlenmesinin genel kuralı pekiştiren bir husus olarak değil, böyle bir kuralın olmadığı ve ancak belirtilenler bakımından özel olarak dokunulmazlığın bulunduğunu gösteren bir durum olarak değerlendirilmesinin uygun olduğunu göstermektedir¹⁴⁷.

O hâlde, AB'nin malvarlıklarının dondurulmasına yönelik hedeflenmiş önlemlerinin, bu önlemlere tâbi kılınan Türk devlet görevlilerinin buldukları makamın seviyesi ve önlemlerin karakteri itibarıyla bağıışıklık ve dokunulmazlık kurallarını ihlal etmediği anlaşılmaktadır.

2. Finansman Yasağı

AB'nin kişilere doğrudan veya dolaylı olarak yararlanabileceği fonların veya ekonomik kaynakların sağlanmasını yasaklaması önlemi malvarlığının dondurulmasıyla birlikte değerlendirmelidir. Muhtelif AB resmî evrakında her iki önlem mali (finansal) kısıtlamalar başlığı altında zikredilmekte ve yine yukarıda sayılan istisnalar her iki önlem için de öngörülmektedir¹⁴⁸. Katı biçimde ayrılması mümkün olmayan, yasakladığı eylemler bakımından sıkça çakışan bu önlemleri daha kolay bir incelemeye imkân sağlayacağı için ayırmak tercih edilmiştir. Bu çalışmada, iki kavram arasındaki farkın kabaca zaman bakımından oluştuğu, önlemlerin uygulanması anında söz konusu kişilerin kontrolünde veya mülkiyetinde bulunan ekonomik değerlerin malvarlığının dondurulması (*asset freeze*), önlemlerden sonra malvarlığına eklenebilecek, faydalanılabilecek veya malvarlığından eksilebilecek değerler bakımından ise finansman yasağı (*prohibition to make funds and economic resources available*) kavramının kullanıldığı, istisnaların ve bu ayrıma aykırı

¹⁴⁶ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*, 89–91; Ata Dağıstanlı, *Uluslararası Hukukta Diplomatik Dokunulmazlık*, 56–61.

¹⁴⁷ Ruys, “Immunity, Inviolability and Countermeasures” 700.

¹⁴⁸ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Andlaşma madde 215; Council of the EU, *Sanctions Guidelines – update*, Brussels, 4 Mayıs 2018, Doc. 5664/18, 35 para. 82; *Restrictive measures (Sanctions) - Update of the EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures*, Doc. 10572/22, 27 Haziran 2022, 18-20.

durumların varlığı ikrar edilerek benimsenecektir¹⁴⁹. Böylece yukarıda malvarlığının dondurulması başlığında önlemlere tâbi olan kişiler ve önlemlerin devletlerin bağışıklığıyla ilişkisi bakımından yapılan açıklamalar bu başlığa teşmil edilebilir. Hem önlemlerin muhatabı olan kişilerin makamları itibarıyla hem de önlemlerin bağışıklık kurallarıyla ilişkisinde uluslararası hukuka aykırılık görünmemektedir. Bu nedenle mevcut başlık altında finansman yasağının uluslararası ticaret hukuku bakımından hukuka aykırılık ihtimali ve böyle bir aykırılığın hukukî gerekçesi değerlendirilecektir.

a. Finansman Yasağı ve DTÖ Kuralları

Finansman yasağının muhtemel hukuka aykırılık nedenlerinden biri Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kapsamında altına girilen yükümlülükler olabilir¹⁵⁰. Türkiye¹⁵¹, AB ve tekil olarak AB üyesi devletlerin tamamı DTÖ üyesidir¹⁵². AB kararlarında finansman yasağı “malların ve hizmetlerin bedeli (ödemesi) ... olsa bile ... yetkili organlarca izin verilmediği müddetçe genel itibarıyla yasaktır” biçiminde ifade edilmektedir¹⁵³. Özellikle DTÖ temel anlaşmalarından olan 1994 Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT 1994)¹⁵⁴ madde 11/1 düzenlemesiyle söz konusu finansman yasağı önleminin uyumsuz olabileceği ihtimaller mevcuttur. Buna göre, maddede öngörülmüş belirlenen araçlar haricinde ithalat veya ihracata ilişkin miktar kısıtlamalarını yasaklayan düzenleme finansman yasağı nedeniyle ihlal

¹⁴⁹ Restrictive measures (Sanctions) - Update of the EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures, 27 Haziran 2022, 18-22.

¹⁵⁰ Tek yanlı önlemler ve DTÖ bakımından genel bir inceleme için bkz: James Watson, “The World Trade Organisation and Unilateral Sanctions: Prohibited or Possible?,” in *Unilateral Sanctions in International Law*, ed. Surya P Subedi (Oxford: Hart Publishing, 2021), 185–206.

¹⁵¹ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın Onaylanmasına İlişkin 95/6525 Sayılı 3/2/1995 Tarihli Bakanlar Kurulu Kararı, *RG*, 25 Şubat 1995, S: 22213 Mükerrer.

¹⁵² Türkiye 17 Ekim 1951'de Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'na, 26 Mart 1995'ten itibaren DTÖ üyesidir. AB, 1 Ocak 1995'ten itibaren DTÖ üyesidir. Ayrıntılı bilgi için DTÖ resmî internet sitesindeki şu bağlantıya bakılabilir: Members and Observers, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (21.09.2023).

¹⁵³ Restrictive measures (Sanctions) - Update of the EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures, 27 Haziran 2022, 19, para. 49.

¹⁵⁴ Resmî tercümede kullanılan kısaltmadır.

edilebilir. DTÖ Temyiz Organı tarafından belirtildiği üzere “ithal veya ihraç edilecek ürünlerin miktarında sınırlayıcı etkisi olan”¹⁵⁵ mali işlemlerin tümünü kapsayan kısıtlamalar, dolaylı olarak hedeflenmiş kişiler ve ilgili devletler arasındaki ticaretin hacmini herhangi bir ödeme veya fon transferine izin vermemek yoluyla azaltarak söz konusu yükümlülüğü ihlal edebilir¹⁵⁶. Söz gelimi, hedeflenmiş finansman yasağı önlemine tâbi olan bir kişinin satın aldığı ürünler karşılığında ödeme yapamaması veya kişi ödeme alamadığı için bir ürünü satamaması durumunda ilgili maddenin ihlali söz konusu olabilecektir.

GATT 1994 madde 10/2’de geçen “âkit taraflardan herhangi birinin genel uygulamayı haiz bir önleminin ancak resmî şekilde ilan edildikten sonra icra edilebileceği” hükmü bakımından yapılan bir incelemede, çalışmanın başında atfı yapılan AB kaynakları itibarıyla resmî ilanda sorun olmadığı görülmektedir. Maddede geçen genel uygulamayı haiz önlem her ne kadar hedeflenmiş önlemler bakımında geçerli olmayan bir nitelendirme gibi görünse de özellikle önlemleri uygulayan devletin uyrukluğunda bulunanların tamamının hedeflenmiş kişi veya kurumlarla ilişkisini konu aldığı için genel nitelikli kabul edilebilecektir¹⁵⁷. Keza Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS)¹⁵⁸ madde III de benzer bir düzenleme içermekte, şeffaflık başlığı altında alınacak önlemlerin yayımlanması gerekliliğini içermektedir. Burada DTÖ kuralları bakımından önlemlerin ilan edilmesi ile tatbik edilmesi arasında makul bir sürenin bulunmaması bir ihlal ihtimaline kaynaklık edebilir¹⁵⁹. Yakın süre önce ileri sürülen bu argümanın uyumsuzluk çözüm süreçlerinde kabul görüp görmeyeceği henüz belirsizdir.

¹⁵⁵ DTÖ Temyiz Organı, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, AB-2011-5, Reports of the Appellate Body, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 Ocak 2012, para. 320.

¹⁵⁶ Iryna Bogdanova, *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights* (Leiden: Brill Nijhoff, 2022), 149.

¹⁵⁷ Bogdanova, 150.

¹⁵⁸ Resmî tercümede kullanılan kısaltmadır.

¹⁵⁹ DTÖ, Ukraine - Measures relating to Trade in Goods and Services - Request for consultations by the Russian Federation, G/L/1179; G/LIC/D/52; G/SPS/GEN/1549; G/TBT/D/50; S/L/414; WT/DS525/1, 1 Haziran 2017: “the measure was not published in a manner that would enable governments and traders to become acquainted with them ... No reasonable period of time between publication and the effective date of the regulation was allowed”.

Bir diğer DTÖ temel anlaşmalarından olan GATS madde 11 de yine finansman yasağıyla ihlali mümkün düzenlemelerden biridir. Buna göre, sonraki maddede geçen “ciddi ödemeler dengesi güçlükleri ve dış finansal zorluklar veya bu nedenle ortaya çıkan tehditler” gibi öngörülen durumlar hariç, taraflar özel taahhütleriyle ilgili olan cari işlemler için uluslararası transfer ve ödemelere kısıtlamalar getirmeyecektir. Hâlbuki finansman yasağı açık biçimde transfer ve ödemeleri engelleme amacı gütmektedir. Bu nedenle hem malvarlığını dondurma hem de finansman yasakları, yine aynı anlaşmaya taraf olan devletlerle ilişkiler bakımından altına girilen yükümlülüklerle bağdaşmayabilecektir¹⁶⁰.

Bu başlıkta sayılan ihlal ihtimallerinin kurgusal kaldığını belirtmek gerekir. Zira AB'nin hedeflenmiş önlemlerine tâbi olan Türk devlet görevlilerinin gerek kendi adlarına gerekse kurumları adlarına AB üyesi devlet ülkelerinde gerçekleştirdikleri ticari faaliyetleri bulunduğu dair bir bilgiye ulaşamamıştır. Fakat 2024 yılı itibarıyla AB önlemlerinin hâlâ yürürlükte olduğu dikkate alındığında,¹⁶¹ önlemlerin DTÖ kuralları kapsamında hukuka uygunluğuna dair genel bir değerlendirme yapılmıştır. Eğer sayılan önlemler DTÖ uyumsuzluk çözümü düzeneği kapsamında bir başvuruya konu edilirse ve önlemlerin önceki paragraflarda belirtilen anlaşmalara aykırılığı tespit edilirse, bu durumda, AB önlemlerinin karşı önlem olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği değerlendirilmelidir.

b. Finansman Yasağının Karşı Önlemler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Karşı önlemlere ilişkin hukuki çerçeveyi oluşturan Sorumluluk Maddeleri ve Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri uyarınca, karşı önlemler ancak belirli maddi ve şekli şartları taşımaları hâlinde hukuka uygun kabul edilebilir. Bu başlıkta sırasıyla bu şartların finansman yasağı önleminde yerine getirilip getirilmediği incelenecektir.

i. Karşı Önlemlerin Gerekçesi Bakımından Finansman Yasağı

Bir karşı önleme ancak bir uluslararası haksız fiile maruz kalmış devlet veya uluslararası örgüt, sadece haksız fiili gerçekleştiren devlete veya

¹⁶⁰ Tobias Stoll et al., “Extraterritorial Sanctions on Trade and Investments and European Responses” (European Parliament Policy Department for External Relations, 2020), 56.

¹⁶¹ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2023/2488, madde 1.

uluslararası örgüte karşı başvurulabilir¹⁶². Türkiye'nin sondaj faaliyetlerinin AB tarafından uluslararası hukuka aykırı görüldüğü çalışmanın başında verilen AB kararlarından aktarılmıştı. Bu kabulün geçerliliği veya hukuka uygun olup olmadığı bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır fakat AB tarafından yapılan böyle bir değerlendirmenin isabetsiz olması durumunda AB önlemleri birer uluslararası haksız fiil hâlini alır ve AB'nin bu bağlamda sorumluluğunu tartışmak mümkün olabilir.

Hemen belirtmek gerekir ki, TPAO'nun Sorumluluk Maddeleri madde 4 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti'nin bir organı olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda TPAO'nun faaliyetleri Türkiye'ye isnat edilebilecek eylemlerdir. AB, TPAO yöneticilerini, kişisel faaliyetleri veya görevleri dışındaki eylemlerden dolayı değil, kurumları tarafından yürütülen sondaj ve arama faaliyetlerinin planlanmasından, yürütülmesinden ve yönetilmesinden sorumlu oldukları gerekçesiyle önlemlere tâbi kılmıştır.¹⁶³ TPAO yöneticilerini hedef alan söz konusu önlemler bir devlet olarak Türkiye'ye yönelik önlemlerdir.

Gelinen aşamada mevcut çalışma bakımından dikkate değer kısım karşı önlemlere ancak "mağdur (zarara uğrayan - *injured*)" devletler veya uluslararası örgütlerce başvurulabilmesidir. Karşı önlemler yalnızca mağdur devlet veya uluslararası örgütlerce bir uluslararası haksız fiil işleyen kişileri yükümlülüklerine uymaya sevk etmek için yürürlüğe konabilir ve ancak böyle bir durumda bir hukuka uygunluk hâli olabilir¹⁶⁴. Yani dikkat çekici soru şöyledir: AB, Türkiye'nin sondaj ve arama faaliyetlerinden dolayı hukuken mağdur kabul edilebilir mi? AB tarafından ilgili önlemlere başvurusunun gerekçesi olarak sunulan ve yukarıda da aktarılan hususlara bakıldığında, Güney Kıbrıs'ın egemenliğinin veya egemen haklardan kaynaklanan yetkisinin ihlali sonucu uyuşmazlıkların barışçı çözümü dahil olmak üzere BM Andlaşması'nda yer bulan ilkelere aykırılık ve AB'nin çıkarlarına ve güvenliğine karşı tehdit başlıkları tespit edilmektedir¹⁶⁵. Böylece AB önlemleri bakımından sunulan iki gerekçe, önlemleri hukuka uygun hâle getirip getirmediği yönüyle değerlendirilmelidir.

¹⁶² Sorumluluk Maddeleri, madde 49; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri, madde 51.

¹⁶³ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2020/275, Ek (Annex).

¹⁶⁴ Sorumluluk Maddeleri Şerhi, 130, 49. Madde şerhi par. 1, 4.

¹⁶⁵ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2019/1894 of 11 November 2019, para. 9.

(a). BM Andlaşması'na Aykırılık İddiası

İlk olarak, AB üyesi devletlerin de taraf olduğu BM Andlaşması'nda yer bulan ilkelere aykırılık gerekçesiyle AB tarafından üyesi olmayan bir devleti hedef alan önlemlerin meşrulaştırılabilmesi ancak bir uluslararası haksız fiilden doğrudan etkilenmeyenlerin kullanımına açık olan müşterek karşı önlemlerle mümkün görünmektedir¹⁶⁶. Öncelikle AB, BM Andlaşması'na aykırılık gerekçesini ileri sürerek uluslararası hukukun ihlali durumunda önlemler almaya kendini yetkili gördüğü iddiasında bulunmuş olabilir. Zira bütün üyeleri BM üyesi olsa bile, BM nezdinde daimî gözlemci statüsüne sahip olan AB, BM'nin bir üyesi değildir; BM Andlaşması sadece devletlerin taraf olmasına açıktır¹⁶⁷. Üyesi olmadığı fakat faaliyetlerine katkıda bulunduğu bir örgütün kurucu andlaşmasında yer bulan ilkelere atıf yaparken AB, BM Andlaşması'nın günümüz uluslararası hukukunun temel metinlerinden biri olmasına¹⁶⁸ dayanarak uluslararası hukukun ihlaline bir tepki ortaya koyduğu gerekçesini ileri sürebilir. Nitekim AB'nin hem Kırım'ın ilhaki ve ardından yaşanan gelişmeler sonucu Rusya'ya karşı uyguladığı önlemlerin hem de Türkiye'ye karşı uyguladığı önlemlerin uluslararası hukukun ihlaliyle gerekçelendirildiği ifade edilmektedir¹⁶⁹.

Müşterek karşı önlemler gerek öğretisi gerekse uygulama bakımından henüz mutabakatın olmadığı bir başlıktır. Yukarıdaki açıklamadan hatırlanacağı üzere, başvurulma gerekçesi itibarıyla niteliksel ve niceliksel yönüyle ayrılan müşterek karşı önlemler, AB'nin ilk gerekçesi bakımından niteliksel yönüyle değerlendirilmeye uygundur. Buyruk kuralların veya *erga omnes* yükümlülüklerin ciddi ihlallerinde BM Güvenlik Konseyi gibi yetkili organların etkin olmadığı veya etkili biçimde müdahale edemediği durumlarda kendileri doğrudan bir zarara uğramasalar veya mağdur olmasalar

¹⁶⁶ Tzanakopoulos, "Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union," 156–57.

¹⁶⁷ BM Andlaşması madde 3-4; AB, BM Genel Kurulunun 11 Ekim 1974 tarihli ve A/RES/3208 (XXIX) sayılı kararıyla gözlemci statüsünü kazanmıştır.

¹⁶⁸ BM Andlaşması'nın uluslararası toplumun anayasası olarak değerlendirildiği küresel anayasacılık konusunda bkz: Bardo Fassbender, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community," *Columbia Journal of Transnational Law* 36, no. 3 (1998): 529–619; Gökhan Albayrak, "Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 113, no. 1 (2014): 27–30.

¹⁶⁹ Andrea Spagnolo, "Entering the Buffer Zone Between Legality and Illegality: EU Autonomous Sanctions Under International Law," in *EU Law Enforcement The Evolution of Sanctioning Powers*, ed. Stefano Montaldo, Francesco Costamagna, and Alberto Miglio (Londra: Routledge, 2021), 224–25, 237.

bile uluslararası toplumun diğer kişilerinin karşı önlem niteliğinde tepkiler ortaya koyabilmeleri mümkün kabul edilmektedir¹⁷⁰. Gerek Sorumluluk Maddeleri gerekse Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri uyarınca doğrudan mağdur olmayan devlet veya uluslararası örgütlerin *erga omnes partes* veya uluslararası toplumun bütününe borçlanılan yükümlerin ihlalinde,¹⁷¹ ihlali devlet veya örgütün sorumluluğunun ileri sürebilmesi mümkündür¹⁷² fakat sorumluluğun ileri sürülmesiyle buna dayanarak karşı önlemlere başvurabilme imkânı birbirinden farklıdır. Nitekim her iki metinde de yeterince olgunlaşmadığı düşünülen müşterek karşı önlemler doğrudan düzenlenmemiştir. Böyle önlemleri ne yasaklayan ne de bunlara açıkça izin veren bir lafız benimsenmiştir. Müşterek karşı önlemlere dair bu durum, her halükârda, ancak *erga omnes* yükümlülüklerin ciddi ihlalinde geçerli bir argüman olacağı kabulünü¹⁷³ gölgelememektedir. Müşterek karşı önlemleri destekleyenlerce de bu önlemlerin devletlerin veya uluslararası örgütlerin diledikleri gibi kullanabilecekleri bir araç olmadığı bildirilmektedir¹⁷⁴.

Başkaca çok taraflı bir anlaşma hükmü ileri sürülmediği için AB önlemlerinin buyruk kurallardan kaynaklanan bir *erga omnes* yükümlülüğün ciddi ihlaline cevaben alındığı gerekçesinin geçerliliğini sınamak gerekir. VAHS madde 53'te "bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun

¹⁷⁰ Ünyılmaz, "Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebriliği," 168–74.

¹⁷¹ UAD, *erga omnes* yükümlülükleri "bir bütün olarak uluslararası toplumun tamamına dönük olan, doğası gereği tüm devletleri ilgilendiren ve öneminden dolayı korunmasında tüm devletlerin hukukî çıkarı olduğu kabul edilen yükümlülükler" biçiminde tanımlamaktadır (UAD, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, ICJ Reports 1970, 32). Öte yandan *erga omnes partes* yükümlülükler ise yerine getirilmesinde çok taraflı bir anlaşmanın tarafı olan tüm devletlerin çıkarı olan yükümlülüklerdir (Institut de Droit International, Obligations erga omnes in international law, Resolution, Krakow Session, 2005, madde 1/b) *Erga omnes partes* yükümlülüklerin sadece çok taraflı bir anlaşma ilişkisi içerisinde bulunanlar bakımından söz konusu olması, *erga omnes* yükümlülüklerine göre daha dar bir kavram olması anlamına gelmektedir. Detaylı bir inceleme için bkz: Berat Lale Akkutay, *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Objektif Rejim Yaratan Andlaşma Teorisi ve Erga Omnes Yükümlülüklerin Andlaşmalarla İlişkisi Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi* (Ankara: Adalet, 2020), 199-219.

¹⁷² Sorumluluk Maddeleri, madde 48; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri, madde 49.

¹⁷³ Institut de Droit International, Obligations erga omnes in international law, Resolution, Krakow Session, 2005, madde 5 (c).

¹⁷⁴ Sicilianos, "Countermeasures in Response To," 1143.

kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade etmediği normlar” olarak tanımlanan buyruk kuralları, UHK tarafından belirtildiği üzere, *erga omnes* yükümlülüklerle vücut vermektedir¹⁷⁵. Uluslararası teamül hukuku ve ilgili yargı kararlarını da dikkate alarak UHK tarafından yakın zaman önce tamamlanan buyruk kurallara ilişkin çalışmada örnek olarak sayılan buyruk kuralları şunlar olmuştur: saldırı yasağı, soykırım yasağı, insanlığa karşı suçların yasak olması, insancıl hukukun temel kuralları, apartheid ve ırk ayrımcılığı yasağı, kölelik yasağı, işkence yasağı, kendi kaderini tayin hakkı¹⁷⁶. Görüldüğü üzere, buyruk kurallara ilişkin her ne kadar tahdidi bir sayım yapılmamış olsa da, zikredilen kurallar bir bütün olarak uluslararası toplumun yüksek önem atfettiği ve onun temel değerlerini korumayı amaçlayan kurallardır¹⁷⁷. Rusya’nın Ukrayna’ya karşı yürüttüğü saldırı ve Kırım’ın ilhakı, buyruk kurallara aykırılık yönüyle değerlendirmeye uygundur fakat Türkiye’nin Doğu Akdeniz’deki faaliyetleriyle ihlal ettiği iddia edilen deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin kuralları -kuvvet kullanma yasağına aykırı bir durumun da söz konusu olmadığı dikkate alındığında- bu kapsamda sayabilmek mümkün değildir. Özetle, AB önlemleri, niteliksel yönüyle müşterek karşı önlemler gibi yetki ve ihlalin tespiti konularında sınırları ve şartları itibarıyla belirsizlik bulunan bir uluslararası hukuk kurumuna dayansa bile, bu kurumun olmazsa olmaz şartı olan buyruk kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerin ciddi ihlali koşulunu sağlamamaktadır.

(b). AB’nin Çıkarlarını Koruma ve Güvenliğini Sağlama İddiası

Gelinen aşamada, AB kararlarında yer bulan ikinci ihtimali, yani AB’nin çıkarlarını koruma ve güvenliğini sağlama gerekçesini değerlendirmek uygun olacaktır. AB, üyesi olan devletlerden ayrı bir hukuk kişiliğine sahiptir¹⁷⁸. Bu

¹⁷⁵ Conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), Report of the International Law Commission 2022, A/77/10, Conclusion 17: Peremptory norms of general international law (jus cogens) as obligations owed to the international community as a whole (obligations erga omnes).

¹⁷⁶ Conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law, Conclusion 23: Non-exhaustive list.

¹⁷⁷ Conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law, Conclusion 2: Nature of peremptory norms of general international law (jus cogens).

¹⁷⁸ AB Andlaşması madde 47.

nedenle üyeleri adına, yararına veya onların yerine önlemler alıp alamayacağı konusu değerlendirilmelidir. Günümüz uluslararası hukuku bakımından bir uluslararası örgütün üyesini ilgilendiren bir konuda iki farklı gerekçeye dayanarak karşı önlemler alabileceği ileri sürülebilir. Bunlardan ilki müşterek karşı önlemlerin niceliksel yönüne ilişkindir. Hatırlanacağı üzere, bir devletin mağdur olduğu uluslararası haksız fiile karşı diğer devletlerin dayanışma göstermesi mümkün kabul edilmektedir. Nitekim Türkiye'ye karşı alınan önlemlerin kararlaştırıldığı toplantılara bakıldığında Güney Kıbrıs'ın da dışişleri bakanı düzeyinde temsil edildiği görülmektedir¹⁷⁹. Böylece Güney Kıbrıs'ın talebi üzerine üye devletlerin dayanışma içinde karşı önlemlere başvurduğu iddia edilebilir.

İkinci olarak, ayrı bir tüzel kişiliği haiz AB'nin doğrudan kendisine borçlu olunmayan bir yükümlülük ihlali nedeniyle Türkiye'yi hedef alan önlemlere başvurabilmesi, bir üye devlet ve uluslararası örgüt arasında kurulan hukuki ilişkiyle açıklanabilir. Bir uluslararası örgütün üyeleri tarafından alınabilecek BM Andlaşması'yla Güvenlik Konseyine tanınan bilhassa askerî icra önlemlerine ve yaptırımlara başvurma yetkisine aykırı düşmeyen hukuka uygun önlemleri, örgütün kendisinin de alabileceği ve bunun hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir¹⁸⁰. Söz konusu hukuki ilişki, önlemlere başvurabilme yetkisi bakımından devletlerin bir uluslararası örgüte belirli alanlarda yetki devrinde bulunmalarıyla şekillendirilmektedir¹⁸¹. Buna göre, (münhasıran) yetki devrinin bir sonucu olarak¹⁸², üye devletler, bir uluslararası örgüte o alanda kendi haklarını koruma ve tatbik etme gücü de vermiş olmakta ve bu suretle bir uluslararası örgüt üyesine karşı gerçekleşen bir uluslararası haksız fiil nedeniyle karşı önlemler alabilme yetkisini haiz olmaktadır¹⁸³. Ortak güvenlik ve dış politikası, AB Andlaşması'nın 21. ila 46.

¹⁷⁹ Council of the EU/Foreign Affairs Council, 11 November 2019, Participants, <https://www.consilium.europa.eu/media/41312/20191111-fac-presslist.pdf> (03.10.2023)

¹⁸⁰ Christian Walter, "Security Council Control over Regional Action," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1, no. 1 (January 1, 1997): 137–38.

¹⁸¹ Paolo Palchetti, "Reactions by the European Union to Breaches of Erga Omnes Obligations," in *The European Union as an Actor in International Relations*, ed. Enzo Cannizaro (The Hague: Kluwer, 2002), 223–24.

¹⁸² Uluslararası örgütler bakımından yetki devrinin farklı türlerine ilişkin hukukî bir inceleme için bkz: Dan Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

¹⁸³ Palchetti, "Reactions by the European Union," 223–24.

maddeleri arasında düzenlenmekte, geniş bir dış politika ve güvenlik çerçevesini ele almakta, önlemleri kararlaştıran Dış İlişkiler Konseyi'ne kurumsal ve karakteristik özel nitelikler atfederek örgütün temel çıkarlarını korumak da dahil olmak üzere farklı konularda yetki vermektedir. Böylece üyelere biri olan Güney Kıbrıs'ın sahip olduğu karşı önlemlere başvurma hakkının üyesi bulunduğu AB'ye de tanınmış olduğu ileri sürülebilir.

ii. Karşı Önlemlere Başvurmada Diğer Yükümlülükler

Karşı önlemlerin taşınması gereken diğer şartlar açısından ise ilk olarak yasaklanan karşı önlemler bakımından inceleme yapılabilir. Çalışmada incelenen olay esas alındığında, karşı önlemlerin konusu olması açıkça yasaklanan kuvvet kullanma yasağına, temel insan haklarının korunmasına, zararlar karşılığı yasaklayan insancıl nitelikli hükümlere, buyruk kurallara, uyuşmazlık çözümü usulleri kurallarına ve diplomatik veya konsolosluk temsilcilerinin, binalarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına ilişkin yükümlülükler¹⁸⁴ bakımından inceleme gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Öte yandan karşı önlemler, orantılılık ilkesi gereği, uğranılan zarar, uluslararası haksız fiilin ağırlığını ve ilgili hakları dikkate alarak değerlendirilmeli ve bu suretle aynı veya benzer ölçüde bir tepki olarak gerçekleşmelidir¹⁸⁵. AB'nin hedeflenmiş önlemlerine tâbi olan görevlilerin iddia edilen uluslararası haksız fiilin gerçekleşmesinde bizzat rol alan kişiler olarak gerekçelendirilmeleri ve AB üyesi devlet ülkelerinde görünen ticari faaliyetleri olmaması dikkate alındığında, AB önlemleri, ilk bakışta orantısız görünmemektedir.

Karşı önlemlerin niteliği itibarıyla geçici ve kaldırılabilir olması gerekmektedir¹⁸⁶. AB, ilgili kararlarında, Türk görevlileri içeren hedeflenmiş önlemlere tâbi kişiler listesinin on iki ayı geçmemek kaydıyla düzenli aralıklarla gözden geçirileceğini düzenlemiştir¹⁸⁷. Nitekim 2019 yılından itibaren önlemlerin birer yıllık süreler için yenilendiği, her yıl bu önlemlerin devam edip etmeyeceği konusunun görüşüldüğü anlaşılmaktadır¹⁸⁸. Bu durumda önlemler geçici ve kaldırılabilir niteliktedir.

¹⁸⁴ Sorumluluk Maddeleri, madde 50; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri, madde 53.

¹⁸⁵ Sorumluluk Maddeleri, madde 51; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri, madde 54.

¹⁸⁶ Sorumluluk Maddeleri, madde 49/2, 53.

¹⁸⁷ AB Konseyi, Council Regulation (EU) 2019/1890, madde 12/4.

¹⁸⁸ 2020 yılı uzatma kararı için bkz: AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2020/1657 of 6 November 2020, *OJEU*, *LI 372/16*, madde 1; 2021 yılı için bkz: Council Decision

Nihayet karşı önlemlerin şekli şartlarına bakıldığında, öncelikle ilgili devletten yükümlülüklerini yerine getirmesinin talep edilmesi, karşı önlemler alınacağına dair kararın muhatap devlete bildirilmesi ve müzakerede bulunmanın teklif edilmesi gerektiği görülmektedir¹⁸⁹. AB Konseyinin resmî olarak ilk çağrısı 22 Mart 2018’de yaptığı; 18 Haziran 2019, 15 Temmuz 2019 ve 11 Kasım 2019’da çağrılarını yinelediği ve önlemlere başvurulacağını ilan ettiği görülmektedir¹⁹⁰. Nihayet devlet görevlilerinin hedeflenmiş önlemlere tâbi kişiler listesine alınması 27 Şubat 2020 tarihinde olmuştur¹⁹¹. AB önlemlerinin hayata geçirilmesi sürecinde yapılan çağrılar ve zamana yayılan tatbik süreci dikkate alındığında, karşı önlemlerin şekli şartlarının yerine getirildiği söylenebilir.

3. Seyahat Yasağı

AB üyesi devletlerin belirli kişilerin ülkelerine girişini veya ülkelerinden geçişini engellemesini öngören seyahat yasağı önlemi, belirli istisnalar öngörülerek yürürlüğe konulmaktadır. Devletler, ülkelere giriş yapacak yabancılar konusunda kural olarak münhasıran yetkilidirler, bir diğer deyişle, aksi yönde bir uluslararası andlaşma veya teamül kuralı bulunmadığı sürece ülkeye girecek kişi ve araçları belirleme yetkileri bulunmaktadır¹⁹². Buradan hareketle yabancı devlet ve hükümet başkanları veya dışişleri bakanları gibi üst düzey görevlileri için de aynı kuralın geçerli olduğu teyit edilmektedir¹⁹³. Özel olarak belirlenmiş bir uluslararası yükümlülük olmadığı müddetçe, bir devlet başka bir devletin görevlisini ülkesine kabul etmek veya ülkesini kullanarak başka bir ülkeye geçiş yapmasına izin vermek yükümünü altında değildir.

(CFSP) 2021/1966 of 11 November 2021, *OJEU*, L 400/157, madde 1; 2022 yılı için bkz: Council Decision (CFSP) 2022/2186 of 8 November 2022, *OJEU*, L 288/81, madde 1; 2023 yılı için bkz: Council Decision (CFSP) 2023/2488 of 9 November 2023, *OJEU*, L, madde 1.

¹⁸⁹ Sorumluluk Maddeleri, madde 52; Örgütlerin Sorumluluğu Maddeleri, madde 55.

¹⁹⁰ AB Konseyi, Outcome of 3709th Council meeting, 10; Council Decision (CFSP) 2019/1894, para. 1, 2, 5-7.

¹⁹¹ AB Konseyi, Council Decision (CFSP) 2020/275, madde 1, Ek (Annex).

¹⁹² Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*, 12. Bası (Ankara: Turhan, 2021), 30–32; Gestri, “Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects,” 74.

¹⁹³ Foakes, *The Position of Heads*, 58–59, 117.

AB tarafından alınan seyahat yasağı önlemleri hukuka aykırılık oluşturabilecek durumları öngörerek istisnalarla üye devletlerin mevcut veya muhtemel farklı uluslararası yükümlülüklerinin ihlalinin önüne geçmektedir. Zira farklı nedenlerle seyahat yasakları bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini teşkil edebilir. Üst düzey bir devlet görevlisinin uluslararası toplantılara ve uluslararası örgüt faaliyetlerine katılarak devletini temsil etmek gibi görevlerini yerine getirmesine engel olabilme niteliği bulunan seyahat yasağı önlemi, bilhassa Tutuklama Müzekkeresi Davası'nda geçen "görevini etkili biçimde yerine getirmeye engel olmama" ölçütü uyarınca şekillendirilmektedir¹⁹⁴. Türkiye'ye karşı uygulanan önlemler bakımından istisnalar ilgili kararda uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülük olma niteliği vurgulanarak şöyle sayılmıştır: Eğer ilgili devlet hükûmetlerarası bir uluslararası örgüte veya BM tarafından veya onun himayesinde toplanan bir uluslararası toplantıya veya Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) toplantılarına ev sahipliği yapıyorsa, bağımsızlık ve ayrıcalık tanıyan çok taraflı bir uluslararası anlaşma böyle öngörüyorsa veya Vatikan'a özgü durum böyle gerektiriyorsa¹⁹⁵. Keza yukarıda verilen özel durumlar hariç seyahat etmenin haklı kabul edileceği başka bazı hâller de sayılmıştır. Buna göre, acil insancıl ihtiyaçlardan ve hükûmetlerarası bir toplantıya veya AB tarafından düzenlenen veya desteklenen bir toplantıya veya üye devletin AGİT Başkanlığında söz konusu kısıtlayıcı önlemlerin amaçlarına hizmet edecek siyasi bir diyaloga katılmaktan kaynaklı istisnalar söz konusu olabilecektir¹⁹⁶. Nihayet bir yargısal süreç için gerekli olması kaydıyla istisna tanınması mümkündür¹⁹⁷.

AB'nin bireylere uyguladığı seyahat yasakları DTÖ sistemi içerisinde muhtelif hukukî yükümlülüklerle aykırı olabilir. Bunlar, özellikle GATS ve Hizmet Üretimi Yapan Gerçek Kişilerin Hareketliliği Hakkında Ek'te yer bulan hükümlerden kaynaklanmaktadır. Buna göre, GATS'ta en çok gözetilen ulus kaydını düzenleyen madde 2 uyarınca "diğer bir üyenin benzer hizmetleri ve hizmet sunucularına uygulanandan daha az kayırcı olmayan bir muameleyi, derhal ve şartsız olarak uygular" hükmü seyahat yasağına tâbi kişi bakımından eğer aynı durumda değerlendirilebilecek başka devlet vatandaşlarına serbestlik sağlanıyorsa ihlal edilebilir¹⁹⁸. Aynı andlaşmanın

¹⁹⁴ Ruys, "Immunity, Inviolability and Countermeasures," 697–98.

¹⁹⁵ AB Konseyi, Council Decision 13262/19, madde 1/3-4.

¹⁹⁶ AB Konseyi, Council Decision 13262/19, madde 1/6.

¹⁹⁷ AB Konseyi, Council Decision 13262/19, madde 1/7.

¹⁹⁸ Bogdanova, *Unilateral Sanctions in International Law*, 153.

önlemlerin resmî ilanı ve tatbikinde şeffaflık gerektiren madde 3 düzenlemesi de önceki başlıkta da zikredilen gerekçeyle ihlal iddiasıyla ileri sürülebilir.

GATS madde 6'daki "genel uygulamaya ilişkin bütün tedbirlerin mantıklı, objektif ve tarafsız" olması hükmü, aynı şartları taşıyan başka kişilerin önlemlere tâbi olmaması hâlinde; pazara girişe ilişkin madde 16 hükmü ise önlemleri tatbik eden AB üyesi devletin "listesinde belirlenen koşul ve sınırlamalar" dışında kalması hâlinde ihlal edilebilir¹⁹⁹. Nihayet Gerçek Kişilerin Hareketliliği Hakkında Ek'in 4. paragrafında geçen "gerçek kişilerin sınırlara girişi veya sınırlar içinde geçici olarak kalması", "özel taahhüt adı altında herhangi bir üyenin gerçekleşmiş menfaatlerine zarar vermek ve bunları iptal etmek" için kullanması hadisesinin ispatlanabilmesi hâlinde aykırılık söz konusu olacaktır²⁰⁰.

Önceki başlıkta olduğu gibi burada geçen ihlal ihtimalleri de ilgili Türk görevlilerin AB önlemlerinden etkilenen herhangi bir ticari faaliyeti tespit edilemediği için kurgusal kalmaktadır. Buna rağmen herhangi bir aykırılığın tespiti durumunda önceki başlıkta incelenen finansman yasağı ve karşı önlemler ilişkisine dair açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

SONUÇ

Türkiye'nin 2019 yılında Doğu Akdeniz'de gerçekleştirdiği hidrokarbon arama ve sondaj faaliyetleri nedeniyle AB tarafından uygulanan önlemlerin değerlendirildiği bu çalışma, bir uluslararası örgütün üyesi olmayan bir devlete karşı aldığı önlemlerin genel uluslararası hukuk bakımından nitelendirilmesine ve değerlendirilmesine örnek olarak işlenmiştir. Buna göre AB önlemleri üyelik ilişkisinin bulunmaması nedeniyle uluslararası hukuk bakımından dar anlamda yaptırım niteliğini haiz değildir.

Türkiye'nin AB üyeliğine aday devlet statüsü, katılım müzakereleri bağlamında, yürürlüğe girmeden önce andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümlülüğü açısından değerlendirilmiştir. Gerçekleşen olayların geniş bir yorumla ancak iyiniyet bağlamında tartışılabilecek böyle bir yükümlülüğe aykırılık eşliğine ulaşmadığı ifade edilmiştir.

¹⁹⁹ Stoll et al., "Extraterritorial Sanctions on Trade," 56; Bogdanova, *Unilateral Sanctions in International Law*, 153–54.

²⁰⁰ Bogdanova, *Unilateral Sanctions in International Law*, 153–54.

AB önlemlerinin ilk grubu olan genel nitelikli önlemler birer misilleme örneği olmaktadır. Kapsamlı Hava Taşımacılık Anlaşması müzakerelerinin askıya alınması bir andlaşmaya taraf olmak ve bunun için müzakere yürütmek gibi genel bir yükümlülüğün bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı değildir. Keza Ankara Anlaşması'nda bir yükümlülük tespit edilememesi ve aksine kararı mümkün kılan düzenlemenin varlığı dikkate alındığında, Ortaklık Konseyinin toplanmaması kararı da hukuka aykırı görünmemektedir. Nihayet AB tarafından verilen yardımların azaltılması kararı, örgütün yetkisi dahilinde görünmekte ve ilgili uluslararası andlaşmaya aykırılık teşkil etmemektedir. Böylece sayılan bu önlemlerin tamamı AB'nin "herhangi bir hukuki yükümlülüğüne aykırı düşmeyen fakat dostane olmayan" eylemleri olarak, misilleme niteliği taşımaktadır.

AB'nin Türkiye karşı aldığı önlemlerinin ikinci grubu olan hedeflenmiş önlemlerde ise belirlenen iki Türk devlet görevlisinin mal varlığı dondurulmuş, bu kişilere finansman ve seyahat yasağı getirilmiştir. Hedeflenmiş önlemler bakımından, ilkin, ilgili Türk devlet görevlilerinin uluslararası bağışıklık ve dokunulmazlıklardan faydalanıp faydalanamayacağı araştırılmıştır. Yürürlükteki uluslararası andlaşmalar ve teamül hukuku bakımından sayılan kişilerin bağışıklık ve dokunulmazlığı haiz kişiler arasında olmadıkları tespit edilmiştir. İkinci olarak, uluslararası bağışıklık kuralları bakımından önlemlerin yargısal karakteri olmamasına dikkat çekilmiş ve bu anlamda da söz konusu hedeflenmiş önlemlerin hukuka aykırı olmadıkları anlaşılmıştır.

Hedeflenmiş önlemlerin uluslararası hukuka aykırı olabileceği ihtimaller arasında DTÖ andlaşmaları örnek hükümlerle birlikte verilmiştir. Her ne kadar spekülatif olsa da DTÖ düzenlemelerine aykırılık durumunda AB'nin malvarlığını dondurma ve finansman önlemleri ayrıca bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Burada özellikle söz konusu önlemleri hukuka uygun hâle getirebilecek karşı önlemler kategorisi üzerinden bir değerlendirme yapılmıştır. AB önlemleri, niteliksel yönüyle müşterek karşı önlemler olarak veya uluslararası örgütlerin üyesi yararına önlem alabilme yetkisi bakımından gerekçelendirilebilir. Seyahat yasağı bakımından ise getirilen istisnalarla hukuka aykırılığı önleme amacı güdüldüğü ve yine bazı DTÖ yükümlülükleri bakımından hukuka aykırılık ihtimallerinin olabileceği görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Abi-Saab, Georges. "The Concept of Sanction in International Law." In *United Nations Sanctions and International Law*, edited by Vera Gowlland-Debbas, 29–43. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- Akkutay, Berat Lale. "Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26, no. 11 (2014): 411–46.
- . "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 113 (2014): 99–125.
- . *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Objektif Rejim Yaratan Andlaşma Teorisi ve Erga Omnes Yükümlülüklerin Andlaşmalarla İlişkisi Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi*, Ankara: Adalet, 2020.
- Alanur, Nesrin Dabanlıoğlu. *Uluslararası Hukukta Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara: Adalet, 2023.
- Albayrak, Gökhan. "Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 113, no. 1 (2014): 19–40.
- Alland, Denis. "Countermeasures of General Interest." *European Journal of International Law* 13 (2002): 1221–39.
- . "The Definition of Countermeasures." In *The Law of International Responsibility*, edited by James Crawford, Alain Pellet, Olleson Simon, and Parlett Kate, 1127–37. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Altınır Coşkun, Sümeyra. *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Akıllı Yaptırım Kararları ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Aslan, Rıza. "Türkiye-Avrupa Birliği: Sancılı Gelişen İlişki." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 55, no. 03 (2000): 9–28.
- Ata Dağıstanlı, Esra. *Uluslararası Hukukta Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklar*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Aybay, Rona. "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 20, no. 72 (2007): 109–20.
- Ayşe Nur Afacan. *Uluslararası Hukukun Emredici Normları*. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Başkaracaoğlu, Elif. "Uluslararası Hukukta 'Jus Cogens' (Emredici Kurallar)." Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

- Bayıllıoğlu, Uğur. “Uluslararası Adalet Divanı’nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, no. 2 (2006): 27–63.
- Baykal, Sanem. “AB Hukukunun Temel İlkeleri Çerçevesinde AB’ye Katılım ve Türkiye’nin Müzakere Çerçeve Belgesinde Yer Alan Esaslar.” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 12, no. 1 (2013): 1–30.
- Baykal, Sanem, İlke Göçmen. *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Bogdanova, Iryna. *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights*. Leiden: Brill Nijhoff, 2022.
- Christopher C, Joyner. “Coercion.” In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2006. <http://opil.ouplaw.com>.
- Craven, Matthew. “The Ends of Consent.” In *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, edited by Dino Kritsiotis and Michael J. Bowman, 103–35. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Crawford, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. Ninth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- . *State Responsibility: The General Part*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Dawidowicz, Martin. *Third-Party Countermeasures in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Devlet Planlama Teşkilatı, ed. *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1964-2000*. Devlet Planlama Teşkilatı Yayın No. DPT: 2596. c. 1. Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2001.
- , ed. *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1964-2000*. c. 2. Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, 2001.
- Dopagne, Frederic. “Sanctions and Countermeasures by International Organizations.” In *International Organizations and the Idea of Autonomy*, edited by Richard Collins and Nigel D White, 178–95. Londra: Routledge, 2011.
- Dörr, Oliver. “Article 18.” In *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, edited by Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, Second., 243–60. Berlin: Springer, 2018.
- Dupont, Pierre-Emmanuel. “Countermeasures and Collective Security: The Case of the EU Sanctions Against Iran.” *Journal of Conflict and Security Law* 17, no. 3 (2012): 301–36.

- Erçakıca, Mustafa. "Doğu Akdeniz'de Yaşanan Güncel Gelişmelerin Kıbrıs Sorunu ve Uluslararası Deniz Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2021): 301–34.
- Erdem, Merve. "Devletin Jus Cogens Kurallara Aykırı Faaliyetleri Kapsamında Yargı Bağımsızlığı." Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Ergüven, Nasıh Sarp. "Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Erkiner, Hakan Hakkı. *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Erson Asar, Bilge. *Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağımsızlığı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Ertuğrul, Ümmühan Elçin. *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, 2012.
- Fassbender, Bardo. "The United Nations Charter as Constitution of the International Community." *Columbia Journal of Transnational Law* 36, no. 3 (1998): 529–619.
- Foakes, Joanne. *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*. Oxford International Law Library. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Fox, Hazel. "Privileges and Immunities of the State, The Head of State, State Officials, and State Agencies." In *Satow's Diplomatic Practice*, edited by Ivor Roberts, 7th Edition., 1999–221. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Fox, Hazel, and Philippa Webb. *The Law of State Immunity*. Third Edition. Oxford International Law Library. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Gazzini, Tarcisio. "The Normative Element Inherent in Economic Collective Enforcement Measures: United Nations and European Union Practice." In *Les Sanctions Économiques En Droit International / Economic Sanctions in International Law*, edited by L.A. Sicilianos and LP Forlati, 279–308. Leiden: Brill, 2004.
- Gestri, Marco. "Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects." In *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, edited by Natalino Ronzitti, 70–102. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.
- Giegerich, Thomas. "Retorsion." In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2011. <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.

- Giunelli, Francesco, Fabian Hoffmann, and Anna Książczaková. "The When, What, Where and Why of European Union Sanctions." *European Security* 30, no. 1 (2021): 1–23.
- Göçmen, İlke. "Avrupa Birliği'nin Hedefli Yaptırımları: Temel Hakların Korunması Temelinde Bir Değerlendirme." *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 16, no. 63 (2019): 119–37.
- . *Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri: Hukuki Boyut*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2022.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk*. Edited by Reşat Volkan Günel. 7. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2014.
- Guzman, Andrew T. "Against Consent." *Virginia Journal of International Law* 52, no. 4 (2012): 747–90.
- Halatçı Ulusoy, Ülkü. *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Hillgruber, Christian. "The Right of Third States to Take Countermeasures." In *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, edited by Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, 265–93. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Katselli Proukaki, Elena. *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*. Londra: Routledge, 2010.
- Kaya, Gülsüm. *Uluslararası Hukukta Kişilik*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kaya, İbrahim. *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2020.
- Keskin, Ali Cenk. "Uluslararası Hukukta Ekonomik Yaptırımların Hukuka Uygunluğu ve Etkinliği Sorunu." *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 1 (2023): 139–76.
- Koskenniemi, Martti. "Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?" *British Yearbook of International Law* 72, no. 1 (2002): 337–56.
- Meray, Seha L. "Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 11, no. 03 (1956): 79–117.
- O'Connell, Mary Ellen. "Controlling Countermeasures." In *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, edited by Maurizio Ragazzi, 49–62. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

- Özman, M. Aydoğan. “Devletler Hukukunda Müeyyide.” Yayımlanmamış Doçentlik Eseri, Ankara Üniversitesi, 1974.
- Palchetti, Paolo. “Reactions by the European Union to Breaches of Erga Omnes Obligations.” In *The European Union as an Actor in International Relations*, edited by Enzo Cannizzaro, 219–30. The Hague: Kluwer, 2002.
- Partsch, Karl Josef. “Retorsion.” In *Encyclopedia of Public International Law*, edited by Rudolf Bernhardt, 9:335–37. Amsterdam: North-Holland, 1982.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*. 12. Bası. Ankara: Turhan, 2021.
- . *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap*. 6. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Pellet, Alain, and Alina Miron. “Sanctions.” In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2013. <http://opil.ouplaw.com/home/epil>.
- Pirim, Zeynep Ceren. “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme.” *Public and Private International Law Bulletin* 32, no. 2 (2012): 147–82.
- Reçber, Kamuran. *Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri*. 3. Baskı. Bursa: Dora, 2018.
- . *Diploması ve Konsolosluk Hukuku*. Bursa: Dora Yayınları, 2011.
- . “Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne Üye Adayı Olarak Kabul Edilmesine Hukuksal Açıdan Bir Bakış.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 56, no. 04 (2001): 141–62.
- . *Uluslararası Hukuk*. 4. Baskı. Bursa: Dora Yayınları, 2020.
- Rogoff, Martin A. “The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities.” *Michigan Journal of International Law* 16, no. 1 (1994): 141–85.
- Ruys, Tom. “Immunity, Inviolability and Countermeasures – A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions.” In *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, edited by Tom Ruys, Nicolas Angelet, and Luca Ferro, 670–710. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- . “Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework.” In *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, edited by Larissa van den Herik, 19–51. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.
- Sak, Yıldırım. *Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Temel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin, 2015.

- Sarooshi, Dan. *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Sicilianos, Linos-Alexandre. "Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community." In *The Law of International Responsibility*, edited by James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, and Kate Parlett, 1138–49. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Şimşek, Galip Engin. "Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no. 4 (2021): 2049–78.
- Spagnolo, Andrea. "Entering the Buffer Zone Between Legality and Illegality: EU Autonomous Sanctions Under International Law." In *EU Law Enforcement The Evolution of Sanctioning Powers*, edited by Stefano Montaldo, Francesco Costamagna, and Alberto Miglio, 215–39. Londra: Routledge, 2021.
- Stoll, Tobias, Steven Blockmans, Jan Hagemeyer, Christopher A Hartwell, Henner Gött, Kateryna Karunska, and Andreas Peter Maurer. "Extraterritorial Sanctions on Trade and Investments and European Responses." European Parliament Policy Department for External Relations, 2020.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. 7. Baskı, İstanbul: Beta, 2013.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı. "Avrupa Birliği ve Üyelik Sürecimiz." T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı, 2023.
- Thouvenin, Jean-Marc. "Articulating UN Sanctions with Unilateral Restrictive Measures." In *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, 149–64. Cheltenham: Edward Elgar, 2021.
- Tzanakopoulos, Antonios. "Sanctions Imposed Unilaterally by the European Union: Implications for the European Union's International Responsibility." In *Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, edited by Ali Z. Marossi and Marisa R. Bassett, 145–61. Lahey: T.M.C. Asser Press, 2015.
- Ünyılmaz, Habip. *Uluslararası Hukukta Uyuşmazlıkların Diplomatik Yollarla Çözümü*. Ankara: Seçkin, 2017.
- . "Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebriliği." Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2022.
- Walter, Christian. "Security Council Control over Regional Action." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1, no. 1 (January 1, 1997): 129–93.

Watson, James. “The World Trade Organisation and Unilateral Sanctions: Prohibited or Possible?” In *Unilateral Sanctions in International Law*, edited by Surya P Subedi, 185–206. Oxford: Hart Publishing, 2021.

White, Nigel D, and Ademola Abass. “Countermeasures and Sanctions.” In *International Law*, edited by Malcolm D. Evans, Fourth Edition, 537–61. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Yıldırım Mat, Tülay, Miray Azaklı Köse, and Merve İspirli Armağan. “Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu.” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 3 (2021): 1067–1101.

ALMAN CEZA HUKUKUNDA İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN TATBİKİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

*Proportionality of Application in Rehabilitation and Security
Measures in German Criminal Law*

H. Sefa ERYILDIZ*

ÖZ

Alman Hukukunda ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde tanınan ve uygulanan temel bir hukuk prensibi olarak kabul edilmektedir. Ceza hukuku alanında uygulanan iyileştirme ve güvenlik tedbirleri de hukuki dayanaklarını üstün kamu yararından aldıklarından, kamusal ve bireysel menfaatler arasındaki çatışma halinde uygulanan ölçülülük ilkesinin bu alanda tatbiki kaçınılmazdır. Nitekim iyileştirme ve güvenlikte tedbirleri alanında ölçülülük ilkesine Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde açıkça yer verilmiştir. Düzenleme ile tehlike arz eden faile yüklenen ve kusuru aşan özel yükümlülükler bakımından – her şeyden önce faşizm dönemindeki yaygın kullanım izlenimi de dikkate alınarak – ek bir güvence sağlanması amaçlanmıştır. Ölçülülük ilkesinin yalnızca iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karar verme veya bu kararların içeriğini oluşturmada değil, aynı zamanda tedbirlerin derecelendirilmesi, infazı, biçimlendirilmesi, devamı, tatbik süresi, ertelenmesi, erteleme kaldırılması ve içtimal bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Bu çalışmada, Alman Ceza Hukuku'nda ölçülülük ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında tatbikine ilişkin koşullar Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi kapsamında ele alınmıştır. Bu bağlamda maddenin tarihsel gelişimi, ihdas nedenleri, uygulama alanı ve uygulanma koşulları ile

Makalenin Geliş Tarihi: 10.11.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 19.07.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sefa.eryildiz@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4964-0888.

ölçülülük ilkesine aykırılığın sonuçları öğreti görüşleri ve yüksek mahkeme kararları doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik Tedbirleri, İyileştirme Tedbirleri, Ölçülülük, Aşırılık Yasağı, Ölçülülüğün Somutlaştırılması

ABSTRACT

In German law, the principle of proportionality is recognized as a fundamental constitutional principle. As rehabilitation and security measures in criminal law also find their legal basis in the overriding public interest, it is inevitable that the principle of proportionality, which is applied in case of conflict between public and individual interests, is applied in this field. Indeed, the principle of proportionality in this field is explicitly mentioned in Article 62 of the German Penal Code (GPC). The regulation aims to provide an additional guarantee concerning the special obligations imposed on the dangerous offender that exceed his fault, - primarily, taking into account the impression of its widespread use during the fascist era. The principle's application extends beyond mere decision-making to encompass various aspects of legal actions, including grading, enforcement, shaping, continuation, application period, postponement, withdrawal of the postponement, and aggregation.

This study examines the application conditions of proportionality in German Criminal Law's rehabilitation and security measures, as defined in Article 62 of the GPC. In this context, the historical development, establishment reasons, scope of application, conditions of application and the consequences of violations of the proportionality principle, have been examined in line with doctrinal opinions and supreme court decisions.

Keywords: Security Measures, Rehabilitative Measures, Proportionality, Prohibition of Excessiveness, Concretization of Proportionality

GİRİŞ

Alman Federal Ceza Kanunu'nda (AlmCK – StGB) işlenen bir suçun hukuki sonucu olarak “iki izlilik” teorisi doğrultusunda cezalar ile iyileştirme ve güvenlik tedbirleri ayırımına yer verilmiştir. İyileştirme ve güvenlik tedbirleri ise Kanun'un 61. maddesinde; “1. Psikiyatri hastanesine

yerleştirme 2. Rehabilitasyon merkezine yerleştirme, 3. Muhafaza altına alma, 4. Denetimli serbestlik, 5. Sürücü belgesinin geri alınması ve 6. Meslek icrası yasağı” olarak sayılmıştır. Ancak ceza hukuku alanındaki iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik 61. maddedeki bu sayım tahdidi değildir. Alman Federal Ceza Kanunu dışında örneğin, Federal Avcılık Kanunu’nun (*Bundesjagdgesetz – BjagdG*) 41. maddesinde “avcılık belgesinin geri alınması” ve Hayvan Koruma Kanunu’nun (*Tierschutzgesetz – TierSchG*) 20. maddesinde “hayvan sahiplenme ve bakımından yasaklanma” gibi çeşitli kanunlarda iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir.

Alman Ceza Kanunu’nda yer verilen tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin tatbiki açısından kural olarak işlenmiş bir (sebepl) suçun ve yargılama esnasında başka suçların işlenebileceğine yönelik mevcut olan tehlikenin varlığı ile ölçülülük ilkesine uygunluk şart koşulmaktadır.¹

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında dikkate alınan ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde tanınan ve uygulanan temel bir hukuk prensibi olarak kabul edilmektedir². İlke, ağırlıklı olarak savunma işlevi açısından hukuk devleti ilkesi ile kişi özgürlüğünün korunması esasına dayandırılmaktadır³. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerine devlet eliyle gerçekleştirilen her türlü müdahale açısından gündeme gelen ilkenin, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında da aynı önem ve geçerliliğe sahip olduğu görüşü benimsenmektedir⁴.

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri hukuki dayanaklarını üstün kamu yararından aldıklarından, kamusal ve bireysel menfaatler arasındaki çatışma halinde uygulanan ölçülülük ilkesinin bu alanda tatbiki de kaçınılmazdır⁵. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre ilke, kamu güvenliğine ilişkin yarar ile tedbirin muhatabının özgürlük hakkının dengelenmesini ve

¹ Gerhard Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, Band 2, Bandredakteur: Bernd von Heintschel-Heinegg, §§ 61–65 (München: Verlag C. H. Beck, 2020), § 61 kn. 3.

² Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 790/58, 10.07.1963, kn. 20, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 513/65, 15.12.1965, kn. 17, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>; Van Gemmeren, § 62 kn. 3.

⁴ Johannes Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, Kommentar, Herausgegeben von: Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier, §§ 61–64 (Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2014), § 62 kn. 1.

⁵ Bernd-Dieter Meier, *Strafrechtliche Sanktionen* (Berlin: Springer, 2014), 273.

somut olayda karşılıklı bir ağırlık değerlendirilmesine tabi tutulmasını gerektirmektedir⁶.

Alman Kanun Koyucu iyileştirme ve güvenlik tedbirleri bakımından ölçülülük ilkesine Alman Ceza Kanunu'nun (AlmCK) Genel Hükümler Bölümünün “*Suçun Hukuki Sonuçları*” başlıklı 3. Kısımında “*İyileştirme ve Güvenlik Tedbirleri*” olarak adlandırılan Altıncı Başlık altındaki 62. maddesinde yer vermiştir. 1. Ceza Reformu Kanunu'nun⁷ 42a maddesinde Alman Ceza Kanunu'na dâhil edilip 2. Ceza Reformu Kanunu⁸ ile son halini alan “*Ölçülülük ilkesi*” başlıklı 62. madde; “*Fail tarafından işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız ise iyileştirme ve güvenlik tedbirine hükmedilemez.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin kaleme alınış şekli, kanun koyucunun 63. madde ve devamında düzenlenen iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine ilişkin koşulların varlığı halinde, bu tedbirlere karar verilmesinin kural olarak ölçülü ve ilgisinin katlanmak zorunda olduğu bir müdahaleyi ortaya koyduğunu kabul ettiğini göstermektedir. Buna göre, bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine ilişkin kanuni koşulların varlığı halinde bu tedbire istisnai olarak yalnızca ölçüsüz olduğu durumlarda karar verilemeyecektir⁹.

Esasen hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak mütalaa edildiğinden, ölçülülük ilkesinin açık bir kanuni düzenleme bulunmasa dahi uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹⁰. Nitekim ceza hukuku reformundan önce de ilke uygulamada tanınmaktaydı. Bu bakımdan 62. maddenin yalnızca açıklama ve aydınlatma işlevi gördüğü¹¹, zira her bir tedbirin anayasal olarak zaten aşırılık

⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80, 07.10.1985, kn. 38, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁷ 1. Ceza Reformu Kanunu (1. StRG), 25.06.1969 tarihinde kabul edilmiş, 01.09.1969 ve (belirli hükümler bakımından) 01.04.1970 tarihlerinde yürürlüğe girmiştir.

⁸ 2. Ceza Reformu Kanunu (2. StRG), 04.07.1969 tarihinde kabul edilmiş, 30.07.1973 ve (belirli hükümler bakımından) 01.01.1975 tarihlerinde yürürlüğe girmiştir.

⁹ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 273.

¹⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80, 07.10.1985, kn. 39, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹¹ Alman Parlamentosu Beşinci Seçim Periyodu, Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonu İlk Yazılı Raporu, Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drs.), V/4094, 17; Jörg Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, Kommentar, Herausgegeben von: Adolf Schönke, Horst Schröder, §§ 56–72 (München: Verlag C. H. Beck, 2019), § 62 kn. 1; Ralf

yasağına (*Übermaßverbot*) tabi olduğu, böylelikle 62. maddede yer alan düzenlemenin yalnızca bu yasağın en önemli uygulaması olan ölçülülük ilkesini vurguladığı belirtilmektedir¹².

Aşırılık yasağı da, tıpkı ölçülülük ilkesi gibi bireysel yararların sağlanmasını ve mümkün olduğu kadar çok hak ve özgürlüğün korunmasını amaçlar. Bununla birlikte ölçülülük ilkesi, müdahale ve yararın makul bir denge içerisinde bulunmasını, yani yararın her halükarda müdahalenin doğurabileceği dezavantajlara ağır basmasını gerektirmektedir. Bu anlamda aşırılık yasağı, ölçülü olarak kabul görebilecek birden fazla müdahalenin varlığı halinde, en hafif olan, yani çatışan yararları en az zedeleyen ve böylelikle ilgili yarara olması gereken ölçünün ötesinde zarar vermeyen müdahale lehine karar verilmesini gerektirmektedir.¹³ Aşırılık yasağı bazı durumlarda ölçülülük ilkesinin daha katı uygulanması şeklinde anlaşılmakta ve buna göre somut olayda birden fazla ölçülü müdahaleden çatışan yararlarla en az olumsuz etki edenin seçilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre aşırılık yasağı incelemesinde; temel haklara müdahale yoluyla korunan kamu yararı ile bu müdahalenin, ilgisinin hukuki yararları üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Birey, özgürlüğüne yönelik müdahaleden ne kadar olumsuz etkileniyorsa, kamu yararına yönelik faydanın da o derece önemli olması gerekir. Diğer taraftan, temel hakların tamamen serbest kullanımından doğabilecek sakınca ve tehlikeler ne kadar büyük olursa, toplumun korunması da o kadar acil hale gelmektedir¹⁵.

Eschelbach, "*Strafgesetzbuch*", Kommentar, Herausgegeben von: Matt Holger, Joachim Renzikowski. München: Verlag Franz Vahlen, 2013, § 62 kn. 1.

¹² Martin Heger, "*Strafgesetzbuch*", Kommentar, Herausgegeben von: Karl Lackner, Kristian Kühn, Martin Heger, (München: Verlag C. H. Beck), 2023, § 62 kn. 1; Van Gemmeren, "*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 1. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 790/58, 10.06.1963: "... Bu nedenle hâkimin, somut olayda kanuni açıdan uygun olan tedbiri anayasal açıdan aşırılık yasağına göre de mukayese etmesi gerekir. Bu ilke, şüphelinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesine göre akli durumu hakkında bilirkişi raporu hazırlaması için resmi bir iyileştirme veya bakım kurumuna yerleştirilmesi bakımından genellikle tanınmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi hali hazırda defalarca tutuklama bakımından uygulamıştır.", erişim 11 Nisan 2023, <https://beck-online.beck.de>.

¹³ Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*. (München: Verlag C. H. Beck, 2011), 115 vd.

¹⁴ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*. (München: Verlag C. H. Beck, 2021), 85.

¹⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvL, 3/20, 14.06.2023, kn. 75, erişim 22 Ağustos 2023, <https://beck-online-beck-de>.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1965 senesine ait bir kararında ölçülülük ilkesine ilişkin şu açıklamalara yer vermiştir: “*Almanya Federal Cumhuriyeti’nde ölçülülük ilkesi anayasal düzeyde yer alır. İlke, hukuk devleti ilkesi ve kamu otoritesi tarafından yalnızca kamusal yararların korunması için vazgeçilmez olduğu ölçüde sınırlandırılabilen vatandaşın devlete karşı genel özgürlük talebinin bir ifadesi olan temel hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanmaktadır*”¹⁶.

Son olarak, ölçülülük ilkesinin, *örneğin* muhafaza altına alma (m.66/2), denetimli serbestlik (68/1) veya meslek icrası yasağı (m.70/1) gibi bazı tedbirlerin tatbikinde tanınan takdir yetkisi (*Ermessen*) ile denk tutulmaması gerektiği, tedbire yönelik kararın ölçüsüz kalacağı hallerde tedbire hükmedilemeyeceği ve artık herhangi bir takdir yetkisinin de söz konusu olmayacağı vurgulanmaktadır¹⁷.

I. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Alman Hukukunda iyileştirme ve güvenlik tedbirleri 24.11.1933 tarihli Kanun¹⁸ ile ceza hukuku alanına dâhil edilirken ölçülülük ilkesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, *örneğin*, haksızlık içeriği hafif olan ihlallerde iyileştirme ve bakım kurumuna yerleştirme hariç tutulmuş; kuruma yerleştirmenin ancak bununla hedeflenen amacın gerektirdiği sürece devam etmesine izin verilmiş ve meslek icrası yasağının ise yalnızca mesleki yükümlülüklerin ağır ihlali durumunda uygulanması benimsenmişti.¹⁹

Elbette uygulamada ölçülülük ilkesine (*örneğin*, hafif nitelikteki dolandırıcılık suçlarından dolayı fail hakkında muhafaza altına alma tedbirinin tatbik edilmesinde olduğu gibi²⁰) tam bir riayetinin de söz konusu olmadığı ve hatalı uygulamaların Kanunda ölçülülük ilkesine ilişkin açık bir

¹⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 513/65, 15.12.1965, kn. 21, erişim 31 Mart 2023, <https://openjur.de>.

¹⁷ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 1.

¹⁸ 27.11.1933 tarihli ve 133 sayılı Alman İmparatorluk Resmi Gazetesi’nin (RGBl.) 995. sayfasında yayımlanmıştır.

¹⁹ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

²⁰ Bkz. Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 228/65, 29.06.1965, erişim 26 Mayıs 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>.

düzenlemenin getirilmesine sebep olduğu ifade edilmektedir²¹. Getirilen kanuni düzenleme ile tehlike arz eden faile yüklenen ve kusuru aşan özel yükümlülükler bakımından – *her şeyden önce faşizm dönemindeki yaygın kullanım izlenimi de dikkate alınarak* – ek bir “güvence” sağlanması amaçlanmıştır²². Örneğin, reform taslağında muhafaza altına alma koşullarının önemli ölçüde ağırlaştırılmasına gerekçe olarak şu açıklamalara da yer verilmiştir: “... *Muhafaza altına alınan kişi sayısı içinde hırsız ve dolandırıcıların oranı makul olmayacak derecede yüksektir. Buna karşılık, yağma, şantaj, cinsel saldırı, kundaklama, öldürme ve yaralama gibi şiddet suçlarından hüküm giyen failer, muhafaza altına alınanların toplam sayısının yaklaşık olarak yalnızca onda birini oluşturmaktadır. Hırsızlık ve dolandırıcılık suçunu işleyenlerin çoğunluğu, özel bir suç işleme enerjisine sahip oldukları için değil, aksine zayıflıkları ve sosyal uyum eksiklikleri nedeniyle tekrar tekrar suç işlemektedirler. Şu anda muhafaza altına alınan kişilerin karakteristik özelliği, nispeten yaşlı olmalarıdır. Muhafaza altına alma kararı verilmesine yol açan hırsızlık ve dolandırıcılık suçları çoğu kez az değerdeki malvarlığına yönelik işlenmekteyken; şiddet suçları faileri ile özel tehlikelilik arz eden, suçu meslek edinen hırsızlar ve büyük dolandırıcılar çoğunlukla tedbirden kaçınabilmektedir ...*”²³.

II. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DÜZENLENDİĞİ ALMAN CEZA KANUNU’NUN 62. MADDESİNİN İHDAS NEDENİ

İyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin ortak özelliği olan “önleme” amacının gerçekleşebilmesi için ilgisine katlanması gereken bir takım yükümlülükler getirilebilmektedir. Örneğin, uyuşturucu bağımlısı olan failin tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirilmesine katlanmasında olduğu gibi yükümlülüklerin yerine getirilmesinin fail üzerinde doğurabileceği fiziksel ve ruhsal sıkıntılar, cezadan farklı olarak arzu edilen ve yapısal olarak öngörülen bir kötülük değil, aksine zorunlu, göze alınan ve cezalandırma

²¹ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat* (Heidelberg: C. F. Müller, 1989), 669.

²² Helmut Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, Nomoskommentar, Herausgegeben von: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neuman, Hans-Ullrich Paeffgen, Frank Saliger, §§ 61–64 (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023), § 62 kn. 1.

²³ BT-Drs. V/4094, 18, 19.

karakteri bulunmayan yan etkilerdir. Ancak, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin söz konusu etkilerinin de bir sınırı olduğu kabul edilmektedir.

Alman Öğretisinde bir görüş, cezanın belirlenmesinde kusur prensibinin olduğu gibi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinde de ölçülülük ilkesinin, yani tedbirle bağlantılı yükümlülüğün failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız olmamasının sınırlandırıcı fonksiyonu yerine getirdiğini dile getirmektedir²⁴. Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında konuya ilişkin olarak; “*Ceza kusurun denkleştirilmesine hizmet ederken ve cezanın ağırlığı her somut olayda kusur prensibi ile ölçülmekteyken, 61. maddenin 1 ila 6 numaralı bentlerinde sayılan tedbirler hükümlünün iyileştirilmesi ve korunmasına hizmet etmektedirler. Böylece iyileştirme ve güvenlik tedbirleri, cezanın failin kusuruna bağlılığı nedeniyle üstlenemeyeceği özellikle bireysel önleyici fonksiyonları üstlenmekte ve kusur prensibi yerine aşırılık yasağına tabi olmaktadır*” açıklamalarına yer vermiştir²⁵.

Öğretide bir başka görüş iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin ceza gibi adaletin gerçekleşmesine odaklı olmadığını, farklı amaçlara dayandığının göz ardı edilmemesi gerektiğini, 62. maddenin yalnızca “orantısızlığın” son sınırını ifade ettiğini ve uygulama alanının önceden de olduğu gibi somutlaştırmaya muhtaç olduğunu vurgulamaktadır²⁶. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri için standartlaştırılmış ve amaca ulaşmak için gerekli olana sınırlama getiren “*mümkün olan en az müdahale*” prensibini (*das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs*) etkilememektedir²⁷.

Son olarak bir diğer görüş ise tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri bakımından geçerli olan ölçülülük ilkesinin, kusur prensibinin getirdiği sınırlamaya karşılık gelmediğini, aksine daha fazla müdahaleye cevaz

²⁴ Hans-Heinrich Jecsheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (Berlin: Duncker & Humboldt, 1996), 804; Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 668, 669; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

²⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1001/08, 01.08.2008, kn. 3, erişim 28 Nisan 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

²⁶ Heinz Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, *Leipziger Kommentar, Dritter Band*, Herausgegeben von: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-Van Saan, Klaus Tiedemann, §§ 61-64, 67 (Berlin: De Gruyter Recht, 2008), § 62 kn. 3; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (München: Verlag C. H. Beck, 2008), § 62 kn. 1.

²⁷ Heger, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

verdiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, özellikle uzun süreli bir özgürlükten yoksun bırakma ile ilişkilendirilen süresiz tedbirler için ilke özel bir önem arz etmektedir.²⁸ Bu nedenle *örneğin*, Alman Ceza Kanunu'nun 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen muhafaza altına alma güvenlik tedbiri açısından Federal Anayasa Mahkemesi, tedbirden kaynaklanan özgürlük hakkına yönelik ağır müdahalenin ancak "sıkı" bir ölçülülük değerlendirmesine göre gerekçelendirilebileceğini açıklamıştır²⁹.

III. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DÜZENLENDİĞİ ALMAN CEZA KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi kural olarak tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır³⁰. Sadece Kanun'un 69. maddesinde³¹ düzenlenen sürücü belgesinin geri alınması

²⁸ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 1.

²⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 571/10, 04.05.2011, kn. 97, 98: "Kişi özgürlüğü - vatandaşın gelişim olanaklarının esası ve koşulu olarak – temel haklar arasında üst sıralarda yer almaktadır. Bu durum, kişi özgürlüğünün, Anayasa'nun 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde 'dokunulmaz' olarak tanımlanması, 104. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde ancak şekli anlamda bir kanunla sınırlandırılmasına izin verilmesi ve 104. maddesinin 2 ila 4. fıkralarında usule ilişkin özel garantilerle donatılmış olmasıyla ortaya konulmuştur. Özgürlük hakkında yönelik – muhafaza altına alma tedbirinde olduğu gibi - kusurun denkleştirilmesine hizmet etmeyen önleyici müdahalelere, yalnızca ölçülülük ilkesi sıkı bir şekilde dikkate alınmak suretiyle daha üstün değerdeki hukuki menfaatlerin korunması gerektirdiği takdirde izin verilebilir. Toplumun güvenlik ihtiyacı ile tedbir altına alınanın özgürlük talebi karşılaştırılır; somut olayda her ikisi de bir denge değerlendirmesine tabi tutulur. Bu yapılırken beklenebilirliğin sınırları korunmalı; ilgilinin özgürlüğüne ilişkin temel hakkı hem usul hukuku hem de maddi hukuk açısından korunmalıdır. Bu bağlamda Senato, 5 Şubat 2004 tarihli kararda daha önce açıklandığı gibi Ceza Kanunu'nun 66. ve devamı maddeleri anlamındaki muhafaza altına alma güvenlik tedbiri için anayasal gerekliliklere bağlı kalmaktadır. Aynı şekilde ölçülülük ilkesi, bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinin düzenlenmesi ve devam ettirilmesinde de geçerlidir.", erişim 14 Nisan 2023, <https://www.hrr-strafrecht.de>.

³⁰ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 2; Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 1; Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 9.

³¹ AlmCK m.69: "(1) Her kim bir motorlu taşıtın kullanılması ile bağlantılı olarak veya bir motorlu taşıt sürücüsünün yükümlülüklerini ihlal ederek gerçekleştirdiği hukuka aykırı bir fiil nedeniyle mahkum olur veya sadece kusur ehliyeti bulunmadığı sabit olduğu veya kusur ehliyeti bulunmaması ihtimali ortadan kaldıramadığı için mahkum

tedbiri bakımından, failin araç kullanmaya elverişli bir kişi olmadığının mahkemece tespiti yeterli görülmüş, ayrıca ölçülülük ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması aranmamıştır. Bunun dışında her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin, türü ve ağırlığına göre ulaşılmak istenilen amaçla makul bir ilişki içerisinde olması gerekir.³²

Alman Ceza Kanunu'nun 69. maddesinde sürücü belgesinin geri alınması tedbiri bakımından öngörülen "62. maddeye göre ayrıca bir inceleme gerekli değildir." şeklindeki düzenlemeye; failin söz konusu faaliyet açısından elverişsizliğinin topluma yönelik oluşturduğu tehlikenin, geri alma nedeniyle fail açısından gündeme gelen dezavantajlara oldukça ağır basması nedeniyle yer verildiği ifade edilmektedir³³. Ancak, tedbirin genel olarak uygulanabilirliği bakımından ölçülülük incelemesi yapılamasa da somut koşullar açısından yapılabileceği ileri sürülmektedir.³⁴ Buna göre hâkim, somut olayda failden kaynaklanan (örneğin, işini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalması gibi) özel sebepleri dikkate alarak sürücü belgesinin geri alınması tedbirinin tatbikini ölçsüz olduğu gerekçesiyle reddedebilecektir³⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre, 69. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi somut olayda hâkimi yalnızca 62. maddeye göre ölçülülük incelemesi yapmak

edilmemiş olursa, işlemiş olduğu fiilden, motorlu taşıt kullanmaya elverişli bir kişi olmadığı ortaya çıktığı hallerde, mahkeme, sürücü ehliyetini geri alır. 62. madde uyarınca, ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek yoktur. (2) Birinci fıkrada bahsi geçen durumlarda hukuka aykırı fiil; 1. Trafiki tehlikeye sokma (m.315c), 1a. Yasak motorlu araç yarışı (m.315d), 2. Alkollü trafiğe çıkma (m.316), 3. Failin kazada bir insanın öldüğünü veya hafif olmayan şekilde yaralandığını veya başkasına ait malda önemli bir zarara neden olduğunu bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına rağmen, kaza yerinden izinsiz ayrılması (m.142) veya 1 ila 3 numaralı bentlerdeki fillerle bağlantılı olarak tam sarhoşluk (m.323a) suçları ise, kural olarak failin motorlu taşıt kullanmaya elverişli olmadığı kabul edilir. (3) Araç kullanma ehliyeti, hükmün kesinleşmesi ile ortadan kalkar. Bir Alman makamu tarafından verilen sürücü belgesi mahkeme kararıyla geri alınır".

³² Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 804.

³³ Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 669.

³⁴ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 4.

³⁵ Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 69 kn. 49, 50; Kaspar, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 10; Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 14; aksi yönde, Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi, 3 Ws, 614/91, 12.11.1991: "Alman Ceza Kanunu'nun 69. maddesine göre sürücü belgesinin geri alınmasında salt mesleki veya ekonomik bakış açıları dikkate alınmamalıdır.", erişim 30 Mart 2023, <https://beck-online.beck.de>.

yükümlülüğünden muaf kıldığı için, örnekteki gibi bir uygulamaya engel teşkil etmemektedir. Ayrıca, kanun koyucunun, dayanağını Anayasa'dan alan ölçülülük ilkesinin tatbikini iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında kişi hak ve özgürlüklerinin özünü zedeleyebilecek biçimde yasaklaması da mümkün değildir. Dolayısıyla bu görüşe göre, 69. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde geçen “*gerekli değildir*” ifadesinden, hâkimin somut olayda kural olarak herhangi bir incelemede bulunmaksızın tedbirin ölçülülüğünden hareket ederek kararında buna ilişkin ayrıca bir gerekçelendirmede bulunmak zorunda olmadığı, ancak atipik ve istisnai durumlarda ise ölçülülük incelemesinde bulunarak gerektiğinde tedbirin tatbikini reddedebileceği anlaşılmalıdır³⁶.

Bazı yazarlara göre ise ölçülülük hali hazırda 69. maddenin tatbiki için failde aranan elverişsizliğin tespitinde dikkate alınan tanı, teşhis ve iyileşme öngörülere kapsamında değerlendirilebileceğinden ayrıca bir ölçülülük incelemesine gerek kalmamaktadır³⁷. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, sürücü belgesinin geri alınması durumunda, 69. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesi ile 2. fıkrasında belirtilen koşullar temelinde ölçülülük ilkesinin gereklerinin yerine getirilmiş olduğunu değerlendirmiştir³⁸.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi lafzından hareketle ölçülülük ilkesinin yalnızca iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin tatbikinin somut olayda orantısız olduğu durumlarda uygulama alanı bulacağı şeklindeki sınırlandırıcı bir anlayışın Anayasa'da benimsenen temel esaslarla uyumlu olmadığı ve ilkenin madde lafzının da ötesinde her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin uygulanma koşullarının yorumlanmasında rol oynadığı dile getirilmektedir³⁹.

Bu bağlamda hem öğreti hem de uygulamada benimsenen hâkim görüşe göre:

- Ölçülülük ilkesi öncelikle her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin tipiklik koşullarının yorumlanmasında dikkate alınmalıdır. Bilhassa, psikiyatri hastanesine yerleştirme (m.63), bağımlılık tedavisi için

³⁶ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10.

³⁷ Arndt Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, Band 2, Herausgegeben von: Hans-Joachim Rudolphi, Jürgen Wolter, §§ 61-72 (Köln: Wolters Kluwer, 2013), § 62 kn. 2; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 14.

³⁸ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 3.

³⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 274; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 4.

rehabilitasyon merkezine yerleştirme (m.64), muhafaza altına alma (66/1-4) ve meslek icrası yasağı (m.70/1) tedbirleri kapsamında failden gelecekte işlemesi beklenen suçların “önemli” suçlar olması gerekmektedir. İlgilisinin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil eden tedbirlere ancak, müdahalenin genel kamu yararı için beklenebilir ve failden kaynaklanan tehlikenin aynı derecede ağır olduğu durumlarda izin verilebilir. Failin işlediği ve tedbire dayanak teşkil eden suç ciddi değilse, tehlikenin tespitinde özellikle genel koşulların kapsamlı bir şekilde incelenmesi gerekir.⁴⁰

- Ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin tatbikinde sonradan alınan kararlar bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır⁴¹. Örneğin, AlmCK m.67a hükmü doğrultusunda akıl hastalığı nedeniyle psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirilmesine karar verilen failin, yeniden sosyalleşmesinin daha iyi desteklenebilmesi amacıyla mahkeme tarafından başka bir tedbire sevk edilmesinde veya AlmCK m.67c hükmü kapsamında kuruma yerleştirme tedbirlerinin icrasının daha sonra başlanılmak üzere ertelenmesinde ölçülülük ilkesi dikkate alınacaktır.

- Ölçülülük ilkesi iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilme süresi bakımından da önemli bir fonksiyona sahiptir. Karar verildiği zaman diliminde ölçülülük ilkesine uygun düşen bir tedbir, daha sonra ölçüsüz hale gelebilir. Bu bağlamda, müdahalenin aşırı uzun sürmesi nedeniyle tedbirin orantısız hale gelmesi ve böylelikle diğer tüm koşulların bulunmasına rağmen sona erdirilmesi mümkündür⁴². Bununla birlikte Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre, tedbir altına alınan kişinin devam eden tehlikeliliği nedeniyle gerekli olması halinde uzun süreli tedbir altına alma da insan onurunu ihlal etmez. Anayasa’da öngörüldüğü üzere bireyin toplumla ilişkisi ve topluma bağımlılığı, temel kamusal menfaatlerin zararlardan korunması için zaruri tedbirlere başvurulmasına engel teşkil etmemektedir. Ancak bu durumda tedbirin muhatabının kişiliğinin muhafaza edilmesi, onuruna saygı gösterilmesi ve korunması gerekir. Bu nedenle, tıpkı cezaların infazında

⁴⁰ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10.

⁴¹ Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 804-805; Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁴² Heger, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2; Frankfurt am Main Eyalet Yüksek Mahkemesi’ne göre, ölçülülük değerlendirmesinde aynı kişi hakkında bir tedbirin daha önce yurt dışında da uygulanmış olması göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. 3 Ws, 626/14, 31.07.2014, erişim 31 Mart 2023, <https://beck-online.beck.de>.

olduğu gibi tedbir amaçlı muhafaza altına alma da özgürlükte sorumluluk sahibi bir yaşam için uygun koşulların sağlanmasına yönelik olmalıdır. Dolayısıyla, özgürlüğü kısıtlanan kişinin yeniden sosyalleşmesi için çaba gösterilmelidir. Elbette bu yöndeki faaliyetler, tedbir altına alınanların ciddi suç eğilimleri dikkate alındığında hükümlülerin durumlarından daha zor olabilir. Fakat buna rağmen, insan onurunun korunması ilkesi, tedbir altına alınana özgürlüğünü tekrar kazanabilmesi için gerçek bir şans tanıyan kanuni düzenlemelerin ve infaz türlerinin varlığını gerektirmektedir. Zira tedbirin muhatabı, devlet eyleminin bir objesi olmadığı gibi yalnızca bir araca veya haklı bir sebebe de indirgenemez⁴³.

Federal Anayasa Mahkemesi, muhafaza altına alma tedbirine (AlmCK m.66) karar verilirken veya sonraki bir denetim aşamasında azami yerine getirme süresi belirlenmesine anayasal bir gereklilik bulunmadığını, zira gelecekteki tehlikeye ilişkin öngörülerin yalnızca şimdiki zamanda mümkün olduğunu açıklamıştır. Tehlikenin ne kadar süreceği ise kesin olarak tahmin edilemeyen gelecekteki gelişmelere bağlıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun tedbir amaçlı muhafaza altına alınan kişi hakkında önceden bağlayıcı bir karar vermemesi sakınca doğurmaz. Nitekim Kanun'da, tedbirin infazının her aşamasında ilgili kişinin serbest bırakılmasını sağlayabilecek incelemeler yapılması sağlanmıştır⁴⁴.

Mahkeme, iyileştirme ve güvenlik tedbirinin tatbikine devam edilmesine ilişkin karar çerçevesinde, toplumun güvenlik ihtiyacı ile failin özgürlük talebinin somut olayda karşılıklı bir menfaat dengesi değerlendirmesine tabi tutulmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Hâkim, yapacağı bütüncül değerlendirmede, failden kaynaklanan tehlikeliliği tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile mukayese etmelidir. Bu bağlamda, failden

⁴³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 05.02.2004, kn. 74-76, erişim 26 Nisan 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁴⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 05.02.2004, kn. 77-81, erişim 26 Nisan 2023, <https://www.servat.unibe.ch>. Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri bakımından şu açıklamalara yer vermiştir: "*Kanuni olarak bir süreye bağlanmamış olan psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri, yalnızca hasta olan veya hastalık belirtileri gösteren insanın kamu güvenliğini tehlikeye düşüren ruhsal rahatsızlıklarının iyileştirilmesi veya bu mümkün değilse, hukuk düzenine yönelik kendisinden kaynaklanan tehlike diğer tedbirlerle bertaraf edilemediği için bir psikiyatri hastanesinde bu durumda bakımının yapılmasına hizmet eder.*", 4 StR 89/91, 25.04.1991, erişim 2 Haziran 2023, <https://wolterskluwer-online.de>.

kaynaklanabilecek suç tehdidinin bulunup bulunmadığı ve bulunuyorsa ne tür suçlar oldukları, tehlikenin ne kadar ciddi olduğu ve tehdit altındaki hukuki menfaatlerin ağırlığı önem arz etmektedir. Kuruma yerleştirme tedbiri ne kadar uzun sürerse özgürlüğün kısıtlanmasında ölçülülüğe ilişkin koşullar da o kadar sıkı olacaktır. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi 2011 senesinde muhafaza altına alma tedbirine ilişkin vermiş olduğu bir iptal kararında; “*İnceleme konusu düzenlemeler doğrultusunda, ilgili kişi grubunun muhafaza altına alma tedbirinin on yıl sonra sona ereceği veya muhafaza altına alma kararının verilmeyeceği yönündeki güvenine ve bununla bağlantılı olarak özgürlük haklarına yönelik müdahalelere, anayasal açıdan yalnızca sıkı bir ölçülülük denetimine tabi tutulmaları ve en yüksek anayasal menfaatleri korumaları amacıyla izin verilebilir.*” açıklamalarına yer vermiştir⁴⁵. Elbette, failin tehlikeliğinin türü ve ağırlığı; devletin, bireyin ve toplumun hukuki menfaatlerini koruma yükümlülüğü çerçevesinde özgür bırakılmasını mümkün kılmıyorsa, özgürlük talebinin zaman içerisinde artan ağırlığının da artık son sınırına ulaştığı kabul edilecektir.⁴⁶

- Ölçülülük ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin infazında da rolü bulunmaktadır. Ölçüsüz bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilemeyeceği gibi, başlangıçtan itibaren ölçüsüz olan veya sonradan ölçüsüz hale gelen bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin infazına da devam edilmez veya infazının tamamlandığına karar verilerek sona erdirilir⁴⁷.

- İlke, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin infazının biçimlendirilmesi açısından da geçerlidir. *Örneğin*, tedavi olmaya hazır ve istekli olan bir sanık bakımından ölçülülük ilkesi, mümkün olan en kısa sürede tedbirin ertelenmesine yönelik koşulların sağlanması amacıyla hâlihazırda hükümde belirlenen tedavi tedbirinin derhal uygulanmasını gerekli kılabilir⁴⁸.

- Ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin ertelenmesi (m.67b) ile buna ilişkin kararların kaldırılmasında da (m.67g) dikkate alınmaktadır⁴⁹. Burada ölçülülüğün yalnızca iyileştirme değil, aynı zamanda güvenlik ihtiyacı açısından da değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

⁴⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2365/09, 04.05.2011, kn. 132, erişim 3 Haziran 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁴⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1001/08, 01.08.2008, kn. 3, erişim 28 Nisan 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

⁴⁷ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7.

⁴⁸ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁴⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7.

Elbette bu durum, iyileştirmenin herhangi bir yönünün önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Karşılıklı menfaatlara ilişkin değerlendirmede, fail bakımından özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ortaya çıkan iyileşme ihtimalinin derecesi de dikkate alınmalıdır⁵⁰.

- İlke, mahkemece denetimli serbestlik tedbiriyle bağlantılı olarak belirlenen talimatlar açısından da (m.68b 2. cümlesi 3. bendi⁵¹ kapsamında) geçerlidir. Buna göre, talimatlarda, failin yaşam tarzına ilişkin makul olmayan herhangi bir talepte bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır⁵².

- İlke, 72. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan “*Bununla birlikte, uygun tedbirler arasından failin durumunu en az ağırlaştırıcı tedbire öncelik verilir.*” düzenlemesi doğrultusunda, somut olayda tatbiki gündeme gelen birden fazla tedbirden hangisine karar verilmesi gerektiği noktasında da işleve sahiptir. Esasen, hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmayan tedbirler ile bu nitelikte olanlar arasında fail için en az külfetli olanın seçiminde genellikle bir güçlük ortaya çıkmaz. Tedbirle hedeflenen amaca hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmayan bir tedbir vasıtasıyla, hürriyeti bağlayıcı tedbirde olduğu seviyede ulaşılabilirdiği takdirde artık ölçülülük ilkesi gereğince yalnızca buna karar verilmesi gerekir⁵³.

- Ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinde içtima halinde de (*Maßregelkonkurrenz*) gündeme gelir. *Örneğin*, uygulanan tedbire ek olarak getirilen yeni bir iyileştirme ve güvenlik tedbiri, ilk tedbirin meydana getiremediği bir etkiye sahip değilse ölçüsüzdür⁵⁴. Buna karşılık, verilecek yeni hükmün, tedbirin yapısı ve süresi üzerinde önemli bir etkisinin olmasının beklendiği, *örneğin*, isnat edilen güncel suçun failin artan saldırganlığını gösterdiği durumlarda, tekrar bir tedbir kararı alınması ölçülü olabilecektir⁵⁵. Öte yandan, Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre; Anayasa’nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğünün korunması doğrultusunda, hapis cezası ile özgürlüğü kısıtlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine mümkün olduğunca her ikisinin de

⁵⁰ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁵¹ AlmCK m.68b 2. cümlesi 3. bendi: “*Hükümlünün 66. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilen türden başkaca suçları işleme tehlikesi halen mevcutsa*”.

⁵² Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁵³ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 275.

⁵⁴ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 243/10, 21.07.2010, erişim 1 Haziran 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁵⁵ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9.

amacına ulaşılabilecek şekilde ve ilgisinin özgürlüğüne zorunlu olandan fazla müdahale edilmeksizin birlikte karar verilebilmesi mümkündür⁵⁶.

• İlke, çocuk ceza hukuku açısından da özel bir önemi haizdir, zira bu alanda asıl olan kuruma yerleştirme suretiyle uygulanan tedbirler⁵⁷ nedeniyle ciddi şekilde kısıtlamalara maruz kalan çocuk suçluların eğitimi, adaptasyonu ve desteklenmesine odaklanılmasıdır. Bu bakımdan, tedbirin gerekli ve uygun olup olmadığının ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir. Mahkeme, failin ceza tehdidini doğuran yargılamaya neden olan hareketi ile birlikte tüm kişiliğini, özellikle hastalığının türünü, önceki yaşamının tamamını, güncel yaşam koşullarını ve gündeme gelen diğer bütün esaslı koşulları dikkate almalıdır⁵⁸.

IV. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ

Alman Hukukunda ölçülülük ilkesinin *geniş anlamda* elverişlilik, gereklilik ve oranlılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir⁵⁹. Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde yalnızca oranlılık (*dar anlamda ölçülülük*) ilkesine işaret edilse de, bu durum ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden her birinin sahip olduğu önemi ortadan kaldırmamaktadır⁶⁰. Nitekim somut olayda tatbiki gündeme gelen iyileştirme ve güvenlik tedbirinin hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi bakımından elverişli ve gerekli olması da aranmaktadır.

A. Elverişlilik Alt İlkesi (*Geeignetheit*)

“Fonksiyonellik” (*Funktionalität*) olarak da adlandırılan bu alt ilke, somut olayda tatbiki gündeme gelen iyileştirme ve güvenlik tedbirinin elde edilmek istenen koruma amacına ulaşmada elverişli olması zorunluluğunu

⁵⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvL, 3/90, 16.03.1994, kn. 89, erişim 26 Nisan 2023, <https://www.bundesverfassungsgericht.de>.

⁵⁷ Alman Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun (*Jugendgerichtsgesetz*) 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; “Genel ceza hukuku anlamında iyileştirme ve güvenlik tedbiri olarak, psikiyatri hastanesine veya rehabilitasyon merkezine yerleştirme, denetimli serbestlik veya sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir (Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin 1, 2, 4 ve 5. bentleri)”.

⁵⁸ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 89/91, 25.04.1991, erişim 2 Haziran 2023, <https://wolterskluwer-online.de>.

⁵⁹ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 4; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 6; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁶⁰ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9.

ifade eder⁶¹. Tedbirin elverişliliğine ilişkin denetim, hâlihazırda tedbir kararına ilişkin koşulların değerlendirilmesi kapsamında gerçekleşir⁶².

Elverişlilik denetiminde, tedbirin yerine getirilmesi bakımından özellikle iyileştirme amacına uygun ortam ve koşulların mevcudiyeti ile somut olarak tedbirin muhatabı için uygunluğu kontrol edilmektedir⁶³. Buna göre, tedbir vasıtasıyla arzu edilen netice desteklenebiliyor ise tedbir elverişlidir. İstenilen sonucun daha sonra gerçekleşip gerçekleşmemesi ise belirleyici değildir⁶⁴.

Alman Hukukunda, en azından güvenlik amacı bakımından her zaman destekleyici mahiyette olacaklarından hareketle, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin elverişlilik açısından herhangi bir sorun oluşturmadığı ifade edilmektedir⁶⁵. Federal Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, kanunların amaca uygunluğu konusunda her zaman çekimsizliğini korumuş, yalnızca başvuru araçlarının “objektif olarak elverişsiz”⁶⁶, “objektif olarak uygunsuz”⁶⁷ veya “mutlak olarak elverişsiz”⁶⁸ olup olmadığını incelemiştir⁶⁹. Bu ölçütler doğrultusunda yapılan değerlendirmelerde bir tedbirin Anayasa’ya aykırılığı, sınırlı ve sadece özel durumlarda ortaya çıkabilmektedir⁷⁰. Çünkü tedbirde ölçülülük değerlendirmesinde, “kısmi” elverişliliğin yeterli olduğu, yalnızca mutlak elverişsiz tedbirin ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına geleceği kabul edilmektedir⁷¹. Dolayısıyla, kısmi elverişsizlik hali tedbirin ölçsüz olması sonucunu doğurmamaktadır. Bu bağlamda *örneğin*, Alman Ceza

⁶¹ Kinzig, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 4.

⁶² Eschelbach, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 11.

⁶³ Pollähne, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 7.

⁶⁴ Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 87/19, 02.05.2019, erişim 17 Temmuz 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁶⁵ Kaspar, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 3.

⁶⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 78/56, 22.5.1959, kn. 141: “Kanun koyucunun kullandığı araçların başlangıçtan itibaren objektif olarak elverişsizliği, daha sonraki eksik başarılarından kesin olarak çıkartılamaz. Kanun koyucunu kendisi de bunu elverişli görmüştür.”, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁶⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvL, 12/63, 7.04.1964, kn. 38, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁶⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 12/63, 24.9.1965, kn. 19, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁶⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvL, 13/76, 17.01.1978, kn. 38, erişim 22 Ağustos 2023, <https://openjur.de>.

⁷⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 345/69, 9.3.1971, kn. 40, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁷¹ Michael Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, (2001), 656.

Kanunu'nun 63 ve 64. maddelerinde düzenlenen özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikteki psikiyatri hastanesine yerleştirme ile bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme tedbirlerinde başarı olasılığı değerlendirmesi bakımından bir ayırım söz konusudur. Bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme tedbiri ancak, tedaviden sonuç elde edilebileceğine yönelik somut ve yeterli beklentinin olduğu hallerde gerçekleşebilecekken (m.64 c.2); psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri (m.63) ise toplumun tedbirin muhatabı tarafından gelecekte gerçekleştirilmesi beklenen diğer hukuk ihlallerinden yalnızca korunmasına hizmet etmesi halinde de uygulanabilecektir. İkinci durumda tedbirin muhatabının iyileştirilmesi zorunlu olmayan, elbette arzu edilen bir ikincil amaçtan ibarettir.⁷²

B. Gereklilik Alt İlkesi (Erforderlichkeit)

Gereklilik alt ilkesi, somut olayda tatbiki gündeme gelen ve tehlikeye karşı etkili olabilecek iyileştirme ve güvenlik tedbirleri, cezalar ve diğer hukuk dallarından kaynaklanan araçlar arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini ortaya koyar⁷³. İlke uyarınca, yalnızca amaca ulaşmak için gerekli olduğu ölçüde hukuki yararları müdahale edilir⁷⁴ ve bu nedenle birden fazla aynı elverişliliğe sahip araçtan en hafif olanının tercih edilmesi gerekir⁷⁵.

Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre; "*Kanun koyucunun, aynı derecede etkili, ancak Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasından kaynaklanan temel hakları sınırlandırmayan veya daha az hissedilecek şekilde sınırlandıran bir aracı seçmemesi halinde, aracın gerekli olduğu kabul edilecektir*"⁷⁶. Benzer

⁷² Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 5.

⁷³ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 11.

⁷⁴ Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 7.

⁷⁵ Kaspar, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 4. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1013, 1019, 1034/77, 1.8.1978, kn. 118: "*Bununla birlikte kanun koyucu her şeyden önce, anayasal düzeyde korunan temel haklar alanına yapılan her bir devlet müdahalesinin araçta ölçülülüğe yönelik hukuk devleti gerekliliğine tabi olduğuna, yani tercih edilen aracın hedeflenen amaçla makul bir ilişki içinde bulunmasına dikkat etmelidir. Söz konusu durum, kanun koyucu tarafından hedeflenen amaca ulaşmak için yapılan müdahalenin elverişli ve gerekli olması zorunluluğunu ifade eder. Bunun anlamı, bireye daha az külfet getiren başka bir yolla amaca aynı şekilde ulaşılamamasıdır.*", erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁷⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 1494/78, 20.6.198, kn. 62, erişim 28 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

şekilde Alman Federal Mahkemesi'ne göre; *“İyileştirme ve güvenlik tedbirinin gerekliliğine ilişkin olarak; ilgilinin hukuki menfaatlerine yalnızca amaca ulaşmada zorunlu olduğu ölçüde müdahale edilebileceği ve özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin ancak, daha hafif tedbirlerin failin tehlikeliliğinden yeterli düzeyde güvenilir koruma sağlamadığı durumlarda gündeme gelebileceği her zaman dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, AlmCK m.62'ye göre ölçülülük incelemesi çerçevesinde kural olarak, failin tehlikeliliğinin ceza hukuku dışındaki güvenlik araçları ... vasıtasıyla karşılanabilip karşılanamayacağıının değerlendirilmesi gerekir”*⁷⁷.

Failden kaynaklanan tehlikeliliği kesin olarak ortadan kaldıracabilecek daha hafif nitelikte bir araç gündeme gelmiyorsa, gereklilik koşulu onaylanmalıdır⁷⁸. Örneğin, işlediği bir şiddet suçu nedeniyle failin ceza infaz kurumuna alınması yerine, gerektiğinde yatılı olamayan tedavi yükümlülüğü veya özel hukuktan kaynaklanan bakım veya barınma tedbirleri gündeme gelebilir⁷⁹. Hakeza, fail işlediği suçta mesleğini kötüye kullanmış olsa da meslek icrası yasağı (m.70) ancak daha fazla suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olduğu ölçüde uygulanmalıdır⁸⁰. Yine bu nedenle, pedagog olan failin yalnızca erkek çocuklara karşı cinsel istismara yönelik davranışlarda bulunması halinde, meslek icrası yasağının kız çocukları ve yetişkinler açısından sınırlandırılmamasının değerlendirilmesi gerekmektedir⁸¹. Aynı durum, yalnızca kadınlara karşı cinsel suç işleyen bir doktor açısından da geçerlidir⁸².

⁷⁷ Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 87/19, 02.05.2019, erişim 28 Ağustos 2023, <https://beck-online.beck.de>. Aynı yönde, Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 590/14, 8.1.2015, erişim 28 Ağustos 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁷⁸ Kinzig, *“Strafgesetzbuch”*, § 62 kn. 4.

⁷⁹ Pollähne, *“Strafgesetzbuch”*, § 62 kn. 8.

⁸⁰ Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 428/01, 4.12.2001, erişim 28 Ağustos 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁸¹ Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 13/95, 7.2.1995, erişim 8 Eylül 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>. Benzer şekilde, bir öğretmenin kız çocuklarına karşı cinsel istismara yönelik davranışları nedeniyle erkek cinsiyetindeki çocuk ve gençlere yönelik meslek icrasının yasaklanıp yasaklanmamasına ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği yönünde, Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 388/13, 21.1.2014, erişim 8 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁸² Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 454/02, 16.1.2003, erişim 8 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>. Benzer şekilde, Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 122/08, 8.5.2008, erişim 8 Eylül 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

Öğretide, daha ağır bir yaptırıma karar verildiği veya karar verilmesinin zorunlu olduğu durumlarda, buna ek olarak getirilmesi düşünülen iyileştirme ve güvenlik tedbiri açısından da gereklilik değerlendirmesi yapılması aranmaktadır. Bununla birlikte, fail hakkında müebbet hapis cezasına hükmedilmesi durumunda ayrıca muhafaza altına alma tedbirine karar verilmesi gerekliliğine şüpheyle yaklaşılmaktadır⁸³. Zira, hükümlünün tehlikelilik hali devam ettiği takdirde AlmCK m.57a'da öngörülen on beş yıllık infaz süresinin dolmasına rağmen “müebbet hapis cezasında kalan cezanın ertelenmesi” müessesesi uygulama alanı bulmayacak; hükümlü hakkındaki öngörülerin olumlu olması halinde ise müebbet hapis cezasının yanı sıra muhafaza altına alma tedbirinin infazının da AlmCK 57a ve m.67c/1⁸⁴ kapsamında zorunlu olarak ertelenmesi gerekecektir⁸⁵. Dolayısıyla, müebbet hapis cezasına hükmedildiği hallerde ayrıca muhafaza altına alma tedbirine başvurulmasına kural olarak bir ihtiyaç bulunmamaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nun “*Toplam cezanın sonradan oluşturulması*” başlıklı 55. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca; fail hakkında önceki mahkumiyet hükmüyle birlikte karar verilen tedbirler, sonradan verilen yeni bir karar ile temelden yoksun kalmadıkları müddetçe varlıklarını sürdürecektir. Federal Mahkeme'ye göre, söz konusu düzenleme, ilk kararda hükmedilen cezanın tamamen infaz edilmiş olması nedeniyle toplam ceza oluşturulmasının artık mümkün olmadığı durumlarda da uygulama alanı bulacak ve önceki kararda hükmedilen tedbir, kurulacak yeni kararda nazara

⁸³ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 6.

⁸⁴ Madde fıkrası uyarınca; bir hapis cezası aynı fiil veya fiiller dolayısıyla karar verilen kuruma yerleştirme tedbirinden önce infaz ediliyor ve cezanın infazından önce yapılması gerekli olan denetimden, tedbirin amacına ulaşmak için artık kuruma yerleştirmenin gerekli olmadığı anlaşılıyorsa, mahkeme kuruma yerleştirme tedbirinin infazının ertelenmesine karar verir.

⁸⁵ Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 330/12, 10.1.2013: “*Bir müebbet hapis cezası, AlmCK m.57/1 1. cümle Nr.1 ve 2'ye göre belirlenen infaz süresinin sona ermesinden sonra da toplumun güvenlik menfaatleri nazara alındığında bu durum haklı gösterilebiliyorsa ertelenebilir. Hükümlü halen tehlikeli olduğu sürece müebbet hapis cezası infaz edilir. İlk olarak, hükümlüden kaynaklanan herhangi bir tehlikenin bulunmadığının ortaya çıkartılması durumunda ceza ertelenir. Bu halde, müebbet hapis cezasına ek olarak karar verilen muhafaza altına alma tedbirinin de infaz edilmemesi gerekir. Tedbirin de ertelenmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında, müebbet hapis cezasının koşullu olarak ertelenmesinin akabinde ilginin devam eden tehlikeliliği nedeniyle muhafaza altına alma tedbirinin infazı pek düşünülebilir görünmemektedir.*”, erişim 12 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

alınabilecektir. Böylelikle, yeni kararda tekrar aynı iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilmesine gerek bulunmayacaktır⁸⁶.

Son olarak, gereklilik alt ilkesi değerlendirmesinde dikkate alınan “*güncellik prensibi*” (*Aktualitätsprinzip*) uyarınca, tedbirin tam olarak tatbik edildiği anda gerekli olması aranmaktadır; dolayısıyla tedbir kararına dayanak kabul edilen öngörüler karardan hemen önce edinilmeli ve en yeni bilgilere dayanmalıdır⁸⁷.

C. Oranlılık Alt İlkesi (*Angemessenheit*)

“*Dar anlamda ölçülülük ilkesi*” olarak da adlandırılan oranlılık alt ilkesine göre; uygulanacak tedbir ile ilgilinin temel hak ve özgürlüklerinin ağırlığı ve önemi arasında makul bir denge bulunmalıdır.⁸⁸ Dolayısıyla bir tedbirin tatbiki, elverişli ve gerekli olmasına rağmen farklı konu ve yararlar arasındaki bu denge gözetilerek yasaklanabilir.⁸⁹ Gerçi, bahsi geçen denge gözetiminde bir tarafta çoğunlukla Anayasa’nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan “*Herkisin yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı vardır.*” düzenlemesiyle en yüksek temel menfaatler arasında kabul edilip güvence altına alınan diğer bireylerin vücut bütünlükleri ve yaşamlarının korunması bulunmaktadır. Ancak neredeyse her zaman şüpheli/sanık aleyhine olabilecek bu soyut denge değerlendirmesinin, tekerrür tehlikesinin ne kadar yüksek ve buna yönelik öngörülerin ne kadar güvenilir olduğu gibi son derece zor öngörülerle desteklenmesi aranmaktadır. Ayrıca, mahkemenin kendi sorumluluğunda ve bilirkişiye bırakmaması gereken bir bütüncül değerlendirmede bulunması da gerekmektedir⁹⁰.

⁸⁶ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 142/10, 6.7.2010, erişim 12 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁸⁷ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13.

⁸⁸ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

⁸⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 5.

⁹⁰ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8. Alman Federal Mahkemesi, 3 StR 87/19, 02.05.2019: “*Dar anlamda ölçülülüğe ilişkin olarak Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi, fail tarafından işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız ise kuruma yerleştirme tedbirine hükmedilemeyeceğini öngörmektedir. Maddede belirtilen ölçütlerin genel olarak bütüncül bir bakış açısında değerlendirilmesi ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilmesi gerekir.*”, erişim 25 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

Oranlılık incelemesinde esas olan, tedbirle amaçlanan kamusal yarar ile tedbirin müdahale ettiği bireysel yarar arasındaki ilişkidir (*Mittel-Zweck-Relation*). Müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin ciddiyeti ve aciliyeti arasındaki bütüncül değerlendirmede beklenebilirlik sınırları korunmalıdır. Tedbir, muhatabı üzerinde aşırı bir yük oluşturmamalı ve araçla hedeflenen amaç açısından orantısızlık oluşturmamalıdır⁹¹. Bu bakımdan, tedbirle muhatabının temel hak ve özgürlüklerine ne kadar yoğun müdahalede bulunuluyorsa, hedeflenen amacın öneminin de o kadar fazla olması aranır.

İlgilinin temel haklarına yapılan müdahalenin ağırlığı genellikle kolaylıkla belirlenebilmektedir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirler her zaman Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan “*Kişi özgürlüğü dokunulmazdır.*” düzenlemesi anlamında ağır bir müdahale teşkil eder. Bu bağlamda, *örneğin*, AlmCK m.63'de düzenlenen “psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri” kapsamında iyileşme ihtimalinin oldukça düşük olduğu ve uzun süreli muhafaza altına alınmanın beklenildiği durumların muhatabı açısından ek (daha da fazla) bir yük teşkil edebileceği söylenebilir⁹².

Son olarak, öğretide bir görüşe göre özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler her zaman kişi özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale teşkil eder. Bu nedenle, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanındaki gereklilik değerlendirmesinde, sadece kişinin yaşı esas alınarak yapılan farklı uygulamalar “*İnsan onuru dokunulmazdır. Ona saygı duymak ve korumak tüm devlet otoritesinin görevidir.*” şeklindeki Alman Anayasası'nın 1. maddesi bakımından sakınca oluşturabilir. Fakat, gereklilik değerlendirmesinde sadece yaş değil, *örneğin*, yaşa bağlı olarak ortaya çıkan hastalık veya sakatlık nedeniyle tedbirin faili diğer kişilere nazaran daha ağır etkileyeceğinin lehe olacak şekilde dikkate alınması mümkündür⁹³.

D. Ölçülülük ilkesi ile İkincilik İlkesi Arasındaki İlişki

Alman Hukukunda “ikincilik” ilkesini (*Subsidiaritätsprinzip*), “gereklilik” alt ilkesi kapsamında değerlendirenler bulunduğu gibi, bu ilkedeki bağımsız olarak ön plana çıkarılan görüşler de bulunmaktadır.

⁹¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 1494/78, 20.6.1984, kn. 62, erişim 22 Eylül 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁹² Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

⁹³ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

Öğretide bir görüş; 2. Ceza Reformu Kanunu ile birlikte tedbir kararları bakımından aranan “*gereklilik*” koşulunun kaldırıldığını ve yerine “*İnfazda sıra*” başlıklı 67. madde hükmüne göre⁹⁴ “*temsil/vekâlet*”⁹⁵ (*Vikariieren*) ile özellikle 67b. maddesi hükmüne göre⁹⁶ “*erteleme*” (*Aussetzung*) imkânlarının getirildiğini, ancak yine de anayasal nedenlerle ikincillik ilkesinden vazgeçilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁹⁷ Nitekim Federal Mahkeme’nin de ölçülülük değerlendirmesinde ikincillik ilkesine açıkça yer verdiği kararları mevcuttur.⁹⁸

Diğer bir görüşe göre ise ikincillik ilkesine, muhteviyatı itibarıyla anayasal düzeyde tanınan gereklilik ilkesinin ötesinde bir anlam yüklemek mümkün değildir ve bağımsız bir koşul olarak dile getirilmesinin tek faydası ilkenin amacının kavramsal karşılığında daha net bir şekilde anlaşılmaya müsait olmasıdır.⁹⁹ Bu bakımdan, ölçülülük ilkesi karşısında ikincillik ilkesi şeklinde bağımsız bir terminolojiye yer verilmesine herhangi bir ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁰⁰

Öte yandan, faildeki tehlikelilik nedeniyle 63 ve 64. maddelere göre kuruma yerleştirme gerekliliğinin ikincillik ilkesi kapsamında daha hafif

⁹⁴ AlmCK m.67/4: “*Tedbirin tamamı veya bir kısmı cezadan önce yerine getirilmişse, tedbirin uygulandığı süre, cezanın üçte ikisi tamamlanuncaya kadar cezadan sayılır*”.

⁹⁵ Birden fazla hukuki sonucu birbirini temsil edebilmesini, özellikle cezalar ile hürriyeti bağlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirleri arasındaki vekâlet ilişkisini ifade etmektedir. Benzer “*temsil/vekâlet*” ilişkisine örnek bir düzenleme Avusturya Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır.

⁹⁶ AlmCK m.67b: “*Mahkeme, psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme kararı verdiği takdirde, özel koşullar infazın ertelenmesi yoluyla da tedbirin amacına ulaşılabilceği beklentisini haklı kıtıyorsa tedbirin infazını aynı zamanda erteler. Failin, tedbirle birlikte hükmedilen ve ertelenmeyen hapis cezasının infazı gerekiyorsa, erteleme yapılmaz*”.

⁹⁷ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 61 kn. 59.

⁹⁸ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 215/07, 26.6.2007: “*Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesine göre, fail tarafından işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız ise kuruma yerleştirme tedbirine hükmedilemez. Ayrıca, bir psikiyatri hastanesine yerleştirme ancak daha hafif tedbirlerin failin tehlikesine karşı yeterli ve güvenilir koruma sağlamaması durumunda gündeme gelebilir. Bu, tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri hukukunda geçerli olan ve anayasa hukuku yönünden aşırılık yasağından türetilen ikincillik prensibinden kaynaklanmaktadır.*”, erişim 28 Eylül 2023, <https://beck-online-beck-de>.

⁹⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 4.

¹⁰⁰ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9.

müdahale içeren ceza hukuku alanı dışındaki bir tedbirlerle karşılanıp karşılanamayacağı hususu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, henüz “karar verme aşamasında” ve devamında verilen kararlarda, tedbirin gerçekten gerekli olup olmadığı ve daha hafif müdahale ihtiva eden tedbirlerin failden kaynaklanan tehlikeye karşı yeterli korumayı sağlayıp sağlayamayacağının dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.¹⁰¹ Dolayısıyla ikincillik ilkesi, tehlikenin bertaraf edilmesi için tatbiki gündeme gelen tedbirler arasındaki içtima halinde, yani bir iyileştirme ve güvenlik tedbiri ile ceza hukuku alanındaki ve ceza hukuku alanı dışındaki diğer tedbirler arasındaki tercihte uygulama önceliğinin belirlenmesini sağlar.¹⁰²

Federal Mahkeme ise 1962 tarihli Ceza Kanunu Hükümet Taslağı’nda¹⁰³ yer alan gerekçeyle de uyumlu olarak kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı tedbirlerde ikincillik ilkesinin yalnızca infaz (yerine getirme) bakımından geçerli olduğunu, “karar aşamasında” dikkate alınmayacağını kabul etmektedir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Pollähne, “Strafgesetzbuch”, § 61 kn. 59; Sinn, “Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 2; Van Gemmeren, “Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 7.

¹⁰² Eschelbach, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 3.

¹⁰³ Alman Parlamentosu Dördüncü Seçim Periyodu, Hükümet Yasa Taslağı, BT-Drs. IV/650, 210: “Sonuç olarak taslak, kuruma yerleştirme kararı aşamasında ikincillik ilkesini tanımamaktadır. Bunun yerine, tedbirin amacına derhal uygulamaya konulmasa bile ulaşılabileceği beklentisinin haklı çıkabileceği, örneğin, failin güvenilir yakınları tarafından kontrol altında tutulabilmesi gibi özel koşulların mevcut olması durumunda da hâkimin ayrıca tedbir kararı vermesi gerekir. ... Böylelikle, ikincillik ilkesi kuruma yerleştirme tedbirinin yerine getirilmesi aşamasında geçerlidir.”, erişim 28 Eylül 2023, <https://dserver.bundestag.de>.

¹⁰⁴ Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 454/16, 12.4.2017, kn.15: “Kuruma yerleştirme tedbirine ilişkin kararın alınmasına kural olarak daha hafif müdahale içeren ceza hukuku alanı dışındaki tedbirlerin varlığı engel olmamaktadır. Federal Mahkeme’nin içtihatlarına göre, özgürlüğü kısıtlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinde ikincillik ilkesi yalnızca infaz açısından geçerlidir. Bu nedenle, sanıktan kaynaklanan topluma yönelik tehlikenin tutarlı bir tıbbi tedavi yoluyla engellenebilip engellenemeyeceği hususunun bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirine karar verilmesi bakımından önemi yoktur. Aynı şekilde, yalnızca hükmedilen hapis cezasının infazının ertelenmesiyle bağlantılı olarak ilaç kullanımının denetlenmesi, danışman veya denetimli serbestlik yardımcısının görevlendirilmesi gibi denetimli serbestliğe ilişkin koşulların ya da talimatların getirilmesi de önemsizdir. Bu tür tedbirler, ilk olarak AlmCK m.67b hükmü uyarınca kuruma yerleştirme tedbirinin yerine getirilmesinin ertelenmesi sorusu bakımından anlam kazanmaktadır.”, erişim 28 Eylül 2023, <https://beck-online-beck-de>.

Mahkeme'nin söz konusu içtihadı öğretide eleştirilmekte ve hem anayasal düzeyde tanınan aşırılık yasağı hem de AlmCK m.62 hükmü nedeniyle ikincillik ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karar verme aşamasında da dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak, ikincillik ilkesinin gündeme gelebilmesi için daha hafif aracın en azından aynı korumayı sağlaması ve toplumun güvenliğine yönelik ağır basan yararlar göz önüne alındığında güvenilirliği hususunda daha sıkı koşulların aranması gerekmektedir. Buna göre, devletin muhakemeye dair özen yükümlülüğünün bir parçası olarak olay mahkemesinin konuya ilişkin yapacağı değerlendirmede, karar verdiği araca yakın olup ondan daha hafif olan diğer aracı da ortaya koyma görevi söz konusudur. Ancak, ceza hâkiminin bu alternatifleri ortaya koymak ve uygulamak bakımından gerekli uzmanlık bilgisine sahip olmaması da muhtemel bir durumdur¹⁰⁵.

V. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN SOMUTLAŞTIRILMASINDA KULLANILAN KISTASLAR

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi, ölçülü olmaması ve böylelikle aşırılık yasağını ihlal etmesi nedeniyle bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine ne zaman karar verilemeyeceğine veya tedbirin ne zaman sonlandırılacağına ilişkin üç temel kıstas sunmaktadır. Bunlar; fail tarafından işlenen suçun önemi, işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesidir. Türk Ceza Hukukunda ise güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük ilkesinin yer aldığı genel bir düzenleme olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrası gündeme gelmektedir. Madde fıkrasına göre; *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”*¹⁰⁶. Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyle, güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük değerlendirmesinde yalnızca fail tarafından “işlenen fiili” esas almıştır. Ancak bu yaklaşım öğretide haklı

¹⁰⁵ Van Gemmeren, *“Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”*, § 62 kn. 7.

¹⁰⁶ Ayrıca TCK m.54/3'de eşya müsadereyi güvenlik tedbiri açısından getirilen; *“Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereye hükmedilmeyebilir.”* ve TCK m.60/3'de tüzel kişiler hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri açısından getirilen; *“Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.”* şeklindeki hükümler de ölçülülük ilkesinin dikkate alındığı somut ve özel düzenlemelere örnek gösterilebilir.

olarak eleştirilmekte, salt geçmişe yönelik bir değerlendirmenin güvenlik tedbirleri ile hedeflenen amaçlarla bağdaşmadığı, önemli olanın “beklenen”, yani “işlenmesi beklenen suçlar” olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan tıpkı Alman Hukukunda benimsenen ölçütlerde olduğu gibi ölçülülük değerlendirmesine “işlenmesi beklenen suçlar” ve “failden kaynaklanan tehlikenin derecesi” gibi geleceğe yönelik koşulların da dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰⁷.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca ölçülülük denetiminde öncelikle denetime konu iyileştirme ve güvenlik tedbirine ilişkin şekli ve maddi tüm koşulların gerçekleşmiş olması aranır. Bu koşullar bir bütün olarak var olmadıkları müddetçe 62. madde kapsamında bir denetim de gündeme gelmez.¹⁰⁸ Bununla birlikte, içeriğinin doldurulması gereken kanuni terimler söz konusu olduğunda (örneğin, m.67d/3'de geçen “ciddi suçların” işlenmesine yönelik “tehlike”) bütüncül bir yaklaşım benimsenmeli, yani kavramın yorumlanmasında ölçülülük ilkesi kullanılarak tatbiki gündeme gelen iyileştirme ve güvenlik tedbiri ile ilişkilendirilmelidir¹⁰⁹.

Eschelbach, kanun koyucunun 62. maddede fail tarafından işlenmiş fiilin önemini, işlenmesi beklenen suçun önemini ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesini değerlendirme ölçütleri olarak kabul ettiğini, ancak her bir ölçütle karşılıklı değerlendirmeye konu edilecek faile ait temel hak ve özgürlüğü açıkça belirtmediğini, bu durumun her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinde ilgisinin farklı temel hak ve özgürlüklerinin ağırlık kazanabilmesinden kaynaklandığını, *mesela* özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerde AlmAY m.2/2 2. cümlesi kapsamında kişi özgürlüğü öne çıkarken; sürücü belgesinin geri alınması tedbirinde AlmAY m.2/1'e göre hareket özgürlüğü ve meslek icrası yasağında ise AlmAY m.12/1¹¹⁰ uyarınca mesleğini yerine getirebilme özgürlüğünün ağır basacağını, ayrıca aynı tedbir kapsamında yapılan

¹⁰⁷ Mehmet Gödekli, *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü*. (Ankara: Adalet, 2020), 245 dn. 731.

¹⁰⁸ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹⁰⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 3. Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 454/16, 12.4.2017: “*Bu nedenle ölçülülük ilkesinin, m.67d/2 uyarınca (bütüncül yaklaşım) tedbirin ertelenmesine hazır olma durumu olarak adlandırılan incelemeye dâhil edilmesi gerekmektedir.*”, erişim 3 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹¹⁰ AlmAY m.12/1: “*Bütün Almanlar mesleğini, iş yerini ve mesleki eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptirler. Mesleğin icrası kanunla veya kanuna dayanılarak düzenlenebilir.*”.

müdahalenin farklı olaylarda farklı ağırlıkta etki doğurabileceğini, bu açıdan *örneğin*, sürücü belgesinin geri alınması tedbirinin şoförlük mesleğini icra eden kişinin özgürlüklerinde bir emekliye nazaran daha ağır etki oluşturacağını, nihayet değerlendirmeye tabi tutulan her somut olayda bir taraftan failin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin pozisyonu diğer taraftan, işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ile failden kaynaklanan tehlikenin derecesinin bütüncül bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini vurgulamaktadır¹¹¹.

Son olarak *Maurach*'a göre 62. maddede işlenen suç ile işlenmesi beklenen suç ölçütlerine eşit vurgu yapılması, hükmün tam anlamıyla başarılı bir şekilde kaleme alınmadığını göstermektedir. Zira ilkinin ağırlık derecesi yalnızca ikinci için ve dolayısıyla tehlike öngörüsü için bir belirti niteliğindedir¹¹². *Jescheck* ise özgürlükten yoksun bırakmayı içeren iyileştirme ve güvenlik tedbirleriyle ilgili asıl sorunun, bunların uygulanma koşullarının belirlenmesinde yattığını, tedbire ancak fail tarafından başkaca suçların işlenmesinin beklenilmesi ve karar verilecek tedbirin bu suçları önlemeye uygun olması durumunda karar verilebileceğini, bununla birlikte modern kriminoloji bulgularının dahi her iki nokta açısından da var olan şüpheciliği haklı çıkarttığını, ne bir bireyin gelecekteki meşru davranışını tahmin etmek için güvenilir yöntemlerin, ne de kuruma yerleştirmenin *örneğin*, bir rehabilitasyon merkezinde kalmanın birden fazla kez tekerrüre düşen alkol veya uyuşturucu bağımlısı suçluları gelecekte hukuka uygun davranışlara sevk ettiğinin güvenle kabul edilebileceği ampirik olarak haklı bir nedenin bulunduğunu, dolayısıyla iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine her bir somut olayda oldukça güvensiz bir olgusal temele dayalı olarak karar verildiğini ve bu nedenle de özgürlüğü kısıtlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karşı temkinli yaklaşılması gerektiğini belirtmektedir¹¹³.

A. İşlenen Suçun Önemi

Kanun koyucu, işlenen (sebepl) suçun (*Anlasstat*) ağırlığını dikkate almak suretiyle hafif bir suçun ağır nitelikteki bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin uygulanması için bir araca dönüştürülmesini engellemek istemiştir¹¹⁴.

¹¹¹ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 5.

¹¹² Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 669.

¹¹³ Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805.

¹¹⁴ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 6; Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 16.

Dolayısıyla, fail tarafından işlenen hafif nitelikteki suçlar, ağır nitelikteki iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik kararlara dayanak teşkil etmez¹¹⁵.

Muhafaza altına alma tedbirinin düzenlendiği AlmCK m.66'da, sebep suçların ağırlığına dair koşullar açıkça tanımlanmıştır. AlmCK m.68 uyarınca denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin koşullarda en az altı aylık hapis cezasına mahkûmiyetin gerekli olduğu öngörülmüştür. Meslek icrası yasağında, suçun meslekle bağlantılı yükümlülüklerin ağır şekilde ihlal edilmesi suretiyle işlenmesi aranmıştır¹¹⁶.

Belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanunu'nun 63. maddesinde düzenlenen "*psikiyatri hastanesine yerleştirme*" ve 64. maddesinde düzenlenen "*rehabilitasyon merkezine yerleştirme*" tedbirleri açısından işlenen suçun önemli olup olmaması gerektiği hususu tartışmalıdır. İyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin amacından yola çıkıldığı takdirde incelemenin ağırlık noktasını, gelecekte işlenmesinden endişe edilen suçların öneminin oluşturduğu söylenebilir, zira hâlihazırda işlenen fiil tek başına geleceğe yönelik tatbik edilen iyileştirme ve güvenlik tedbirine dayanak teşkil etmez. Kanun koyucu, 62. maddenin açık lafzında failin işlediği suçun öneminin, yani ağırlığı, türü ve sıklığının¹¹⁷ dikkate alınması gerektiğini kabul ederek aynı zamanda bu suçlara, gelecekte işlenmesi beklenen suçlara/failin gelecekteki tehlikeliliğine ilişkin bir gösterge fonksiyonu yüklemiştir¹¹⁸. Bununla birlikte, özel koşulların varlığı, hâlihazırda işlenen suçun üstlendiği

¹¹⁵ Eschelbach, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Kaspar, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 14; Kinzig, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Schöch, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 20; Theo Ziegler, *BeckOK StGB* (München: Verlag C. H. Beck, 2023), § 62 kn. 1. Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 508/96, 7.1.1997: "*Temyiz aşamasında ileri sürülen görüşün aksine, hırsızlık suçuna ilişkin eylemlerin 'meslek edinme' nitelikli halinde sınıflandırılması, AlmCK m.63 anlamında 'önemlilik' koşuluna temel oluşturmaz.*", erişim 5 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹¹⁶ Van Gemmeren, "*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 16.

¹¹⁷ "İşlenen suçun önemi" ölçütünde son işlenen suçun yanı sıra daha önce işlenen suçların da dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 3; Van Gemmeren, "*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 16.

¹¹⁸ Eschelbach, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 3; Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805; Kaspar, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 14; Kinzig, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 669; Pollähne, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 10; Schöch, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 20; Van Gemmeren, "*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 16.

bu fonksiyonu zayıflatabilir. Genel olarak failden işlenmesi beklenen suçlar söz konusu olsa da, *örneğin*, işlenen suç, gelecekte tekerrür etmeyecek anlık bir gerginliğin sonucu ise gösterge fonksiyonu da işlevini yitirecektir. Aksine, işlenen suçta, haksızlık içeriğini oldukça aşan ağır suçlar için gösterge fonksiyonu yüklenmesi de spekülatif olacak ve tedbire bu açıdan dayanak oluşturmayacaktır. *Örneğin*, çocuk pornografisi bulundurmaktan hüküm giyen kişinin gelecekte çocuklara yönelik cinsel istismarda bulunabileceği yönündeki olasılıklar, uzun bir öngörü dönemi için haklı dayanak teşkil etmeyecektir¹¹⁹. Ancak işlenen suçun, işlenmesi beklenen suçtan salt daha hafif nitelikte olması, iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilmesine doğrudan engel teşkil etmeyecektir¹²⁰.

“İşlenen suçun önemi” kıstası kapsamında yapılacak değerlendirmede; değişken, popülist, muhtemelen irrasyonel toplumsal endişelere dayalı tahminler yerine, mümkün olduğunca objektif hukuki yarar ve zarar değerlendirmelerine dayanılmalıdır¹²¹. Bu bağlamda, nazara alınması gereken hususlar arasında, anayasal değerler düzeninde ihlal edilen hukuki menfaatin konumu ve ihlalin boyutu da sayılmaktadır.¹²² Yine, işlenen suç için kanunda öngörülen en yüksek cezanın¹²³ ve suçun uzun zaman önce işlenip işlenmediğinin de rol oynayabileceği ifade edilmektedir¹²⁴.

¹¹⁹ Eschelbach, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 6.

¹²⁰ Ziegler, *BeckOK StGB*, § 62 kn. 1.

¹²¹ Pollähne, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 10.

¹²² Van Gemmeren, “Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 16. Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 82/70, 28.4.1970: “Ayrıca Eyalet Mahkemesi kendi bakış açısından, üç yıldan daha uzun bir süre önce meydana gelen önemsiz bir olayın, (eski) m.42b/1 uyarınca kamu güvenliği nedeniyle şüphelinin kuruma yerleştirilmesini gerektirdiğini yeterince ortaya koyamamıştır. ... Olaydan sonraki son üç yılda herhangi bir olaya karışmayıp ön plana çıkmayan şüphelinin kişi özgürlüğüne yönelik yapılacak ağır bir müdahale, eyleminin düşük önemi ve bu açıdan işleminin beklendiği suçlar karşısında ölçüsüz olurdu.” erişim 5 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹²³ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 168/13, 18.7.2013: “Öngörülen tehlikelilik, hukuk barışını ciddi şekilde bozacak eylemlerle ilgili olmalıdır. Bu, Ceza Kanunu’nun 238. maddesi kapsamındaki suçlar için kolaylıkla onaylanamaz. Ciddi önem taşıyan bir suç, en azından orta düzeyde bir suç ise, hukuk barışını ciddi şekilde bozuyorsa ve halkın hukuki güvenlik duygusunu önemli ölçüde zedeleyebiliyorsa söz konusu olur. Bu nedenle, azami beş yıldan az hapis cezasıyla cezalandırılan suçların, artık kolaylıkla ciddi öneme sahip suçlar olarak sınıflandırılması mümkün değildir.” erişim 5 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹²⁴ Van Gemmeren, “Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 16.

Son olarak, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında tekil ve salt tesadüfi bir hadise olarak değil, karmaşık ve sosyal bir olayın bir parçası olarak görülmesi ve bu anlamda işlenen suçun öneminin belirlenmesinde *örneğin*, suçun diğer bir özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin yerine getirilmesi sırasında işlenmesi gibi, eylemin vuku bulunduğu somut olaya özgü koşulların da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹²⁵.

B. İşlenmesi Beklenen Suçların Önemi

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi kapsamında yapılan ölçülülük değerlendirmesinde dikkate alınan diğer bir kıstas; işlenmesi beklenen suçların önemi, yani potansiyel mağdurları/toplumu tehdit eden zararın boyutudur¹²⁶. İyileştirme ve güvenlik tedbirlerin “güvenlik” amacı açısından, işlenmesi beklenen suçların ciddiyeti, işlenen suçlarınkinden daha fazla öneme sahiptir¹²⁷. Diğer bir ifadeyle, işlenmesi beklenen suçlar işlenen suçlardan bağımsız olarak karşılıklı menfaat dengesi değerlendirmesinde failin tedbir nedeniyle kısıtlanacak temel hakları karşısındaki temel faktörü oluşturmaktadır¹²⁸.

Alman Ceza Kanunu'nun 68. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ve daha hafif müdahaleler ihtiva eden denetimli serbestliğe (*Führungsaufsicht*) ilişkin koşullarda yalnızca “*başka suçları*” işleme tehlikesinin varlığı aranırken; 63, 64, 66/1 Nr. 3 ve 70. maddelerde öngörülen ve daha ağır müdahaleler içeren iyileştirme ve güvenlik tedbirleri açısından gelecekte “*ciddi suçların*” işlenmesi tehlikesi şart koşulmuştur¹²⁹. Dolayısıyla, 62. madde anlamında “*önem*” değerlendirilmesinin ancak bu ciddiyetin ötesinde başlayabileceğini belirtmek gerekir¹³⁰. Bu bakımdan, ciddi suçların cebir veya cebir tehdidi kullanmak suretiyle işlenen suçlardan olması gerektiği, salt malvarlığına karşı işlenen suçların bu kapsamda değerlendirilmeyeceğini ileri süren görüşler de mevcuttur¹³¹.

¹²⁵ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 20.

¹²⁶ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 11.

¹²⁷ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹²⁸ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹²⁹ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹³⁰ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 11.

¹³¹ Bkz. Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805. Uzun süreli muhafaza altına alma tedbirinin devamında ölçülülüğün tespitinde Alman

İşlenmesinden endişe duyulan suçlar, yüksek tehlikelilik arz edecek veya hukuk barışını ciddi bir şekilde bozacak ise “önemli” oldukları kabul edilmektedir¹³². İşlenmesi beklenen suçların öneminde, tıpkı işlenen suçun öneminde olduğu gibi, öncelikle suçun ağırlığı ve türüne, yani tehdit altındaki hukuki menfaatlerin önemi ve olası ihlalin boyutuna bakılmaktadır¹³³. Bu bağlamda yapılacak öngörülerdeki tereddütler tedbirin uygulanmaması sonucunu doğurmalıdır ve buna ek olarak yapılacak değerlendirmede, hangi suçların işlenmesi ihtimalinin dışlanamayacağını değil, ne tür suçların hangi olasılıkla işlenmesi tehdidinin bulunduğu dikkate alınması gerekir¹³⁴. Ayrıca, bu suçların olası işlenme sıklığı da önem arz etmektedir¹³⁵. Ancak, işlenmesi beklenen suçların haksızlık içeriklerindeki azlık, sayılarının çokluğu ile kolayca telafi edilemez¹³⁶.

İşlenmesi beklenen suçların önemi kıstasında, suç karşılığından öngörülen ceza aralıkları da dikkate alınmakla birlikte, cezaların ve yalnızca tehlikeliliğe dayalı tedbirlerin işlevsel farklılıkları göz önüne alınarak bu hususun değerlendirme açısından ciddi bir ağırlık noktası oluşturmadığı kabul edilmektedir¹³⁷. Ayrıca, özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin işlenmesi beklenen

Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1044/08, 9.8.2008: “*Şiddet içermeyen malvarlığı veya mülkiyete karşı suçlarda tedbir amaçlı muhafaza altına alma on yıla sınırlıdır.*”, erişim 9 Ekim 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

¹³² Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 508/96, 7.1.1997, erişim 8 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹³³ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 21; Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 626/91, 11.12.1991: “*Bir restoranda hesabı ödememek (Zechprellereien) suretiyle belirli bir mağdur aleyhine büyük bir ekonomik zarara yol açma tehlikesi neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla, bu tür eylemlerden çok sayıda işlenmesinin beklenmesi, belirli bir vaka sayısı aşıldıktan sonra küçük suçların, bir psikiyatri hastanesine yatırılmayı haklı gösterebilecek orta büyüklükteki bir suça dönüşeceği varsayımını haklı çıkarmaz.*”, erişim 8 Ekim 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>.

¹³⁴ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 11.

¹³⁵ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 21.

¹³⁶ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹³⁷ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 21. Katı bir ölçülülük değerlendirmesini gerektiren uzun süreli kuruma yerleştirme tedbirinin söz konusu olup olmadığının tespitinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 07.10.1985: “*Psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinin (m.63) ne zaman uzun süreli olarak tanımlanabileceği sorusu genel anlamda cevaplanamamaktadır. Failin işlediği ve yerleştirilmesinin bağlantılı olduğu suçların yanı sıra işlemesi tehdidinin*

suçlar için öngörülen cezanın üst sınırı ile katı bir şekilde sınırlandırılması anayasal bir zorunluluk değildir¹³⁸. Nihayet temel ölçüt, ilgili suç bakımından öngörülen ceza aralığında ifadesini bulan soyut ceza tehdidi değil, somut olayın özellikleridir.

İşlenmesi beklenen suçlarda hukuki açıdan gelecekte daha ağır nitelikte suçların işlenmesine yönelik beklenebilirlik değerlendirmesi söz konusudur ki, bu durumun yeterli olasılık ile öngörülebilmesi neredeyse hiçbir zaman mümkün değildir¹³⁹. Failin o zamana kadar gerçekleştirdiği davranışları analiz edildiğinde, gelecekte tekrar karşılaşabileceği belirli durumlarla ancak suç işlemek suretiyle başa çıkabileceği sonucunun çıkartılması gerekmektedir. Bu bakımdan, failin gelecekte suç işleyebileceğine yönelik salt olasılıkların bulunması veya psikolojik tedavinin gerekliliğine yönelik belirtilerin varlığı yeterli değildir¹⁴⁰.

Öte yandan, tedbirle muhatabının yükü ne kadar artarsa, suçun önemine dair gereksinimler de aynı derecede artacaktır. Kural olarak, meslek icrası yasağı kuruma yerleştirme tedbirinden daha hafif niteliktedir; zamansal olarak sınırlandırılmış bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme tedbiri (m.64) psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinden ve bu tedbir de muhafaza altına alma tedbirinden (m.66) daha hafif niteliktedir¹⁴¹. Failin gelecekte yalnızca hakaret, konut dokunulmazlığını ihlal, mala zarar verme veya basit yaralama gibi haksızlık içeriği az olan veya salt topluma rahatsızlık verici nitelikteki suçları işlemesinin beklenmesi halinde, meslek icrası yasağı veya kuruma yerleştirme tedbirine karar verilmesinin mümkün olmadığı; nitelikli yaralama veya nitelikli tehdit gibi orta derecede suçların ise – 66. madde kapsamında muhafaza altına alma tedbirinden farklı olarak – 63 ve 64. maddeler uyarınca kuruma yerleştirme tedbirleri açısından yeterli olabileceği belirtilmektedir¹⁴². Başka bir deyişle, işlediği ağır nitelikteki suçta rağmen failin gelecekte hafif nitelikteki suçları işlenmesi bekleniyorsa, bu durum verilecek tedbir kararının ölçülülük ilkesine aykırı olması sonucunu

söz konusu olduğu suçların ceza aralıkları da buna bağlantı teşkil edebilir.”, erişim 9 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹³⁸ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15.

¹³⁹ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹⁴⁰ Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805.

¹⁴¹ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹⁴² Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 309/07, 15.8.2007, erişim 8 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

doğurabilecektir, zira işlenen suçun ağırlığı arttıkça tehlikelilik doğrudan artmamaktadır¹⁴³.

Son olarak belirtilmelidir ki, işlenmesi beklenen suçların ağırlığı, iyileştirme ve güvenlik tedbirinin ertelenmesi ve tamamlanması bakımından da dikkate alınmaktadır¹⁴⁴.

C. Tehlikenin Derecesi

Failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ölçülülük ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede dikkate alınması gereken bir diğer kanuni kıstastır. Bu kıstas, failin başkaca suçları işleme olasılığının yüksekliği ve bunların zamansal yakınlıklarına (olası tekrür hızına) bağlıdır¹⁴⁵. Bu koşullar, tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığıyla bütüncül bir değerlendirme içerisinde karşılaştırılır¹⁴⁶. Gerçekleşmesinden endişe duyulan tehlike ve zararların, ilgisinin tedbirin getirdiği özgürlük kaybından daha hafif olması halinde, ölçüsüzlüğün kabulü gerekir. Sınırdaki durumlarda, tedbir kararının verilmesine ilişkin koşulların kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi ve bunların karar gerekçesinde tartışılması aranmaktadır¹⁴⁷. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi, failden kaynaklanan tehlikeliliğin nitelik ve nicelik olarak yeterince somutlaştırılması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁸. Failin gelecekte suç işleyeceğine yönelik belirli bir olasılığın bulunması tedbir kararı verilebilmesi açısından asgari koşuldur¹⁴⁹. Ancak bu olasılığın istatistiksel açıdan, önceki suç işleme sıklığına, her şeyden önce eylemi üreten sosyal çatışmanın tekrar edip etmeyeceği veya devam edip etmeyeceği varsayımlarına ve alternatif müdahalelerin tehlikelilik düzeyini önemli ölçüde azaltmaya uygun olup olmadığı belirlenmelidir¹⁵⁰.

Federal Mahkeme'ye göre değerlendirilecek olay ne kadar sınırdaki kalırsa, mahkemece yapılacak açıklama, tespit ve denge değerlendirmesi de

¹⁴³ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 8.

¹⁴⁴ Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 21.

¹⁴⁵ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 8.

¹⁴⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 366/03, 10.10.2003, erişim 9 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁴⁷ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 8.

¹⁴⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 07.10.1985, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁴⁹ Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 22.

¹⁵⁰ Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 12.

o derece yüksek gereksinimleri ihtiva edecektir. Ayrıca, failin tehlikeliliğine ilişkin öngörüde, kişiliği, önceki yaşamı ve işlediği suçların kapsamlı bir değerlendirmesi de dikkate alınmalıdır¹⁵¹.

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri gelecekteki suçları önlemeyi amaçladığından, yapılacak bütüncül değerlendirmede kural olarak failin geleceğe yönelik tehlikeliliğine ağırlık verilecektir, öyle ki, işlenen suç hafif nitelikte olsa da, gelecekte ciddi ağırlıkta suçların işlenmesi bekleniyorsa tedbire karar verilebilecektir¹⁵². Olasılığın büyüklüğü, yeni suçların zamansal yakınlığına da işaret eder¹⁵³. Federal Mahkeme'ye göre, başka suçların işlenme riski konusunda “belirli”¹⁵⁴ veya “gerekçelendirilmiş”¹⁵⁵ veya “daha yüksek derecede”¹⁵⁶ bir olasılık mevcut olmalıdır. Bu bakımdan, gizli tehlike ve “neredeyse her zaman mevcut olan – gelecekte suç işlenmesi olasılığı yeterli değildir”¹⁵⁷. Diğer taraftan, sadece başka suçların işlenebileceğine yönelik az veya çok olasılık derecesi değil, hukuken korunan menfaatlerin belirli bir yoğunluk ve sıklıkta ihlal edilebileceğine ilişkin olasılık da önem arz etmektedir. Son olarak, fail tarafından işlenen suçlarda tekerrür hızı da gelecekte işlenme tehdidi söz konusu olan suçların kabulü bakımından önemli bir göstergedir¹⁵⁸.

D. Bütüncül Değerlendirme (*Gesamtbewertung*)

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri, kuruma yerleştirme gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı mahiyette olanlar başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlere yönelik ağır müdahaleler ihtiva eder. Bu nedenle, kusuru bulunmaksızın hareket etse de failden kaynaklanan tehlikenin, böyle bir müdahaleyi üstün gelen toplum yararı karşısında beklenebilir kılmasının

¹⁵¹ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 168/13, 18.7.2013, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁵² BT-Drs. V/4094, 17; Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 5.

¹⁵³ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 16; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 22.

¹⁵⁴ Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 124/00, 21.9.2000, erişim 10 Ekim 2023, <https://juris.bundesgerichtshof.de>.

¹⁵⁵ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 374/93, 21.9.1993, erişim 10 Ekim 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>.

¹⁵⁶ Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 194/02, 2.7.2002, erişim 10 Ekim 2023, <https://juris.bundesgerichtshof.de>.

¹⁵⁷ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 12.

¹⁵⁸ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 16.

gerektiği ve ancak bu koşulda haklı bir müdahaleden söz edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁹.

Ölçülülük incelemesinde referans alınan üç kıstas; fail tarafından işlenen ve işlenmesi beklenen suçların önemi ile failden kaynaklanan tehlikeliliğin derecesi, somut olayda öncelikle birbirinden ayrı olarak belirlenmeli ve akabinde tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilerek bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan, 62. maddede sayılan birbirinden farklı bu üç kıstas da somut olayda incelenecek, ancak tedbirin ölçülülüğü, ayrı ayrı her bir kıstasa göre değil, tüm özelliklerin bir bütün olarak değerlendirilmesine ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkisine göre belirlenecektir¹⁶⁰. Bu çok değişkenli sistemde, bir kıstasın varlığına dair belirtilerin azlığı (*örneğin*, sadece orta ağırlıkta bir tekrür tehlikeliliği), diğer bir kıstasın varlığına dair kuvvetli belirti (*örneğin*, tehlikeye düşürülen hukuki menfaatin ağırlığı) ile dengelenebilmektedir¹⁶¹. Ancak, tedbire ilişkin bir koşulun tümüyle eksikliği, diğer bir koşulun gereğinden fazla mevcudiyeti ile telafi edilememektedir¹⁶².

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde yer alan genel hüküm niteliğindeki düzenleme mahkemeyi sadece suç, fail ve tehlikeye ilişkin geçmişe dönük-istatistiksel bir bakış açısına değil, aynı zamanda suç ile karar arasında meydana gelen gelişmeleri de dikkate alarak gelecekle bağlantılı dinamik faktörler ile alternatif müdahale seçeneklerini kapsayan bütüncül bir değerlendirmeye sevk etmektedir¹⁶³.

Ölçülülük ilkesinin bir yönü de iyileştirme ve güvenlik tedbirini, tam olarak yerine getirildiği anda gerekli kılmasıdır. Böylelikle tehlikelilik öngörüsü, tedbir kararından hemen önce gelmeli ve en güncel bilgilere

¹⁵⁹ Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 2; Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 24. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 21.10.2003, erişim 10 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁶⁰ Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 3; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 274; Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 13; Ziegler, *BeckOK StGB*, § 62 kn. 1. Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 291/10, 20.7.2010: "Ölçülülük incelemesi kapsamında, inceleme için referans noktaları olarak belirlenen kriterler bütüncül bir bakış açısıyla öz bir şekilde değerlendirilmeli ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilmelidir.", erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁶¹ Kaspar, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 17.

¹⁶² Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁶³ Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 3.

dayanmalıdır¹⁶⁴. Kişi özgürlüğünü kısıtlayan iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinden kaynaklanan müdahalenin ağırlığı, karar verilen tedbirin infazına başlanıp başlanmayacağı sorusuna bağımlı olduğundan, somut olayda tedbirin ertelenmesi kararına ilişkin koşulların (m.67b) varlığı öncelikli olarak incelenmelidir¹⁶⁵.

Öte yandan, değerlendirilmesi gereken somut olay ölçülülük ilkesi dikkate alındığında ne kadar “sınırdaki” kalıyor ise bütüncül değerlendirme açısından gereklilikler de o ölçüde artmaktadır¹⁶⁶. Bilhassa fail tarafından işlenen hafif suçlar açısından tehlikelilik öngörüsü kapsamlı bir incelemeyi gerektirmektedir¹⁶⁷. Zira bu nitelikteki suçlar tehlikelilik öngörüsünde ağırlık oluşturabilecek bir ölçüt vasfını taşımamaktadır. Bu noktada ölçülülük ilkesi de işlenen suçun önemindeki yetersizliğin, gelecekte işlenmesi beklenen suçlara ve ortaya çıkabilecek tehlikelere yönelik yüzeysel öngörüler ile dengelenmesi sonucunu desteklememektedir. Nitekim Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi, kanun koyucunun haklı sebeplerle şart koştuğu işlenen suçun ağırlığı ölçütünün işlevsiz bırakılmasına değil, tedbire karar verme olanaklarının sınırlandırılmasına hizmet etmektedir¹⁶⁸. Uygulayıcı için kolay olmasa da, ilgilinin özellikle kişi özgürlüğü gibi en temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına tolere edilebilir mahiyetteki risklerin alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Bütüncül değerlendirmede, yalnızca tedbirden etkilenenin durumu ve kendisinden kaynaklanan tehlikelilik değil, aynı zamanda önceki davranışları, mevcut yaşam koşulları, *örneğin* 63. madde uyarınca kuruma yerleştirmenin üzerinde oluşturacağı somut etkiler ve gerekirse başka tedbirlerin alınması yönelik olasılıklar değerlendirilir¹⁷⁰. Ayrıca, hangi temel hakların etkilendiği

¹⁶⁴ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13.

¹⁶⁵ Ziegler, *BeckOK StGB*, § 62 kn. 1.

¹⁶⁶ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13. Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 170/14, 10.12.2014, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁶⁷ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 19. Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 485/99, 7.12.1999: “*Psikiyatri hastanesine yerleştirme kararı esas olarak işlenen suçların ‘önemli’ olmasını gerektirmese bile, sanığın ağırlık bakımından en düşük seviyedeki cezalandırılabilir eylemleri göz önüne alındığında, tehlikelilik öngörüsünün özellikle sanığın saldırgan davranışının tespit edilememiş olması karşısında özenli bir şekilde ortaya konulması gerekirdi.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁶⁸ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 25.

¹⁶⁹ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10.

¹⁷⁰ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13.

ve bunlara yönelik müdahale sınırlarının aşılmış ve aşılmadığı sorusunun da önemli rol oynadığı vurgulanmaktadır. Yine, ölçülülük ilkesi gereğince yerine getirilen söz konusu bütüncül değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen haklara yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından formüle edilen teminatların nazara alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷¹.

Tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığında, hali hazırda ne kadar süredir devam ettiği ve somut olarak nasıl tasarlandığı da önem arz etmektedir. *Örneğin*, kuruma yerleştirilen kişinin, uzun süreli/sürekli izinler vasıtasıyla hakkında hükümlenen tedbirin infazı gevşetilmiş olabilir. Tedbirin kısa zamanda denetimli serbestlikle birlikte ertelenmesi olasılığının varlığı ise yalnızca bu konuda somut bağlantı noktalarının bulunması durumunda önem arz edebilir¹⁷².

Ölçülülük incelemesindeki bütüncül değerlendirme sınırları bir işleve sahiptir. Bu değerlendirmede kusurun denkleştirilmesi ve kefaret hususları dikkate alınmaz¹⁷³. Hakeza, pişmanlık duymaması failin aleyhine göz önünde bulundurulmaz¹⁷⁴. Hükmedilen cezanın ağırlığı ve failin yaşı ise tahliye zamanında işlenmesinden endişe duyulan suçun türü dikkate alındığında tedbirlerin amacı (*toplumun korunması*) bakımından olumlu bir öngörünün mevcut olması halinde rol oynayabilir¹⁷⁵.

Kuruma yerleştirme devam ettikçe ölçülülüğe ilişkin koşullar gittikçe sıkılaşır. Özellikle, özgürlük kısıtlamasının etkisiyle ortaya çıkmasına veya artmasına neden olunabilecek aykırı (*örneğin*, saldırgan) davranışlar da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷⁶.

¹⁷¹ Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷² Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷³ Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷⁴ Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 555/99, 25.2.2000: "İyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilirken tıpkı cezanın belirlenmesinde olduğu gibi sanığın 'kusur bilincinden veya içsel dönüşten' yoksun olmasının dikkate alınmasına izin verilmemiştir. Ancak 'eylemi ile çatışmamasının' sanık aleyhine yüklenilmesi halinde durum böyledir. Sanık bu davranışı ancak savunma stratejisinden vazgeçerek gösterebilir.", erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁷⁵ Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷⁶ Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 14. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 07.10.1985, kn. 38, erişim 10 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

Son olarak, ölçülülük incelemesi açısından tedbirin iyileştirme yönünün de tamamen önemsiz olduğu söylenemez¹⁷⁷. Ancak, tedbirle hedeflenen iyileştirmenin başlı başına bir amaç olarak değil yalnızca amaca yönelik bir araç ve tedbirin ihtiva ettiği kötülüğe karşı dengelenecek dayatılmış bir fayda olarak kullanılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁸. İyileştirme amacı, tedbirin amacına, yani toplumun korunmasına ulaşmanın yalnızca bir yolu olsa dahi, muhatabı bakımından ciddi öneme sahip olmaya devam eder¹⁷⁹. Kuruma yerleştirme tedbirinin uygulanmasıyla bağlantılı iyileştirme olanakları ne kadar azsa, tedbirin muhatabı için özgürlükten yoksun bırakma o kadar yük getirici olur¹⁸⁰. Özellikle Alman Ceza Kanunu'nun 63. maddesine göre bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri kapsamında uzun süreli kuruma yerleştirmeler bakımından durum böyledir. Kararın verildiği anda iyileştirme zaten şüpheli görünüyorsa ve tedbir muhafaza altına almaya dönüşme tehlikesi taşıyorsa, ömür boyu özgürlükten yoksun bırakılma riski nedeniyle ölçülülük açısından temkinli yaklaşılması gerekir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin de özellikle bu tedbirin “*süresi belirsiz olması nedeniyle oldukça külfetli bir tedbir*” olduğunu sıklıkla vurguladığı bilinmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 21.10.2003: “*Ancak bu durumlarda, kuruma yerleştirilenin kişiliğinin muhafaza edilmesi, onuruna saygı gösterilmesi ve korunması da gereklidir. Bu nedenle, ceza infazı gibi muhafaza altına alma da özgürlükte sorumlu bir yaşamın koşullarını yaratmayı amaçlamalıdır. Muhafaza altına alma kapsamında, özgürlüğü kısıtlananın yeniden sosyalleşmesi için de çaba gösterilmelidir. Tedbirin muhataplarının suç işlemeye yönelik ağır eğilimleri göz önüne alındığında, bu durum hükümlülere nazaran daha zor olabilir. Bununla birlikte, insan onurunun korunması, kuruma yerleştirilenlerin özgürlüklerini yeniden kazanmaları için gerçek bir şans veren kanuni düzenlemeleri ve infaz tasarımı gerektirir.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁷⁸ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 22; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 6.

¹⁷⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 20. Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 257/96, 18.7.2013: “*(Ayrıca) Ceza Kanunu'nun 64. maddesi uyarınca bir tedbir, kamu güvenliğinin çıkarlarına yönelik olmalı ve bu amaca iyileştirme yoluyla ulaşılabilecek olsa bile, öncelikle toplumu tehlikeli faillerden korumaya hizmet etmelidir.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁰ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10; Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹⁸¹ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15. Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 220/13, 31.7.2013: “*Süresi belirsiz olması nedeniyle oldukça külfetli olan kuruma yerleştirme tedbirine, işlenen ve işlenmesi beklenen suçların önemiyle açıkça orantısız olması halinde karar verilemez.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>. Schöch ise 64. madde haricinde, hiçbir tedavi veya iyileştirmenin beklenmediği durumlarda

Benzer şekilde Mahkeme'ye göre, Kanun'un 64. maddesi uyarınca tehlikelilik arz eden bağımlıların tekrar sosyalleşmeleri amacıyla rehabilitasyon merkezine yerleştirilmeleri yalnızca iyileştirme başarısının mümkün olduğu ve dolayısıyla aracın elverişsiz olmadığı durumlarda gündeme gelecektir¹⁸².

VI. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Federal Mahkeme'ye göre, tedbir kararlarında ölçülülük ilkesi açıkça tartışılmalıdır. *Örneğin*, 63. maddede düzenlenen muhafaza altına alma tedbiri kapsamında ölçülülük tartışmasının yapılmamasının başlı başına bir eksiklik oluşturduğu kabul edilmiştir¹⁸³.

Ölçülülük ilkesine aykırı bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilemeyeceği gibi yerine getirilmesine de devam edilemez. Dolayısıyla ölçüsüz tedbir derhal sona erdirilir¹⁸⁴. Elbette bu durumda daha hafif bir tedbirin tatbiki gündeme gelebilir¹⁸⁵. Ancak, tedbirin ölçsüzlük nedeniyle tamamen kaldırılmasından evvel, infazının Kanun'un 67b/1. maddesi uyarınca ertelenmesinin mümkün olup olmadığının araştırılmasının uygun olacağı, zira bu durumda temel haklara müdahalenin daha sınırlı kalacağı ve böylelikle ölçülülüğün kabulünün söz konusu olabileceği belirtilmektedir¹⁸⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki; ölçülülük ilkesine aykırı olarak verilenler de dahil olmak üzere iyileştirme ve güvenlik tedbirinin tatbikine yönelik kararlara karşı genel hükümler kapsamında istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurulması mümkündür.¹⁸⁷ Yine, iyileştirme ve güvenlik

dahi güvenlik amacına yönelik olarak tedbire karar verilmesinin ölçülü olabileceğini ileri sürmektedir, § 62 kn. 29; aynı yönde Kaspar, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 21; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 274.

¹⁸² Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 3/9,16.3.1994, erişim 23 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁸³ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 371/15, 23.9.2015, erişim 23 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2365/09, 04.05.2011, erişim 23 Ekim 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

¹⁸⁵ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 223/98, 04.8.1998, erişim 23 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁶ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 291/10, 20.7.2010, erişim 23 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁷ Schöch, Vor § 61 kn. 129.

tedbirlerinin tatbikinde sonradan veya ek olarak alınan kararlar veya ertelenen tedbirin icrası yönünden ölçülülük ilkesi doğrultusunda ileri sürülecek itirazlar bakımından ilgilisi tarafından şikâyet kanun yoluna başvurulması olanağı da mevcuttur. Ayrıca, Kanun'da, tedbirin infazının her aşamasında ilgili kişinin serbest bırakılmasını sağlayabilecek incelemeler yapılması da sağlanmıştır.

SONUÇ

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında kamu yararı ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında ortaya çıkan karşılıklı menfaat çatışmasında gündeme gelen ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. Aşırılık yasağının bir görünüm şekli olarak nitelendirilen ölçülülük ilkesi, tedbirden kaynaklanan müdahalenin ağırlığı ile hedeflenen yararın makul bir denge içerisinde bulunmasını, yani yararın müdahalenin doğurabileceği kısıtlama ve yoksunluklara ağır basmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan ilke, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin muhatabının temel hak ve özgürlüklerine karşı zorunlu, gerekli ve oranlı olanın da ötesinde bir müdahale içermesine cevaz vermemekte, aksine toplumsal yararların korunması bakımından vazgeçilmez oldukları ölçüde ve karşılıklı yarar-zarar dengesi gözetilerek uygulanmasını garanti altına almaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi ile tehlikelilik arz eden faile yüklenen özel yükümlülükler bakımından – *her şeyden önce faşizm dönemindeki yaygın kullanım izlenimi de dikkate alınarak* – ek bir “güvence” sağlanması amaçlanmıştır. Bilhassa, ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmayan hatalı uygulamaların ölçülülük ilkesine ilişkin söz konusu düzenlemenin getirilmesinde önemli bir etken olduğu belirtilmektedir. Madde hükmü, hukuk devleti tarafından kabul edilebilir son ölçüyü ortaya koymaktadır¹⁸⁸. Böylelikle, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin zorunlu, göze alınan ve cezalandırma karakteri bulunmayan olumsuz yan etkilerinin sınırları çizilmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi lafzından ölçülülük ilkesinin yalnızca iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik kararın somut olayda açıkça orantısız olduğu durumlarda uygulanabileceği anlaşılrsa da, ilkenin aynı zamanda karar verilen bu tedbirlerin derecelendirilmesi, infazı,

¹⁸⁸ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

biçimlendirilmesi, devamı, tatbik süresi, ertelenmesi, ertelemenin kaldırılması ve içtımaki bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁹.

Alman Hukukunda ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve oranlılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri için gözetilmesi gereken ölçülülük ilkesi uyarınca tedbirin uygulanma koşulları kapsamında elverişliliği, gerekliliği ve oranlılığı bakımından bir denetim yapılmalıdır. “*Elverişlilik*” denetiminde, tedbirin yerine getirilmesi bakımından özellikle iyileştirme amacına uygun koşulların mevcudiyeti ile somut olarak tedbirin muhatabı için uygunluğu kontrol edilmektedir. Buna göre, tedbir vasıtasıyla arzu edilen netice desteklenebiliyor ise tedbir elverişlidir. İstenilen sonucun daha sonra gerçekleşip gerçekleşmemesi ise belirleyici değildir. Tedbirde ölçülülük değerlendirmesinde, “*kısmi*” elverişliliğin yeterli olduğu, yalnızca mutlak elverişsizliğin ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına geleceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kısmi elverişsizlik hali tedbirin ölçüsüz olması sonucunu doğurmamaktadır ki, en azından güvenlik amacı bakımından her zaman destekleyici mahiyette olacaklarından hareketle iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin elverişlilik unsuru açısından herhangi bir sorun oluşturmadığı ifade edilmektedir. “*Gereklilik*” alt ilkesi uyarınca, yalnızca amaca ulaşmak için gerekli olduğu ölçüde hukuki yararları müdahale edilir ve bu nedenle birden fazla aynı elverişliliğe sahip araçtan en hafif olanının seçilmesi gerekir. Failden kaynaklanan tehlikeliliği kesin olarak ortadan kaldıracabilecek daha hafif nitelikte bir araç gündeme gelmiyorsa, gereklilik koşulu onaylanmalıdır. Gereklilik alt ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede dikkate alınan “*güncellik prensibi*” (*Aktualitätsprinzip*) uyarınca, tedbirin tam olarak tatbik edildiği anda gerekli olması aranmaktadır; dolayısıyla tedbir kararına dayanak

¹⁸⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 08.10.1985: “*Tedbirden etkilenen bireyin özgürlük hakkı ile toplumun işlenmesi beklenen önemli hukuki menfaat ihlallerine karşı güvenlik ihtiyacı arasında ortaya çıkan çatışma, adil ve savunulabilir bir dengeyi gerektirir. Bu denge, tedbirin yerine getirilmesinin ertelenmesine ilişkin kararlar bakımından yalnızca güvenlik menfaati ile hastaneye yerleştirilenin özgürlük hakkının birbirlerinin düzelticisi olarak görülmesi ve somut olayda karşılıklı olarak dengelenmeleri suretiyle etki doğurmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi tutukluğun devamı için aynı hususları hali hazırda defalarca vurgulamıştır. Bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinin özel nitelikleri dikkate alındığında belirtilen hususlar burada da geçerlidir: Mahkeme, m.63’e göre hastaneye yerleştirilen bakımından m.67d/2 anlamında bir riskin mevcut olduğu kanaatindeyse, topluma yönelik olası tehlikeyi maruz kalınan özgürlükten yoksun bırakma süresi ile ilişkilendirmelidir.*”, erişim 31 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

kabul edilen öngörüler karardan hemen önce oluşturulmalı ve en güncel bilgilere dayanmalıdır. “*Dar anlamda ölçülülük ilkesi*” olarak da adlandırılan “*oranlılık*” alt ilkesine göre; uygulanacak tedbir ile ilgilinin temel hak ve özgürlüklerinin ağırlığı ve önemi arasında makul bir denge bulunmalıdır. Dolayısıyla bir tedbirin tatbiki, elverişli ve gerekli olmasına rağmen farklı konu ve yararlar arasındaki bu denge gözetilerek yasaklanabilir. Oranlılık incelemesinde esas olan, tedbirle amaçlanan kamusal yarar ile tedbirin müdahale ettiği bireysel yarar arasındaki ilişkidir (*Mittel-Zweck-Relation*). Müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin ciddiyeti ve aciliyeti arasındaki bütüncül değerlendirmede beklenebilirlik sınırları korunmalıdır. Tedbirle muhatabının temel hak ve özgürlüklerine ne kadar yoğun müdahalede bulunuluyorsa, hedeflenen amacın önemi de o kadar yüksek olmalıdır.

Alman Hukukunda “*ikincillik*” ilkesini, “gereklilik” (*Erforderlichkeit*) alt ilkesi kapsamında değerlendiren yazarlar bulunduğu gibi, bu ilkedeki bağımsız olarak ön plana çıkaranlar da mevcuttur. Federal Mahkeme’nin ölçülülük değerlendirmesinde ikincillik ilkesine açıkça yer verdiği kararları mevcuttur. Ancak Mahkeme, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı tedbirlerde ikincillik ilkesinin yalnızca infaz (*yerine getirme*) bakımından geçerli olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme’nin söz konusu içtihadı öğretide eleştirilmekte ve hem anayasal düzeyde tanınan aşırılık yasağı hem de Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi hükmü nedeniyle ikincillik ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karar verme aşamasında da dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir.

Ölçülülük denetimi için öncelikle ilgili iyileştirme ve güvenlik tedbirine ilişkin şekli ve maddi tüm koşulların gerçekleşmiş olması aranır. Bu koşullar bir bütün olarak var olmadıkları müddetçe 62. madde kapsamında bir denetim de gündeme gelmeyecektir.

Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi, ölçülü olmaması ve böylelikle aşırılık yasağını ihlal etmesi nedeniyle bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine ne zaman karar verilemeyeceğine veya tedbirin ne zaman sonlandırılacağına ilişkin üç temel kıstas sunmaktadır. Bunlar; fail tarafından işlenen suçun önemi, işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesidir. Türk Ceza Hukukunda ise güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük ilkesinin yer aldığı genel bir düzenleme olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrası gündeme gelmektedir. Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyle, güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük değerlendirmesinde yalnızca fail tarafından “*işlenen fiili*” esas almıştır.

Ancak bu yaklaşım öğretide haklı olarak eleştirilmekte, salt geçmişe yönelik bir değerlendirmenin güvenlik tedbirleri ile hedeflenen amaçlarla bağdaşmadığı, önemli olanın “*beklenen*”, yani “*işlenmesi beklenen suçlar*” olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan tıpkı Alman Hukukunda benimsenen ölçütlerde olduğu gibi ölçülülük değerlendirmesine “*işlenmesi beklenen suçlar*” ve “*failden kaynaklanan tehlikenin derecesi*” gibi geleceğe yönelik koşulların dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

Alman Kanun koyucu, fail tarafından “*işlenen suçun önemini*” dikkate alarak hafif nitelikteki bir suçun ağır nitelikteki bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin uygulanması için araçsallaştırılmasını önlemeyi hedeflemiştir. Dolayısıyla, fail tarafından işlenen hafif nitelikteki suçlar, ağır nitelikteki iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik kararlara dayanak olmaz. Ancak işlenen suçun, işlenmesi beklenen suçtan salt daha hafif nitelikte olması, iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilmesine doğrudan engel teşkil etmez. Bu kapsamda dikkate alınması gereken hususlar arasında, anayasal değerler düzeninde ihlal edilen hukuki menfaatin konumu ve ihlalin boyutu yer almaktadır. Yine, işlenen suç için kanunda öngörülen en yüksek cezanın ve suçun uzun zaman önce işlenip işlenmediğinin de rol oynayabileceği ifade edilmektedir.

Ölçülülük değerlendirmesinde dikkate alınan diğer bir kıstas; “*işlenmesi beklenen suçların önemi*”, yani potansiyel mağdurları/toplumu tehdit eden zararın boyutudur. İşlenmesinden endişe duyulan suçlar, yüksek tehlikelilik arz edecek veya hukuk barışını ciddi bir şekilde bozacak ise “önemli” oldukları kabul edilir. İşlenmesi beklenen suçların öneminde, tıpkı işlenen suçun öneminde olduğu gibi, öncelikle suçun ağırlığı ve türüne, yani tehdit altındaki hukuki menfaatlerin önemi ve olası ihlalin boyutuna bakılır. Ayrıca, bu suçların olası işlenme sıklığı da önem arz eder. Ancak, işlenmesi beklenen suçlardaki ağırlık eksikliğinin sayı çokluğu ile kolayca telafisi mümkün değildir.

“*Failden kaynaklanan tehlikenin derecesi*” ölçülülük ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede dikkate alınması gereken son kanuni kıstastır. Bu ölçüt, failin başkaca suçları işleme olasılığının yüksekliği ve bunların zamansal yakınlıklarına (*olası tekerrür hızına*) bağlıdır. Federal Anayasa Mahkemesi, failden kaynaklanan tehlikeliliğin nitelik ve nicelik olarak yeterince somutlaştırılması gerektiğini vurgulamaktadır. Failin gelecekte suç işleyeceğine yönelik belirli bir olasılığının bulunması tedbir kararı verilebilmesi açısından asgari koşuldur. Ancak bu olasılığın derecesi her

somut olayda farklı yoğunlukta olabilir. Dolayısıyla, bu olasılığın istatistiksel açıdan, önceki suç işleme sıklığına, her şeyden önce eylemi üreten sosyal çatışmanın tekrar edip etmeyeceği veya devam edip etmeyeceği varsayımlarına ve alternatif müdahalelerin tehlikelilik düzeyini önemli ölçüde azaltmaya uygun olup olmadığı belirlenmelidir. İyileştirme ve güvenlik tedbirleri gelecekteki suçları önlemeyi amaçladığından, yapılacak bütüncül değerlendirmede kural olarak failin geleceğe yönelik tehlikeliliğine ağırlık verilecektir, öyle ki, işlenen suç hafif nitelikte olsa da, gelecekte ciddi ağırlıkta suçların işlenmesi bekleniyorsa tedbire karar verilmesi mümkündür. Olasılığın büyüklüğü, yeni suçların zamansal yakınlığına da işaret etmektedir.

Ölçülülük incelemesinde referans alınan üç kıstas; fail tarafından işlenen ve işlenmesi beklenen suçların önemi ile failden kaynaklanan tehlikeliliğin derecesi, somut olayda öncelikle birbirinden ayrı olarak incelenmeli ve akabinde tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilerek bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan, 62. maddede sayılan birbirinden farklı bu üç kıstas da somut olayda incelenecek, ancak tedbirin ölçülülüğü, ayrı ayrı her bir kıstasa göre değil, tüm özelliklerin bir bütün olarak değerlendirilmesine ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkisine göre belirlenecektir. Bu çok değişkenli sistemde, bir kıstasın varlığına dair belirtilerin azlığı, diğer bir kıstasın varlığına dair kuvvetli belirti ile dengelenebilmektedir. Ancak, tedbire ilişkin bir koşulun tümüyle eksikliği, diğer bir koşulun gereğinden fazla mevcudiyeti ile telafi edilememektedir.

Ölçülülük incelemesi açısından tedbirlerin iyileştirme yönünün tamamen önemsiz olduğu söylenemez. Fakat tedbirle hedeflenen iyileştirmenin başlı başına bir amaç olarak değil yalnızca amaca yönelik bir araç ve tedbirin ihtiva ettiği kötülüğe karşı dengelenecek dayatılmış bir fayda olarak kullanılması gerektiği kabul edilmektedir. Kuruma yerleştirme tedbirinin uygulanmasıyla bağlantılı iyileştirme olanakları ne kadar azsa, tedbirin muhatabı için özgürlükten yoksun bırakma o kadar yük getirici olur.

Son olarak, ölçülülük ilkesine aykırı bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilemeyeceği gibi yerine getirilmesine de devam edilemez. Dolayısıyla ölçüsüz tedbir derhal sona erdirilir. Elbette bu durumda daha hafif bir tedbirin tatbiki gündeme gelebilir. Tedbirin ölçsüzlük nedeniyle tamamen kaldırılmasından önce, infazının ertelenmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması uygun olacaktır, zira bu durumda temel haklara müdahalenin daha kısıtlı etkiye sahip olacak ve böylelikle ölçülülüğün kabulü söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Eschelbach, Ralf. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Holger Matt, Joachim Renzikowski. München: Verlag Franz Vahlen, 2013.
- Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: Verlag C. H. Beck, 2008.
- Gödekli, Mehmet. *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü*. Ankara: Adalet, 2020.
- Heger, Martin. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Karl Lackner, Kristian Kühl, Martin Heger. München: Verlag C. H. Beck, 2023.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humbolt, 1996.
- Kaspar, Johannes. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier, §§ 61–64. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2014.
- Kinzig, Jörg. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Adolf Schönke, Horst Schröder, §§ 56–72. München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Lothar, Michael. “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”. *JuS*, (2001), 654-659.
- Maurach, Reinhart, Gössel, Karl ve Heinz, Zipf. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. Heidelberg: C. F. Müller, 1989.
- Meier, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Berlin: Springer, 2014.
- Pollähne, Helmut. *“Strafgesetzbuch”*, Nomoskommentar, Herausgegeben von: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, Frank Saliger, §§ 61–64. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023.
- Schöch, Heinz. *“Strafgesetzbuch”*, Leipziger Kommentar, Dritter Band, Herausgegeben von: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-Van Saan, Klaus Tiedemann, §§ 61-64, 67. Berlin: De Gruyter Recht, 2008.
- Sinn, Arndt. *“Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch”*, Band 2, Herausgegeben von: Hans-Joachim Rudolphi, Jürgen Wolter, §§ 61-72. Köln: Wolters Kluwer, 2013.
- Van Gemmeren, Gerhard. *“Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”*, Band 2, Bandredakteur: Bernd von Heintschel-Heinegg, §§ 61–65. München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- Ziegler, Theo. *BeckOK StGB*. München: Verlag C. H. Beck, 2023.
- Zippelius, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. München: Verlag C. H. Beck, 2021.
- Zippelius, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: Verlag C. H. Beck, 2011.

HUKUK EĞİTİMİNDE “HUKUK ETİĞİ”

“Legal Ethics” in Legal Education

Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY*

ÖZ

Bu çalışmada hukukçu kimliğinin oluşmasında hukuk eğitiminin temel belirleyici olduğuna ilişkin iddiadan yola çıkılmıştır. Hukuk eğitimi temel ve mesleki eğitim olarak ikiye ayrılmış, bu ayrım çerçevesinde hukuk etiği konusunun hukuk eğitimindeki yeri analiz edilmiştir. Birinci bölümde, temel hukuk eğitiminde hukuk etiğinin yeri tartışılırken, felsefi hukuk etiği ile hukuk felsefesindeki öncü yaklaşımlar referans alınmıştır. Bu doğrultuda hukuk eğitiminde hukuki pozitivist bakış açılarından dışlayıcı hukuki pozitivist ve kapsayıcı hukuki pozitivist bakış açıları bağlamında hukuk etiği derslerinin içeriği değerlendirilmiştir. Dışlayıcı hukuki pozitivist perspektiften kurgulanan hukuk etiği eğitime dair kural temelli olmasının sakıncaları ortaya konularak, kapsayıcı hukuk pozitivism temelli hukuk etiği derslerinin etik konusuna dair hukuk öğrencilerinin farkındalıklarını arttırmada daha etkili olabileceği iddia edilmiştir. İkinci bölümde ise hukuk meslek eğitimi içerisinde hukuk etiğinin yeri, felsefi hukuk etiği, hukuk etiği kodlarına dayanılarak ortaya konulmuştur. Her iki boyutu ile hukuk etiği konusu hukukçu adaylarının hukuk eğitiminde ve hukukçuların mesleki eğitimlerinin önemli bir parçası olduğu tespit edilerek çalışma sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk etiği, felsefi hukuk etiği, hukuk eğitimi, dışlayıcı hukuk pozitivism, kapsayıcı hukuki pozitivism

ABSTRACT

This study is based on the argument that legal education shapes the identity of a lawyer. Legal education is divided into basic and vocational

Makalenin Geliş Tarihi: 14.02.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 06.05.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: gurgeyi@mef.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3928-3509.

education, and within the framework of this distinction, the place of legal ethics in legal education is examined. The first part discusses legal ethics in basic law education, drawing on philosophical legal ethics, and pioneering approaches in the philosophy of law. In this regard, the content of legal ethics courses was evaluated in the context of exclusionary and inclusive legal positivist perspectives in legal education. The article argues that rules based legal ethics courses, based on the exclusive legal positivism, limits the ethical awareness of the law students. In this regard, it is suggested that legal ethics courses based on the inclusive legal positivism can be more effective in enhancing the ethical awareness. The second part discusses the place of legal ethics in legal professional education is revealed based on philosophical legal ethics and legal ethics codes. The study concludes that legal ethics, in both its parts, is an important component of the legal education of prospective lawyers and the professional training of lawyers.

Key Words: Legal ethics, philosophical legal ethics, legal education, exclusive legal positivism, inclusive legal positivism

GİRİŞ

Hukukçuların mesleki kimliklerinin oluşmasını sağlayan çok sayıda etken bulunmaktadır. Toplumun hukukçuları nasıl algıladığı, bireyin hukukçuya ilişkin özel bakış açısı, hukukçuların hukukçuyu nasıl gördüğü hukukçu kimliğini belirleyen unsurlardandır. Ancak hukukçu kimliğini belirleyen en önemli unsurun hukuk eğitimi olduğu konusunda yaygın bir yaklaşım vardır¹. Hukukla ilişkili işleri meslek haline getiren en önemli basamaklardan birisi hukuk mesleğine özgü eğitimidir². Hukuk eğitimi tarihte ve günümüzde çok farklı şekillerde yapılandırılmaktadır. Bu farklılıkların temelinde tarihte ve günümüzde toplumların farklı hukuk sistemlerinin bulunması ve hukukun ne olduğuna ilişkin bakış açıları arasındaki farklılıklardır. Örneğin Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde hukuk öğrencileri

¹ Warren E. Burger, "The Role of the Law School in the Teaching of Legal Ethics and Professional Responsibility," *Cleveland State Law Review* 29, no. 3 (1980): 387; Thomas Morawetz, "Teaching Professionalism: The Issues and the Antinomies," içinde *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, ed. Kim Economides (Oxford: Hart Publishing, 1998): 217.

² Deborah L. Rhode, "Professionalism Symposium: Conference Proceedings: Opening Remarks: Professionalism," *South Carolina Law Review* 52, no. 3, (Spring 2001): 459.

hukuku avukat bakış açısından ele alırken, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hukuk öğrencileri hukuku yargıcın bakış açısından ele alıp öğrenirler³. Tüm farklılıklarına rağmen ortak olan modern devletlerde hukuk eğitiminin hukukçuların mesleki kimliğini belirlemede önemli bir unsur olduğudur.

Günümüzde hukuk eğitimi genellikle bir üniversite lisans eğitimiyle başlar, ancak bazı hukuk sistemlerinde “hukuk” konusuna ilişkin bilgiler sınırlı olarak üniversite eğitimi öncesinde ortaokul veya liselerde vatandaşlık eğitimiyle birlikte verilebilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok hukuk fakültesi öğrenci kabul etme şartı olarak dört yıllık bir kolej/lisans eğitiminin tamamlanmasını öngörmektedir⁴. Dolayısıyla ABD’de temel hukuk eğitimi lisansüstü bir program olduğu kabul edilebilir. Aynı ya da benzer durum Hindistan ve Pakistan’da da geçerlidir. Ancak genel olarak bakıldığında hukuk bilgisinin temellerinin atıldığı temel hukuk eğitimi üniversitelerde hukuk lisans derecesidir. Hukuk eğitiminin başlangıcı veya ilk akademik aşaması olarak kabul edilmektedir. Lisansüstü dereceler, hukuk çalışmalarının uzmanlık alanlarına, hukuk alanında akademik bir kariyere hizmet eder ve burada öğrenciler, bir yüksek lisans dersini takip edebilir veya doktora programına götüren daha yüksek hukuk derecesi için yüksek lisans çalışmaları yapabilirler⁵.

Hukuk eğitiminin tüm aşamalarında ve görünümünde “hukuk etiği” derslerinin önemi günümüzde sıklıkla tartışılmaktadır. Zira hukuk pratiğinde

³ David Luban, “The Sources of Legal Ethics: A German-American Comparison of Lawyers' Professional Duties”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 48, no. 2, (1984): 279.

⁴ ABA hukuk eğitimine hazırlanmak için herhangi bir lisans dalını veya ders grubunu önermez. Hukuk fakültesine hemen hemen her akademik disiplinden öğrenci kabul edilmektedir. Tarih, İngilizce, felsefe, siyaset bilimi, ekonomi veya işletme gibi hukuk fakültesine geleneksel hazırlık olarak kabul edilen konularda uzmanlaşmayı seçilebilir. Ancak lisans eğitimini müzik, matematik, bilgisayar bilimi, mühendislik, hemşirelik veya eğitim gibi çok çeşitli alanlara da odaklanılabilir. Hangi bölüm olursa olsun araştırma ve yazma becerilerini geliştirme fırsatını sağlayan çalışma konuları teşvik edilmektedir. ABA, “Pre-Law,” (2024), (https://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/pre_law/).

⁵ Kim Economides, “Legal Education,” içinde *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* 13, ed. James D. Wright, (Oxford: Elsevier, 2015): 737.

⁶ Gerek günlük dilde ve gerekse akademik dilde “hukuk etiği” ifadesi çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Akademik dilde hukuk etiği, hem felsefe disiplininin bir alt dalı olan etiğin, hem hukuk teorisinin temel kavramlarından. Hukuk disiplini içerisinde

karşılaşılan etik problemler ele alınırken konu bir şekilde dönüp dolaşıp hukuk eğitiminin niteliğine gelmektedir. Dolayısıyla hukuk eğitiminin nasıl olması gerektiği her zaman hukuk etiği konusuyla karşılaşmaktadır⁷. Son yıllarda ABD’de hukuk eğitiminin bir kriz içinde olduğuna ilişkin iddiadan yola çıkarak çözüm yollarının tartışıldığı çok sayıda çalışma yapıldığı görülmektedir⁸. Öğrenci sayılarında düşme, eğitiminin pahalı olması, mezunların iş bulma olanaklarının azalması, mezunların buldukları işlerde ücretlerin düşük olması, eğitimin mesleki becerileri geliştirmeye yönelik olmaması gibi başlıklar hukuk eğitimi çerçevesinde ele alınan tartışmalı konulardan bazılarıdır⁹.

Hukuk etiği eğitiminin tarihine bakıldığında, hukuk etiği eğitiminin üniversitelerden önce hukuk meslek örgütlerinde ya da hukuk mesleğinin icra edildiği hukuk bürolarında, adliyelerde gerçekleştirildiği söylenebilir. Daha sonra özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı devletlerde hukuk fakültelerinde hukuk etiği dersleri verilmeye başlanmıştır. ABD’de Watergate skandalından¹⁰ sonra, ABA hukuk fakültelerinin etik ve hukuk

hukuk etiği felsefenin alt dalları olan ahlak ve siyaset felsefelerinden destek alarak felsefi ya da teorik hukuk etiği çalışmalarını odağındadır. Bu bağlamda hukuk etiği hukuk pratiği içindeki ahlaki değerler ile hukukçuların davranışlarına yönelik yapılması gerekenleri düzenleyen normlar arasındaki ilişkiyi tartışan teorik bir çalışma alanı ve bir hukuk dalıdır. Hukuk etiği aynı zamanda hukuk teorisinde hukukçuların mesleklerini icra ederken ortaya koydukları eylemlerine ilişkin hukuk pratiğiyle bağlantılı ulusal ve uluslararası sivil toplum örgütlerinin ortaya koymuş oldukları davranış kuralları ve bunlar üzerine yapılan tartışmaları da içermektedir. (Barbara Mescher, *Legal Ethics for Lawyers: A New Model* (London: Routledge, 2023), 1; Deborah L. Rhode ve David Luban ve Scott L. Cummings, *Legal Ethics* (ABD: Thomson Reuters/ Foundation Press, 2013), 3.

⁷ Alice Woolley, “Legal Education Reform and the Good Lawyer,” *Alberta Law Review* 51, no. 4, (June 2014): 804.

⁸ Örnekler için bkz. Richard Abel, “You Never Want a Serious Crisis to Go to Waste: Reflections on the Reform of Legal Education in the US, UK, and Australia”, *International Journal of the Legal Profession* 22, no. 1, (March 2015): 3-25; Robin West, *Teaching Law- Justice, Politics, and the Demands of Professionalism* New York: Cambridge University Press, 2014).

⁹ Woolley, “Legal Education,” 802-03.

¹⁰ 17 Haziran 1972 gecesi, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nin başkenti Washington’da bulunan Watergate isimli bir iş merkezinde beş hırsız yakalanmıştır. Yapılan soruşturmalarda bu hırsızların ABD’de dönemin muhalefet partisi olan Demokrat Partinin Watergate binasındaki genel merkezine girdikleri anlaşılmıştır. Her ne kadar Beyaz Saray sözcüsü “bu yalnızca üçüncü sınıf bir hırsızlık teşebbüsüdür”

mesleğine ilişkin derslerin biçimine ve içeriğine sürekli dikkat etmelerini, etik ve mesleki konuları hem maddi hem hukuk usulüne ilişkin alanlardaki hukuk derslerine dahil etmeleri gerektiğini ortaya koymuştur¹¹. Watergate skandalında hukuka aykırı olayları kapatmaya çalışan devlet yetkililerinin hukuk eğitimi almış kişiler olması (15 kişiden 10’u hukukçudur) hukuk etiğinin tartışılmasına neden olmuştur¹².

«...Soruşturma devam ederken kimlerin büyük bir olasılıkla suçlanacağını bir listesini hazırladım ... [B]enim ilk dikkatimi çeken, bu listede çok sayıda avukatın olmasıydı. Bu yüzden, her avukatın yanına küçük bir yıldız işareti koydum, Mitchell, Strachan, Ehrlichman, Dean, Mardian, O'Brien, Parkinson, Colson, Bittman ve Kalmbach Tanrı aşkına, bu kadar hukukçu böyle bir olaya karıştı mı?»¹³

ABD’de Watergate dönemi sonrasında 1973 yılından itibaren hukuk fakültelerinin akreditasyon standartları değişmiş ve tüm hukuk öğrencilerinin hukuk etiği alanında eğitim alması hukuki bir gereklilik haline getirilmiştir¹⁴.

açıklaması yapmış olsa da soruşturmada failerin dönemin ABD başkanı Richard Nixon ve iktidar partisi Cumhuriyetçi Parti’yle bağlantılı olduğu ortaya çıkmıştır. Aslında failerinin amacı basit bir hırsızlık değildir. Amaçları Demokrat Parti’nin telefonlarını gizlice dinlemek üzere parti merkezine mikrofonlar yerleştirmektir. Watergate skandalı olarak bilinen bu olay nedeniyle ABD tarihinde ilk kez bir başkan görev süresinin bitiminden önce istifa etmiştir ya da istifa etmek zorunda kalmıştır. Watergate skandalı siyaset bilimi ve tarihi açısından olduğu kadar hukuk tarihi açısından da önemli bir olaydır. (Richard H.S. Tur, “Legal Ethics, Overview,” içinde *Encyclopedia of Applied Ethics*, ed. Ruth Chadwick, (San Diego, CA: Academic Press, 1998), 59-60; Bradley Wendel, *Ethics and Law- An Introduction*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 8-19.)

¹¹ Tur, “Legal Ethics, Overview,” 60.

¹² Eric Schnapper, “The Myth of Legal Ethics,” *American Bar Association Journal* 64, no. 2 (February 1978): 202.

¹³ Kathleen Clark, “The Legacy of Watergate for Legal Ethics Instruction,” *Hastings Law Journal* 51, no. 4 (April 2000): 673.

¹⁴ ABA Approval of Law Schools 1979- ABA Standards and Rules of Procedure, 302(a)(iii);

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/Standards/standardsarchive/1979_standards.pdf, (erişim tarihi 1.02.2022); Luban, “The Sources of Legal Ethics,” 248; Alan Paterson, “Legal Ethics: Its Nature and Place in the Curriculum,” içinde *Legal Ethics and Professional Responsibility*, ed. Ross Cranston (Oxford: Clarendon Press, 1995), 176-177.

ABD’de “Multistate Professional Responsibility Examination” (MPRE olarak kısaltılmaktadır) adlı sınav birkaç istisna dışında tüm eyaletlerde baro sınavlarına girmek için bir önkoşul olarak belirlenmişlerdir¹⁵. Dolayısıyla yetkililer Watergate gibi bir siyasi ve hukuki skandalın yaşanmasının gerisinde hukuk eğitimi içerisinde etik eğitiminin yetersizliğini görmüş ve önleyici tedbir olarak hem hukuk eğitiminde hem mesleğe giriş sınavlarında hukuk etiğini içeren reformlar yapmışlardır. Ancak sistemde yapılan bütün bu olumlu gelişmelere rağmen ABD’de hukuk eğitiminde hukuk etiğine ilişkin sorunlar ve tartışmalar devam etmektedir. Dünyada ABD’nin temel hukuk eğitiminde hukuk etiği konusunda ileride olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Akademik hukuk yazınının hukuk eğitimi ve hukuk etiği konusunda diğer hukuk sistemlerine kıyasla çok sayıda kitap, makale ve ders kitabı bulunmaktadır¹⁶. ABD’de hukuk fakültelerinin neredeyse hepsinde farklı başlıklarda (Mesleki Sorumluluk, Hukuk Etiği ve Hukuk Mesleği) olsa da hukuk etiği konusunu ele alıp, tartışan dersler bulunmaktadır¹⁷. ABD dışında Batı demokrasilerine bakıldığında genel olarak hukuk etiği konusuna ya da daha spesifik olarak hukuk etiğinin hukuk eğitimindeki yerine ilişkin tartışmaların 1990’ların sonlarında başladığı görülmektedir¹⁸.

¹⁴ Morawetz, “Teaching Professionalism,” 215.

¹⁴ Ancak ABD’de bazı eyaletlerde baroya üye olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bazı eyaletlerde avukatlık mesleğini icra edebilmek için farklı üyelikler öngörülmektedir. Bu bağlamda ABD’de hukukçuların bağlı olduğu etik standartlara ilişkin farklılıklar bulunmaktadır. (Morawetz, “Teaching Professionalism,” dipnot 2.); Paterson, “Legal Ethics,” 181.

¹⁵ 1980 yılından itibaren uygulanmaya başlayan sınav Mart, Ağustos ve Kasım aylarında olmak üzere senede 3 kez yapılmaktadır. Sınav çoktan seçmeli 60 sorudan oluşmaktadır. 120 dakika sürmektedir. Sınavdan başarılı olmak için asgari puan her baro için farklılaşmaktadır. Çok Durumlu Mesleki Sorumluluk Sınavı (MPRE), yılda üç kez uygulanan, iki saatlik, 60 soruluk çoktan seçmeli bir sınavdır. MPRE, sınavı ABD’nin iki bölgesi (Wisconsin ve Porto Riko) dışındaki tüm barolara kabul için gereklidir. (Connecticut ve New Jersey’in, MPRE’den geçerli bir puan yerine, mesleki sorumlulukla ilgili bir hukuk fakültesi dersinin başarıyla tamamlanmasını kabul etmektedir.) <https://www.ncbex.org/exams/mpre>, erişim tarihi 25.12.2023.

¹⁶ Paterson, “Legal Ethics,” 176-177.

¹⁷ Morawetz, “Teaching Professionalism,” 215.

¹⁸ Türkiye’de etik alanında felsefi çalışmalar ortaya koyan Harun Tepe 1998 yılında yayımlanan makalesinde bir anekdot aktarır. Buna göre: “Etik üç beş yıl öncesine kadar ülkemizde pek bilinen ve kullanılan bir sözcük değildi. Bundan on yıl önce yayınlanması için akademik bir dergiye gönderdiğim “Etik ve Metaetik” başlıklı yazıma editörün verdiği yanıtta sanırım “etik” sözcüğü editöre anlamsız görüldüğü

Zygmunt Baumann’a atıfla Julian Webb toplumların milenyumun sonlarına doğru ahlaki çöküş korkularının ortaya çıktığını ve bunun neticesinde çevrenin korunması, toplumların geleceği, çocukların eğitimi, kamusal ve mesleki yaşamdaki standartların etik boyutu tartışılmıştır. Hukuk etiğinin yenilenmesine yönelik akademisyenlerin, avukatların, baroların, müvekkillerin talepleri bu olayların ve özellikle mesleki yaşama karşı tepkinin belirtileri olduğunu ileri sürmektedir¹⁹. Ancak ABD örneğinde görüldüğü gibi hukuk etiğinin hukuk eğitimindeki yeri belirli bir sorunla karşılaşma, sorunun nedeni olarak hukuka aykırılıkları görme ve hukuka aykırılıkları gerçekleştiren kişilerin hukukçu olması durumunda meselenin çözümünün hukuk eğitiminin niteliğinin dönüştürülmesi olarak görülmesidir. Bu dönüşüm konusunda hukuk tarihinde çok sayıda öneri ve uygulamayla karşılaşmak mümkündür. Ancak ABD örneğinde görüldüğü gibi çözüm “hukuk etiği” öğretimine bağlanabilmektedir. Hukuk etiği eğitimi, hukuk eğitiminin bir parçası olacaksa, bu eğitimin hangi safhasında gerçekleştirilmelidir?

Hukuk eğitimin çeşitli safhaları bulunmaktadır. Bunun en görünür kademesi genellikle üniversitelerin lisans eğitimi düzeyinde kurgulanan temel hukuk eğitimidir. Bu eğitim sonrasında hukukçular pratik hukuk alanında çeşitli mesleklere girebilmektedirler. Pratik hukuk hayatının en belirgin örnekleri avukatlık, yargıçlık, savcılık, noterlik meslekleridir. Avukat olmak isteyenler avukatların oluşturduğu meslek örgütleri olan barolarda avukatlık mesleğine ilişkin belirli bir mesleki eğitim almaktadırlar. Hâkim, savcı, noter olmak isteyenler benzer şekilde kendi alanlarına ilişkin belirli bir mesleki eğitim alırlar ki bunlar hukuk eğitiminin diğer görünümleridir. Hukuk meslek hayatına girildikten sonra mesleki gelişmelere paralel olarak meslek içi hukuk eğitimleri devam etmektedir. Aynı zamanda üniversitelerin lisansüstü programlarında akademik hukuk eğitimine devam edilebilir.

Hukuk eğitime yönelik eleştirilerden bir tanesi hukuk eğitiminin öğrencileri pratik hukuk hayatına hazırlamadığı ve bununla bağlantılı olarak pratik hukuk hayatında gerekli olan birtakım hukuki becerileri içeren

için “etnik” olarak “düzenlenmiş”ti. Ama son yıllarda tüm dünyada yaşanan çevre sorunları ve tıp etiği ile ilgili sorunlardan, ülkemizde ise siyasette ve basın yayın kuruluşlarında yaşanan kimi etik sorunlardan sonra, “etik” sözcüğünün daha sık duyar olduk.” (Harun Tepe, “Bir Felsefe Dalı Olarak Etik,” *Doğu Batı* 1, no. 4, (1998): 9.)

¹⁹ Julian Webb, “Ethics for Ethics for Citizens? New Directions for Education,” *Journal of Law and Society* 25, no. 1 (1998): 134.

eğitiminin öğrencilere verilmediği yönündedir. Temel hukuk eğitiminin amacı avukat, hâkim, noter, savcı gibi mesleklere hukukçu yetiştirmek ise bu eleştiri yerindedir. Ancak temel hukuk eğitimi mesleki eğitim alanı olarak görülmez ve hukuk fakültelerinin hukuk eğitiminden amaçladığının pratik hukuk hayatından bağımsız olarak “iyi hukukçu” yetiştirmek olduğu belirtilirse, bu eleştiriyi kabuk etmek mümkün gözükmemektedir. Olgusal anlamda hukuk sistemlerine bakıldığında temel hukuk eğitimi kurgusu mesleki eğitimi amaçlayabildiği gibi hukuk meslek eğitimini amaçlanmadığı da görülmektedir. Hukuk eğitimini mesleki eğitim olarak ele almayan hukuk eğitim modelleri, temel hukuk eğitimini beceri temelli değil, üniversite eğitiminin bir parçası olarak akademik hukuk öğretimini amaçlamaktadır. Bu bağlamda şu sorunun cevabına bağlı olarak hukuk etiği derslerinin hukuk eğitimindeki yeri ve içeriği değişebilecektir: Hukuk fakülteleri mesleki eğitim alanları olarak mı yoksa liberal felsefeyle eğitim veren, hukuk kavramıyla ilişkili ileri araştırmalar yapan eğitim kurumları olarak mı görülmelidir? Bu cevaba bağlı olarak hukuk fakültelerinin hukuk etiği derslerini müfredatlarına dahil edip etmeyecekleri ve müfredata dahil edeceklerse bu derslerinin içeriği söz konusu eğitim felsefesine bağlı olarak farklılaşacaktır²⁰.

Mesleki eğitim dışındaki hukuk eğitiminde hukuk pratiğine ilişkin becerilerin geliştirilmesine ilişkin derslere çoğunlukla yer verilmez. Örneğin hukuk pratiğinde iletişim becerisinin geliştirilmesi müvekkillerle, iş yerindeki çalışanlarla, mahkemelerde memurlarla olan ilişkilerin geliştirilmesinde önemlidir. Ancak hukuk fakültelerinde iletişim becerilerinin geliştirilmesine ilişkin derslere rastlamak güçtür²¹. Bu tür derslerin olmamasına ilişkin eğitim yaklaşımının temel gerekçesi mesleki hukuk eğitimi dışındaki hukuk eğitiminin avukat, hâkim, savcı ya da noter yetiştirme amaçlı olmadığıdır. Dolayısıyla temel hukuk eğitimi, hukuk pratiğinde ihtiyaç duyulan becerilerin geliştirilmesine ilişkin dersleri görmezden gelmesini meşrulaştırabilir. Söz konusu bakış açısına göre hukukçu kimliğinin geliştirilmesi bu tür pratik hukuk becerileriyle bağlantılı değildir. Ancak temel hukuk eğitiminin hukuk pratiğine ilişkin becerileri içermesi gerektiğini düşünenler de vardır. Mesleki yeterliliğe dayalı beceri eğitimi öğrencileri “yaparak” öğrenmelerini

²⁰ Harry W. Arthurs, “Why Canadian Law Schools Don’t Teach Legal Ethics,” içinde *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, ed. Kim Economides (Oxford: Hart Publishing, 1998): 106.

²¹ Wilson Chow ve Michael Ng, “Legal Education without the Law- Lay Clients as Teachers and Assessors in Communication Skills,” *International Journal of the Legal Profession* 22, no. 1 (2015): 103-126.

sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak hangi tip becerilerin hukuk pratiği için gerekli olduğu net değildir²². Hukuk pratiği için gerekli olan becerilerin içine hukuk etiğini yerleştirenler vardır. Örneğin Rebecca Sandefur ve Jeffrey Selbin hukuk fakültelerinin öğrencilere avukat gibi davranmayı değil, avukat gibi düşünmeyi öğrettiklerini belirtmektedirler. Onlara göre hukuk fakülteleri öğrencilerini analitik olarak (bilişsel boyut) hukuki akıl yürütmeye hazırlarken, hukuk pratiği için yeterince hazırlamazlar (beceri boyutu). Aynı zamanda öğrencilere yeterince profesyonel sorumluluk ve sosyal yükümlülük duygusu vermeyi (yurttaşlık boyutu) amaçladıklarını belirterek hukuk pratiğine ilişkin becerinin hukuk etiğiyle bağlantısını ortaya koymaktadırlar²³.

Temel hukuk eğitimi meslek eğitimi olarak kabul edildiğinde hukuk öğrencilerinin mesleki uygulamaları düzenleyen normların bilgisini edinmeyi sağlamak amacıyla müfredata hukuk etiği eklenebilmektedir. Mesleki eğitim olarak kabul edilmediğinde hukuk etiği entelektüel bir faaliyet olarak kabul edilmektedir²⁴. Hukuk fakültelerinin hukuk etiğiyle ilgili bu ikili yaklaşımı hukuk akademisi için bir sorun yaratmaktadır. Eğer üniversiteler meslekler için bir eğitim alanı olarak kabul edilirse, o zaman etik konusunda mesleki bilgi eksikliğine rağmen, hukuk etiği herhangi bir hukuk fakültesinin müfredatında birincil öneme sahip olmalıdır. Avukatlar bütün hukuk sistemlerinde önemli birer aktördür. Bu konularını nasıl kullandıkları hem o toplumun kamusal refahı hem muhatap oldukları bireylerin kişisel refahı için kritik öneme sahiptir. Hukuk etiği, avukatların güç kullanımını sınırlayan normatif yapıların birer parçasıdır. Temel hukuk eğitimi mesleki eğitim olarak kabul edildiğinde, tam da bu nedenle hukuk fakültelerinde hukuk etiği derslerinin verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte kimi İngiliz hukuk fakültelerinde olduğu gibi hukuk fakültelerinin amacı mesleki öğretim olmayıp, liberal bir eğitim sağlamak ve araştırma yapmaksa, hukuk etiğinin önemi farklı bir ışıkta görülür. Öğrenciler liberal eğitimin özünde bulunan etik değerlendirme metodunu hayatlarının bir parçası haline getirme çabasına girerler. Bu bağlamda, hukuk etiği üzerine çalışmalar hukuk fakültelerinin araştırma gündeminin bir parçası olarak kabul edilmesini gerektirmektedir²⁵.

²² Webb, “Ethics for Ethics for Citizens?,” 138.

²³ Rebecca Sandefur ve Jeffrey Selbin, “The Clinic Effect,” *Clinical Law Review* 16, no. 1 (2009): 57-59; Woolley, “Legal Education,” 802.

²⁴ Arthurs, “Why Canadian Law,” 106.

²⁵ Anthony Bradney ve Kim Economides, “Ethical Challenges to Legal Education and Conduct,” *Social & Legal Studies* 10, no. 2 (2001): 275-276.

Sonuç olarak bir hukuk sistemi temel hukuk eğitimini ister mesleki eğitim olarak kabul etsin, isterse etmesin temel hukuk eğitimi, müfredata hukuk etiği konusunu eklemesi mümkündür. Hukuk eğitimi hukuk pratiğine ilişkin becerileri geliştirme odaklı olarak planlanırsa, hukuk etiği konusu bu becerilerden birisi olarak kabul edilmektedir. Ancak buradaki hukuk etiği derslerinin içeriği hukuk etiği kodlarının öğretilmesiyle sınırlı kabul edilecektir. Hukuk pratiğine ilişkin becerileri hukuk eğitiminin odağı olarak kabul etmeyen bakış açısını kabul ettiğimizde temel hukuk eğitimi hukuk kodlarına odaklanmamakta ve varsayım dayalı hukuk etiği problemlerinin tartışılması becerisine yer verilmektedir. Temel hukuk eğitimini pozitif hukuk kurallarıyla sınırlı tutmayan, kapsayıcı hukuk kavrayışını savunan eleştirel hukuk yaklaşımı, hukuk etiği derslerinin hukuk etiği kodlarının yanı sıra felsefi hukuk etiğini içermesi gerektiğini ortaya koymaktadır²⁶.

Hukuk etiğinin hukuk eğitiminin bir parçası olmasını gerekli görmeyen bakış açıları bulunmaktadır. Bu bakış açısına sahip olan hukuk fakültelerinde akademisyenler hukuk etiği derslerini anlatmak istemezler. Thomas Morawetz bazı meslektaşlarının hukuk etiği derslerine ilişkin isteksizliklerini onların pratik hukuk hayatından uzak olmalarına bağlamaktadır. Pratik hayatta karşılaşılan etik problemleri deneyimlemedikleri için etik derslerini önemsemediklerini belirtmektedir²⁷. Hukuk etiğini hukuk eğitimi müfredatının parçası olarak görmeyen yaklaşımlardan ilki hukuk etiğinin ya da genel olarak etiğin öğrenilecek bir şey olmadığı yönündedir. Bir insan günlük yaşamında dürüst değilse ya da insanlara adil davranmıyorsa bu kişiye dürüstlüğü adaleti öğretmenin bir anlamı olmayacağı düşünülmektedir. Öğrenciler etik olmanın gerektirdiği kişisel niteliklere ya sahiptir ya da sahip değildir. Her iki durumda da bu bakış açısına göre eğitimin müdahalesi hiçbir fark yaratmaz²⁸. İkincisi hukuk etiğinin bir parçası olan değerlerin evrenselliğine ilişkin itirazdır. Değer rölativitesini savunan yaklaşım “kimin etiği?” ve “kimin değerleri?” sorularını sormaktadırlar. Değer rölativizmini savunmasalar bile hukuk etiği derslerinde ya da kitaplarında sevgi, korku, özgecilik gibi birtakım değerlerin hangi sebeplerle dışarıda bırakıldığı sorgulanmaktadır²⁹. Hukuk etiği öğretiminin hukuk öğrencilerinin ahlaki

²⁶ Rhode ve Luban ve Cummings, *Legal Ethics*, 3.

²⁷ Morawetz, “Teaching Professionalism,” 215.

²⁸ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, çev: Saffet Babür (Ankara: Ayraç Yayınevi, 1998), 23-24, 1103b; Michael Sandel, *Justice*, (London: Penguin Books, 2009), 197.

²⁹ Jonathan Herring, *Legal Ethics* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 112.

muhakemelerini veya ahlaki davranışlarını geliştirdiği tam olarak kanıtlanamaz. Bu argüman kanıtlanmış olsa dahi kesinlik hiçbir zaman eğitim kararları için ölçüt olmamıştır³⁰. Hangi hukuk dersinin neden zorunlu olduğu ya da haftalık ders programında kredilerinin yüksek olması konusunda rasyonel ölçütler bulmak güçtür.

Hukuk etiğinin hukuk eğitimini bir parçası olduğunu kabul ettiğimizde ya da olması gerektiğini iddia ettiğimizde yeni sorular ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki hukuk etiğinin içeriğinin nasıl olması gerektiği ve hangi metotla anlatılması gerektiğine ilişkindir³¹. Sonuç olarak hem akademik hem mesleki hukuk eğitiminin içeriğine bağlı olarak hukuk etiğini içerebilir. Ancak olgusal anlamda hukuk eğitimine bakıldığında hukuk etiği hala görmezden gelinen bir konu olmaya devam etmektedir. Demokratik hukuk devletleri dahil olmak üzere etik konusu hukuk eğitiminde ciddiye alınan bir konu olmamaya devam etmektedir³².

I. TEMEL HUKUK EĞİTİMİNDE HUKUK ETİĞİ

Hukuk eğitiminin en belirgin görünümü olan lisans düzeyindeki temel hukuk eğitimin içeriği yere, döneme ve hukuk sistemine bağlı olarak farklılaşmaktadır. Temel hukuk eğitiminin içeriğinin ne olduğu ve nasıl olması gerektiği konusunda evrensel ölçütler bulunmamaktadır. Temel hukuk eğitiminin başarıyla tamamlanması durumunda öğrencilere belirli bir yetkinlik belgesi verilmektedir. Bu belgenin alınması için başarıyla tamamlanması gereken hukuk derslerinin hangi sebeplerle ve nedenlerle zorunlu olduğu konusunda bilgiye dayalı bir temellendirme bulmak güçtür³³.

³⁰ June Chapman, “Why Teach Legal Ethics to Undergraduates?,” *Legal Ethics* 5, no. 1 (2002): 84.

³¹ Herring, *Legal Ethics*, 112.

³² İngiltere için bkz. Herring, *Legal Ethics*, 38-40

³³ Anglo-Amerikan sisteminde ve genel olarak *common law* hukuk sisteminin uygulandığı diğer birçok ülkede, öğrencilerin her yılın sonunda dört veya beş konudan sınavları geçmeleri beklenir. Ayrıca hukuk fakültelerinin kendilerinin araştırma ve öğretim kalitelerine göre sıralanması giderek daha yaygın hale gelmektedir. Bu tür sıralamalar hükümet veya önde gelen medya organlar tarafından düzenlenen ve duyurulan lig tablolarında yer almaktadır. Örneğin US News ve World Report, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki hukuk fakültelerini derecelendirmektedir. Birleşik Krallık’ta Yüksek Öğrenim Finansman Konseyi (HEFCE), sonuçları Araştırma Mükemmelliği Çerçevesi (REF) aracılığıyla araştırma kalitesinin değerlendirilmesini yönetmektedir. Sınavlar birçok kıta Avrupası ülkesinde de mevcuttur. Ancak burada

Bu bağlamda temel hukuk eğitiminde hukuk etiğine ilişkin derslerin zorunlu ya da seçimsel olması ya da müfredata dahil edilip edilmeyeceğine ilişkin sorulara cevap için ortak bir ölçüt bulmak güçtür. Ancak bu soruya çeşitli hukuk eğitimi felsefeleri bağlamında cevap verilebilir.

Watergate skandalından sonra hukuk etiği dersini tamamlamak ve geçmek çoğu ABD hukuk fakültesinde mezuniyet için gereklilik haline gelmiştir³⁴. Deborah Rhode, yalnızca zorunlu bir hukuk etiği dersinin, etik meselelerle ilgilenen ve bundan kaynaklanan sorunları önemseyenlerin dikkatini çekeceğini savunmaktadır. Ancak, etik derslerini önemsemekle birlikte etik derslerinin zorunlu hale getirilmesinin öğrencilerin ters tepkisini çekebileceğini iddia edenler bulunmaktadır. Öğrencilerin seçtikleri derslerden en iyi şekilde yararlanmaları için ders için motive olmaları beklenir. Bu yaklaşıma göre öğrencileri katılmaya zorlamak yerine etik derslerinin değeri konusunda farkındalık yaratmanın daha etkili olacağı düşünülmektedir. Bu hususta hukuk etiği derslerinin zamanlamasının dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Etik derslerinin çoğu lisans programında son sınıflarda verilmektedir. Öğrencilerin akıllarında bazı örnekler oluşabildiğinde etik mülahazalardan yararlanabilecekleri düşünülmektedir. Ancak hukuk eğitimi programının ilk senelerinde hukuk etiği derslerin daha etkili olabileceğini ve öğrencileri yoğun hukuk derslerinden kaynaklanan yorgunlukları başlamadan önce dersten daha fazla fayda sağlanabileceğini öne sürenler bulunmaktadır³⁵.

Temel hukuk eğitimi sadece hukuk mesleklerini icra etmek isteyenler için tasarlanmak zorunda değildir. Hukuk lisans eğitimi, öğrencileri düzenli

üniversite hukuk derecesi her zaman çok daha uzun sürmektedir. Almanya'da kural olarak 5 yıldır (bu şu anda gözden geçirilmektedir). Bu 5 yılın sonunda üniversitede yapılan bir kapsamlı sınavla (Birinci Devlet Sınavı) sona ermektedir. Diğer Avrupa ülkeleri, her ders için yıllık sınav sistemini ve 5 yıllık eğitim süresinin sonunda kapsamlı bir sınavla birleştirmektedir. Yazılı sınavın yanı sıra çoğu hukuk fakültesi, öğrencilere bazen yazılı sınav yerine uzun bir makale veya tez yazma fırsatı sunmaktadır. İtalya ve Fransa'daki hukuk fakülteleri öğrencileri sözlü sınavlardan ve öğrencinin finalinde yazılacak bir tezden sorumlu tutabilmektedir. İngiliz hukuk fakültelerinde sözlü sınav genellikle sorunlu veya sınırda olan sonuçları çözmekle sınırlıdır. Öğrenciler bazen hukuki meseleler üzerinde araştırmalar üzerinde çalıştıkları için de kredi kazanabilmektedirler. Ancak bu Amerika Birleşik Devletleri dışında oldukça nadirdir. (Economides, "Legal Education," 737.

³⁴ William Simon, *The Practice of Justice-A Theory of Lawyers' Ethics* (ABD: Harvard University Press, 1998), 14.

³⁵ Chapman, "Why Teach Legal Ethics," 83-84.

olarak ama bilinçsizce kullanılan teorik çerçeveler hakkında eleştirel bir farkındalık geliştirebilir. Bu eleştirel farkındalık hem uygulamada hukukçu olmak isteyen hem istemeyenler için de arzu edilebilir. Hukuk fakültelerinin öğretimde liberal değerleri dışlamaları gerekmez, tercih edilen değerleri eleştirel incelemeye tabi tutulabilmeleri için açık hale getirmeleri gerekmektedir. Öğrencilerin etik açmazlar hakkında ne düşündükleri değil, düşüncelerinin sağlanması önemlidir. Bu tip eleştirel düşünmeyi sağlayan hukuk etiği dersleri pratik hukuk mesleğine girmeyi hedefleyen öğrenci grubu için ilgi çekicidir. Avukatların karşılaştığı etik açmazları analiz etmek için paha biçilmez bir teorik temel sağlayabilir³⁶.

Bu bağlamda temel hukuk eğitiminde hukuk etiğinin yerinin ne olması gerektiğine ilişkin soruya ilişkin tartışmalar geçmeden önce hukuk eğitiminin hangi metotla öğretilmesi gerektiği sorusuna ilişkin farklı bakış açılarına yer vermek gerekmektedir. Zira bu sorunun cevaplarına göre temel hukuk eğitiminde hukuk etiğinin yeri ve içeriği belirlenebilecektir. Burada hukukun nelğine ilişkin farklı bakış açıları dışlayıcı ve kapsayıcı hukuk pozitivist perspektifleriyle sınırlanacaktır. Aynı zamanda temel hukuk eğitimi mesleki eğitim dışında akademik eğitimle özdeşleştirilecektir.

A. Dışlayıcı Hukuki Pozitivist Bakış Açısından Hukuk Eğitiminde Hukuk Etiği Öğretimi

Hukuk eğitimi, klasik zamanlarda hukuk kuralları, ahlak ve adaleti birbirine bağlayan evrensel sorular sorarak başlamış olabilir ve ancak sonrasında bu unsurlar birbirlerinden ayrılmıştır. Hatta bazıları tamamen bir kenara bırakılmıştır. Antik dünyanın çok erken dönem hukukçularının bakış açıları kesinlikle dar görüşlü değildir ve hukuk ile ahlak arasında keskin ayrımlar yapmadıkları gibi, diğer meslekler ve disiplinlerle olan ilişkiyi de gözden kaçırmamışlardır. Hukuk eğitimi ile hukuk tekniği arasında bir ayrım yapılırsa, zaman geçtikçe ikincisinin istikrarlı bir şekilde birincisinin yerini aldığı söylenebilir. Sonuç olarak, yakın zamana kadar hukuk düşüncesinin sınırları daralmış ve hukuk aklı daha içe dönük ve temel değerlerden ziyade teknik geçici kurallar tarafından özümseme haline gelmiştir³⁷.

³⁶ Chapman, “Why Teach Legal Ethics,” 68-69.

³⁷ Economides, “Legal Education,” 734.

John Austin, Jeremy Bentham gibi dışlayıcı hukuki pozitivist öncülerle on dokuzuncu yüzyılda 1852’de kurulan Hukuk Eğitimi Konseyi de dahil olmak üzere İngiltere’de üniversitede hukuk eğitimi, University College London’da oluşturulmuştur³⁸. Özetle dışlayıcı hukuk pozitivizme göre insan otoritesinin bir ürünü olan hukuk bir olgu olarak var olur. Hukuk ve ahlakiliğin ayrı alanlar olduğu iddiasından yola çıkarak ayrılık tezini kabul eder. Bu bakış açısıyla kurgulanan hukuk eğitimi öğrencilerin yalnızca “teorik seyirciler” oldukları bir pedagojiyi teşvik etmektedir. İkincisi kurallara yapılan vurgu, bireyleri ahlaki davranışı kurallara uygun davranma olarak ele almaya ve yaratıcı itaat biçimleri yoluyla kuralları manipülatif olarak kullanmaya teşvik eden etik bir tutum olan kanuncululuğu(*legalism*) üretmektedir³⁹. Hukuk mesleğinde hukuk etiğine ilişkin öğretim ve pratik tartışmaların çoğuna kanunculuk hakimdir. Kanunculuk hukuk etiğini hukukun bir dalı olarak “mesleki sorumluluk” veya mesleki davranış kuralları başlığı altında pozitif hukuk kurallarını esas almaktadır⁴⁰.

Hukuk etiğine ilişkin hukuksal düzenlenmelerin öğrenilmesi etik problemleri çözer mi? sorusu hukuk eğitiminde hukuk etiğinin yeri üzerine dikkate alınması gerekenler arasındadır. Hukuk etiği dışında normlara dayalı hukuk derslerinde hukuk öğrencileri müvekkillerine uygulanacak hukuku öğrenirler. Ancak hukuk etiği derslerinde, hukuk öğrencileri birer hukukçu olarak kendi davranışlarına uygulanacak hukuku öğrenirler. Bu farklılık hukuk etiği derslerine yönelik hukuk fakültesi öğrencilerinin tepkilerine neden olmaktadır. Örneğin ABD’de hukuk fakültelerinde hukuk etiği dersi veren öğretim elemanlarının aktarımlarına göre ABD’de hukuk öğrencilerinin genellikle hukuk etiği düzenlemelerinin kendilerinin hukukçu olarak hareket özgürlüklerini sınırlayacağını iddia ederek hukuk etiğine karşı direndiklerini belirtmektedirler⁴¹. Köln Üniversitesi, akademisyenlerinden Martin Henssler Almanya’daki durumu şu şekilde özetlemektedir: “*Almanya’da hukuk öğrencilerine etik kurallar konusunda neredeyse hiç eğitim verilmemektedir. Almanya’da hukuk mesleğinin hukukuna dair enstitüye sahip olan tek üniversite Köln’dür. Ayrıca derslerime öğrencilerin kaydolma zorunluluğu*

³⁸ Economides, “Legal Education,” 735.

³⁹ Webb, “Ethics for Ethics for Citizens?,” 137.

⁴⁰ Christine Parker ve Adrian Evans, *Inside Lawyers’ Ethics* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 4; Judith N. Shklar, *Legalism-Law, Morals, and Political Trials* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986), 1.

⁴¹ Clark, “The Legacy of Watergate,” 675; Herring, *Legal Ethics*, 112-113.

olmadığından derslerim küçük ve ilgili bir kitleye sunulmaktadır. Ne yazık ki sınavda ne de stajyer avukatlara yönelik dört aylık süre boyunca öğrencilere etik kurallar konusunda herhangi bir sınav yapılmamaktadır”⁴².

Kural temelli hukuk etiği eğitimi hukuk etiğinin meslekle ilişkili boyutuyla ilişkilidir. Bu bağlamda hukuk etiği dersleri “hukukçuların mesleki rolleri gereği nasıl davranmaları gerekir?” sorusunu hukuk pratiği içinde yer alan hukukçuların genellikle bağlı oldukları meslek grubunun yazılı meslek kurallarıyla ele almaktadır. Etik kodlar hukukçuların mesleki davranışlarını düzenlemek açısından son derece önemli olduğu düşünülmektedir. Hukuk etiği öğretimine ilişkin söz konusu kural temelli içerik bu önemi kabul etmektedir. Yapılan araştırmalar birçok hukuk etiği dersinde kural temelli yaklaşımın benimsendiği ortaya çıkarmaktadır. Birleşik Krallık ve ABD’de hukuk etiği öğretimini araştıran Nigel Duncan’a göre, hukuk meslek etiği öğretmeye yönelik baskın yaklaşımın öğrencilerin genellikle değerlendirme yapabilmeleri için etik kuralların didaktik öğretimini içerdiğini belirtmektedir ⁴³. Bu eğitim kurgusunun arkasında muhtemelen, eğer öğrenciler kuralları ve kuralların ihlalini izleyen yaptırımları bilirlerse, hukuk uygulayıcıları olduklarında bu bilgilere dayanarak davranışları hakkında rasyonel kararlar verecekleri varsayılmaktadır.

Temel hukuk eğitimine hukuki pozitivist perspektiften kural temelli yaklaşanlar etik hukuk uygulayıcıların yaratılması için normatif çerçeveyi ortaya koymayı kabul etmektedirler. Öğrencilerin pozitif hukukun parçası olan etik kuralları bulma ve bu kuralları olgusal senaryolara uygulamaları becerilerinin geliştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu tip derslerde öğrencilerin konular hakkında çok fazla spesifik bilgi sahibi olmalarıyla sonuçlanmayabilir. Hukuk öğrencilerine, gizlilik veya çıkar çatışmaları içeren etik dışı uygulamalara ilişkin ikilemelerinin nasıl tartışılacağını öğretilmezler ya da ahlakiliğin hukuk eğitiminin merkezi bir unsuru olduğu konusunda farkındalığı geliştiremezler. Öğrencilere sosyal veya siyasi adaletin gerçekleşmesinde meslekleri rollerinin önemini gösteremezler. Ancak bu tip hukuki pozitivist perspektiften kurgulanan dersler öğrencilere hukukun

⁴² Ross Cranston, “Preface,” içinde *Legal Ethics and Professional Responsibility*, ed. Ross Cranston (Oxford: Clarendon Press, 1995), v.

⁴³ Nigel Duncan, “Addressing Emotions in Preparing Ethical Lawyers,” içinde, *Emerging Legal Learning: Affect and Legal Education: Emotion in the Learning and Teaching the Law*, ed. Paul Maharg ve Caroline Maughan (Farnham: Ashgate Publishing Group, 2011), 259.

önemli olduğunu, bir kişinin yasayı daha iyi veya daha kötü yorumlayabileceğini, yanlış anlayabileceğini ve yanlış yorumlamanın başarısızlık anlamına geldiğini öğretilmektedir. Hukuk eğitiminde hukukun merkezi önemini yineleyerek, kural temelli hukuk etiği derslerinin öğrencilere hukukun temel olarak avukatların müvekkileri adına yapabileceklerini tanımladığını ve kısıtladığını öğretir. Sonuç olarak, kural temelli hukuk öğretimi, etik kurallara dayalı olarak hukuku uygulamayı teşvik etmeye ve desteklemeye yardımcı olmaktadır⁴⁴. Kural temelli yaklaşım aynı zamanda standart avukatlık meslek etiğini de gerektirmektedir. William Simon'ın tanımına göre standart avukatlık hukuk etiği nötrlük, tarafsızlık ve sorumsuzluk unsurları gereği avukatların hukuk dışı olmadığı sürece müvekkillerinin taleplerine bağlı olarak her şeyi yapabileceklerini onaylamaktadır⁴⁵. Böylece ahlakiliğin ilkelerinden sıyrılan avukat, büyük ölçüde pozitif hukukun parçası olan mesleki davranış kurallarına bağımlı hale gelmektedir⁴⁶.

B. Kapsayıcı Hukuki Pozitivist Bakış Açısından Hukuk Eğitiminde Hukuk Etiği Öğretimi

Çağdaş hukuki pozitivist yaklaşımlardan en etkili olanlardan birisi H.L.A. Hart'ın teorisinden kaynak alan esnek/ılımlı ya da kapsayıcı hukuki pozitivismdir. Bu yaklaşımın en önemli isimleri Hart'ın yanı sıra Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Philip Soper ve David Lyons'dur⁴⁷. Hart, tüm hukuki pozitivistler gibi Aristoteles, Aquinas, Grotius, Locke, Kant, Stammler, L. L. Fuller ve John Finnis gibi çok çeşitli düşünürler tarafından ortaya konulan "doğal hukuk" teorileştirme ilkelerini reddeder⁴⁸. H.L.A. Hart'ın "The Concept of Law" (*Hukuk Kavramı*)⁴⁹ adlı kitabı bu yaklaşımın temel eseridir. Bu kitapta Hart belirli bir hukuk tanımı yapmaktan kaçınmıştır. Tanım yerine hukuk sisteminin ayırt edici unsurlarını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda hukukun zorlama, ahlak ve kurallarla ilişkisini analiz etmektedir. Bu analizi sonucunda Hart hukuk ve ahlakilik arasında zorunlu bir ilişki

⁴⁴ Woolley, "Legal Education," 803-04.

⁴⁵ William Simon, "The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics," *Wisconsin Law Review* 29, no.1 (1978): 36.

⁴⁶ Chapman, "Why Teach Legal Ethics," 78-9.

⁴⁷ Brian Bix, *A Dictionary of Legal Theory* (Oxford: OUP, 2009), 123.

⁴⁸ Neil MacCormick, *H.L.A. Hart* (Stanford: Stanford University Press, 2008), 36.

⁴⁹ Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* (Oxford: OUP, 1994).

olmadığını, ancak rastlantısal bir ilişki olabileceğini ortaya koymuştur⁵⁰. Kapsayıcı hukuki pozitivizm için bir hukuk sistemi ya da bir hukuk normunun içeriğinin ahlaki olması bir gereklilik değildir. Ancak bir hukuk sistemi ahlakiliği hukuki geçerlilik ölçütü olarak kabul edebilir. Dışlayıcı hukuki pozitivizme benzer şekilde kapsayıcı hukuki pozitivizm kavramsal olarak hukuk ve ahlakiliğin ayrı alanlar olduğunu ortaya koymakla birlikte yargının ya da yasa koyucunun hukuki geçerlilik kriteri olarak ahlakiliği kullanılabileceğini belirtir. Bu bakış açısının hukuk eğitimine ve hukuk etiği derslerinin müfredattaki yeri ve içeriğine etkisi vardır. Dışlayıcı ya da katı hukuki pozitivist bakış açısı doğrultusunda planlanan hukuk eğitimde kural temelli bir içerik dahilinde müfredat belirlenmektedir. Hukuk etiği öğretimine kural temelli bir yaklaşımın eksikliklerini ele alan zengin bir hukuk etiği literatürü vardır. David Luban, Mary Daly, Deborah Rhode, Donald Nicolson-Julian Webb ve Christine Parker-Adrian Evans gibi akademisyenler, daha bağlamsal ve disiplinler arası yaklaşımlar lehine kural temelli yaklaşımı eleştirmektedirler⁵¹. Hukuk eğitimine eleştirel yaklaşan teorisyenler hukuk eğitiminin her bir hukuk alanına paralel olarak konunun toplumsal, politik, ahlaki boyutlarının ele alınması gerektiğini düşünmektedirler. Ancak bu tür bir kapsamlı bakış açısıyla hukukun ve hukuk etiğinin öğrenilebileceği düşünülmektedir⁵².

Hukuk etiği derslerini hukuk etiğine ilişkin kurallara indirgemek kolaydır. Ancak Deborah Rhode bu tür bir indirgemeci bakış açısı konusunda uyarılarda bulunmaktadır.

1970'lerin ortalarında, büyük ölçüde avukatların Watergate skandallarındaki rolüne cevaben, ABA tüm akredite okulların mesleki sorumluluk eğitimi vermesini zorunlu kıldı. Çoğunlukla, bu eğitim artık genellikle “hukuk fakültesinin [müfredat] ... boş koltuklara veya boş zihinlere sunulan” olarak görülen zorunlu bir ders aracılığıyla verilmektedir. Mesleki sorumluluk derslerini alan öğrenciler üzerinde yapılan araştırmada öğrenciler dersleri

⁵⁰ Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): s. 153.

⁵¹ Vivien Holmes, “‘Giving Voice to Values’: Enhancing Students’ Capacity to Cope with Ethical Challenges in Legal Practice,” *Legal Ethics* 18, no. 2 (2015): 119.

⁵² Kim Economides, “Introduction- Legal Ethics- Three Challenges for the Next Millennium,” içinde *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, ed. Kim Economides (Oxford: Hart Publishing, 1998), xvii.

çok teorik veya yeterince teorik değil; gerçek uygulamaya çok uzak ve tarih, felsefe, psikoloji, sosyoloji, ekonomi vb. disiplinler arası çerçevelerden fazlasıyla ilgisiz gibi cevaplar verdiler. Sorunun bir kısmı, dersi ABA kodlarının yasal analizi olarak yapılandırma baskısında yatıyor. Bu etikte çok az ilgisi olan, kurallara bağlı bir hukuk etiği anlayışıdır. Ancak çoktan seçmeli mesleki sorumluluk baro sınavlarını geçmek zorunda olan öğrenciler genellikle alternatiflere direnirler. Öğrenciler neyin doğru olduğunu düşündüğümüzle ilgili pek çok rahatsız edici soru soran ve size sınavlar için kuralları öğretmek için hiç zaman harcamayan bir öğretim üyesinden etik dersi almaktan kaçınmaktadırlar⁵³.

Özetle Deborah Rhode hukuk etiğinin kurallarla sınırlı bir şekilde ele hukuk etiği derslerinde alınmasının etik dışı bulmaktadır. Etiği kurallara indirgeyerek, hukukçuları etik değerlendirme metotlarının öğrenilmesi ve bu bağlamda yapılan etik ikilemlere ilişkin tartışmaların dışında bırakma tehlikesi vardır. Avukatların mesleklerini icra ederken etik değer harcayan davranışlarından bazıları teknik olarak mesleki kurallar dahilinde olabilmektedir⁵⁴. Rhode kural temelli olmayan iyi tasarlanmış hukuk etiği derslerinin öğrencilerin etik muhakeme kapasitelerini geliştirdiğini ve etik davranışlarını olumlu yönde etkilediğini gösteren önemli araştırmalar olduğunu belirtmektedir⁵⁵.

Hukuk etiğine kural temelli hukukçu davranış kurallarını esas alan yaklaşım hukuk etiğinin araştırma alanına girer. Ancak hukuk etiğinin tamamını kapsamak zorunda değildir. Hukuk etiği, yazılı etik kuralların dışında veya yanı sıra hukuk ve etik ilişkisini inceleyebilir. Hukuk etiği, etikle ilişkili normlar yanında etik probleme ilişkin bütün bilgilere vakıf olarak değerlendirme yapabilecek düzeyde hukukçuların kendilerini geliştirmesini ve her biricik durumda en az değer harcayacak şekilde bir eylemde bulunmak için değerlendirme yapabilmenin metodunu içerebilir. Bu bağlamda bu tür kapsayıcı yaklaşım hem araştırmaların hem derslerin içeriğini oluşturabilir. Ahlakilik ve meslek etiği çoğunlukla benzer sonuçlara ulaşmaktadır. Örneğin yalan söylemek hem ahlakilik hem meslek etiği açısından doğru değildir.

⁵³ Deborah Rhode, "Institutionalizing Ethics," *Case Western Reserve Law Review* 44, no. 2 (1994): 732.

⁵⁴ Deborah Rhode, *Access to Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 34; Herring, *Legal Ethics*, 113.

⁵⁵ Rhode, "Professionalism Symposium," 462.

Ancak hukuk etiği derslerinde çoğunlukla ahlakilik ile meslek etiğinin çatıştığı durumlara ilişkin örnek problemler kullanılmaktadır. Pozitif hukukun parçası olan mesleki davranış kuralları tüm mesleki etik problemlerini çözemez. Bu nedenle bazı hukuk etiği derslerinin içeriğini felsefenin bir dalı olarak etiğe ilişkin teoriler de oluşturmaktadır. Etik teoriler bağlamında hukuk mesleğine ilişkin etik meseleler tartışılmaktadır. Hukuk etiğine ilişkin pozitif hukuk düzenlemeleri ve ahlakiliğe ilişkin normlar örtüşebilir. Ancak hukuk etiği dersleri genellikle ikisinin çatıştığı konuları ele almaktadır. Zor ve tartışmalı hukuk etiği problemleri çoğunlukla derslerin içeriği oluşturmaktadır. Ancak hukuk etiği problemlerinin tamamının zor olduğunu anlamına gelmez. Ayrıca hukuk pratiği içerisinde kolaylıkla çözülen hukuk etiği problemleri, hukuk etiği derslerinde farklı boyutlarıyla ele alınabilmektedir⁵⁶. Hukuk etiği derslerini hukuk etiğine ilişkin kurallar temelinde ele almayan hukuk etiği derslerinde etik ikilemler sıklıkla ele alınmaktadır. Ancak dersi yürüten öğretim elemanları etik ikilemlerde herhangi bir tarafta yer almaktan kaçınırlar. Taraflarını belirtmeleri durumunda öğrencilerde yanlış bir intiba bırakmaktan çekinirler. Bu yanlış intiba dersin öğretim elemanının tüm etik sorulara verilecek tek bir doğru cevabın olduğunu ve bunun öğrenilmesi gerektiğidir. Bu tip hukuk etiği derslerinin amacı öğrencilerin doğru cevabı bulmaları ya da tek doğru cevabı öğrenmeleri değil, öğrencilerin farklı görüşleri görmeleri ve bunlar üzerinde düşünmelerinin sağlanmasıdır⁵⁷.

Kapsayıcı hukuki pozitivist perspektiften hukuk etiği, hukuk eğitiminde önemlidir. Ancak, hukuk etiğini ele alırken ve onu bağımsız bir ders olarak veya yaygın olarak müfredata dahil etmeye çalışırken, hukuk eğitiminin hem etik hem hukuk konusundaki standart kavramlarını dönüştürmesi önerilmektedir. Örneğin Richard Tur’a göre ilk olarak, faydacı ve liberal haklar geleneklerini aşmak ve hukuk kurallarına katı ve kategorik bir yaklaşım yerine bağlamsal erdem etiğini benimsemek uygun olacağını ilerini sürmektedir. Bu açıdan bakıldığında, hukuk etiğiyle ilgilenmek, hukuk eğitimine yalnızca ilginç veya değerli bir katkı değildir; eleştirel ve etik bir meydan okuma içerecektir⁵⁸.

⁵⁶ Wendel, *Ethics and Law- An Introduction*, 19.

⁵⁷ Herring, *Legal Ethics*, 113.

⁵⁸ Richard Tur, “Legal Ethics and Education,” *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, (Taylor and Francis, 2001), <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/legal-ethics/v-1>.

II. HUKUK MESLEK EĞİTİMİNDE “HUKUK ETİĞİ” ÖĞRETİMİ

Dünyada hukuk mesleğinin çeşitli görünümünü icra edebilmek için belirli bir yetkinlik derecesine sahip olmak ve hukuk derecesini alabilmek için temel hukuk eğitiminden sonra meslek eğitimi almak gerekmektedir. Ancak hukuk tarihine bakıldığında avukat olmak için üniversitelerde eğitimi almanın gereklilik olmadığı dönemler görülmektedir. Örneğin ABD’de avukat olabilmek için hukuk eğitiminin gerekliliği 1817’de Harvard Hukuk Okulu’nun kurulmasıyla başlamıştır. Öncesinde usta çırak ilişkisi çerçevesinde bireyler mesleğe giriş yapabilmekteydi⁵⁹. Ancak günümüzde temel hukuk eğitimi ve meslek eğitimi şeklinde iki aşamalı bir eğitimle hukuk mesleklerine giriş yapılabilmektedir. Örneğin Almanya’da baroya kabul edilmek için üniversitede hukuk eğitimi almak bir hukuki gerekliliktir ve bu çok uzun süreden beri devam etmektedir⁶⁰.

Dünyada birkaç istisna dışında hukuk etiği konusu hukuk eğitiminin her seviyesinde yer almamaktadır⁶¹. Hukuka ilişkin mesleki eğitimlerde hukuk etiği önemsenen bir konu değildir. Bazı ülkelerde hukuk fakültelerinde zorunlu ders olarak yer almasına rağmen hem diğer fakülte üyeleri hem öğrenciler tarafından ciddiye alınan bir konu olmamaya devam etmektedir. Ancak tarihsel olarak bakıldığında hukuk etiği eğitimi üniversitelerden önce meslek eğitimi içerisinde verilmiştir⁶². Genellikle temel hukuk eğitimi akademik hukuk eğitimini odak almaktadır. Hukuk pratiğine ilişkin becerilerin edinilmesine ilişkin eğitimler daha önce de belirtildiği gibi temel hukuk eğitiminde yer almamaktadır. Hukuk etiği derslerinin içeriği felsefi hukuk etiğine ilişkin tartışmaları ve bununla bağlantılı olarak örnek kabilinden hukuk etiğine ilişkin pozitif hukuk düzenlemelerine yer verdiğinde, temel hukuk eğitiminin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Diğer taraftan hukuk etiğinin içeriği hukuk pratiğine ilişkin becerilerin geliştirilmesine ilişkin olarak planlandığında temel hukuk eğitiminin bir parçası olarak görülmeyebilir. Hukuk etiği dersleri hukuk pratiğine ilişkin beceri odaklı dersler olarak kabul edildiğinde ve derslerin içerikleri hukukçunun hukuki

⁵⁹ Tuğrul Arat, *Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1968), 9; Economides, “Legal Education,” 734.

⁶⁰ Edward V. Reynolds, “Legal Education in Germany,” *The Yale Law Journal* 12, no. 1, (1902): 31.

⁶¹ Economides, “Introduction,” xviii.

⁶² Tur, “Legal Ethics, Overview,” 60.

eylemlerinde kurduğu ilişkiler temelinde ele alındığında hukuk meslek eğitiminin bir parçası olmasının gerekli olduğu iddia edilebilir. Örneğin hukuk etiği bir avukatın müvekkiliyle iletişiminin nasıl olması gerektiğine ilişkinse ya da hukukçuların hukuki müzakerelerde nasıl davranmaları gerektiğine ilişkin yaklaşımları içeriyorsa, bu tip bir hukuk etiği eğitimi beceri odaklı olarak, hukukçuluk mesleklerine ilişkin eğitimlerde yer alması düşünülebilir. Aynı zamanda hukuk etiğini bu tip beceriler bağlamında ele alanlar hukuk etiği derslerinin akademik içerikli temel hukuk eğitimi içerisinde yer almasını uygun görmeyebilirler⁶³.

Eleştirel bir yaklaşım olarak Carrie Menkel Meadow’un ihtimam etiği temelli hukuk etiği eğitimi yaklaşımı beceri temelli bir eğitim öngörmektedir. Meadow hukuk etiği eğitimi ve öğretiminin genel olarak avukatlık meslek eğitimiyle bağlantılı olduğunu düşünmektedir. Avukatın müvekkilini nasıl dinleneceğini öğrenmesine, empati göstermesine, problem çözme becerilerinin geliştirmesine ilişkin eğitimlerin hukuk etiği derslerinin birer parçası olması gerektiğini belirtmektedir. Bu tip becerilerin sadece meslek içi eğitimlerde değil, hukuk fakültelerindeki hukuk etiği derslerinin içeriğini oluşturması gerektiğini düşünmektedir. Bunun için derslerde hukuk öğrencilerinin *a priori* kurallara dayanarak varsayımsal ya da gerçek etik problemleri çözmesi değil, öğrencilerin kolektif çalışmalar yaparak problemleri tüm boyutlarıyla tartışmalarının önemine değinmektedir. Böylece farklı bakış açılarına yer verilerek ve özellikle toplum içinde sesleri duyulmayan grupların katılımıyla kuralların belirlenebileceğini ilişkin bir bakış açısının öğrencilere verilebileceğinin altını çizmektedir. Gerek hukuk mesleği eğitiminde ve gerekse hukuk fakültelerindeki hukuk eğitiminde farklı seslere yer vermemin öneminin vurgulanması önemlidir. Zira kadınlar ve diğer tüm toplum içerisinde ötekileştirilen grupların hukuk fakültelerine girebilmeleri ve hukuk mesleği içerisinde yer alması bireysel başarının ifadesidir. Beyaz, orta sınıf, erkek, heteroseksüel makbul vatandaşların yer aldığı hukuk eğitimi ve mesleğinde Öteki gruplardan gelen bireylerin yer alması ve seslerinin duyulabilir olması meslek etiğinin adil gelişimi ve uygulaması için bir gereklilik olduğunun altı çizilmektedir⁶⁴.

Mesleki eğitim tamamlandıktan sonra belirli bir yetkinlik belgesi alınmaktadır. Ancak bu yetkinlik belgesinin alınması hukuk eğitiminin

⁶³ Herring, *Legal Ethics*, 111.

⁶⁴ Carrie Menkel Meadow, “*Portia Redux: Another Look at Gender, Feminism, and Legal Ethics*,” *Virginia Journal of Social Policy & the Law* 2, no. 1 (1994):110-111.

tamamlandığı anlamına gelmemektedir. Sürekli mesleki gelişim hukuk eğitimi çağdaş modern devlet hukuk sistemlerinde kendini göstermektedir. Barolar gibi hukuk mesleklerine ait örgütlenmelerin hepsi olmasa da çoğu, hukuk uygulayıcılarını hukuki uygulamanın iş ve yönetim tarafını ilgilendiren usul ve diğer gelişmeler hakkında bilgilendirirken, maddi hukuk bilgilerini tazelemek için bir tür yeterlilik sonrası uygulamalı eğitimi teşvik ederler veya kendileri bu tip eğitimleri düzenlemektedirler⁶⁵.

İngiltere ve Galler’de “Sürekli Mesleki Gelişim (SMG) (*Continuing Professional Development (CPD)*)” zorunludur. 1985’te zorunlu SMG’yi ilk uygulayan Hukuk Derneği oldu ve 1997’de Baro izledi. Amerika Birleşik Devletleri’nde Sürekli Hukuk Eğitimi ((*Continuing Legal Education (CLE)*)) olarak bilinen SMG, şu anda eyaletlerin büyük çoğunluğunda zorunludur. New York ve Washington gibi eyaletlerde bu eğitimlerde hukuk etiği zorunlu kılınmıştır. Benzer şekilde Avustralya’da, artık tüm eyaletler genel zorunlu SMG bulunmaktadır. Victoria ve Queensland gibi bazı eyaletler hukuk etiği eğitimleri savunuculuk veya uygulama yönetimini içermesi gereken bir SMG’nin çekirdeğini oluşturmaktadır. Yeni Zelanda 2012’den itibaren SMG’yi zorunlu hale getirerek aynı uygulamayı gerçekleştirmektedir. Yaklaşık yirmi yıldır Kıta Avrupası hukuk sistemleri -18 Avrupa ülkesiyle- istikrarlı bir şekilde sürekli mesleki gelişim eğitimleri vermeyi gerekli hale getirmiştir. Henüz bu gerekliliği uygulamayan geri kalan Avrupa ülkelerinin -Avusturya, Kıbrıs, Macaristan, Letonya ve Malta- tümü aktif olarak zorunlu SMG’yi uygulamaya koymayı planlamaktadır. Profesyonel dernekler aracılığıyla düzenlenen çeşitli sürekli eğitim fırsatları sunmaktadırlar⁶⁶.

Hukuk mesleğini icra eden her bir grup hukukçunun bütünlük başta olmak üzere hukuk etiği ilkelerini benimseyebilmeleri için düzgün bir hukuk meslek etiği eğitiminin sağlanması önemlidir. Bu aynı zamanda başta yargıçlar olmak üzere yaşına, kıdemine bağlı olmaksızın her bir hukukçunun SMG içinde hukuk etiği eğitimlerini almasını sağlayacaktır. Bu eğitimin sürekli ve düzenli olması gerekmektedir. Eğitimler resmi olabileceği gibi, resmi olmayan kurumlarca da yürütülebilir. Hukuk etiği eğitimleri belirli konu başlıkları altında olabilir. Örneğin yargıçların sosyal medya kullanımına ilişkin bir eğitim programı düzenlenebilir ya da düzenlenmesi bir gerekliliktir. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suçla Mücadele Ofisi (UNODC)’nin

⁶⁵ Economides, “Legal Education,” 738.

⁶⁶ Economides, “Legal Education,” 738.

“Yargıçların Sosyal Medya Kullanımı Üzerine Bağlayıcı Olmayan Yönergesi”nin (*Non-Binding Guidelines on the Use of Social Media by Judges*)” 38-39. maddelerinde hukuk etiğine ilişkin meslek içi eğitimlere yer verilmektedir. Buna göre:

38. Yargıçlara aşağıdakiler gibi ilgili soruları ve bunları ele alan periyodik eğitimler verilmelidir:

- i. Hangi sosyal medya platformları kullanılabilir;*
- ii. Bu platformlar nasıl çalışır;*
- iii. Bu platformlara katılmanın ne gibi faydaları vardır;*
- iv. Bu tür bir katılımın potansiyel riskleri/sonuçları nelerdir;*
- v. Yargıçlar, güvenliklerini korumak ve yargı bağımsızlığını, mesleğin onurunu ve kamu güvenini koruma yükümlülüklerini yerine getirmek için uygun bir suskunlukla nasıl katılmaları gerektiği;*
- vi. Yargıçlar güvenlik risklerine maruz kalmamalarını ve yargıç olarak yükümlülüklerini başarıyla yerine getirmelerini sağlamada üzerlerine düşeni yapmaları için aile üyelerinin yeterince bilgilendirilmeleri gerektiği;*
- vii. Mahkeme personeli tarafından sosyal medya kullanımının yargıya olan güveni, yargının bütünlüğü, tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerinde nasıl bir etkisi olabileceği;*
- viii. Neden tarafları araştırmaktan ve mahkemenin önündeki kanıtların parçası olmayan şeyleri keşfetmekten kaçınalım?*

39. Eğitim

Yargıçlara belirli bir istikrar düzeyiyle ve sürekli olarak sağlanmalı ve mümkünse elektronik olarak da erişilebilir olmalıdır. Eğitimlerin yeni atanan yargıçlara da sağlanması gerekmektedir⁶⁷.

⁶⁷ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Non-Binding Guidelines on the Use of Social Media by Judges*, s. 7, madde 38-40, https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/social_media_guidelines/social_media_guidelines_final.pdf.

1990 tarihli “Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeleri”- “Havana Kuralları”na göre avukatların nitelikleri ve eğitimi başlığı altında avukatların meslek için eğitimlerinin nasıl olması gerektiğini düzenlemektedir. Buna göre:

9. Hükümetler, avukatlık meslek örgütleri ve öğretim kurumları, avukatların gereği gibi eğitim ve öğrenim almalarını ve avukatlık meslek idealleri ve ahlaki görevleri ile ulusal ve uluslararası hukuk tarafından tanınmış olan insan haklarına ve temel özgürlüklere vakıf olmalarını sağlar.

10. Hükümetleri avukatların meslek örgütleri ve öğretim kurumları, hukuk mesleğine girişte ve mesleğin icrası dışında bir kimseye karşı ırk, renk, cinsiyet etnik köken din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum, ekonomik veya başka bir statü gibi nedenlerle ayrımcılık yapılmamasını sağlar. Bir avukatın ilgili ülkenin vatandaşı olması şartı, ayrımcılık yapılması şeklinde anlaşılmaz.

11. Adli hizmete olan ihtiyaçları karşılanmayan grupların, toplulukların veya bölgelerin bulunduğu ülkelerin bulunduğu ve özellikle bu tür grupların değişik kültürlere, geleneklere ve dillere sahip olmaları veya geçmişte ayrımcılıktan ötürü mağdur edilmiş bulunmaları halinde; hükümetleri avukatların meslek örgütleri ve öğretim kurumları bu gruplara mensup meslek adaylarının adalet mesleğine girmeleri için özel tedbirler alır ve kendi gruplarının ihtiyaçlarına uygun şekilde eğitim ve öğretim görevlerini sağlar⁶⁸.

Avukatların eğitimine ilişkin “Havana Kuralları”yla bağlantılı olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin ortaya koymuş olduğu 25 Ekim 2000 tarihli R (2000)21 sayılı avukatların mesleklerini özgürce uygulamalarına ilişkin tavsiye kararının 2. ilkesi hukuk eğitimi ve hukuk mesleğine giriş başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre:

- *Hukuk eğitimi avukatlık mesleğine giriş ve mesleğin icrasına devam etme, özellikle cinsiyet veya cinsel yönelim, ırk, renk, din, siyasi veya diğer görüşler, etnik*

⁶⁸ *Havana Kuralları*, https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/Havana_Kurallari.pdf.

veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum veya fiziksel engel nedeniyle reddedilmemelidir.

- *Hukuk mesleğine giriş için bir ön koşul olarak ve avukatların sürekli eğitimini için yüksek standartlarda bir hukuk eğitimi ve ahlakiliği sağlamak için gerekli tüm önlemler alınmalıdır.*
- *Sürekli eğitim programları da dahil olmak üzere hukuk eğitimi, hukuki becerileri güçlendirmeye çalışmalı, etik ve insan hakları konularında farkındalığı artırmalı ve avukatları müvekkillerinin hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek ve adaletin düzgün bir şekilde uygulanmasını desteklemek için eğitmelidir⁶⁹.*

Adaletin Etkinliği Avrupa Komisyonunun (*The European Commission for the Efficiency of Justice -CEPEJ*) 2018 datalarından yararlanarak 2020 yılında yayımlanan Avrupa yargı sistemleri üzerine değerlendirme raporunda yargı mensuplarının meslek içi hukuk etiği eğitimlerini analiz etmektedir. Buna göre devletlerin ve hukuk mesleğine ilişkin kurumların çoğu, gönüllülük esasına dayalı olarak, yargıç ve savcılara etik eğitimi vermektedirler. 34 Avrupa Komisyonu üye devlette yargıçlara ve 32 üye devlette savcılara ve bir gözlemci devlette gönüllülük esasına dayalı hukuk etiği eğitimleri vardır. Bunun aksine, 15 üye devlet ve kuruluşta ve tüm gözlemci devletlerde yargıçlar için ve 15 üye devlet ve birimde ve iki gözlemci devlette savcılar için etik eğitimleri zorunludur. Bu raporda aynı zamanda hukuk meslek etiğine ilişkin problemleri çözüme bağlamakla yükümlü etik kurullarından bahsedilmektedir. 35 üye devlette yargıç ve savcılarının meslek etiğine ilişkin soruların cevaplarında etik kurulların var olduğunu belirtilmektedir⁷⁰.

Avrupa Savcılar Danışma Konseyi'nin (CCPE) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunduğu 2014 tarihli 9 sayılı görüşü- Roma Şartı, savcılara ilişkin Avrupa norm ve prensiplerini ortaya koymaktadır. Roma

⁶⁹ *The Council of Europe CM Recommendation No. R(2000)21 on the Exercise of the Profession of Lawyer*, 2000, s. 3, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804d0fc8>.

⁷⁰ *European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report*, 2020, s. 66, <https://rm.coe.int/evaluation-report-part-1-english/16809fc058>.

Şartı'nın 57- 64. maddeleri savcılarının eğitimine ayrılmıştır.⁷¹ Roma Şartı'nın 63. maddesi savcılar için hukuk meslek eğitiminin içeriğinde hukuk etiğine yer vermektedir. Buna göre:

63. Dolayısıyla Devletler savcılarının hem atama öncesinde, hem de sonrasında uygun eğitim ve öğretimi almasını sağlamak amacıyla etkili tedbirler almalıdır. Savcılar özellikle şu hususların bilincinde olmalıdır:

- a) Görev ilkeleri ve etik ödevler;*
- b) Yasal yargılamalara dahil olan kişilere yönelik anayasal ve diğer hukuki korumalar;*
- c) İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'de (özellikle 5. ve 6. maddeler) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında dile getirilen insan hakları ve özgürlükler;*
- d) İş organizasyonu, yönetim ve insan kaynakları prensipleri ve uygulamaları;*
- e) faaliyetlerinin etkili ve tutarlı olmasına katkıda bulunacak mekanizmalar ve materyaller⁷².*

SONUÇ

Gerek felsefi boyutuyla ve gerekse normatif boyutuyla hukuk etiği, hukukçu adaylarının hukuk eğitiminde ve hukukçuların mesleki eğitimlerinin önemli bir parçasıdır. Bu eğitimler içerisinde mesleki ve etik kuralların bilgisinin edinilmesi gerekmektedir. Hukukçuların bu kurallara uygun hareket etmesi, kuralları içselleştirmesine yardımcı olmaktadır. Hukukçuların söz konusu etik ilkeleri sadece mesleki davranışlarında değil, günlük hayatlarında da ölçüt olarak bütünlük değerini gerçekleştirmeleri gerekmektedir.

Hukuk eğitiminin her safhasında hukuk etiği derslerinin önemli olduğunu demokratik devletler tarafından kabul edilmektedir. Ancak meslek içi eğitimler bu alanda en etkili olanlar olabilir. Hukuk etiği derslerinin

⁷¹ Avrupa Savcıları Danışma Konseyi (CCPE), *Roma Şartı* <https://rm.coe.int/168074738b>, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/26b555c0-9084-4429-a3e0-584a96a9e77a.pdf>.

⁷² Avrupa Savcıları Danışma Konseyi (CCPE), *Roma Şartı*.

etkinliğinin sağlanabilmesi için öğrencilerin hukuk etiğine ilişkin derslerin önemsemesi gerekmektedir. Hukuk eğitiminin hangi safhasında öğrenciler hukuk etiği meselesini önemserler? Temel hukuk eğitiminde bu derslerin verilmesi gerekliyse, kaçınıcı sınıflar hukuk etiği derslerini önemserler? bu soruların cevapları üzerine düşünmek önemlidir. Zira dersin zamanlaması öğrencilerin konuyu önemsemelerine ve derse katılımlarını sağlayacaktır. Kanımca hukuk etiği problemleriyle öğrencilerin uygulamada birebir karşılaşmaları dersin etkinliğini artıracaktır. Bu nedenle hukuk meslek içi eğitimlerinde hukuk etiği derslerini alan öğrencilerin hukuk etiği derslerinden en fazla fayda elde edecek gruplar arasında oldukları düşünülebilir. Baroların meslek içi eğitimleri, adalet bakanlıklarının, yargı meslek örgütlerinin yargıç ve savcılar için meslek içi eğitimleri buna örnek gösterilebilir. Benzer bir yaklaşımla hukuk kliniği dersleri alan lisans hukuk öğrencileri de hukuk etiği derslerinden klinik dersi almayan öğrencilere göre daha fazla faydalanacaklardır. Hukuk lisans eğitiminde hukuk kliniklikleri öğrencilerin varsayıma dayalı değil, gerçek hukuk problemleriyle ve hukuki problemleri olan gerçek insanlarla karşılaştıkları derslerdir. Dolayısıyla öğrencilerin hukuk etiğine ilişkin meselelerle karşılaşma ihtimallerinin olduğu ve bu ihtimalin gerçekleşmesi durumunda hukuk etiği üzerine düşünmek zorunda kaldığı ya da düşünmek durumunda kaldığı bir derstir⁷³.

Son olarak şu soruyu sorabiliriz. Watergate skandalına karışan hukukçular doğru düzgün bir hukuk etiği eğitimi almış olsalardı, sonuç farklı olur muydu? Deborah Rhode’un belirttiği gibi hukuk etiği eğitiminin hukukçunun kimliğine katkıları ne küçümsenmeli ne abartılmalıdır.⁷⁴ Bu dersler sonunda hukuk öğrencileri daha iyi insan, daha iyi hukukçu olacaklar mıdır? sorularının cevabını tam olarak bilmek ve buna ilişkin bilimsel ölçümler yapmak güç. Ancak kesinlikle denemeye değer olduğu konusunda hukuk etikçileri arasında bir fikir birliği gözükmektedir. Bu nedenle hukuk etikçileri hukuk eğitiminin her safhasında hukuk etiği derslerinin ciddiye alınmasının zorunluluğunun altını çizmektedirler.⁷⁵

⁷³ Jerome New Frank, “Why Not a Clinical Lawyer-School?,” *University of Pennsylvania Law Review* 81, no. 8 (1933):922; Paterson, “Legal Ethics,” 182; uygulama örneği için bkz. Gülriiz Uygur, “Etiğe Dayalı Hukuk Eğitimi ve Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri Hukuk Kliniği,” içinde *Yargıya Etik Bakmak*, ed. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Sercan Güler, Sevgi Kayak, Sezan Kama Işık (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2023): 19-34.)

⁷⁴ Rhode, “Professionalism Symposium,” 462.

⁷⁵ Russell G. Pearce, “Teaching Ethics Seriously: Legal Ethics as the Most Important Subject in Law School,” *Loyola University Chicago Law Journal* 29, no. 4 (1998):739.

KAYNAKÇA

ABA. *Pre-Law*. Son Erişim tarihi: 16.02.2024

https://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/pre_law/.

Abel, Richard. "You Never Want a Serious Crisis to Go to Waste: Reflections on the Reform of Legal Education in the US, UK, and Australia." *International Journal of the Legal Profession* 22, no. 1, (March 2015): 3-26

Arat, Tuğrul. *Amerikan Hukuk Öğretiminde "Case Metod"*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1968.

Aristoteles. *Nikomakhos'a Etik*. Çeviren Saffet Babür. Ankara: Ayraç Yayınevi, 1998.

Arthurs, Harry. "Why Canadian Law Schools Don't Teach Legal Ethics." İçinde *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, Ed. Kim Economides, 105-118. Oxford: Hart Publishing, 1998.

Avrupa Savcılarları Danışma Konseyi (CCPE), *Roma Şartı*, Son Erişim tarihi: 16.02.2024, <https://rm.coe.int/168074738b>, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/26b555c0-9084-4429-a3e0-584a96a9e77a.pdf>.

Bix, Brian. *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford: OUP, 2009.

Bradney, Anthony ve Kim Economides. "Ethical Challenges to Legal Education and Conduct," *Social & Legal Studies* 10, no. 2 (2001):275-76.

Burger, Warren. "The Role of the Law School in the Teaching of Legal Ethics and Professional Responsibility." *Cleveland State Law Review* 29, no. 3 (1980): 377-96.

Chapman, June. "Why Teach Legal Ethics to Undergraduates?." *Legal Ethics* 5, no. 1, (2002): 68-89.

Chow, Wilson ve Michael Ng, "Legal Education without the Law- Lay Clients as Teachers and Assessors in Communication Skills," *International Journal of the Legal Profession* 22, no. 1 (2015): 103-126.

Clark, Kathleen. "The Legacy of Watergate for Legal Ethics Instruction." *Hastings Law Journal* 51, no. 4 (April 2000):673-82.

Cranston, Ross. "Preface." İçinde *Legal Ethics and Professional Responsibility*, Ed. Ross Cranston (Oxford: Clarendon Press, 1995).

Duncan, Nigel. "Addressing Emotions in Preparing Ethical Lawyers." İçinde *Emerging Legal Learning: Affect and Legal Education: Emotion in the Learning and Teaching the Law*, Ed. Paul Maharg ve Caroline Maughan, 257-282. Farnham:Ashgate Publishing Group, 2011.

- Economides, Kim. “Introduction- Legal Ethics- Three Challenges for the Next Millennium.” İçinde *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, Ed. Kim Economides, xvii-xxxiii. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- Economides, Kim. “Legal Education.” İçinde *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* 13, Ed. James D. Wright, 735-39. Oxford: Elsevier, 2015.
- European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report*, 2020, Son Erişim tarihi: 16.02.2024; <https://rm.coe.int/evaluation-report-part-1-english/16809fc058>.
- Frank, Jerome New. “Why Not a Clinical Lawyer-School?.” *University of Pennsylvania Law Review* 81, no. 8 (1933): 907-923.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: OUP, 1994.
- Havana Kuralları*, Son Erişim tarihi: 16.02.2024, https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/Havana_Kurallari.pdf.
- Herring, Jonathan. *Legal Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Holmes, Vivien. “‘Giving Voice to Values’: Enhancing Students’ Capacity to Cope with Ethical Challenges in Legal Practice.” *Legal Ethics* 18, no. 2 (2015):115-137.
- Luban, David. “The Sources of Legal Ethics: A German-American Comparison of Lawyers’ Professional Duties,” *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 48, no. 2, (1984): 245-88.
- MacCormick, Neil. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- Menkel Meadow, Carrie. “*Portia Redux: Another Look at Gender, Feminism, and Legal Ethics*.” *Virginia Journal of Social Policy & The Law* 2, no. 1 (1994):75-114.
- Mescher, Barbara. *Legal Ethics for Lawyers: A New Model*. London: Routledge, 2023.
- Morawetz, Thomas. “Teaching Professionalism: The Issues and the Antinomies,” İçinde *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, Ed. Kim Economides, 215-33. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- Parker, Christine ve Adrian Evans. *Inside Lawyers’ Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Paterson, Alan. “Legal Ethics: Its Nature and Place in the Curriculum.” İçinde *Legal Ethics and Professional Responsibility*, Ed. Ross Cranston, 174-188. Oxford: Clarendon Press, 1995.

- Pearce, Russell G. "Teaching Ethics Seriously: Legal Ethics as the Most Important Subject in Law School." *Loyola University Chicago Law Journal* 29, no. 4, (1998): 719-739.
- Raynolds, Edward. "Legal Education in Germany," *The Yale Law Journal* 12, no. 1, (1902): 31-34.
- Rhode, Deborah. "Institutionalizing Ethics." *Case Western Reserve Law Review* 44, no. 2 (1994): 665-736.
- Rhode, Deborah. "Professionalism Symposium: Conference Proceedings: Opening Remarks: Professionalism." *South Carolina Law Review* 52, no. 3 (Spring 2001): 458-72.
- Rhode, Deborah. *Access to Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Rhode, Deborah L. ve David Luban ve Scott L. Cummings. *Legal Ethics*. ABD: Thomson Reuters/ Foundation Press, 2013.
- Sandefur, Rebecca ve Jeffrey Selbin. "The Clinic Effect." *Clinical Law Review* 16, no. 1 (2009): 57-107.
- Sandel, Michael. *Justice*. London: Penguin Books, 2009.
- Schnapper, Eric. "The Myth of Legal Ethics." *American Bar Association Journal* 64, no. 2, (February 1978): 202-5.
- Shklar, Judith. *Legalism-Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- Simon, William. "The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics." *Wisconsin Law Review* 29, no. 1 (1978): 29-144.
- Simon, William. *The Practice of Justice-A Theory of Lawyers' Ethics*. ABD: Harvard University Press, 1998.
- Tepe, Harun. "Bir Felsefe Dalı Olarak Etik." *Doğu Batı* 1, no. 4 (1998):9-24.
- The Council of Europe CM Recommendation No. R(2000)21 on the Exercise of the Profession of Lawyer*, Son Erişim tarihi: 16.02.2024, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804d0fc8>.
- Tur, Richard. "Legal Ethics, Overview." İçinde *Encyclopedia of Applied Ethics*, Ed. Ruth Chadwick, 59-60. San Diego, CA: Academic Press, 1998.
- Tur, Richard. "Legal Ethics and Education." İçinde *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Ed. Edward Craig, (Taylor and Fransic, 2001), Son Erişim tarihi: 16.02.2024, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/legal-ethics/v-1>.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Non-Binding Guidelines on the Use of Social Media by Judges*, Son Erişim tarihi: 16.02.2024, https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/social_media_guidelines/social_media_guidelines_final.pdf.

Uygur, Gülriz. “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): s. 145-176.

Uygur, Gülriz. “Etiğe Dayalı Hukuk Eğitimi ve Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri Hukuk Kliniği.” İçinde *Yargıya Etik Bakmak*, Ed. Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Sercan Güler, Sevgi Kayak, Sezan Kama Işık, 19-34. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2023.

Webb, Julian. “Ethics for Ethics for Citizens? New Directions for Education.” *Journal of Law and Society* 25, no. 1 (1998): 134-150.

Wendel, Bradley. *Ethics and Law-An Introduction*. Cambridge:Cambridge University Press, 2014.

West, Robin. *Teaching Law- Justice, Politics, and the Demands of Professionalism*. New York: Cambridge University Press, 2014.

Woolley, Alice. “Legal Education Reform and the Good Lawyer.” *Alberta Law Review* 51, no. 4, (June 2014): 801-18.

GÜMRÜK BİRLİĞİNİN GÜNCELLENMESİ VE DTÖ KAPSAMINDA KAMU ALIMLARI BAŞLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the EU-Turkey Customs Union and Review of Public
Procurement Title within the WTO System*

Merve AĞZITEMİZ*

ÖZ

Türkiye-Avrupa Birliği (AB) arasında bir ortaklık ilişkisi ve bunun üzerine kurulmuş olan bir Gümrük Birliği bulunmaktadır. 1995 yılında kurulan bu Gümrük Birliği ise sanayi ürünleri ile işlenmiş tarım ürünlerini kapsamaktadır. Gümrük Birliğinin kapsadığı konuların yanında, karar alma ve uyuşmazlıkların çözümü mekanizmaları da dönemin şartlarını yansıtacak görünümde ve sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Türkiye-AB arası ilişkilerin farklılaşması ve Dünya ticaret hacminin artmasıyla birlikte, bu ilişki yapısında değişiklik yapılmasına ilişkin değerlendirmeler yapılmaya başlanmıştır. Bu değerlendirmeler salt olarak mal veya hizmet ticaretini değil, kamu alımları başlığını da bünyesinde bulundurmaktadır. Ticaret hacmi oldukça büyük olan bu alanın, söz konusu ilişki çerçevesinde nasıl güncellenebileceği ise ayrıca tartışılmalıdır. Bu çalışma, mevcut Gümrük Birliğinin güncellenmesi/modernizasyonu gerekliliğini ve bu çerçevede kamu alımları başlığının durumunu ele almaktadır. Kamu alımları, gittikçe büyüyen bir ekonomik öneme sahipken, bu alandaki yapısal sorunları çözmek üzere ne gibi adımlar atılabileceği değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, kamu alımları başlığında, Gümrük Birliğinin güncellenmesine yönelik çeşitli senaryolar dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, bir alternatif olarak, Dünya Ticaret

Makalenin Geliş Tarihi: 06.05.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.06.2024.

* Dr. Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku
Anabilim Dalı, e-posta: agzitemiz@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7528-5966.

Örgütü (DTÖ) bünyesindeki kamu alımları ilişkilerinin değerlendirilmesi söz konusu olacak ve bu alternatif ilişkinin hukuki boyutu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Gümrük Birliği, Gümrük Birliğinin Güncellenmesi, Kamu Alımları, Dünya Ticaret Örgütü, Kamu Alımları Anlaşması, Türkiye-AB İlişkileri

ABSTRACT

There is a deep relationship between Turkey and the European Union (EU) and a Customs Union has been established upon this partnership. Founded in 1995, this Customs Union covers only industrial products and processed agricultural products. In addition to the subjects covered by the Customs Union, the mechanisms for decision-making and dispute settlement are also regulated in a limited manner, reflecting the conditions of the time. As relations between Turkey and the EU have diversified and global trade volume has increased, evaluations have been made to modify this relationship. These evaluations not only consider the trade of goods or services but also include the title of public procurement. Modernization of this significant trade sector within the framework of the relationship should be separately discussed. This study addresses the necessity to evaluate the existing Customs Union. Especially as the public procurement sector becomes significant in world trade, steps that can be taken to resolve structural issues in this area should be examined. In this respect, various scenarios for evaluation of the Customs Union will be considered. Additionally, as an alternative, the public procurement topic within the World Trade Organization (WTO) will be discussed, focusing on the legal aspects of this alternative relationship.

Keywords: Customs Union, Modernization of Customs Union, Government Procurement, World Trade Organization, Government Procurement Agreement, Türkiye-EU Relations

GİRİŞ

Türkiye-Avrupa Birliği (AB) arasında halihazırda bir ortaklık ilişkisi ve bunun üzerine kurulmuş bir Gümrük Birliği bulunmaktadır. Gümrük Birliğine dayanan hukuki/ekonomik ilişki ise yapıldığı dönemin şartlarını yansıtmaktadır. Dünya ticareti ise yerinde saymamakta ve her gün daha da büyümektedir. Yeni nesil anlaşmalar ve modernizasyona tabi tutulan ticari

ilişkilerle birlikte hem ticaret hacmi büyümekte hem de ticari ilişkilerde farklı odak noktaları belirlenmektedir.

Gümrük Birliği gerek Türkiye-AB ilişkisinin ilerlemesine yönelik olarak gerekse dünya ticaretinde gelişen koşullara uygun hale getirilme bakımından güncellenmeye ihtiyaç duymaktadır¹. Halihazırdaki Gümrük Birliği hem kapsam bakımından kısıtlıdır hem de hukuki açıdan bazı teknik engellerle donatılmıştır. Bu güncelleme, kapsam temelli olarak ele alındığında, içerisine hizmetler, tarım ürünleri ve kamu alımları gibi başlıklar eklenmesi ve bu alanların derinleştirilmesi gerektiği ifade edilebilir. Bunlardan kamu alımları başlığı hem ekonomik hacminin büyüklüğü hem de dünya genelinde yeni nesil anlaşmalara da konu olmaya başlamasıyla birlikte gün geçtikçe daha da önem kazanmaktadır. Bununla birlikte, AB ilerleme raporlarında, Türkiye'nin kamu alımları bakımından yapısal sorunlarına dikkat çekilmektedir². Bu hususta özel olarak çalışılması gerektiği ifade edilebilir. İlişkinin hukuki açısında ise taraflar arasındaki asimetriyi kaldıracak şekilde yeniden ele alınması ve karar alma/uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilebilir.

Gümrük Birliğinin güncellenmesine ilişkin belirli bir düzeyde tartışma ve çalışma yapılmışsa da özellikle ilişkilerdeki siyasi tıkanmanın da bir sonucu olarak, bunların belirli bir aşamada durma noktasına geldiği görülmektedir³. Dolayısıyla buradaki sorun şudur, Gümrük Birliğinin ve ticari öneme haiz kamu alımları başlığının güncellenmesi gerekli midir ve bu güncelleme kapsamında ele alınabilecek hukuki senaryolar nasıl değerlendirilmelidir? Bu bağlamda özellikle kamu alımları başlığı açısından Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) bünyesinde alternatif hukuki bir yol olarak Kamu alımları Anlaşması kullanılabilir mi?

Gümrük Birliğinin güncellenmesi ve kamu alımları başlığı açısından modernizasyon gerekliliği bir sorun ve gerçeklik haline gelmişken atılacak adımlar üzerinde dikkatle çalışılmalıdır. Nitekim yapılan çalışmalar sonucu

¹ World Bank, *Evaluation of the EU-TURKEY Customs Union*, (Report No. 85830-TR, 28.03.2014).

² Avrupa Birliği Komisyonu, *2023 Türkiye Raporu*, (Gayri resmî tercüme), Brüksel, 8.11.2023, SWD (2023) 696.

³ Bu hususta atılan son adım için bkz. European Council, Special meeting of the European Council (17 and 18 April 2024) – Conclusions, Brussels, 18 April 2024, EUCO 12/24, para. 9-10. Ayrıca bkz. başlık “III. Gümrük Birliğinin Güncellenmesi Çerçevesinde Atılan Adımlar”.

hazırlanan raporlarda bazı senaryolar üzerinde durulmuştur. Bunlar, ilişkinin mevcut şekliyle sürdürülmesi, Gümrük Birliğinin belirli bir dereceye kadar modernize edilmesi ve derin bir serbest ticaret alanı kurulması gibi çeşitli yollar üzerinden değerlendirilmektedir. Bu adımlar, taraflar arasındaki ilişkinin yenilenmesini sağlayabilir ancak kurumsal açıdan, halihazırda sorunlu noktalardan olan karar alma ve uyumsuzlukların çözümü mekanizmalarının ayrıca değerlendirilmesini gerektirebilecektir.

Bu senaryolar/adımlar tartışma konusu edilirken, kamu alımları başlığı da güncelleme çerçevesinde zikredilmekte ancak derin bir planlama ve çalışma yapılmadığı görülmektedir. Ancak belirtildiği üzere kamu alımlarına ilişkin konular dünya ticaretinde gün geçtikçe daha da önemli bir konuma gelmektedir⁴. Dolayısıyla, güncelleme çerçevesinde yapılacak çalışmalar, ekonomik açıdan oldukça önemli olan kamu alımları başlığı açısından uygulanmayacaksa, tarafların bu açıdan ilişkilerini güçlendirecek başka hukuki yolların bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir⁵. Bu açıdan, Türkiye ile AB arasındaki ticari ilişkiden uzaklaşmamak bir hareket noktası olarak ele alınmalıdır.

Hareket noktası, taraflar arasındaki ilişkilerin ilerletilmesi olduğuna göre, her iki tarafın da katılım sağladığı/sağlayabileceği uluslararası olanaklar üzerinde çalışılmalıdır. Bu bağlamda kamu alımları başlığının güncellenmesine yönelik alternatif bir yöntem olarak, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) bünyesindeki kamu alımları ilişkilerinin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Bu alanda yapılabilecek değerlendirmeler konunun özü itibarıyla çok boyutludur. Baskın olan ekonomik boyutun yanı sıra bu çerçevede kurulacak ilişkilerin hukuki boyutu da önem kazanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında, kamu alımlarına ilişkin serbestleştirme ve düzenlemeler için DTÖ bünyesinde kullanılacak yöntemler üzerindeki tartışma, hukuki boyutta olacaktır. Nitekim bu yeni ilişki modelinin ticari ilişkiyi daha ileri götürmesinin yanı sıra karar alma ve uyumsuzluk çözüm

⁴ Örnek olarak bkz. Kamu İhale Kurumu, *Kamu Alımları İzleme Raporu 2023*, https://www.ihale.gov.tr/kamu_alimlari_izleme_raporlari-45-1.html 9 vd.

⁵ European Commission, *Impact Assessment, Accompanying the Document Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations with Turkey on an Agreement on the Extension of the Scope of the Bilateral Preferential Trade Relationship and on the Modernisation of the Customs Union*, Brussels, 21.12.2016, SWD (2016) 475.

mekanizmalarına olumlu yönde katkıda bulunması beklenebilir. Burada öncelikle, Türkiye-AB arasındaki mevcut hukuki düzenlemeler Gümrük Birliği çerçevesinde ele alınacaktır. İkinci olarak, Gümrük Birliğinin güncellenmesi ve kamu alımları başlığının bu ilişkideki konumu değerlendirilecektir. Son olarak Gümrük Birliğinin güncellenmesi kapsamında öne sürülen senaryolar ve DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasına (KAA) katılım alternatifi hukuki açıdan değerlendirilmeye çalışılacaktır. Böylelikle, söz konusu gelişmelerin hukuk perspektifinden değerlendirilmesi olanağına kavuşulacaktır.

I. AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRKİYE ARASINDAKİ GÜMRÜK BİRLİĞİ: GELİŞİM VE İŞLEYİŞ

Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)⁶ arasında 12 Eylül 1965 tarihinde imzalanan Ankara Anlaşması ile bir ortaklık kurulmuştur⁷. Kurulan bu ortaklık çerçevesinde üç dönem öngörülmüştür. İlk dönem bir hazırlık dönemidir. Ankara Anlaşmasının 3. maddesi ile düzenlenen bu dönemde, Türkiye'nin daha sonraki dönemlerde üzerine düşecek yükümlülükleri üstlenebilmesi için ekonomik olarak güçlendirilmesi amaçlanmıştır. İkinci dönem bir geçiş aşamasıdır. Bu dönemde, ekonomi politikalarının yakınlştırılması ve ortak eylemlerin geliştirilmesi planlanmıştır⁸. Bu üç dönemin sonuncusu olan son dönemde ise AET ile Türkiye arasında bir Gümrük Birliği kurulması öngörülmüştür⁹. Burada kısaca bu Gümrük Birliği hakkında da bilgi vermek yerinde olacaktır.

Balassa'nın ekonomik bütünleşme aşamaları sınıflandırmasını temel alan Göçmen'e göre ekonomik bütünleşme kavramı hem bir süreç hem de bir durum olarak tanımlanabilmektedir¹⁰. Bu bağlamda Ankara Anlaşmasının öngördüğü Gümrük Birliği de kanımızca aynı şekilde ele alınmıştır. Buna göre

⁶ AET, Avrupa Topluluğunun o dönemki adı olup, yerine göre bu eski kullanım, yerine göre ise 'Topluluk' ifadesi kullanımı devam edecektir.

⁷ Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında bir Ortaklık Yaratan Anlaşma (Ankara Anlaşması)-12 Eylül 1963, m.1.

⁸ *ibid* m.4.

⁹ *ibid* m.5. Bahsedilen dönemler için ayrıca bkz. Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Arasında Ortaklık İlişkisi Kurulmasına Dair Anlaşmaya Katma Protokol, 23 Kasım 1970.

¹⁰ İlke Göçmen, "İç Pazar", içinde *Avrupa Birliği Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*, ed. Belgin Akçay, İlke Göçmen, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 385.

Gümrük Birliği; Topluluk ile Türkiye arasında, ithalâta olduğu gibi ihracatta da gümrük vergileri/eşit etkili resimlerin ve miktar kısıtlamalarının ve milli üretime, Anlaşmanın hedeflerine aykırı bir koruma sağlamayı gözetken eşit etkili başka her türlü tedbirin yasaklanmasını gerektirmektedir. Bunun yanında üçüncü devletlerle ilişkilerde de Türkiye'nin, (Topluluğun Ortak Gümrük Tarifesinin kabulüyle birlikte ek olarak) Topluluğun dış ticaret bakımından uyguladığı mevzuata yaklaşmasını gerektirmektedir¹¹. Bu ifadeler iki taraf arasındaki ekonomik bütünleşmenin durum boyutunu yansıtırken Ankara Anlaşmasının genel düzenlemelerinden kaynaklanan ve taraflar arasındaki ilişkinin ilerleyerek üyelik aşamasına kadar gitmesi durumu da bütünleşmenin süreç yönünü yansıtmaktadır¹². Gümrük Birliği, bunun yanı sıra kısaca kurumsal ve maddi açılardan da incelenebilir.

Kurumsal açıdan bakıldığında, 6 Mart 1995 tarihinde yapılan Ortaklık Konseyi Toplantısında alınan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK)¹³ ile birlikte 1 Ocak 1996 tarihinde yukarıda da belirtilen son döneme girilmiştir. Bu dönemde AET ile Türkiye arasında bir Gümrük Birliği tesis edilmiştir. Kurulan bu Gümrük Birliği malların serbest dolaşımının ötesinde, her ne kadar mevzuatların yakınlaştırılması kapsamında da olsa, fikri sınai ve ticari mülkiyetin korunması ve rekabet politikaları gibi alanları da düzenleyerek klasik bir Gümrük Birliği görünümünün dışına çıkmıştır¹⁴. Bu genel noktalar haricinde kurumsal açıdan iki unsura değinmek gereklidir.

¹¹ Ankara Anlaşması m.10/2.

¹² Bkz. Ankara Anlaşması m.28. Ankara Anlaşması ile başlayan bu sürecin amacının salt olarak bir Gümrük Birliği ya da ortak Pazar oluşturmak değil, tedrici entegrasyon modeli ile AB'ye katılımın sağlanması olduğuna ilişkin olarak bkz. Tuğrul Arat, "Türkiye-AB İlişkilerinin Gelişmesinde Bazı Saptamalar ve Genel Bir Değerlendirme", içinde Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri, ed. Belgin Akçay, Sinem Açıkmeşe, 2. Baskı (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017), 617. Nitekim yine Arat'a göre, Gümrük Birliğinin kuruluşunun tamamlanması, Türkiye ve AB arasındaki ortaklığın ilk aşamasını oluşturmaktadır. Bundan sonra ilişkilerin yoğunlaşmasıyla birlikte Türkiye'nin Avrupa Birliğine tam katılımı bir noktada gerçekleşecektir. Tuğrul Arat, "Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no. 1 (Mayıs 1995): 589.

¹³ 1/95 sayılı karar, 'Gümrük Birliği Kararı' olarak da adlandırılmaktadır. Bu çalışmada 1/95 sayılı OKK olarak kullanılacaktır.

¹⁴ 1/95 sayılı OKK Kısım IV. Rıdvan Karluk, *Avrupa Birliği Türkiye İlişkileri: Bir Çıkılmaz Sokak*, (İstanbul, Beta Yayınları, 2013), 81.

Birincisi, 1/95 sayılı karar ile birlikte, karar alma mekanizmasında Ortaklık Konseyi'nin etkin olduğu görülmektedir¹⁵. Buna göre Ortaklık Konseyi, ortaklığın kaydettiği ilerlemeye göre uyumlaştırmanın gerekli olduğu alanların kapsamını genişletme kararı alabilmektedir¹⁶. Burada altı çizilmesi gerekli nokta ise Ortaklık Konseyinin bir tarafta Türkiye Hükümeti'nden üyeler, diğer tarafta, Topluluk üyesi Devletler hükümetlerinden, Konseyi'nden ve Komisyonu'ndan üyeler tarafından oluşması ve oybirliğiyle karar almasıdır¹⁷. Bu durum karar alma sürecinin tıkanmasına neden olabilecek hukuki bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

1/95 sayılı OKK'da karar alma ile birlikte bir 'danışma' usulü de düzenlenmiştir. Buna göre "...Avrupa Toplulukları Komisyonu Gümrük Birliği'nin işleyişiyle doğrudan ilgili yeni mevzuat hazırladığı ve Topluluğa Üye Devletler'in uzmanlarına danıştığı her durumda, Türk uzmanlara da gayri resmi olarak danışır..."¹⁸ Ancak hem kararda belirtildiği üzere bu sürecin gayri resmi olarak tanımlanması hem de Türkiye tarafının hukuki olarak AB yasama sürecine katılımı gibi bir durumu olmaması nedeniyle, taraflar arasındaki asimetrinin bir kısmı karar alma ve uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili olarak buradan kaynaklanmaktadır.

İkincisi, 1/95 sayılı karar ile uyuşmazlıkların çözümü, uyuşmazlık konuları itibariyle sınırlı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda Ankara Anlaşması'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur¹⁹. Bu da sınırlı düzenlemenin haricinde kalan uyuşmazlıkların Ankara Anlaşması'na göre çözümlenmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla ortaklık mevzuatının uygulanmasından veya yorumlanmasından doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde bir Ortaklık Konseyi kararı gerekeceğinden, siyasi ilişkilerin hukuki yöntemin önüne geçme ihtimali göz ardı edilmemelidir²⁰. Burada öncelik, ilgili uyuşmazlığın Ortaklık Konseyi kararı

¹⁵ Ortaklık Konseyi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Kamuran Reçber, *Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri*, (Bursa, Alfa Aktüel, 2009), 21 vd.

¹⁶ 1/95 sayılı OKK m.54.

¹⁷ Ankara Anlaşması m.23.

¹⁸ 1/95 sayılı OKK m.55/1.

¹⁹ 1/95 sayılı OKK m.61.

²⁰ Ankara Anlaşması'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemeleri için bkz. m.25. Bu düzenlemeye göre "...Ortaklık Konseyi Anlaşmazlığı karar yolu ile çözebilir; keza, anlaşmazlığı Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na ve mevcut herhangi bir başka yargı merciine götürmeyi kararlaştırabilir..."

ile çözülmesi olacaktır. Devamla, Ortaklık Konseyi ilgili uyuşmazlığı yargı mercilerine götürmeyi kararlaştırabilecektir²¹. Her ne kadar teknik bir düzenleme gibi görünmekteyse de Ortaklık Konseyinde kararların oybirliğiyle alındığı ve sürecin yargısal aşamaya ulaşmadan tıkanabileceği unutulmamalıdır. Nitekim ortaklık hukuku kapsamında uyuşmazlıkların çözüm mekanizmasının nadiren bir çözüm olabileceği de vurgulanmaktadır²².

Maddi olarak ise Gümrük Birliği, sanayi ürünleri ile işlenmiş tarım ürünlerini kapsamaktadır²³. Bu kapsamda kalan ve Toplulukta veya Türkiye'de üretilen mallar ile Toplulukta veya Türkiye'de serbest dolaşımda bulunan üçüncü ülke çıkışlı mallar gümrük bölgesi içerisinde serbest dolaşımda sayılmaktadır²⁴. Gerek bu malların serbest dolaşımı gerekse mevzuatın yakınlaştırılması bakımından Türkiye'ye bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Her iki yönde de Türkiye'nin etkin olarak çalıştığı ve teknik engellerin kaldırılması yolunda büyük çaba sarf ettiği söylenebilecektir.

Gümrük Birliği bir süreç olarak değerlendirildiğinde, dünya ticaretinde yaşanan gelişmeler ve bölgesel ilişkiler temelinde Gümrük Birliğinin gelişmesi gerektiği ifade edilebilir. Her ne kadar mevzuat uyumlaştırılması çerçevesinde bazı diğer alanlar Gümrük Birliği içerisinde gibi görünmekteyse de sonuçta ticari alışveriş kavramı sadece sanayi malları ve işlenmiş tarım ürünlerini kapsamaktadır. Üstelik dünya ticareti 1995 yılından bu yana oldukça etkili bir değişim göstermiştir. Bu kapsamda Gümrük Birliğinin

²¹ Ankara Anlaşması m.25.

²² European Commission, *Impact Assessment, Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the Opening of Negotiations with Turkey on an Agreement on the Extension of the Scope of the Bilateral Preferential Trade Relationship and on the Modernisation of the Customs Union*, (Brussels, 21.12.2016, SWD (2016) 475 final), 15 vd. ; Erdal Yalçın ve Gabriel Felbermayr, *The EU-Turkey Customs Union and Trade Relations: What Options for the Future?*, *European Parliament In-Depth Analysis*, PE 653.640 – July 2021, 16. ; Sinan Ülgen, *The Business Case For A Turkey - EU Customs Union 2.0*, Foreign Economic Relations Board of Turkey (DEİK) Report, December 2018, 18. ; Kamala Dawar, Christopher Hartwell ve Sübidey Togan, "Reforming and Renegotiating The EU Turkey Customs Union", *Turkish Policy Quarterly* 17, no.1, (Spring 2018), 137.

²³ Bilici'ye göre Türkiye – AB arasındaki Gümrük Birliği tarım ürünlerinin serbest dolaşımını içermediğinden eksik bir Gümrük Birliğidir. Nurettin Bilici, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, 6. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 159.

²⁴ 1/95 sayılı OKK, m.3/1. Gümrük bölgesinin tanımı ise aynı maddenin 3. fıkrası ile yapılmış olup, Topluluk gümrük bölgesi ile Türkiye gümrük bölgesinin toplamından oluşmaktadır.

güncellenmesi tartışmaları da başlamıştır²⁵. Devam eden başlıkta bu süreç hakkında bilgi verilecektir.

II. GÜMRÜK BİRLİĞİ NEDEN GÜNCELLENMELİ?

Gümrük Birliği açısından güncellenme gerekliliğini ortaya koyabilmek üzere öncelikle teorik bazı hususlara değinilmesi gerekmektedir. Bunlar Gümrük Birliğinin dinamik ve statik etkileridir. Sonrasında ise TC. Ticaret Bakanlığı tarafından ortaya koyulan güncelleme nedenleri üzerinde durulacaktır.

Gümrük Birliğinin statik ve dinamik etkileri bulunduğundan bahsedilebilir²⁶. Statik açıdan bakıldığında bu yöndeki etkilerin, Gümrük Birliği'nin kurulmasının refah üzerindeki etkisi ile ilgili olduğu ifade edilebilir. Bu bağlamda Gümrük Birliğinin statik açıdan ticaret yaratıcı ve saptırıcı etkileri olduğu vurgulanmaktadır²⁷. Dinamik etkiler ise, milli gelir, kalkınma hızı ve ekonomik refahla alakalı olan değişimlerdir²⁸. Dinamik açıdan bakıldığında Gümrük Birliği, iki taraf arasında yapılan mal ve işlenmiş tarım ürünlerinin ticaretinde etkin olarak uygulanan bir kurallar bütünü olmasının yanı sıra özellikle Türkiye tarafından, yükümlülükler kapsamında, sürekli geliştirilmesi gerekli alanlar ve kaldırılması gerekli teknik engelleri ortaya koymuştur²⁹.

²⁵ Bkz. Dünya Bankası Raporu, World Bank, *Evaluation of the EU-TURKEY Customs Union*, (Report No. 85830-TR, 28.03.2014), 3. Metnin Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/turkey/tr-eu-customs-union-tr.pdf>

²⁶ Constantine Michalopoulos ve David Tarr, *Are Customs Unions Economically Sensible In The Commonwealth of Independent States*, (World Bank Policy, Research Working Paper, no. WPS 1786, 2004), 4 ; Halil Seyidoğlu, *Uluslararası İktisat Teori Politika ve Uygulama*, 15. Baskı, (İstanbul, Güzem Yayınları, 2003) 206 vd.

²⁷ Yavuz Özdemir ve Güner Koç Aytakin, "Avrupa Birliği (AB) Gümrük Birliği'nin Türkiye Ekonomisine Etkileri", *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 5, no.9 (2016), 47.

²⁸ Seyidoğlu, *Uluslararası İktisat Teori Politika ve Uygulama*, 2011.

²⁹ Ticarete teknik engellerin kaldırılması bakımından bkz. 1/97 sayılı OKK. Gümrük Birliğinin dinamik etkileri için bkz. Elif Haykır Hobikoğlu, "Gümrük Birliklerinin Ekonomik Etkileri ve Türkiye Ekonomisi: Gümrük Birliği Yansımaları", *Sosyal Bilimler Dergisi* 1, (2007), 67.

Bu dinamik etki özellikle üretim açısından çeşitliliğin artmasına ve rekabet düzeyinin yükselmesine neden olmuştur³⁰. Zorlayıcı bu rekabet ortamı ise üretim kalitesini arttırmış, Türkiye'nin uluslararası pazarlarda daha etkin ve kaliteli ürünler ile yer almasını sağlamıştır³¹. Gümrük Birliğinin, mevzuatların yakınlaştırılması bakımından ise yine oldukça olumlu etkileri olmuştur³². Aynı zamanda üçüncü devletlerle olan ilişkiler bakımından da imzalanan birçok STA olmuştur³³. Bu bakımdan Türkiye'nin gerek Avrupa gerekse dünya ekonomisi ile etkin bir bütünleşme gösterdiği söylenebilecektir. Nitekim geçtiğimiz on yılda, STA'larda küresel olarak bir artış yaşanmıştır ve bu anlaşmalar giderek hizmetler, kamu alımları ve asgari çevre ve işgücü standartları ile ilgili hükümler gibi 'derin' entegrasyon alanlarını kapsamaya başlamıştır³⁴.

Bunların yanında, Gümrük Birliğinin Türk ticaretine ve mevzuatına birçok katkı sağladığı kabul edilmektedir ancak tam üyelik sürecinde Gümrük Birliği sadece bir basamak olması gerekliken kalıcı bir duruma dönüşmüştür³⁵. Türkiye açısından asimetrik durumlar olarak nitelendirilebilecek, Türkiye'nin AB'nin ortak dış ticaret politikasına uyumu ve Türkiye'nin AB'nin alakalı mevzuatına uyumu gibi konular da bu kalıcılık içerisinde değerlendirilmelidir³⁶. Ticaret Bakanlığı'na göre tam üyelik öncesi

³⁰ Bkz. Naci Doğan, "On Yıllık Dönemde Gümrük Birliği'nin Etkileri ve Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme", *Mevzuat Dergisi* 7, no. 79, (Temmuz 2004), <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/07.htm>

³¹ Yavuz Özdemir ve Güner Koç Aytakin, *Avrupa Birliği (AB) Gümrük Birliği'nin Türkiye Ekonomisine Etkileri*, 52.

³² Yapılan çalışmalardan bazıları: Rekabet Kurumu 5 Kasım 1997 tarihinde faaliyete başlamıştır. 23.10.2010 tarihinde 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun kabul edilmiştir. 19 Kasım 2003 tarihinde 5000 Sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Patent, marka, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaretler alanlarında Kanun Hükmünde Kararnameler yürürlüğe girmiş, 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile bu kavramlar tek çatı altında toplanmıştır.

³³ Ticaret Bakanlığı tarafından belirtilen Gümrük Birliği Kapsamında Gerçekleştirilen Uyum Çalışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/gumruk-birligi>

³⁴ World Bank, *Evaluation of the EU-Turkey Customs Union*, 3.

³⁵ İlke Göçmen, *Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri: Hukuki Boyut*, (Ankara: Ankara Üniversitesi ATAUM Araştırma Dizisi No.45, 2022), 210.

³⁶ Özellikle mevzuat uyumu açısından dinamik bir yükümlülük, Türkiye açısından sürekli ve özenli bir takip gerektirmektedir.

geçiş dönemi olarak görülen bu yapı artık güncel taleplere cevap verememektedir. Bakanlığa göre bu husus; AB'nin karar alma süreçlerinde yer alınamaması, AB tarafından imzalanan STA'ların negatif etkileri ve mal ticaretinin etkin olarak işlemesinin önünde bir engel olan karayolu kotaları gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır³⁷. Bakanlık tarafından öne sürülen bu hususların kısaca ele alınması gerekmektedir³⁸.

İlk olarak karar alma mekanizmasından bahsetmek gerekir. 1/95 sayılı OKK'da Gümrük Birliğinin işleyişiyle doğrudan ilgili alanlardaki Türk mevzuatının Topluluk mevzuatına mümkün olduğu ölçüde uyumlu hale getirilmesi bir temel olarak ele alınmıştır³⁹. Uyumun gerçekleştirilmesi gerekli AB mevzuatının kabulü mekanizmasında Türkiye'nin pasif görülebilecek konumu ise bu ilişkiyi tek taraflı bir görünüme sokmaktadır⁴⁰. Her ne kadar Gümrük Birliği kapsamında karar almaya yetkili bir organ olarak Ortaklık Konseyi tanımlanmışsa da Türkiye ile olan ticareti etkileyecek politikaların üretimi kurumsal olarak AB içerisinde tamamlanmaktadır. 1/95 sayılı kararla birlikte belirli bir seviyeye kadar danışma usulü getirilmişse de bu alanda temel olarak Türkiye'nin hukuki şekillendirici bir etkisi bulunduğu kesin olarak ifade edilemez⁴¹. Bu konunun daha ileri boyutu ise uyumsuzluk çözüm mekanizmalarındaki yapısal sorunlardır⁴².

İkinci olarak AB'nin imzaladığı STA'lar gelmektedir. 1/95 sayılı OKK'ya göre Türkiye'nin, Topluluğun tercihli gümrük rejimine aşamalı olarak uyum sağlaması gerekmektedir. Bu uyum, topluluk tarafından üçüncü

³⁷ Ticaret Bakanlığı, <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/gumruk-birliginin-guncellenme-sureci/gumruk-birligi-neden-guncelleniyor> Karayolu kotaları ile ilgili olarak bkz. İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV), *The Quota Issue of the Turkish Road Transport Sector in the EU*, (İstanbul, June 2017), 7 vd.

³⁸ Gümrük Birliğinin Türkiye Ekonomisi üzerindeki etkilerine ilişkin çift taraflı bir yaklaşım için bkz. Cihan Dura, Hayriye Atik ve Cüneyt Dumrul, *Avrupa Birliği, Gümrük Birliği ve Türkiye*, (Ankara: Nobel Yayıncılık, 2015), 599 vd.

³⁹ 1/95 sayılı OKK, m.54/1.

⁴⁰ 1/95 sayılı OKK, m.55 vd.

⁴¹ Bu duruma yönelik bir görüş için bkz. Cihangir Cengiz ve Ömer Kurtbağ, "Türkiye-AB Gümrük Birliğinde Yaşanan Güncel Sorunlar ve Bunlara Olası Çözüm Önerileri", *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 6, no. 2, (Kış 2015), 6.

⁴² Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı'nın internet sayfası incelendiğinde, son Ortaklık Konseyi toplantısının 2019 yılında yapıldığına ilişkin bir kayıt bulunduğu görülmektedir. Toplanamayan ya da yeterli şekilde toplanamayan bir organın, karar alma ve uyumsuzluk çözümü açısından etkililiği ve bunun siyasi sebepleri ayrıca tartışılmalıdır.

ülkelerle imzalanan tercihli anlaşmalarını da kapsamaktadır⁴³. Toplulukça imzalanan bu STA'lar ve dolayısıyla Gümrük Birliği vasıtasıyla üçüncü ülke mallarının Türk pazarına girebileceği açıktır. Bu husus ise ilgili ülkenin Türkiye ile bir STA akdetmek bakımından isteksiz duruma gelmesine yol açmakta, bu durum ise ticaret sapması olarak adlandırılan görünümü ortaya çıkarmaktadır⁴⁴. Dahası ticaret sapması nedeniyle haksız rekabet gündeme gelmekte, Türkiye'nin ticari büyümesi önünde bir engel teşkil etmektedir. AB'nin üçüncü ülkelerle imzaladığı bu STA'larda kamu alımları ve tarım gibi farklı konuların da ticarete dahil edildiği görülmektedir. Bu da AB'nin aslında üçüncü devletlerle ticari açıdan daha derin bir ilişki kurmasını sağlamaktadır⁴⁵. Kanımızca Gümrük Birliği ise bu tür bir ilişki karşısında eksik ve eskimiş olarak kalmaktadır⁴⁶.

⁴³ 1/95 sayılı OKK, m.16/1.

⁴⁴ Karluk, *Avrupa Birliği Türkiye İlişkileri: Bir Çıkmaz Sokak*, 89, 94 vd. Ayrıca bkz. Ahmet Emre Usta, "Türkiye ve AB'nin İmzaladığı Serbest Ticaret Anlaşmaları", *İKV Değerlendirme Notu* (Yayın No.269, 2023), 17. Bu durum haricinde AB ve Türkiye'nin STA stratejilerinin farklılığı da tartışma konusu olabilecektir. Bkz. Hasan Köse, "Türkiye'nin AB'nin Serbest Ticaret Anlaşmalarına Uyumda Yaşadığı Sorunların ve Serbest Ticaret Anlaşması Politikası Farklılıklarının Üçüncü Ülke Pazarlarına Erişimine Etkisi", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 1, no.43, (2022), 29 vd.

⁴⁵ 2015 yılında diğer STA'ların yanı sıra özellikle AB ile Amerika Birleşik Devletleri (ABD) arasında görüşmeleri süren Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı'nın (TTYO) Türkiye-AB arasındaki ticari dengeyi oldukça asimetrik biçimde sarsacağından endişe edilmiştir. Bu nedenle 2015 yılında Gümrük Birliğinin güncellenmesi konuları ağırlık kazanmıştır. Bkz. SETA, *2015'te Türkiye*, (Ankara: 2015), 107. TTYO'nun etkileri hakkında ayrıca bkz. Gabriel Felbermayr, Rahel Aichele, ve Inga Heiland, "Going Deep: The Trade and Welfare Effects of TTIP Revised", *Ifo Working Paper* (No. 219, July 2016), 29 vd <https://www.cesifo.org/DocDL/wp-2016-219-aichele-felbermayr-heiland-welfare-ttip.pdf> ; Gökhan Aktaş, Zeynep Kaplan, "AB'nin Serbest Ticaret Anlaşmalarının Asimetrik Etkisi Ve Türkiye", *Uluslararası Ekonomi İşletme ve Politika Dergisi* 4, no.1, (2020): 117 – 140.

⁴⁶ Bu konuda kısa bir bilgi notu için bkz. DEİK, Türkiye-AB Gümrük Birliğinin Güncellenmesi Ve Derinleştirilmesi <https://www.deik.org.tr/uploads/ab-gumruk-birligi-a4.pdf> Gümrük Birliğinin, Türkiye'nin AB'ye tam üyelik perspektifinin netleşmemiş olması sonucunda öngörülenden daha uzun süre yürürlükte kaldığı ve sistemik sorunlar ihtiva eden bir ortaklık ilişkisine dönüştüğüne ilişkin olarak bkz. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/gumruk-birliginin-guncelleme-sureci> Bu konuda ayrıca bkz. Çiğdem Nas, Gümrük Birliği Neden Güncellenmeli?, 2 Nisan 2020, <https://www.perspektif.online/gumruk-birligi-neden-guncellenmeli/>

Güncelleme gerekliliği bakımından son olarak ise Gümrük Birliğinin önündeki teknik bazı engeller öne sürülmektedir. Bunlar bazı AB üye devletlerince uygulanan ve Türkiye’de kayıtlı ticari araçlara uygulanan kotalardır. Bu kotaların yanında ticari araç şoförlerine (tır ve kamyon şoförleri) uygulanan vize zorlukları da teknik bir engel olarak görülebilecektir. Bahsi geçen tüm bu hususlar taraflar arasında asimetrik bir ilişki doğmasına neden olmuştur. Bu durumun giderilebilmesi için Gümrük Birliğinin güncellenerek günümüz şartlarına uygun bir hale getirilmesi gerekliliği uzun süredir tartışılmaktadır⁴⁷. Bu bağlamda hem Gümrük Birliğinin işleyişini etkileyen yapısal sorunların çözülmesi için bir güncelleme gereklidir hem de yeni alanların dahil edilmesiyle iki taraf arasında daha derin bir ticaret ilişkisinin kurulması sağlanmalıdır.

Bunların haricinde taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüm mekanizmasından da bahsetmek gerekir. Ortaklık Konseyi, Ankara Anlaşmasının hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 1/95 sayılı OKK kapsamında alınan himaye önlemlerinin, korunma önlemlerinin veya dengeleyici önlemlerin kapsam veya süresi konusunda ortaya çıkan bir ihtilafı bu usulün başlatılmasından itibaren altı ay içinde halledemezse taraflardan biri uyuşmazlığı hakeme götürebilmektedir⁴⁸. Burada Ankara Anlaşması’nın ilgili düzenlemesinden farklı olarak Ortaklık Konseyi değil, taraflardan birisi de hakem sürecine başvurabilmektedir. Ortaklık Konseyi çerçevesindeki oybirliği kuralı düşünüldüğünde taraflarca bloke edilebilecek bu sürecin, belirli ihtilaflar söz konusu olduğunda aşılması sağlanmıştır⁴⁹. Ancak Reçber’e göre, 1/95 sayılı karar ile benimsenen uyuşmazlık çözüm usulü her ne kadar danışma usulü ile desteklenmişse de sınırlı ve yetersizdir⁵⁰.

Bu gereklilikler çerçevesinde bazı adımlar atılmış ve Gümrük Birliğinin güncellenmesi üzerine bazı çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalar kapsamında özellikle kamu alımları alanı bakımından ciddi bir ilerleme kaydedilmediği görülmektedir. Devam eden başlık altında bu süreç ele alınacak ve varılan nokta hakkında bilgi verilecektir.

⁴⁷ Bkz. Başlık “III. Gümrük Birliğinin Güncellenmesi Çerçevesinde Atılan Adımlar”

⁴⁸ 1/95 sayılı OKK, m.61.

⁴⁹ Hacı Can ve Çınar Özen, *Türkiye Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku*, (Ankara: Gazi Kitapevi, 2005), 128.

⁵⁰ Kamuran Reçber, *Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri*, 97.

III. GÜMRÜK BİRLİĞİNİN GÜNCELLENMESİ ÇERÇEVESİNDE ATILAN ADIMLAR

Küresel ticaretin ilerlemesiyle birlikte taraflar arasındaki ilişkinin yeniden dinamik bir çizgiye oturtulması 2014'ten bu yana güncel bir yaklaşım haline gelmiştir⁵¹. Bu bağlamda Gümrük Birliği çerçevesinde ortaya çıkan ve yukarıda da kısaca bahsedilen yapısal ve ticari ilişki kapsamı sorunlarına bir çözüm bulunması gerekmiştir.

İlk olarak 2014 yılında, taraflar arasındaki ticari ilişkilerin modernizasyonu üzerinde çalışmak bakımından bir 'Üst Düzey Görevliler Çalışma Grubu' kurulmuştur⁵². Bu grup, taraflar arasındaki mevcut ticaret araçlarının işleyişinin nasıl iyileştirilebileceği ve daha fazla alan kapsayabilen yeni bir anlaşma üzerinde çalışmıştır⁵³.

Bu çalışmalara ek olarak, 28 Mart 2014'te Avrupa Komisyonunun talebi üzerine hazırlanan Dünya Bankası raporu da ilişkinin boyutunu belirlemesi açısından oldukça önemlidir⁵⁴. Raporda taşıma kotaları, teknik bir engel gibi uygulanan vizeler ve AB'nin üçüncü devletlerle imzaladığı STA'lar gibi sorunların altı çizilmiştir. Ayrıca raporda, Gümrük Birliği'nin tarım, hizmetler ve kamu alımları alanlarına genişletilmesi de bir öneri olarak sunulmuştur.

Güncelleme durumunun bu kadar gerçek bir şekilde ticari hayatı etkilemesi nedeniyle bu konuda 12 Mayıs 2015 tarihinde Türkiye ve AB'nin

⁵¹ Gümrük Birliğine ilişkin güncelleme sürecini 2002-2003 yıllarına kadar geri götürmek mümkündür. Nitekim Kopenhag Zirvesi sonuç bildirgesinde Gümrük Birliğinin genişletilmesi ve derinleştirilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Copenhagen European Council, 12-13 December 2002 Presidency Conclusions, Brussels, 29 January 2003, 15917/02, para.20. Ayrıca bkz. Council of The European Union, Turkey: Customs Union Action Plan, 11425/03, Brussels, 14 July 2003.

⁵² European Commission, Impact Assessment, Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations with Turkey on an Agreement on the extension of the scope of the bilateral preferential trade relationship and on the modernisation of the Customs Union, Brussels, 21.12.2016, SWD (2016) 475 final, s.6.

⁵³ Kamu alımları da bu gelişen ilişki içerisinde kapsanma alınmalıdır. Report of The Senior Officials Working Group (Sowg) on the Update of the EU-Turkey Customs Union and Trade Relations, 27 April 2015, https://ticaret.gov.tr/data/5b87b62f13b8761160fa10c4/YDMCG_Raporu.pdf

⁵⁴ Bkz. World Bank, *Evaluation of the EU-Turkey Customs Union*.

ticari ilişkilerini ilerletmek üzere anlaşmaya vardığı görülmektedir⁵⁵. Ağustos 2015'te ise Avrupa Komisyonu bu alanda atılacak adımlar bakımından bir yol haritası üzerinde çalışmıştır⁵⁶. 2016 yılına gelindiğinde ise '18 Mart Mutabakatı' olarak adlandırılan metin ile birlikte taraflar, Gümrük Birliğinin güncellenmesi çerçevesinde atılan adımların memnuniyetle karşılandığının altını çizilmiştir⁵⁷. Aynı yıl içerisinde Komisyon, öncelikle kamuoyu araştırmalarını başlatmış⁵⁸ ve bu konu üzerindeki detaylı araştırma raporunu yayımlamıştır⁵⁹. Komisyon, 2016 yılı tamamlanmadan etki değerlendirmesi raporunu hazırlayarak bu alanda önemli bir kaynak oluşturmayı başarmıştır⁶⁰.

Bu raporda öncelikle Gümrük Birliği bakımından problemin kaynağı ortaya konulmuş, AB'nin neden harekete geçmesi gerektiği belirtilmiş ve uygulanabilecek değişik politikalar (senaryolar) belirlenerek bunların olası

⁵⁵ Mayıs 2015'te ise Avrupa Komisyonu Ticaretten Sorumlu Üyesi ile Türk Ekonomi Bakanı ortak bir açıklama yaparak Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği'nin güncellenmesi için müzakerelere başlanacağını ifade etmişlerdir. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_15_4967 Aynı yıl içerisinde AB devlet ve hükümet başkanları ve Türkiye toplantısı sonucu yapılan açıklamalarda da Gümrük Birliğinin güncellenmesi kapsamında hazırlık aşamalarına başlanması hususunda bir kayda yer verilmiştir. Bkz. Meeting of Heads of State or Government with Turkey - EU-Turkey Statement, 29/11/2015, para.10. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/29/eu-turkey-meeting-statement/>

⁵⁶ European Commission, Inception Impact Assessment, Enhancement of EU-Turkey Bilateral Trade Relations and Modernisation of the EU-Turkey Customs Union, August 2015, TRADE E2/NEAR A5. ; 2015 yılında yine Komisyonun yayımladığı ticarete ilişkin genel bir raporda ikili ilişkilerin daha ileriye götürülmesi başlığı altında Gümrük Birliğinin güncellenmesi gerekliliğine açıkça yer verilmiştir. Bu bağlamda ekonomik potansiyelin ortaya çıkarılabilmesi için birliğin, hizmetler, tarım ve kamu alımları alanlarına da genişletilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir. Bkz. European Commission, Trade for all - Towards a more responsible trade and investment policy, Brussels, 14.10.2015, COM/2015/0497 final, s.34. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52015DC0497>

⁵⁷ https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/Tur_En_Realitons/18_march_2016_turkey_eu_statement.pdf

⁵⁸ Bkz. https://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=198

⁵⁹ European Commission, Study of the EU-Turkey Bilateral Preferential Trade Framework, Including the Customs Union, and an Assessment of Its Possible Enhancement – Final Report, 26 October 2016, https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2016/turkey_anx6_en.pdf

⁶⁰ Bkz. European Commission, SWD (2016) 475 final.

etki ve sonuçları ele alınmıştır⁶¹. Bu senaryolarda ortak olan noktalardan birisi iki taraflı ticaret sürecine eklenmesi beklenen alanlardır. Bunlar; hizmetler, kamu alımları ve tarım olarak sıralanmaktadır⁶².

Özellikle 2016 yılında hız kazanan bu çalışmalar 2018 itibariyle durmuş görünmektedir. Nitekim 26 Haziran 2018 tarihinde Konsey, Türkiye'nin Avrupa Birliği'nden giderek uzaklaştığını belirtmekle birlikte AB-Türkiye Gümrük Birliği'nin modernizasyonu için başka çalışmalar öngörülmediğini belirtmiştir⁶³. 1-2 Ekim 2020 tarihli AB Zirvesi sonuç bildirgesinde ise bu yaklaşımın devam ettiği ve Gümrük Birliğine ilişkin yapılacak çalışmalara başlamanın siyasi başka ilişkilere bağlandığı görülmektedir⁶⁴. 2021 yılında bu tutum sürdürülmüş ancak teknik düzeyde yapılan çalışmalara atıfla Gümrük Birliği'nin uygulanmasındaki mevcut zorlukların ele alınması gerektiğine değinilmiştir⁶⁵. Ancak yapılan çalışmalar devamlılık göstermemiştir⁶⁶.

⁶¹ Anadolu Ajansı haberlerine göre Ticaret Bakanlığı ile AB yetkili otoriteleri arasında Gümrük Birliğinin güncellenmesi ve geliştirilmesine yönelik çabalar yoğun olarak devam etmektedir. Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiye-ab-ile-gumruk-birliginin-guncellenmesi-yonundeki-calismalara-odaklandi/2838081>

⁶² Teknik raporlarda Gümrük Birliğinin güncellenmesi oldukça açık bir şekilde ortaya koyulmaktayken güncellenmenin politik yönü olduğu da unutulmamalıdır. Burada özellikle Yunanistan'ın, Gümrük Birliği gerekliliklerinin tüm üye devletlere eşit bir şekilde uygulanmasını bekleyeceği ve gerekirse veto edebileceği unutulmamalıdır. Bkz. Alkan 2017. Burada sayılan Her bir alan kendisi üzerinde ayrı bir çalışma yapmayı gerektirecek derinliktedir. Bu nedenle bu çalışma kapsamında sadece kamu alımları başlığı değerlendirilecektir. Bir örnek olarak Ticari ilişkinin hizmet alımları alanına da genişletilmesi bakımından bkz. Özlem Şeker, *Küreselleşme ile Bölgeselleşme İkileminde Hizmet Ticareti: Hukuki yaklaşımla Dünya, AB ve Türkiye Ölçeklerinde Karşılaştırmalı bir Değerlendirme*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, No: 43, 2021)

⁶³ Council of The EU, Enlargement and Stabilisation and Association Process - Council conclusions, 10555/18, Brussels, 26 June 2018, para.35.

⁶⁴ European Council, Special Meeting of the European Council (1 and 2 October 2020) – Conclusions, Brussels, EUCO 13/20, 2 October 2020, para.20.

⁶⁵ European Council, European Council Meeting (24 and 25 June 2021) – Conclusions, EUCO 7/21, Brussels, 25 June 2021, para. 15-16.

⁶⁶ European Commission, Joint Communication to the European Council, State of Play of EU-Türkiye Political, Economic and Trade Relations, Brussels, 29.11.2023, JOIN (2023) 50 final. Bu raporda, Türkiye'nin mevcut Gümrük Birliği'ni tüm üye devletlere etkin bir şekilde uygulamadığına yönelik eleştiri olmakla birlikte. Türkiye'nin somut başlıkları ele almadaki çabaları ve belirli alanlarda kaydedilen ilerleme, Komisyona

Dolayısıyla bu konuda teknik çalışmalar yapılmışsa da müzakerelerin açılması konusunda Komisyon, Konsey tarafından yetkilendirilmemiştir⁶⁷.

Burada ek olarak belirtmek gerekir ki AB'nin 2021 yılında benimsediği "açık, sürdürülebilir ve iddialı bir ticaret politikası" ile birlikte, iklim değişikliği, uluslararası gerilimler ve ekonomik toparlanma gibi alanlarda yeni bir yaklaşım izleneceği ortaya koyulmuştur⁶⁸. Bu yeni yaklaşım sadece AB iç ticareti ile ilgili olmayıp genişleme kapsamındaki ülkelerin AB tedarik zincirlerine daha iyi entegre edilmesi ve sürdürülebilir yatırımın teşvikinin sağlanması gibi dış unsurları da kapsamaktadır⁶⁹. Bu bağlamda ileriye dönük olarak Gümrük Birliğinin de bu politika kapsamında belirlenen ilkeler çerçevesinde güncellenmesi yönünde adım atılması gerektiği ifade edilebilir⁷⁰.

Yapılan çalışmalardan görüleceği üzere Gümrük Birliğinin güncellenmesi gerektiği kabul görmüş bir adımdır⁷¹. Ancak buna yönelik çalışmalar belirli bir noktada durma aşamasına gelmiştir⁷². Dünya ticaretinin

göre daha yakın bir etkileşim için bir temel oluşturmaktadır. European Commission, JOIN (2023) 50 final, 11.

⁶⁷ Bkz. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) m.218.

⁶⁸ European Commission, Communication from The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions, Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy, Brussels, 18.2.2021, COM(2021) 66 final. Bu yeni yaklaşımla ilgili olarak Komisyon tarafından verilen cevaplar için bkz. European Commission - Questions and answers: An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy, Brussels, 18 February 2021.

⁶⁹ Bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_645

⁷⁰ Bu bağlamda Türkiye AB arasındaki Gümrük Birliğinin kapsamlı bir şekilde güncellenmesi gereklidir. European Commission, JOIN (2023) 50 final, 11.

⁷¹ Hatta genel olarak Türkiye-AB ilişkilerinin tekrar başlatılmasında mantıklı bir başlangıç noktası olarak görülmüştür. Nilgün Arısan Eralp ve Sanem Baykal, (et. al.) "Modernisation of The Turkey-EU Customs Union, Building a New Partnership on Past Achievements", *Tepav Policy Note*, (N202126, September 2021), 12.

⁷² 17-18 Nisan 2024 tarihli Zirve'de Türkiye-AB ilişkileri gündeme alınmışsa da yapılan stratejik tartışma sonunda AB Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi ve Komisyon'un, taraflar arasındaki siyasi, ekonomik ve ticari ilişkilerin durumuna ilişkin bildirimlerine dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda Doğu Akdeniz'de istikrarlı ve güvenli bir ortam kurulması ile Türkiye ile işbirlikçi ve karşılıklı yarar sağlayan bir ilişkinin geliştirilmesinde stratejik bir çıkar bulunduğu vurgulanmıştır. 2023 yılı sonunda hazırlanan mevcut durum raporu üzerinde yapılacak çalışma bakımından, önceki Avrupa Konseyi kararlarına uygun olarak ve aşamalı, orantılı ve geri dönüşümlü bir şekilde ilerletmek üzere Coreper'e görev vermiştir. Ancak bu toplantı

ilerlemesi ve diğer konuların yanında kamu alımlarına ilişkin konuların da yeni nesil ticari ilişkilerde önemli bir noktada olması, bu alanda güncelleme yapılmaya devam edilmesini gerektirmektedir. Buna yönelik atılabilecek adımların ise dikkatle değerlendirilmesi önemlidir. Bu bağlamda devam eden başlıklar altında öncelikle kamu alımları başlığı hakkında genel bilgilere yer verilecek devamında ise Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kapsamında atılabilecek alternatif adımlar ele alınacaktır.

IV. GÜMRÜK BİRLİĞİ İÇERİSİNDE VE GENEL OLARAK KAMU ALIMLARI BAŞLIĞININ DURUMU

Bu başlık altında öncelikle kamu alımlarının ne olduğu hakkında bilgi verilecektir. Devamında ise ilk olarak Gümrük Birliği çerçevesinde kamu alımları başlığının nerede durduğu sonrasında ise Türkiye tarafından bu alanda yapılan yenilikler ve güncel olarak kamu alımları sektörünün durumu incelenecektir.

İlk olarak, Kamu İhale Kurumuna (KİK) göre kamu alımları “*Kanun kapsamında belirtilen idarelerin yaptıkları mal veya hizmet alımları ile yapım işlerini kapsamaktadır.*”⁷³ Buna göre kamu alımlarında adından da anlaşılacağı üzere bir tarafı idare oluşturmaktadır. Yine bu tanıma göre alımlar; mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerini kapsamaktadır. AB kamu alımları direktifindeki tanıma göre ise kamu alımı, kamu amaçlı olup olmadıklarına bakılmaksızın, işlerin, malların veya hizmetlerin bir veya birden fazla sözleşmeli otorite tarafından bu sözleşmeli otoriteler tarafından seçilen ekonomik işletmecilerden kamu sözleşmesi yoluyla edinilmesidir⁷⁴.

sonucunda gerek Türkiye'nin atacağı adımların vurgulanması gerekse Doğu Akdeniz ve Kıbrıs'a yapılan atıflar göz ardı edilmemelidir. Bkz. European Council, Special meeting of the European Council (17 and 18 April 2024) – Conclusions, Brussels, 18 April 2024, EUCO 12/24, para. 9-10.

⁷³ Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, Eylül 2019, Ankara, s.IV https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2019_alt%C4%B1_ayl%C4%B1k_d%C3%B6nem_KAMU_ALIMLARI_%C4%B0ZLEME_RAPORU.pdf Ayrıca bkz. Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, Şubat 2023, Ankara, s.IV, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2022_yil_sonu_kamu_alimlari_izleme_raporu.pdf ve Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, Ağustos 2023, Ankara, s. IV. https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2023_alti_ay_kamu_alimlari_izleme_raporu.pdf

⁷⁴ European Parliament and The Council, Directive 2014/24/EU, on Public Procurement and Repealing Directive 2004/18/EC of 26 February 2014, OJ L 94/65, 28.3.2014, m.1/2.

İkinci olarak, Gümrük Birliği çerçevesinde kamu alımları başlığının nasıl ele alındığı da değerlendirilmelidir. 1/95 sayılı OKK'nın dördüncü kısmı yasaların yakınlaştırılması ile ilgilidir. Bu kısmın kapsamında; fikri, sınai ve ticari mülkiyetin korunması, rekabet, ticari korunma araçları, kamu alımları, dolaysız vergiler bulunmaktadır. Kamu alımları bu kısmın içerisinde 48. maddede oldukça kısa bir şekilde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre; 1/95 sayılı OKK yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mümkün olan en kısa süre içinde, Ortaklık Konseyi, tarafların kamu alımları piyasalarını birbirlerine açmalarına yönelik görüşmelerin başlatılması için bir tarih belirlemelidir. Yine aynı maddede Ortaklık Konseyinin bu alandaki gelişmeleri her yıl gözden geçireceği de hüküm altına alınmıştır.

Üçüncü olarak, Türkiye tarafından bu alanda özellikle de mevzuatların yaklaştırılması bakımından yapılan çalışmaların durumu ortaya koyulmalıdır. Türkiye tarafından 2002 yılında Kamu İhale Kanunu çıkarılmıştır⁷⁵. Aynı yıl Kamu İhale Kurumu da çalışmalarına başlamıştır⁷⁶. Kamu alımları başlığı aynı zamanda Türkiye AB üyelik ilişkilerinde de yer alan fasıllardan birisini oluşturmaktadır⁷⁷. Bu fasıl bakımından yapılan detaylı inceleme ve değerlendirmeler AB'nin ilerleme raporlarında yer almaktadır. İlerleme raporları bu süreçte etkin bir yol gösterici olarak kabul edilmelidir.

Her ne kadar mevzuat çıkarılmış ve bir kurum ile işleyiş devam ettirilmişse de özellikle ilerleme raporlarında mevzuat ve uygulamada hala birçok eksiklik bulunduğu ifade edilmektedir. Güncel olması açısından 2023 (AB) ilerleme raporuna bakılacak olunursa; Türkiye'nin bu alanda gerileme içerisinde bulunduğu, müzakere usulü ve ayrımcı yerli fiyat avantajı uygulamalarının kullanımını arttırdığı ve yerli içeriği destekleyen dengeleme uygulamalarına devam ettiği belirtilmiştir. Ayrıca resmi istatistiklere olan kamu güveninin de artırılması gerekmektedir⁷⁸. Bununla birlikte AB'ye göre bu alandaki ulusal mevzuat AB müktesebatı ile uyumlu değildir⁷⁹. Ulusal mevzuat, mallar yerli olarak üretilmediği takdirde yetkililerin telafi edici önlemler talep etmelerine izin veren zorunlu yerli fiyat avantajlarını ve

⁷⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, RG: 22.01.2002.

⁷⁶ Kamu İhale Kurumunun Teşkilatı ile Kurum Personelinin Mali ve Sosyal Hakları, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG: 20.07.2002.

⁷⁷ Kamu alımları müzakere faslı için bkz. <https://www.ab.gov.tr/70.html>

⁷⁸ Avrupa Birliği Komisyonu, 2023 Türkiye Raporu, (Gayri resmî tercüme), Brüksel, 8.11.2023, SWD (2023) 696, 9-10

⁷⁹ *ibid.* 28

dengelemeleri de içerdiğinden ayrımcı niteliğe sahip olarak değerlendirilmiştir⁸⁰. Türk kamu alımları sektöründe, ayrımcı yerli fiyat avantajları ve ofset uygulamalarının devam ettiği belirtilmiş, şikâyet inceleme süreçlerinde şeffaflık ilkesinin uygulanmasının artırılması gerektiği vurgulanmış, bağımsız bir ihale organı kurulması gerekliliğinin de altı çizilmiştir.

Söz konusu rapora göre Türk Kamu İhale Mevzuatı, imtiyazlar ve kamu-özel sektör ortaklıklarını kapsayacak şekilde 2014 AB Direktifleri ile tam uyumlu hale getirilmemiştir⁸¹. Kamu İhale Kanunu'nun düzenlemesine göre, yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilme kaydı da devam etmektedir⁸².

⁸⁰ *ibid.* 72

⁸¹ Avrupa Birliği Komisyonu, Komisyon Tarafından Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine ve Bölgeler Komitesine Sunulan Bilgilendirme, AB Genişleme Politikasına İlişkin 2019 Bilgilendirmesi Ekindeki 2019 Türkiye Raporu, SWD (2019) 220, Brüksel, 29.5.2019. AB ilerleme raporları genel olarak ele alındığında genel olarak kamu alımları alanında, özellikle Kamu İhale Kanunu'nun Türk teklif sahipleri lehine hükümler içeriyor olması, Türk mevzuatında muafiyetlerin sürmesi ve alımlar için belirlenen eşik değerlerin AB'de öngörülen değerlerin üzerinde olması ve gibi unsurlar da uyum açısından eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, Türk kamu ihalelerinde kapsamın dar bir anlayışla 'kamu kurum ve kuruluşları' olarak belirlenmesi ve rekabet bakımından rakipsiz olan bazı kuruluşların dışarıda bırakılmasıyla ilgili olarak AB düzenlemelerinin daha etkin bir anlayış geliştirdiğine ilişkin bir eleştiri için bkz. Sedat Çal, "Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamına Yönelik Gözlemler" içinde Fehim Üçışık (et. al. ed.) *Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler – 2*, (İstanbul, Aristo yayınları, 2016), 21. 2022 yılı Türkiye raporunda da bu gibi durumların devam ettiğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar mevcuttur. Bkz. Avrupa Birliği Komisyonu, 2022 Türkiye Raporu, SWD (2022) 333, Brüksel, 12.10.2022, 71 vd.

⁸² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m.63. Kamu İhale kurumu tarafından 2022 yılı için hazırlanan Kamu Alımları İzleme Raporunda, eşik değerinin altındaki ihalelerin yabancı isteklilerin katılımına açılması zorunluluğu bulunmadığı halde yaklaşık 19,56 milyar TL tutarındaki 8.147 ihalenin yabancı isteklilerin katılımına açılmış olduğu belirtilmiştir. Ancak devamında söz konusu ihalelerde yerli malına fiyat avantajı uygulanan ihalelerin oranı ve maliyetinin oldukça yüksek olduğu görülmektedir. Bkz. Kamu İhale Kurumu, *Kamu Alımları İzleme Raporu 2022*, 9 vd. 2023 yılı ilk 6 aylık rakamlar için ayrıca bkz. Kamu İhale Kurumu, *Kamu Alımları İzleme Raporu 2023*, 9 vd. Yine 2023 yılının ilk 6 ayında, 58.920 adet sözleşmenin 45'inin yabancı uyruklu 45 yüklenici tarafından üstlenilmiş olduğu belirtilmiştir. *Kamu Alımları İzleme Raporu 2023*, 11. Teyit başvuruları sayılarında ise AB üye devletleri büyük bir yer kaplamaktadır. *Kamu Alımları İzleme Raporu 2023*, 19. 12 aylık rakamlar için bkz. Kamu İhale Kurumu, *2023 Yılı Kamu Alımları İzleme Raporu: 1 Ocak 2023-31 Aralık*

Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (Tebliğ) 7. maddesi ile Anayasanın 90. maddesi uyarınca usulüne uygun yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmalara taraf ülkelerin vatandaşlarının ihalelerde istekli olabilecekleri ve ilgili anlaşma hükümlerinin ihalede uygulanmasının talep edilmesi üzerine idarenin bu hükümleri inceleyip ilgili tedbirleri alması gerektiği hususu düzenlenmiştir⁸³.

Görüldüğü üzere Türkiye tarafından kamu alımları başlığı açısından önemli adımlar atılmıştır. Ancak bu adımların özellikle müktesebat uyumu kapsamında AB tarafından yeterli görülmediği ortadadır. Ticari ilişkiler açısından değer kazanması ve dünya ticaretinde önemli bir noktaya ilerlemesi, kamu alımlarının güncel olarak da değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu da bizi dördüncü noktaya götürmektedir.

Dördüncü olarak kamu alımları hakkındaki güncel istatistiklere bakıldığında ise bu alanın oldukça büyük bir ekonomik hacme sahip olduğu görülmektedir. Nitekim KİK tarafından hazırlanan kamu alım istatistikleri bize bunu açık bir şekilde göstermektedir. İstatistik raporunda ilgili dönemde 67,2 milyar TL tutarında mal ve hizmet alımı, yapım işi ve danışmanlık hizmetlerinin alımı için toplam 51.458 sözleşme imzalandığı kayıt altına alınmıştır⁸⁴. AB tarafında ise üye ülkelerden 250.000'nin üzerinde kamu yetkili makamının yıllık 2 trilyon Avro tutarında kamu alımı işi gerçekleştirdiği ifade edilmektedir⁸⁵. Bu rakamlar bize kamu alımları başlığının oldukça büyük bir sektör olduğunu ve etkin bir ekonomik değer içerdiğini göstermektedir⁸⁶. Her iki tarafın da kamu alımlarını birbirine açması bu bağlamda oldukça önemli görünmektedir⁸⁷.

2023, Ankara: Şubat 2024. https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2023_yil_sonu_kamu_alimlari_izleme_raporu.pdf

⁸³ Kamu İhale Genel Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ("Tebliğ") 31.03.2018 tarihli ve 30377 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. m.7.

⁸⁴ *Kamu Alımları İzleme Raporu 2023*, 2 vd.

⁸⁵ Bkz. https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en

⁸⁶ AB ve Türkiye arasındaki ticaret hacmi halihazırda oldukça büyüktür. Örneğin 2022 yılında taraflar arasındaki mal ticareti 198.1 milyar avro hacmine ulaşmıştır. Mallar, hizmetler ve doğrudan yatırımlara ilişkin veriler için bkz. [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/turkiye_en#:~:text=The%20EU%20is%20by%20far,total%20trade%20with%20the%20world\).](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/turkiye_en#:~:text=The%20EU%20is%20by%20far,total%20trade%20with%20the%20world).)

⁸⁷ Gümrük Birliğinin güncellenmesi kapsamındaki diğer başlıklardan tarım, hizmetler ve uyumsuzlukların çözümü bakımından ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Avrupa

Sonuç olarak kamu alımları başlığı Gümrük Birliği mevzuatının kısıtlı düzenlemesi sebebiyle malların serbest dolaşımına ilişkin yükümlülükler kapsamında değil mevzuat uyumlaştırılması yükümlülüğü kapsamında ele alınmıştır. Bu bağlamda her ne kadar teknik mevzuatımız yaklaştırılmışsa da söz konusu alan maddi olarak Gümrük Birliğinin kapsamı dışında kalmaktadır. Ticari hayat bakımından gerek AB gerekse Türkiye’de kamu alımları önemli bir ekonomik değer taşımaktadır. Bu nedenle bu alanda yapılacak ve devam ettirilecek bir iş birliği kanımızca her iki taraf için de olumlu sonuç verecektir⁸⁸. Kamu alımlarının durumu, Gümrük Birliğinin güncellenmesi kapsamında değerlendirilen senaryolar ve diğer ihtimaller dahilinde ele alınmalıdır. Devam eden başlık altında bu husus incelenecektir.

V. KAMU ALIMLARININ SERBESTLEŞTİRİLMESİ İÇİN KULLANILABİLECEK HUKUKİ YÖNTEMLER

Kamu alımlarının serbestleştirilmesi açısından kullanılabilecek hukuki yöntemler ikiye ayrılarak incelenebilir. İlk olarak, Komisyonun 2016 yılında hazırladığı raporda işaret edilen senaryolar incelenebilir. İkinci olarak ise alternatif bir yöntem olarak DTÖ bünyesindeki olasılıklar değerlendirilebilir. Devam eden başlıklar altında bu iki unsur sırasıyla ele alınacaktır.

A. Gümrük Birliğinin Güncellenmesi Kapsamında Kullanılabilecek Hukuki Yöntemler

Gümrük Birliğinin güncellenmesi kapsamında hukuki açıdan farklı yöntemler uygulanabileceği gündeme gelmektedir. Bu yöntemlerden bazıları Komisyonun 2016 tarihli raporunda da güncellenmede kullanılabilecek senaryolar olarak yer almaktadır⁸⁹. Bunlar, (i) ilişkinin mevcut şekliyle

Birliği ve Küresel Araştırmalar Derneği (ABKAD), Türkiye ve Avrupa Birliği Arasındaki Gümrük Birliği’nin Güncellenmesi: Tarım, Hizmetler ve Anlaşmazlıkların Halli, Ankara, 2020, <http://abkad.org/wp-content/uploads/2021/01/CSSP-II-062-Projesi-G%C3%BCmr%C3%BCk-BG-Kitab%C4%B1-1-Ocak-2021.pdf>

⁸⁸ Bir görüşe göre ise AB ile Türkiye arasında birliğe katılım bakımından bir gelişme olmadığı ve yakın gelecekte de görülmediği için Gümrük Birliğinin güncellenmesi taraflar arasındaki ilişkilerde önemli bir rol oynayacaktır. Özlem Terzi, “The EU–Turkey Customs Union Shortcomings and Prospects for Modernization”, içinde *The Proliferation of Privileged Partnerships Between the European Union and Its Neighbours*, ed. Sieglinde Gstöhl ve David Phinnemore (Routledge London 2019): 121-139.

⁸⁹ European Commission, SWD (2016) 475, 27 vd.

sürdürülmesi (ii) Gümrük Birliğinin belli bir dereceye kadar modernize edilmesi (iii) derin bir serbest ticaret alanı kurulması şeklinde ifade edilebilir⁹⁰.

Komisyon tarafından etraflıca ele alınan bu senaryolar bir basamak olarak kullanılıp başka hukuki güncelleme yöntemlerinin de olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Bu başlık altında kısaca hem bu raporda yer alan senaryolar değerlendirilecek hem de başka bazı hukuki yöntemler kısaca vurgulanacaktır. Senaryolar değerlendirilirken temel karşılaştırma kıstası olarak karar alma ve özellikle ortaklık hukuku açısından oldukça sorunlu bir yapı olan uyuşmazlıkların çözümü mekanizmaları kullanılacaktır. Bu sayede senaryolar arasında olumlu ya da olumsuz çıkarımlar yapmak mümkün olabilecektir.

(i) Gümrük Birliğinin güncellenmesi kapsamında ele alınabilecek seçeneklerden birincisi ilişkinin mevcut şekliyle sürdürülmesidir. Halihazırda taraflar arasındaki ticaretin devam etmesi düşünülebilir ancak gerek Ortaklık Konseyinin yapısı ve karar alma⁹¹ ve uyuşmazlıkların halli mekanizmasındaki yapısal sıkıntılar⁹² gerekse AB'nin birçok farklı ülke ile STA'lar imzalamasının bu ilişkiyi belirli bir süre sonra sürdürülemez hale getirmesi olasıdır⁹³. Nitekim yukarıda belirtilen rapor ve çalışmalarda da bu ilişkinin güncellenmesi yönünde vurgular yapılmıştır⁹⁴. Ayrıca böyle bir senaryo ile

⁹⁰ Gümrük Birliğinin sonlandırılmasına yönelik bir başka yaklaşım için bkz. Yalcın ve Felbermayr, *The EU-Turkey Customs Union and Trade Relations*, 29 vd.

⁹¹ Ortaklık Konseyinin uluslararası bir örgüt organı olarak değil, sadece tarafların ortak işlem yaptıkları bir sözleşme organı olduğu ve sınırlı bir yapısı olduğuna ilişkin olarak bkz. Can ve Özen, *Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku*, 86 ; Ercüment Tezcan, "Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Kurumsal Boyut", içinde, *Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri*, ed. Belgin Akçay ve Sinem Açıkmeşe, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 93.

⁹² Bkz. Ankara Anlaşması m.25. Ayrıca bkz. Kamuran REÇBER, *Türkiye Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016),

⁹³ Bu bağlamda AB'nin, ABD ve Kanada gibi devletlerle yeni nesil bölgesel ticaret anlaşmaları imzalama sürecinin, Türkiye-AB arasındaki Gümrük Birliğinin kurumsal olarak zayıf noktaları ortaya çıkardığı ifade edilebilir.

⁹⁴ Gstöhl ve Phinnemore'a göre 2000'lerden bu yana, uluslararası ticaret gündeminin değişen doğası ışığında içeriğinin güncellenmesi gerekliliği ile birlikte AB-Türkiye Gümrük Birliğinin kurumsal eksiklikleri giderek daha fazla hissedilmiş ve katılım müzakereleri durakladıkça modernizasyon çağrıları da artmıştır. Sieglinde Gstöhl, David Phinnemore, "Introduction", içinde *The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours*, ed. Sieglinde Gstöhl, David Phinnemore, (Routledge, 2019), 12

devam edilmesi kamu alımlarının sadece mevzuat yakınlaştırılması kapsamında kalması anlamına gelmektedir. Bu da ekonomik hacmi yüksek bu alanın iki tarafça da etkin bir şekilde kullanılmasını engelleyecektir. Bir başka etken ise Türk mevzuatı açısından düşünülmelidir. Etkin bir kamu alımları hükmü/anlaşması/güncellenmesi olmadığı sürece AB ilerleme raporlarında ifade edilen eksikliklerin giderilmesi ve şeffaf ve küresel anlamda serbest bir kamu alımları piyasasının oluşturulması uzak bir ihtimal olarak değerlendirilebilir.

(ii) Ele alınabilecek ikinci seçenek ise Gümrük Birliğini belli bir dereceye kadar modernize etmek ve bazı alanlarda ek olarak STA'lar ile işleyişi sürdürmektir⁹⁵. Burada modernizasyon bakımından yapılan vurgu gereklidir ve özellikle uyuşmazlıkların halli mekanizması ve Gümrük Birliğinin kapsadığı alanların güncellenmesi açısından gereklidir. STA'lar bakımından ise bazı sorunlar gündeme gelebilecektir. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 16. maddesine göre Türkiye, 2001 yılına kadar AB'nin tercihli ticaret anlaşmaları ve tek taraflı ticari tavizlerin tanındığı otonom rejimlerini üstlenmeyi taahhüt etmiştir.

Türkiye, Gümrük Birliğinin getirdiği yükümlülükler dolayısıyla AB'nin ticaret anlaşmaları yaptığı taraflarla benzer anlaşmalar akdetmek durumundadır. Burada iki durum gündeme gelmektedir. Birincisi Türkiye'nin, AB'nin henüz bu tür ticaret anlaşması akdetmediği ülkelerle STA ya da benzeri tercihli ticareti amaçlayan anlaşmalar yapamadığı görülmektedir⁹⁶. İkinci olarak ise AB'nin üçüncü ülkelerle yaptığı tercihli ticaret anlaşmalarında, bu ülkelerin ülkemizle bir Anlaşma imzalaması yönünde hukuki bir zorunluluk yer almadığı görülmektedir. Daha önce de belirtildiği

⁹⁵ Göçmen'e göre, Gümrük Birliğinin güncellenmesi, hukuki açıdan, 'Ortaklık Konseyi Kararı yöntemi' ve 'Uluslararası Anlaşma yöntemi' ile gerçekleştirilebilir. Buna göre, Ortaklık Konseyi, karar alma yetkisine sahiptir ve bu yetki, dar veya geniş anlamda, oldukça geniş bir alanı kapsar. Bununla birlikte "oy birliği" gerekliliği nedeniyle bu kararları almak pratikte kolay olmayabilecektir. Uluslararası anlaşma yöntemi ise taraflar arasında bir ortaklık kuran ve geliştiren Ankara Anlaşması ve Katma Protokol gibi, bir başka uluslararası anlaşma aracılığıyla Gümrük Birliğinin güncellenmesine karar verilebilir İlke Göçmen, "Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki Gümrük Birliğinin Güncellenmesinin Yöntemi ve Usulü: Avrupa Birliği Açısından Bir Bakış", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 15, no. 1, (2016), 88-94.

⁹⁶ Örneğin Türkiye, Cezayir ile bir STA imzalayamamıştır. Bu nedenle ticari işlemlerde yüksek vergilerle karşılaşıldığı belirtilmektedir. Bkz. <https://www.kolayihiracat.gov.tr/ulkeler/cezayir>

üzere Türkiye ile STA imzalamamanın bu ülkeler açısından herhangi bir yaptırımı bulunmamakta ve bu nedenle müzakerelerin oldukça yavaş ilerlediği ifade edilmektedir⁹⁷.

Özellikle bazı devletlerin Türkiye ile STA imzalamaması gibi durumlar AB ile yapılacak anlaşmalar bakımından bir engel olarak tanımlanabilecektir. Bunun çözümü olarak AB'nin Türkiye ile kapsamlı bir STA yapması ve diğer ülkelerle yapacağı STA'lar bakımından da Türkiye'yi koruyacak hükümler koyması bir çözüm olarak görülebilecektir. AB bugüne kadar halihazırda yaptığı STA'lar bakımından böyle bir çözümü uygulamamıştır⁹⁸. Ayrıca Gümrük Birliği yerine salt olarak STA üzerinden ilerleyecek bir ilişki bazı uzmanlar tarafından ekonomik olarak negatif yönlü olarak görülmektedir⁹⁹.

İkinci senaryo eğer bir modernleşmeyi içeriyorsa, kanımızca karar alma ve uyuşmazlıkların çözüm mekanizmasında yani kurumsal olarak da bir iyileştirme yapılması gerektiği ifade edilebilir. Bu bağlamda karar alma mekanizmasında 1/95 sayılı karar ile getirilen danışmanlık usulünün daha donanımlı hale getirilmesi ve Gümrük Birliği Ortak Komitesi'nin yetkilerinde değişiklik bir yöntem olarak düşünülebilir. Bunun yanı sıra özellikle uyuşmazlık çözümleri bakımından konu sınırlaması olmaksızın bir uygulama yapılması dolayısıyla ortaklık hukukundan kaynaklanan siyasi çözüm yöntemindeki sıkışmanın engellenmesi de Ortaklık Konseyi kararı ya da Uluslararası anlaşma yöntemleri kullanılarak yapılacak bir güncellemede yer alması gereken faktörlerden birisi olarak görülmelidir¹⁰⁰.

⁹⁷ Bkz. başlık "II. Gümrük Birliği Neden Güncellenmeli?". Bu konudaki görüş için bkz. Ali Kemal Aydın, "Serbest Ticaret Anlaşmalarının Yeri ve Türkiye'nin Dış Ticaretinin Geliştirilmesindeki Önemi", *Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi*, no.12, Dışişleri Bakanlığı Yayınları, (Şubat 2004), https://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ekonomik-sorunlar-_subat-2004_.tr.mfa

⁹⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Cihangir Cengiz ve Ömer Kurtbağ, "Türkiye-AB Gümrük Birliğinde Yaşanan Güncel Sorunlar ve Bunlara Olası Çözüm Önerileri", *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 6, no.2, (Kış 2015), 3 vd.

⁹⁹ Gabriel Felbermayr, Rahel Aichele, Erdal Yalcin, "EU-Turkish Customs Union: How to Proceed", 23 July 2016, <https://voxeu.org/article/eu-turkish-customs-union-how-proceed> Bu bağlamda, Gümrük Birliği ve Ortaklık hukukunun, güncel AB STA'larında olmayan, doğrudan etki ve ABAD önünde ileri sürülebilme gibi etkilere haiz olduğu ifade edilmelidir.

¹⁰⁰ Siyasi çözüm yöntemleri Türkiye-AB ilişkilerine özgü değildir. Bu bağlamda uyuşmazlık çözümü açısından AEA dışında, 2000 öncesi AB STA'larının geleneksel bir diplomatik anlayışa dayandığı ve bu tür bir yaklaşımın esas olarak Bölgesel Ticaret

(iii) Güncellenme kapsamında ele alınabilecek üçüncü seçenek ise derin bir serbest ticaret alanı kurulmasıdır. AB açısından bu alandaki bir örnek, Avrupa Ekonomik Alanıdır (AEA). AEA, AB üye devletleri ile Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi'ne (EFTA) dahil olan İzlanda, Lihtenştayn ve Norveç arasında kurulan ve AB iç pazarının dört temel unsurunu (işçilerin, malların, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımı) içerisinde barındıran ekonomik bir yapılanmadır¹⁰¹. İki ayaklı olan bu yapının bir tarafında AB ve üye devletleri diğer tarafındaysa 3 EFTA ülkesi bulunmaktadır. Kararlar bu şekilde oluşturulan bir AEA Konseyi tarafından alınmaktadır. EEA, yeni üyelerin eklenmesi bakımından AB genişlemesine bağlı olduğu gibi, AEA'nın kapsadığı alanlarda alınacak AB kararları da tek taraflı olarak bu yapıyı etkilemektedir¹⁰². Hukukun uygulanması açısından da belirli durumlarda AB Divanının verdiği kararlara uymak durumundadır¹⁰³.

Karar alma mekanizması bakımından değerlendirildiğinde burada da aslında Ortaklık Konseyi benzeri bir yapının bulunduğu görülmektedir. AEA Konseyi, Avrupa Konseyi üyeleri ile Komisyon üyelerinden ve EFTA Devletleri'nin her birinin hükümetinden bir üyeden oluşmaktadır¹⁰⁴. Özetle AEA Konseyi de aslında iki temel taraftan oluşmaktadır ve bir tarafta AB diğer tarafta ise EFTA devletleri bulunmaktadır. Dolayısıyla karar bu iki taraf arasındaki anlaşmaya dayalıdır¹⁰⁵.

Ortaklık Konseyi ile benzer görülebilecek bu yapı aslında Türkiye AB ilişkilerinin doğası gereği farklı şekilde ele alınmalıdır. Türkiye-AB ilişkilerinde (AB açısından bakıldığında) genişleme (Türkiye açısından bakıldığında) ise katılıma giden bir yol olduğu temel alındığında, bu ilişkide hukuki olarak bulunan asimetrik unsurun daha da öne çıkabileceği ifade

Anlaşmalarının Ekonomik Analizine dayandığına ilişkin olarak bkz. Ignacio Garcia Bercero, "Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned?" içinde, *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, ed. Lorand Bartels ve Federico Ortino, (Oxford University Press, 2006), 389.

¹⁰¹ Bkz. Agreement On The European Economic Area, Official Journal L 001, 03/01/1994. (AEA Anlaşması)

¹⁰² AEA Anlaşması, m.99 vd. Ayrıca bkz. TEPAV, Türkiye'nin Tam Üyelik Perspektifinin İncelenmesi EFTA-EEA ve Avrupa Birliği, https://www.tepav.org.tr/upload/files/1271245634r4380.Turkiye__nin_Tam_Uyelik_Perspektifinin_Incelenmesi.pdf

¹⁰³ AEA Anlaşması, m.111.

¹⁰⁴ AEA Anlaşması, m 90/1.

¹⁰⁵ AEA Anlaşması, m 90/2.

edilebilir. Örneğin danışma usulü olsa da Gümrük Birliğinin kapsamına giren alanlarda AB'de yapılacak hukuki değişikliklerin tek taraflı gerçekleşebileceği unutulmamalıdır. Ayrıca 1/95 sayılı OKK'ya göre, Türk yargısı gerekli durumlarda ABAD'nin bu alandaki içtihadını takip etmelidir¹⁰⁶. Ancak bu durumun mahkemeler arasında açık ve kesin bir şekilde düzenlenmiş bir iletişim aracı olmaksızın gerçekleştirilmesi beklenir. Gstöhl ve Phinnemore'a göre Gümrük Birliğindeki yeni müktesebat hakkındaki gayri resmi danışma mekanizması AEA'dan alınmış olsa da AEA hükümlerindeki halihazırdaki kusurlar, bunların Türkiye'nin AB'nin ticaret politikasına katılımını yansıtmak için uyarlanmaması nedeniyle daha da kötüleşmiştir¹⁰⁷.

Uyuşmazlık çözüm mekanizması ise Ankara Anlaşması'nda düzenlenen mekanizma ile büyük bir benzerlik taşımaktadır. AEA Anlaşmasının yorumu veya uygulanmasını ilgilendiren bir anlaşmazlık konusunu, AEA Ortak Komitesi önüne getirebilmektedir. AEA Ortak Komitesi, anlaşmazlığı çözebilir. Eğer bir anlaşmazlık, AB Kurucu Antlaşmaları ve bunların uygulanmasına ilişkin ilgili maddelerinin yorumunu gerektiriyorsa ve anlaşmazlık, AEA Ortak Komitesi'ne getirildikten sonra üç ay içinde çözüme kavuşturulmamışsa, anlaşmazlık tarafları ilgili kuralların yorumu bakımından ABAD'den bir karar isteme konusunda anlaşabilmektedir. Eğer AEA Ortak Komitesi, böyle bir anlaşmazlıkta altı ay içinde bir çözüm konusunda anlaşmaya varamazsa veya bu süre zarfında anlaşmazlığın tarafları ABAD'den bir karar isteme konusunda karar vermezse, bir taraf, kayıpları gidermek amacıyla korucuyu önlemler gibi anlaşmada tanımlanmış yollara başvurabilmektedir¹⁰⁸.

Görüldüğü üzere yine ortak bir yapı, uyuşmazlık çözümü konusunda yetkili kılınmıştır. Burada farklı olarak 6 ay içinde çözüme kavuşturulmayan anlaşmazlıklar bakımından anlaşmada tanımlanmış bazı istisnai yollara başvurulabilmesinin mümkün kılınmış olmasıdır. Bu düzenleme eski STA uyuşmazlık çözümlerine nazaran daha modern bir düzenleme gibi görülebilecekse de yeni nesil ticari anlaşmalarda buna yönelik düzenlemelerin daha çözüm odaklı olduğu ifade edilebilir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ 1/95 sayılı OKK m.66.

¹⁰⁷ Hatta taraflar arasındaki bu ilişki Türkiye açısından bir tuzak olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Gstöhl ve Phinnemore, *Introduction*, 12.

¹⁰⁸ AEA Anlaşması, m.111/3.

¹⁰⁹ Örneğin AB ve Şili arasında imzalanan STA'ya bakıldığında uyuşmazlık çözümünde öncelikle taraflar arası haberleşme ve uzlaşma çalışmasının öne çıktığı, bu aşamada

Komisyona bu senaryoları dışında Terzi'ye göre Ankara Anlaşmasına yeni bir protokol eklenmesi, 1/95 sayılı kararın güncellenmesi, yeni bir ortaklık konseyi kararı alınması gibi yöntemlerle ya da bunların karma bir şekilde uygulanmasıyla da Gümrük Birliğinin güncellenmesi sağlanabilecektir¹¹⁰. Ancak belirtilen bu yöntemlerde de yine karar alma sürecinin sıkıntıları karşımıza çıkmaktadır. Ortaklık Konseyinin bir tarafta Türkiye Hükümetinden üyeler diğer tarafta Birlik üyesi devletler Hükümetleri, Konsey ve Komisyonu'ndan üyeler içermesi ve kararların oybirliği ile ele alınması bu engellerden birisidir. Bu şekilde yapılacak bir güncellenmenin ilerleyen ve derin bir yapısal ortaklık yaratması da ayrıca tartışılması gerekli bir açıdır.

A. Gümrük Birliğinin Güncellenmesi Dışında Kamu Alımları Başlığı Açısından Dünya Ticaret Örgütü Bünyesinde Atılabilecek Adımlar

Kamu alımlarının devletler açısından ekonomik hacmi düşünüldüğünde dünya pazarlarına erişerek daha da büyük ve hızlı bir şekilde kullanılması gerekebilir. Bu bağlamda kamu alımları açısından ele alınabilecek ve bu sektörü sadece AB'ye değil tüm dünyaya açılmasını sağlayacak bir yol olarak DTÖ KAA'ya taraf olmak da (tek bir alanla sınırlı olsa da) bir seçenek olarak değerlendirilebilecektir¹¹¹.

Bu seçenek Gümrük Birliğinin güncellenmesi kapsamı dışında kalıyor gibi görünmektense de aslında güncellenme sürecine katkı verebilecek bir yol olarak da değerlendirilebilir çünkü, AB ile bu alanda ilişkilerin ilerlemesi, zaman içerisinde Gümrük Birliği güncellemesini dolaylı olarak kolaylaştırabileceği değerlendirilmelidir. Ayrıca, AB ile bu alanda bir açılım yakın zamanda olası görülmeyebilir. Örnek olarak, göç dalgasının yenilenmesi ihtimali, virüs salgınının sadece Avrupa değil tüm dünyayı etkisi altına alarak ekonomik bir durgunluk yaratması ve kıtada yaşanan savaş gibi nedenlerle, Gümrük Birliğinin çok yakın bir zamanda güncellenmeyebileceği

çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlıklar açısından ise bir panel kurulması söz konusu olmaktadır. Bkz. AB-Şili Serbest Ticaret Anlaşması m.31 vd.

¹¹⁰ Terzi, *The EU-Turkey Customs Union Shortcomings and Prospects for Modernization*, 121. Protokol eklenme ya da karar güncellenmesi gibi yöntemlerin aslında Gümrük Birliğini belli bir dereceye kadar modernize etmek senaryosu kapsamında ele alınması gerektiği düşünülmektedir.

¹¹¹ Bir ön not olarak, Türkiye DTÖ üyesidir ancak KAA'ya taraf değildir.

de düşünülmelidir. Tüm bunlarla birlikte AB'nin kamu alımları alanında yeni bir yaklaşım geliştirmesi muhtemel görünmektedir¹¹². Bu kapsamda Gümrük Birliği nosyonundan sapmadan ticari faaliyetlerin geliştirilmesi gerekli alanlar için yeni olasılıklar düşünülmelidir. Yani bu yöntem Gümrük Birliği güncellemesinden ya da vizyonundan bağımsız olarak düşünülmemelidir.

Kamu alımları başlığının güncellenmesi kapsamında KAA ele alınırken karşımıza aslında iki seçenek çıkmaktadır. Salt olarak KAA'ya taraf olunabileceği gibi aynı zamanda hem bu anlaşmaya taraf olup hem de AB ile bir STA imzalanması da ikincil bir seçenek olarak ele alınabilecektir. Bu sayede AB Komisyonunun Gümrük Birliğinin güncellenmesi senaryoları dışında ve hatta Gümrük Birliği dışında kalacak (ancak ilerleyen süreçte ticari ilişkileri etkileyebilecek) şekilde kamu alımları alanının AB ve dünya ile etkileşime açılabilmesinin mümkün kılınıp kılınamayacağı incelenecektir.

1- Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması

DTÖ Kamu Alımları Anlaşması bir alternatif olarak değerlendirilmeden önce DTÖ'nün yapısı ve hâkim olan genel ilkeler üzerinde durulacaktır. Sonrasında ise DTÖ KAA hakkında bilgi verilecektir.

a- DTÖ'nün Yapısı

KAA'ya katılıma geçmeden önce aralarındaki hukuki ilişki nedeniyle kısaca (i) DTÖ tarihi, (ii) bu organizasyonun devamlılığını sağlayan genel ilke, esaslar ve (iii) kurumsal yapı hakkında genel bazı noktalar üzerinde durulmalıdır. Sonrasında ise AB ve Türkiye'nin DTÖ çerçevesindeki yerleri hakkında kısaca bilgi verilmesi yerinde olacaktır. Bu sayede KAA bakımından da uygulanacak olan genel esaslar ortaya konulmuş olacaktır.

(i) 1947'de Cenevre'de imzalanan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) ile mallar üzerinde tarife indirimlerinin uygulanabilmesi

¹¹² Üçüncü devlet operatörleri ile ilgili davada verilen hukuk sözcüsü görüşü için bkz. Opinion Of Advocate General Collins, Delivered on 7 March 2024 C-652/22- Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, ECLI:EU:C:2024:212. Her ne kadar davaya ilişkin karar henüz verilmemişse de ilgili görüşün AB kamu alımlarına yaklaşıma yeni bir boyut katabileceği düşünülmektedir. Konuyla ilgili olarak bkz. İlke Göçmen, "Avrupa Birliği'ndeki Kamu Alımları ve Üçüncü Ülke Ekonomik Operatörleri: Hukuk Sözcüsü Collins'in Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret (C-652/22) Ön Karar Prosedüründeki Görüşü", *Yaşayan Avrupa Birliği Hukuku Blogu*, 20 Mart 2024, <https://yasayanabhukuku.blogspot.com/2024/03/AG-in-C-652-22-Kolin.html>

ve ticaretin daha etkin bir şekilde işlemesi amaçlanmıştır. Devam eden süreçte zaman zaman müzakere turları düzenlenerek tarife indirimleri açısından olumlu gelişmeler kaydedilmiştir¹¹³. 1986-1995 yılları arasında ise Uruguay Turu adı verilen yoğun bir müzakere turu ve anlaşma dönemi geçirilmiş ve 15 Nisan 1994 tarihinde Marakeş Anlaşması ile DTÖ kurulmuştur¹¹⁴. DTÖ aslında bir anlaşmalar sisteminden oluşmakta ve tepede şemsiye anlaşma olan Marakeş Anlaşması bulunmaktadır¹¹⁵. DTÖ, devletler arasındaki ticari ilişkileri düzenleyen çok taraflı bir uluslararası anlaşma ile kurulan bir uluslararası örgüt olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶. Bu organizasyonda karar alma yetkisi üye devletlerdedir ve kararlar konsensüs ile alınmaktadır.

(ii)DTÖ temel ilkelerine baktığımızda bunlar;¹¹⁷ en çok kayırılan ülke kuralı (MFN), ulusal muamele kuralı, ticarete ayrımcılık yapılmaması, uzlaşmaya dayalı, aşamalı ve daha serbest ticaret, bağlayıcı ve şeffaf bir şekilde yürütülen öngörülebilir ticaret, adil rekabet, ekonomik reform ve gelişmenin desteklenmesi olarak sıralanabilecektir¹¹⁸.

KAA ile bağlantılı görüldüğünden en çok kayırılan ülke kuralı, ulusal muamele kuralı ve ayrımcılık yapmama ilkesinin ayrıca ve kısaca üzerinde durmak gerekmektedir. En çok kayırılan ülke kuralı, DTÖ ticari ilişkileri açısından oldukça önemli bir konumdadır. Nitekim bu ilkenin GATT, GATS

¹¹³ Katılımcıların, önemli anlaşmaların, mevcut olandan daha iyi bir kurumsal yapıyı ve uyumsuzluk çözüm yöntemini gerektirdiğinin farkında olmaları ve devam eden süreç için bkz. Tuğrul Arat ve Rifat Erten, “DTÖ Hukuku ve Türkiye’ye Etkileri”, içinde, *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Taraflı Ticaret Müzakereleri ve Türkiye* ed. Sait Akman ve Şahin Yaman, (Ankara: Tepav, 2008), 360 vd.

¹¹⁴ Bkz. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization 15 April 1994. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201867/volume-1867-I-31874-English.pdf> Türkiye GATT’ye 1951 yılında taraf olmuştur. DTÖ’nün de kurucu üyeleri arasında yer almaktadır.

¹¹⁵ GATT, GATSS, TRIPS gibi anlaşmalar da bu yapı altında bulunmaktadır. DTÖ anlaşmalarının yapılanmasını gösterir tablo için bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm1_e.htm İlgili anlaşmanın adı metin içerisinde ‘DTÖ Anlaşması’ olarak kullanılacaktır.

¹¹⁶ DTÖ hakkında daha ayrıntılı bilgi için kendi sayfasından bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm

¹¹⁷ https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm

¹¹⁸ Temel ilkelerin ayrıntılı olarak incelemesi için bkz. Talat Kaya, “DTÖ Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2, (2017), 172 vd.

ve TRIPS anlaşmalarının içerisine yedirildiği görülmektedir¹¹⁹. Bu ilkeye göre taraf devletlerden biri tarafından herhangi bir ülkeye tanınan elverişli bir rejim, kayıtsız ve şartsız olarak tüm taraf devletlere uygulamak zorundadır¹²⁰. Ayrımcılık yapmama ilkesi ise genel olarak yerli kişi ve şirketler karşısında, yabancı kişi ve şirketler açısından ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir¹²¹. Ulusal muamele ilkesi ise sınır geçtikten sonra iç pazarı düzenleyen kurallar açısından uygulanan bir ilkedir. Buna göre, iç pazarda yerli ve ithal mallar arasında ayırım yapılmaması bu kapsama girmektedir. Görüldüğü üzere DTÖ ticaret sistemi belirli kurallar temelinde çerçevelenmiş hukuki bir sistemdir. Taraflar DTÖ kurumsal yapısı içerisinde belirli ilkelere uygun şekilde hareket etmektedir.

(iii) DTÖ'nün yapısı, özellikle karar alma mekanizması ve uyuşmazlıkların çözümü mekanizması temelinde kısaca ele alınmalıdır. Bu sayede KAA açısından genel bir çerçeve ortaya koyulmuş olacaktır.

İlk olarak karar alma mekanizması bakımından, DTÖ kural/hukuk tabanlı ve üyeler tarafından idare edilen bir oluşumdur. Bu bağlamda DTÖ'ye üye olmakla beraber DTÖ bünyesinde eşit bir söz hakkı elde edilmektedir. Olağan olarak kararlar konsensüsle alınmaktadır¹²². DTÖ (tıpkı GATT'de olduğu üzere) konsensüsle karar alma yöntemini sürdürmektedir. Konsensüsle karar alınamadığında ise ilgili konu hakkında oylamaya başvurulmaktadır. DTÖ'nün temel karar alma organı bütün üyelerinin temsilcilerinden oluşan Bakanlar Konferansı'dır¹²³. Bunun haricinde, Bakanlar Konferansı toplantı dönemleri arasında benzer bir işlevi yerine getiren ve ikincil derecedeki karar alma organı olan bir de Genel Konsey bulunur¹²⁴. Bakanlar Konferansı ile Genel Konseyin toplantılarında, DTÖ'nün her bir üyesinin bir oyu

¹¹⁹ GATT (1947) m.I, GATS m.2, TRIPS m.4.

¹²⁰ GATT m.I. İstisnalar açısından bkz. GATT m.XXIV.

¹²¹ GATT m.XIII.

¹²² Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması (DTÖ Anlaşması) m.IX/1. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun için bkz.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc078/kanuntbmmc078/kanuntbmmc07804067.pdf DTÖ Karar alma mekanizmaları ile ilgili genel bilgi için ayrıca bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org1_e.htm

¹²³ DTÖ Anlaşması m.IV.

¹²⁴ DTÖ Anlaşması m.IV/2. Genel Konsey tüm üyelerin temsilcilerinden oluşmaktadır.

bulunmaktadır. Avrupa Topluluklarının oy hakkını kullandığı durumda bu oy, DTÖ'ye üye Topluluk üyesi ülke sayısına eşit olacaktır¹²⁵.

Bakanlar Konferansı ile Genel Konsey Çok Taraflı Ticaret Anlaşmalarının yorumlarını onaylamakta tek yetkili merci olarak düzenlenmiştir¹²⁶. Ancak çoklu anlaşmalar bakımından alınmış olan yorum ve aykırılık dahil kararlar, ilgili Anlaşmanın hükümlerine tabi olmaktadır¹²⁷.

DTÖ Kurucu Anlaşması'na göre iki yılda bir toplanması gereken Bakanlar Konferansı'nın düzenlenmediği dönemlerde, Genel Konsey, DTÖ'nün günlük işleyişine ilişkin her türlü kararı alma yetkisine sahiptir. Genel Konsey, gerektiğinde Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Organı¹²⁸ ve Anlaşmazlıkların Halli Organı¹²⁹ olarak da toplanabilmektedir.

Salt olarak Karar alma mekanizmaları ele alındığında ve tüm üyelerin konsensüsle karar alması gerektiği düşünüldüğünde bu sürecin çok da kolay olmadığı söylenebilecektir¹³⁰. DTÖ'ye hâkim olan ilkeler bu alanda özellikle de şeffaflık açısından karar alma mekanizmasının önemini arttırmaktadır. Bunun yanı sıra taraf devletler tarafından, uzlaşmaya dayalı, aşamalı ve daha serbest bir ticareti sağlamaya yönelik adımlar atılmasının da DTÖ ilkeleri çerçevesinde bir gereklilik olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Taraf devlet sayısı¹³¹ ve bununla birlikte üzerinde karara varılması gerekli konunun ticaret yani sonuçta devletlerin ekonomik değerlerini etkileyecek bir unsur olması, konsensüs ile karar alma mekanizmasının sağlıklı çalışıp çalışmadığının sorgulanmasını gündeme getirebilecektir¹³². Genel olarak bakıldığında

¹²⁵ DTÖ Anlaşması m.IX/1.

¹²⁶ DTÖ Anlaşması m.IX/2.

¹²⁷ DTÖ Anlaşması m.IX/5. Ayrıca bkz. m.XVI/5.

¹²⁸ "Trade Policy Review Body- TPRB"

¹²⁹ "Dispute Settlement Body –DSB"

¹³⁰ Oylamada farklı çoğunluk kurallarıyla ilgili olarak bkz. DTÖ Anlaşması m.IX/3.

¹³¹ Karar alma mekanizmasında DTÖ taraf devlet sayısının gerek usuli gerekse maddi yönden sıkıntı yaratması beklenen bir durumdur. R Rajesh Babu, "Decision making in the WTO: From Negotiated Law-making to Judicial Law-making", içinde, *International Economic Law and Governance*, ed. Julien Chaisse, Tsai-Yu Lin, (Oxford University Press, 2016), 493. Taraf devlet sayısı 2016 yılından itibaren 164'tür. Taraflara ilişkin bilgiler için bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

¹³² Bu duruma yönelik çalışmalar için bkz. Wenwei Guan, "Consensus Yet Not Consented: A Critique of the WTO Decision-Making by Consensus", *Journal of International Economic Law* 17, (2014): 77–104 ; Joost Pauwelyn, "The WTO in Crisis: Five

DTÖ'nün de güncellenmesi üzerinde tartışma ve çalışmalar yapılmaktadır¹³³. Ancak halihazırda dünya ticaretinin etkin olarak sürdürülmesini belirli kural ve ilkelere bağlayan bu yapının öneminin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

İkinci olarak, uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasının kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu mekanizma bakımından DTÖ Kuruluş Anlaşmanın ekinde yer alan Anlaşmazlıkların Çözümlemesi Konusundaki Kural ve Yöntemleri Tespit Eden bir Mutabakat Metni (Mutabakat Metni) esas alınmaktadır¹³⁴. DTÖ'nün bu mutabakat metni, ticari anlaşmazlıkları çözmek için bir dizi kural ve prosedür belirlemekte ve DTÖ üye ülkeleri arasındaki ticari anlaşmazlıkları çözmek üzere bir forum sağlamaktadır. Söz konusu mutabakat, uyuşmazlıklar çözülemediğinde, DTÖ anlaşmasını ihlal eden üye ülke üzerinde ticaret yaptırımlarının kullanılmasına izin verir şekilde tasarlanmıştır. Tüm DTÖ üyeleri bu mutabakatın tarafıdır¹³⁵. KAA açısından

Fundamentals Reconsidered”, *CTEI Working Paper*, (no. 2012-10, 2012), https://www.wto.org/english/forums_e/public_forum12_e/art_pf12_e/art9.htm

Gelişmekte olan ülkeler açısından yapılan bir değerlendirme için bkz. Nguyen, Thanh, Nguyen, Quynh ve Pham, Phong, “Decision-Making by Consensus in the WTO”, *SSRN Electronic Journal*, (August 3, 2012), 14 vd. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2122948> ; Oluşturulan hukuki yapının hukuki karar alma süreçlerini oldukça zorlaştırdığına ilişkin olarak bkz. Americo B. Zampetti, Patrick Low ve Petros C. Mavroidis, “Consensus Decision-Making and Legislative Inertia at the WTO: Can International Law Help?”, *Journal of World Trade* 56, no. 1, (2022), 15, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3055

¹³³ AB tarafından yapılan çalışmalar için bkz. WTO General Council, Reinforcing The Deliberative Function of The WTO to Respond to Global Trade Policy Challenges: Communication from The European Union, WT/GC/W/864, 22 February 2023. ; <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/wto-reform/report?sid=7901> ; EU Commission, EU Concept Paper on WTO Reform, 2018, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/html/157331.htm>

¹³⁴ (İng.) Understanding on Rules and Procedures Governing The Settlement of Disputes. Bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf Bu konuda genel ve özet bilgi için bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/displ_e.htm GATT'nin ardılı olan DTÖ açısından uyuşmazlıkların çözümü mekanizması incelenirken önceki uygulamalar da değerlendirilmelidir. Bu yöndeki çalışmalar için bkz. Ülkü Halatçı Ulusoy, *Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların çözümü mekanizması*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2009) ; Figen Yılmaz, *Dünya Ticaret Örgütü'nde Hukukî Uyuşmazlıkların Çözümü*, Yüksek Lisans Tezi, 2006, 5 vd. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=voo0draj--YLyxeRFMniJw&no=xQystJyjhUr9nIg24x4ZNA>

¹³⁵ https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm

da bu mekanizma kullanıldığı için uyuşmazlık çözüm mekanizması kısaca ve ana hatlarıyla ele alınacak ve genel çerçevesi ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

DTÖ çerçevesinde uyuşmazlık çözümü söz konusu olduğunda öncelikle bir danışmalar aşamasından bahsedilebilir. Sonrasında ise panel ve temyiz aşamalarıyla birlikte Uyuşmazlıkların Çözümü Organı (UÇO) kararı ve uygulama gelmektedir. Bu bağlamda uyuşmazlık çözüm sürecinde farklı organların yer aldığı görülmektedir. Bunlara kısaca değinilecektir¹³⁶.

DTÖ'ye uluslararası sistemde sahip olduğu ağırlığı sağlayan en önemli birimlerinden birisi UÇO'dur. DTÖ Genel Konseyi gerektiğinde UÇO olarak toplanmaktadır yani bu organ tüm DTÖ üyelerinin temsilcilerinden oluşur. UÇO, mutabakat metninin uygulanması ve genel olarak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sistemin kontrol altında tutulması bakımından yetkilidir¹³⁷. DTÖ üyelerinin ticari anlaşmazlıklarını ikili görüşmelerle çözememeleri halinde, UÇO'ya götürmeleri mümkündür. UÇO'nun herhangi bir ticari anlaşmazlığa ilişkin kararı bağlayıcı niteliktedir¹³⁸. UÇO kapsamında, anlaşmazlık tarafları için karşılıklı olarak kabul edilebilir çözümler tercih edilmektedir. Bir çözümün karşılıklı olarak kabul bulmaması durumunda, anlaşmazlık çözüm mekanizmasının ilk amacı, ilgili önlemlerin kapsanan anlaşmalardan herhangi birinin hükümleriyle tutarsız bulunması halinde bu önlemlerin geri çekilmesini sağlamaktır¹³⁹.

¹³⁶ Süreci kısaca özetlemek gerekirse; öncelikle bir anlaşmazlığa ilişkin olarak, Mutabakat Metni kapsamında üye ülke/ülkeler tarafından danışma talebinde bulunulması halinde, ilgili ülke tarafından 10 gün içinde talebe cevap verilmesi ve talep tarihinden itibaren 30 gün içinde danışmalara başlanması gerekmektedir. Bu sürecin, aksine karar alınmadığı durumlarda 60 gün içerisinde sonuçlanması gerekmektedir. Burada bir çözüme ulaşılamazsa, şikâyetçi taraf UÇO'dan panel kurulmasını isteyebilir. Panel çalışmalarını, uzatma imkânı verilebilecek şekilde, en geç 6 ay içinde tamamlamaktadır. Sonuçta bir nihai rapor hazırlanır. Bu rapor üyelere dağıtıldıktan sonra, taraflardan birinin temyize gitmediği veya oybirliği ile raporun kabul edilmediği durumlar haricinde, 60 gün içinde UÇO tarafından kabul edilmektedir. Temyiz yoluna gidilmesi halinde Temyiz Organı tarafından inceleme yapılmaktadır. Temyiz Organı bir rapor hazırlar ve bunun üyelere dağıtılmasından sonraki 30 gün içinde oybirliği ile aleyhte bir karar alınmadığı takdirde, rapor UÇO tarafından kabul edilir. Alınan karar taraflar için bağlayıcı niteliktedir. Uyuşmazlık çözüm süreçleri için bkz. Mutabakat Metni m.4 vd.

¹³⁷ Mutabakat Metni, m.2/1.

¹³⁸ UÇO'da kararlar konsensüs ile alınmaktadır. Bkz. Mutabakat Metni m.2/4.

¹³⁹ Mutabakat Metni m.3/7.

DTÖ'nün en önemli unsurlarından birisi, ticaret anlaşmazlıklarını karara bağlama ve kararlarını uygulama yetkisine sahip olan UÇO'yu güçlendirmesidir. Bu anlaşmazlık çözüm mekanizması, önceden belirlenmiş hukuk kurallarına dayanmaktadır ve (en azından teoride) siyasi ağırlık veya ekonomik etki gücüne bakılmaksızın DTÖ üyelerinin, DTÖ kurallarının ihlalleri üzerine şikâyette bulunmalarını ve tazminat talep etmelerini sağlar¹⁴⁰. Bu mekanizma, bazen tam teşekküllü ticaret savaşlarına neden olan önceden başvurulmuş ve hedeflenen ülkeler tarafından sıklıkla misillemeyle karşılaşılan tek taraflı savunma önlemlerinin azalmasına yol açmıştır¹⁴¹.

Uyuşmazlık çözüm mekanizmasında başka bir organ olarak paneller de karşımıza çıkmaktadır. Bunlar yargı benzeri organlardır ve üyeler arası ticari uyuşmazlıkları çözmek üzere tasarlanmışlardır¹⁴². Uyuşmazlığın taraflarından biri tarafından panel kurulması istenebilmektedir¹⁴³. Paneller *ad hoc* yapıdadır ve karar vermek üzere kuruldukları anlaşmazlığın çözümü sonrasında görevleri sona ermektedir¹⁴⁴. Panellerde alınan kararların UÇO tarafından reddi ancak konsensüsle karar alınması halinde mümkün olabilmektedir. Ancak UÇO nezdinde alınacak kararların 'negatif konsensüs' olarak nitelendirildiği görülmektedir. Buna göre UÇO, kararın alınmaması yönünde bir konsensüs olmadığı durumlarda otomatik olarak o konu hakkında karar vermiş sayılmaktadır. Dolayısıyla negatif konsensüs durumunun sağlanması kurumsal açıdan oldukça zordur¹⁴⁵.

DTÖ bünyesindeki uyuşmazlık çözüm mekanizması kendi içerisinde bir de temyiz organı barındırmaktadır¹⁴⁶. DTÖ Üyeleri tarafından UÇO önüne

¹⁴⁰ Mutabakat Metni düzenlemesine göre DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizması, çoklu ticaret sistemi içerisinde öngörülebilirlik ve güvenliği sağlayan temel unsurdur. Bkz. Mutabakat Metni m.3/2.

¹⁴¹ European Parliament, The European Union and The World Trade Organization, Fact Sheets on the European Union – 2024, https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/en/FTU_5.2.2.pdf

¹⁴² Mutabakat Metni m.6.

¹⁴³ Mutabakat Metni m.6/1.

¹⁴⁴ Mutabakat Metni m.6 vd.

¹⁴⁵ Ülkü Halatçı Ulusoy, *Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların çözümü mekanizması*, 87. Negatif konsensüs usulünün eski GATT sistemine göre oldukça olumlu bir düzenleme olduğu değerlendirilmektedir. Bkz. Neslihan Turgut Topbaş, "The Dispute Settlement Under The WTO: Experience of Turkey", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, no. 3 (2011), 119.

¹⁴⁶ Mutabakat Metni m.17.

getirilen anlaşmazlıklar bakımından paneller tarafından yayımlanan raporlardan temyiz başvurularını dinleyen yedi kişilik daimî bir organdır. Ancak bu organ üye seçim süreçleri nedeniyle güncel olarak işlevsiz kalmıştır¹⁴⁷. Ancak Mutabakat Metninin ilgili maddeleri tarafların anlaşmaları halinde bir tahkim yapısı kurulabileceğini öngörmektedir¹⁴⁸. Nitekim bazı taraf devletler bu hususta bir anlaşmaya varmış ve Temyiz Organı işlev kazanıncaya kadar uygulanmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelmiştir¹⁴⁹. Teknik olarak değerlendirildiğinde, DTÖ bünyesinde temyiz organı üyelerinin seçiminin dahi sorun teşkil edebileceği görülmektedir. En azından bu sorunu aşmak ve alternatif bir çözüm yaratmak üzere hukuki bir altyapı oluşturulmuştur¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm Üye seçiminde yaşanan sorunlar için bkz. Jean Galbraith, “United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process”. *American Journal of International Law* 113, no. 4, (2019): 822-831. Temyiz organının yargılama usulüne getirilen bazı eleştiriler için bkz. Bowon Choi, “Three Years of the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement: An Interim Evaluation of Arbitration as a Means to Appeal WTO Panel Reports”, *Kluwer Arbitration Blog*, August 11, 2023, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/11/three-years-of-the-multi-party-interim-appeal-arbitration-arrangement-an-interim-evaluation-of-arbitration-as-a-means-to-appeal-wto-panel-reports/> Örnek olarak, Temyiz Organının anlaşmazlıkların çözümü bakımından gerekli olmayan mülahazalar ortaya koyduğu iddialarına ilişkin olarak bkz. United States Trade Representative, *Report on The Appellate Body Of The World Trade Organization*, February 2020, 53. Amerika Birleşik Devletleri’nin temyiz mekanizmasını çözümsüz hale getirmesine ilişkin olarak bkz. Chad Bown, “Trump Ended WTO Dispute Settlement. Trade Remedies are Needed to Fix It”, *World Trade Review* 21, no. 3, (2022), 314 vd.

¹⁴⁸ Mutabakat Metni m.25.

¹⁴⁹ Temyiz organı yokluğunda bazı taraf devletlerin MPIA adı verilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm girişimi başlattığı görülmektedir. Bkz. Statement on a Mechanism For Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures In The Conduct Of WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.12, 30/04/2020. Bu kriz karşısında üye devletlerin nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin bir çalışma için bkz. Ernst-Ulrich Petersmann, “How should the EU and other WTO Members React to Their WTO Governance and WTO Appellate Body Crises?”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2018/71, 2018.

¹⁵⁰ Bu durumun DTÖ kurumsal yapısında ayrı bir uygulamaya yol açıp açmayacağını hem kurumsal hem de maddi açıdan ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

DTÖ kapsamındaki uyuşmazlık çözüm mekanizmasının sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Son rakamlara bakıldığında AB'nin şikayetçi olduğu 110, cevapçı olduğu 94 üçüncü taraf olduğu 217 başvuru bulunmaktadır¹⁵¹. Türkiye'nin davacı olduğu 6 cevapçı olduğu 12 başvuru varken 110 başvuruya da üçüncü taraf sıfatıyla katılmıştır¹⁵². Burada görüleceği üzere uyuşmazlık çözüm süreçlerine üçüncü taraf sıfatıyla katılmak mümkündür¹⁵³. Bu sayede taraf devletlerin DTÖ bünyesindeki uyuşmazlıkları takip etmesi ve ilgili görülebilecek uyuşmazlıklar açısından sürece katılımlarının sağlanması mümkün olmaktadır.

Görüldüğü üzere hukuki temeller üzerinde kurulan DTÖ oldukça kapsamlı ve (karmaşık) bir kurallar bütünü olarak tasvir edilebilir. Taraf devlet sayısının çokluğu düşünüldüğünde bu husus bir dereceye kadar makul görülebilmelidir. DTÖ taraf devletleri oldukça çeşitlidir¹⁵⁴ ve hem AB hem de Türkiye bu örgüt bünyesinde yer almaktadır. AB, 1 Ocak 1995 tarihinden bu yana DTÖ'nün tarafıdır. Nitekim AB'ye üye devletler de kendi ilişkileri çerçevesinde DTÖ'ye taraftır. AB Komisyonu Ticaretten sorumlu komiseri DTÖ bünyesindeki Bakanlar Konferansında AB'yi temsil etmektedir. Komisyon aynı zamanda DTÖ genel konseyi ve alt (*subsidiary*) organlarda da AB'yi temsil eden kurum olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁵. Türkiye ise 31 Aralık 1953'te GATT'ye taraf ülkeler arasına katılmıştır¹⁵⁶. 25 Şubat 1995 tarihinde DTÖ üyesi olmuştur¹⁵⁷.

¹⁵¹ DTÖ üye devletleri açısından listelenen uyuşmazlıklar için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm Ek olarak, ABAD ile DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizması arasındaki ilişki hakkında bkz. İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Dış İlişkiler Hukuku: Ticari Boyut*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 469 vd.

¹⁵² Bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm

¹⁵³ Mutabakat Metni, m.10.

¹⁵⁴ 164 üye devlet hakkındaki bilgilere ulaşmak için bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

¹⁵⁵ Bu alanlarda yürütülecek müzakerelere başlamak bakımından Komisyon, Konsey'den onay almakta ve imzalanacak anlaşmalarda Konsey ve Avrupa Parlamentosunun onayı gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lizbon Antlaşması ile değişik ABİHA m.218.

¹⁵⁶ Bkz. 31 Aralık 1953 tarih ve 6202 sayılı "Gümrük Tarifeleri Ticaret Anlaşması"na Ekli Torquay Protokolünün Onanmasında Dair Kanun.

¹⁵⁷ Bkz. 26.1.1995 tarihli ve 4067 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve 3.2.1995 tarihli ve 95/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması.

DTÖ başlı başına bir anlaşmalar bütünüdür ve konu bakımından oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Ele alınan konuların özelliğine göre ticaret açısından bazı özel kuralların da düzenlenmesi gerekmiştir. Bu bağlamda DTÖ'nün yapısını düzenleyen genel ve şemsiye bir anlaşma olan Marakeş Anlaşması haricinde bazı özel düzenlemelerin de yapıldığı görülür. Bunun örneklerinden biri ticarete tarife dışı engellerin kaldırılmasına yönelik çalışmalardır. Ticarete tarife dışı engeller, hükümetler tarafından yapılan işlemler ve uygulamalardaki ayrımcılık olabilmektedir. Bu husus 1970 yılındaki Tokyo ticaret görüşmelerinde ele alınmış olup 1979 yılında yapılan bir anlaşma ile bu tarife dışı engellerin kaldırılmasına yönelik bir çalışma yapılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda 'Kamu Alımları Anlaşması' başlıklı çoklu bir ticaret anlaşması imzalanmıştır¹⁵⁸. Bu anlaşmanın olumlu yanı, kamu alımları bakımından yabancı firma ve tedarikçilere ayırım yapılmamasıdır¹⁵⁹. Negatif yanlarından birisi ise üyeliklerin sınırlandırılmış olmasıdır. Devam eden başlık altında bu anlaşma ayrıca ele alınacaktır.

¹⁵⁸ Anlaşma hakkında detaylı bilgi için bkz https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm DTÖ Anlaşmasında yer aldığı şekliyle ve yeri geldikçe 'plurilateral' ifadesinin karşılığı olarak 'çoklu' ifadesi kullanılmıştır. Bu sayede 'multilateral' karşılığı olan 'çok taraflı' ifadesinden ayrı bir kullanım hedeflenmiştir. İlgili kavramların Türkçe çevirisinde Avrupa Birliği Terimler Sözlüğü kullanılmıştır. Sözlük için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf DTÖ'nün çok taraflı ya da çoklu ticaret anlaşmaları salt ismiyle ele alındığında yanıltıcı olabilmektedir. Buradaki 'çoklu' ifadesi ticarete kapsadığı alanları değil, DTÖ'nün bir kısım üyelerini kapsamasıdır. Anlaşmaların genel durumu ve üye bakımından kapsamaları için bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm10_e.htm#civil

¹⁵⁹ Otten'e göre bu durum, yerel firmaların korunmadığı anlamına gelmemektedir. Yine de taraf devletlerin gümrüklerdeki sorumluluklarının sonlanmadığının altını da çizmektedir. Bkz. Adrian Otten, "Rekabetçi Pazarın Geliştirilmesinde Kamu Alımlarının Rolü" içinde *II. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu – Kamu Alımlarının Ekonomik ve Sosyal Politika Aracı Olarak Kullanımı Bildiri Kitabı*, (İstanbul, 2006), 51. Türk Kamu alımları bakımından buna benzer koruma hususları mevzuatta belirtilmektedir. Örneğin Kamu İhale Kanunu'nun ek 9. Maddesi, Kamu alımlarının bölgesel kalkınma ve teknolojik gelişme amaçlı kullanımını düzenlemekte olup bu madde kapsamında yapılacak mal alımları, sadece yurtiçinde üretilen malları teklif eden isteklilerin veya bölgesel kalkınma programı uygulanan illerde üretilen malları teklif eden isteklilerin katılımına açık gerçekleştirilebilecektir.

b- DTÖ Kamu Alımları Anlaşması

Bu başlık kapsamında genel olarak KAA'nın kurumsal açıdan etkileri değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bu bakımdan ilk olarak KAA'nın hukuki yapısı ortaya koyulacak ve devamında bu anlaşmaya katılım usulü incelenecektir. Bu kapsamda AB ve Türkiye'nin KAA çerçevesinde nerede durduğu belirlenecektir. Üçüncü ve son olarak kurumsal olarak karar alma ve uyumsuzluk çözümü mekanizmalarına değinilecektir.

Birincisi, KAA'nın oluşumu ve yapısı ortaya koyulmalıdır. KAA,¹⁶⁰ kamu alımları başlığı özelinde düzenlenmiş uluslararası bir anlaşmadır ve 2012 yılında revize edilmiştir¹⁶¹. KAA çoklu olarak ifade edilebilecek bir anlaşmadır ve DTÖ üyelerinin tamamı tarafından imzalanmamıştır¹⁶². Genel olarak bakıldığında KAA, kamu alımları piyasalarını, partner ülkelere açmayı amaçlamaktadır. Bu anlaşma salt olarak kamu alımlarına özgülenmesi ve taraf devletler açısından bağlayıcı uluslararası kurallar oluşturması bakımından oldukça önemli bir enstrümandır¹⁶³. Buna bağlı olarak değerlendirildiğinde

¹⁶⁰ Anlaşmanın tarafları için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm

¹⁶¹ Yukarıda da belirtildiği üzere Tokyo görüşmeleri sonrasında 1979 yılında kamu alımlarını kapsayacak şekilde bir anlaşma imzalanmıştır. 1986 yılında bu anlaşma tadil edilmiş ve 1994 yılında anlaşmanın kapsamı genişleterek KAA (1994) olarak ifade edilebilecek Kamu Alımları Anlaşması imzalanmıştır. 1994 imza tarihli bu Anlaşma, 2012 yılında revize edilmiş ve KAA (2012) olarak ifade edilebilecek bu tadil anlaşma 2021 yılında tüm taraflar açısından yürürlüğe girmesiyle birlikte 1994 anlaşmasının yerini almıştır. Bu metin çerçevesinde 'KAA' kısaltması KAA (2012) Anlaşmasını ifade etmek üzere kullanılacaktır. Anlaşma metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf

¹⁶² Bu anlaşmada taraf sayısı 22'dir. Güncel liste için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm DTÖ Anlaşmasına ekli çoklu anlaşmalar için bkz. DTÖ Anlaşması 4 no'lu Ek. Belirtmek gerekir ki burada sayılan anlaşma listesinde zaman içerisinde değişiklikler olmuştur. Örnek için bkz. https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ida_general_oth.pdf

¹⁶³ Servet Alyanak, "Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış ve Bu Anlaşmanın Avrupa Birliği'nde Uygulanması", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1, (2014), 88 vd. KAA haricinde uluslararası temelde birçok kamu alımı enstrümanı bulunmaktadır. Örneğin daha yumuşak bir düzenleme bakımından OECD'nin kamu alımlarında araştırma ve diyalog düzenlemeleri ele alınabilir. Bkz. <https://www.oecd.org/gov/2016-OECD-Survey-on-Public-Procurement.pdf> Birleşmiş Milletlerin (BM) UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011) uygulaması da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement Ayrıca Dünya Bankası gibi büyük ölçekli

ilgili anlaşmanın kapsamının geniş tutulmaya çalışıldığı görülmektedir. Nitekim bu Anlaşma, elektronik şekilde yapılmış olsun ya da olmasın Anlaşmanın kapsadığı alımlarla ilgili uygulanan tüm önlemler bakımından uygulama alanı bulabilecektir¹⁶⁴. Ancak bu husus değer belirleme ve kamunun tüm düzeylerini kapsama/kapsamama bakımından belli başlı sınırlamalara tabidir¹⁶⁵.

DTÖ'nün çoklu ticaret Anlaşmalarından olan KAA sadece bu Anlaşmayı kabul etmiş DTÖ üyeleri için yükümlülük veya hak yaratmaktadır¹⁶⁶. Burada önemli olan hususlardan birisi ise yaratılan bu hak ve yükümlülük çerçevesinin DTÖ genel ilkeleri çizgisinde olup olmayacağıdır¹⁶⁷. KAA genel ilkeler bağlamında DTÖ'nün genel ticaret ilkeleriyle uyumlu bir görünüm sergilemektedir. Buna göre kamu alımları söz konusu olduğunda ayrımcılık yapmama, şeffaflık ve açıklık gibi ilkeler anlaşmanın tarafları için kamu alımlarında uygulanması gerekli ilkeler olarak vurgulanmaktadır¹⁶⁸.

Buna göre KAA'nın en önemli görülebilecek yanı, Anlaşmaya taraf devletlerin ulusal muamele ilkesini Anlaşma kapsamındaki kamu alımlarına genişletmiş olmasıdır¹⁶⁹. İç pazarlarda alınacak önlemler bakımından ithal ve yerli mallar arasında ayırım yapılmaması 'ulusal muamele' ilkesi olarak ifade edilmektedir. GATT uyarınca, kamu alımları ulusal muamele ilkesinden muaf

ekonomik kuruluşların da kamu alımlarına ilişkin olarak izlediği ilkeler ve iyi uygulamalar oluşturmaya çalıştığı söylenebilir. Örnek olarak bkz. <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/1c3b517f003b53a2e2e170e93124be84-0290032023/original/World-Bank-Supply-Chain-Management-Guidance.pdf>
Bunların haricinde bölgesel olarak AB kamu ihale düzenlemeleri ele alınabilir. Bkz. https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/legal-rules-and-implementation_en

¹⁶⁴ KAA m.II/1 vd. Değer bakımından Anlaşmanın kapsadığı kamu alımlarının belirlenmesine ilişkin olarak bkz. KAA m.II.

¹⁶⁵ Kapsama listelerine ilişkin olarak bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm

¹⁶⁶ DTÖ Antlaşması m.II/2.

¹⁶⁷ Bkz. DTÖ Anlaşması m.III/1. “DTÖ işbu Anlaşmanın ve Çok Taraflı Ticaret Anlaşmalarının uygulanmasını, yönetimini ve işlemlerini kolaylaştıracak ve amaçlarına ulaşılmasına katkıda bulunacak; ayrıca Çoklu Ticaret Anlaşmalarının uygulanması, yönetimi ve işlemleri için çerçeveyi sağlayacaktır...” DTÖ bu anlaşmanın işlemleri için gerekli çerçeveyi sağlayacaksa, genel ilkelerin de KAA'ya ve kamu alımlarının yapısına uygun bir şekilde uyarlanmış olması beklenmelidir.

¹⁶⁸ *ibid.* m.IV. m.XVI.

¹⁶⁹ Bu ilkeye ilişkin olarak bkz. başlık “a-DTÖ'nün Yapısı”

tutulmuştur¹⁷⁰. Kamu alımlarının bu ilkenin dışında tutulması, DTÖ üyelerinin kamu alımları söz konusu olduğunda yerel şirketlere öncelik verebileceğini göstermektedir. Ancak KAA'nın tarafı olan devletler açısından, anlaşmanın kapsadığı alanlardaki alımlar bakımından bu ilke işleyecektir¹⁷¹. Buradaki fark ulusal muamele ilkesi ve bununla bağlantılı olarak en çok kayırılan ülke kuralı ve ayrımcılığa ilişkin DTÖ genel ilkelerinin tek bir madde içerisinde eritilerek genel olarak ayrımcılığa ilişkin bir madde başlığı altında düzenlenmiş olmasıdır¹⁷².

KAA açısından diğer bir fark, en çok kayırılan ülke kuralının uygulanmasına yöneliktir. KAA kapsamında en çok kayırılan ülke kuralı, bu anlaşmaya taraf olan devletlerin birbirlerinin ürünleri üzerinde ayrımcı önlemler almalarını engellemek üzere dizayn edilmiş bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla KAA tarafı olan devletler, KAA kapsamındaki diğer devletlere kamu alımları bakımından ayrımcı muamelelerde bulunamazlar¹⁷³. Ancak KAA dışında kalan DTÖ üyelerine nazaran, KAA tarafı olan devletlere daha elverişli koşullar sağlanabilir¹⁷⁴.

Güvenlik ve genel istisnalar bakımından da düzenlemeler bulunan bu anlaşmaya göre ise taraf devletler, temel güvenlik çıkarlarının korunması için gerekli gördüğü tedbirleri almaya devam edebilecektir. Ancak bu gibi tedbirlerin aynı koşulların hüküm sürdüğü durumlarda Taraflar arasında keyfi ya da haksız bir ayrımcılık veya uluslararası ticarete üstü kapalı bir kısıtlama oluşturacak şekilde uygulanmaması gerekmektedir¹⁷⁵.

Kurumsal açıdan ele alındığında KAA ile taraflarının temsilcilerinden oluşan bir Kamu Alımları Komitesi kurulacağı da öngörülmüştür. Bu komite yılda birden az olmamak kaydıyla, gerekli olduğunda toplanmakta ve Anlaşmanın işleyişine ilişkin konularda tarafların danışmasını sağlamaktadır¹⁷⁶. Çoklu Ticaret Anlaşmaları kapsamında öngörülen organlar,

¹⁷⁰ GATT m.III/8-a. Benzer bir düzenleme için bkz. Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) m.13.

¹⁷¹ KAA m.IV/1-a.

¹⁷² KAA m.IV/1-2. Diğer ilkelerin yanı sıra şeffalık ile ilgili olarak bkz. KAA m.IV/4 ve m.XVI.

¹⁷³ Kamala Dawar, "The WTO Government Procurement Agreement: The Most-Favoured Nation Principle, the GATS and Regionalism", *Legal Issues of Economic Integration* 42, no. 3, (2015), 265.

¹⁷⁴ KAA m.IV/1-b.

¹⁷⁵ *ibid.* m.III.

¹⁷⁶ KAA m.XXI/1.

bu Anlaşmalar altında kendilerine verilen işlevleri yerine getirmekte ve DTÖ'nün kurumsal çerçevesi içinde faaliyet göstermektedir. Bu organların, faaliyetlerini düzenli olarak (DTÖ) Genel Konsey'e bildirmesi de gerekmektedir¹⁷⁷. Dolayısıyla kurumsal açıdan bakıldığında KAA gibi çoklu ticaret anlaşmalarının imzalanması DTÖ sisteminden kopuş anlamına gelmemektedir.

İkinci olarak, KAA'nın hukuki yapısının yanı sıra KAA'ya katılım da ele alınması gerekli bir konudur. KAA her ne kadar DTÖ bünyesinde yer almaktaysa da kapalı bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Bu anlaşmanın kapalı olması şunu ifade eder, KAA'ya katılım ile karşılıklı olarak elde edilecek avantajlar, KAA'ya katılmayan diğer DTÖ üyelerine otomatik olarak genişlemez. Dolayısıyla kamu piyasalarında daha etkin ilişkilerin kurulabilmesine yönelik istekli olunması durumunda bu anlaşmanın bir tarafı olmak gerekmektedir.

KAA'ya katılım, anlaşma bünyesinde düzenlenmiş bir usulle gerçekleşmektedir¹⁷⁸. Buna göre sürecin iki taraflı olduğu ifade edilebilecektir. Bir tarafta KAA bünyesinde yapılan müzakere süreci bulunmaktadır. KAA'ya katılmak isteyen devlet, katılım bakımından kapsama ilişkin teklifini (eşik değerler, istisnalar, ihale birimleri...) sunmakta ve halihazırdaki KAA tarafları bu durum hakkında müzakerede bulunmaktadır¹⁷⁹.

Diğer tarafta ise katılım talep eden devletin yerine getirmesi gereken bazı yükümlülüklerden bahsedilebilir. Buna göre KAA, bu anlaşmaya katılmak isteyen devletin ilgili mevzuatını KAA'nın yükümlülükleriyle uyumlu hale getirmelerini gerektirir. Burada temel olarak DTÖ/KAA genel ilkeleriyle uyumlu bir hukuki altyapı kurulması gerektiği ifade edilebilecektir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ DTÖ Anlaşması m.IV/8.

¹⁷⁸ KAA m.XXII/2. Teknik süreç hakkında özet niteliğinde bir belge için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/accession_overview_e.pdf

¹⁷⁹ Gelişmekte olan ülkeler açısından kapsama ilişkin daha lehe teklifler müzakere edilebilecektir. KAA m.V.

¹⁸⁰ KAA'ya katılım belirli bir dönemde popüler bir hale gelmiştir. Taraf devlet sayısı arttıkça, Anlaşmanın kapsamının önemli ölçüde genişlemesi muhtemel görülmüştür. Orta ve Doğu Avrupa devletleri açısından GPA'ya katılmanın, bu ülkeler için potansiyel ticaret fırsatlarını doğuracağı ve yolsuzluğu önleyerek, hukukun üstünlüğüne olan bağlılıklarını arttıracacağı düşünülmektedir. Christopher R. Yukins, "GPA Accession: Lessons Learned on the Strengths and Weaknesses of the WTO Government Procurement Agreement", *Trade Law & Development* 7, no. 1 (2015), 98.

AB, KAA'nın bir tarafıdır¹⁸¹. Bu çoklu anlaşma AB'de kamu alımları başlığını düzenleyen tek hukuki enstrüman değildir. AB'nin halihazırda çıkardığı direktifler şekillendirdiği bir kamu alımları çerçevesi bulunmaktadır¹⁸². Asgari uyumlaştırma içeren bu tasarruflar temelde AB içerisinde eşit şartların sağlandığı bir alan oluşturmayı amaçlamaktadır. Genel olarak değerlendirildiğinde AB'deki tüm kamu ihale prosedürleri, ulusal kurallara dayanarak gerçekleştirilir. Daha yüksek değerli sözleşmeler için bu kurallar, genel AB kamu ihale kurallarına dayanmaktadır. Eklemek gerekir ki (genel olarak değerlendirildiğinde) KAA ile AB direktiflerinin kamu alımları başlığını düzenlemek bakımından benzer yönleri ağır basmaktadır. Bununla birlikte, AB'nin bu anlaşmaya taraf olması ikili uluslararası anlaşmalar yapmasını engellememektedir. Bazı durumlarda, diğer taraf zaten KAA'nın bir tarafı olduğunda, bu ikili anlaşmalar KAA'dakilerden daha ileri taahhütler içerebilmektedir¹⁸³.

Türkiye ise KAA'ya taraf olmamakla birlikte gözlemci statüsündedir¹⁸⁴. Ancak belirtmek gerekir ki Türkiye, 1/95 sayılı OKK'nın bildirimler kısmında GATT Kamu Alımları Anlaşması'na katılmak üzere görüşmelere başlamak niyetinde olduğunu açıklamıştır¹⁸⁵.

¹⁸¹ 2014/115/EU, Council Decision of 2 December 2013 on the Conclusion of the Protocol Amending the Agreement on Government Procurement, OJ L 68, 7.3.2014. Bu bağlamda AB ve üye devletlerin ortak olarak taraf oldukları karma bir uluslararası anlaşma olarak da değerlendirilebilir. AB'nin taraf olacağı karma ticaret anlaşmaları bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz. European Parliament, Briefing, a Guide to EU Procedures for the Conclusion of International Trade Agreements, PE 593.489, October 2016. Ticaret anlaşmalarında karma anlaşma metoduna yönelik değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Paola Conconi, Cristina Herghelegiu ve Laura Puccio, "EU Trade Agreements: To Mix or not to Mix, That is the Question", *European University Institute Research Paper*, May 2020. <https://respect.eui.eu/wp-content/uploads/sites/6/2020/05/Mixity.pdf>

¹⁸² Bir not olarak belirtmek gerekir ki AB açısından, diğer DTÖ Anlaşmalarında olduğu üzere, KAA'nın doğrudan etkisi bulunmamaktadır. Bir örnek olarak bkz. 94/800/AT sayılı Kararın dibacesi. Council Decision, (of 22 December 1994) Concerning the Conclusion on Behalf of the European Community, as Regards Matters Within Its Competence, of the Agreements Reached in the Uruguay Round Multilateral Negotiations (1986-1994), OJ L 336, 23.12.1994.

¹⁸³ Bkz. Free Trade Agreement Between The European Union and New Zealand, m.14.1 vd.

¹⁸⁴ Gözlemcilik statüsü ile ilgili düzenleme için bkz KAA m.XXI/4. Gözlemcilik statüsü daimî olmak durumunda değildir.

¹⁸⁵ 1/95 sayılı OKK, Türkiye'nin 48'inci Madde ile İlgili Bildirimi.

Üçüncüsü, KAA bünyesinde karar alma ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının da kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir. Karar alma bakımından değerlendirildiğinde KAA'nın DTÖ şemsiyesi altında çoklu bir anlaşma olduğu vurgulanmalıdır. KAA'nın yorumlanması ve bu anlaşma çerçevesinde karar alma KAA'daki kurallar üzerinden hareketle uygulanacaktır. Buradan hareketle KAA kapsamında karar alma hususu iki yönü değerlendirilebilir. Bunlardan birisi söz konusu anlaşmayı değiştirme yönünden alınacak kararlardır. KAA düzenlemesine göre Taraflar bu Anlaşmayı değiştirebilir. Bir değişikliğin kabul edilerek taraflarca kabul edilmek üzere sunulmasına ilişkin karar konsensüs ile alınmaktadır¹⁸⁶. İkinci olarak Anlaşmanın işleyişine ilişkin kararlardan bahsedilebilir. Buna göre KAA ile kurulan Kamu Alımları Komitesi, Taraflara, bu Anlaşmanın işleyişi veya amaçlarının ilerletilmesiyle ilgili herhangi bir konuda danışma fırsatı sunmak ve Taraflar tarafından kendisine atanabilecek diğer sorumlulukları yerine getirmek amacıyla toplanmaktadır¹⁸⁷. Komitenin başkan seçimi de yine konsensüsle karar alınması usulüne bağlanmıştır¹⁸⁸. Genel olarak değerlendirildiğinde Komitenin KAA kapsamındaki rolünün daha çok danışma ve uzlaştırma temelli olduğu görülmektedir.

Uyuşmazlık çözüm mekanizması ise DTÖ kapsamında kalmaktadır. KAA ile ilgili olarak taraf devletler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizması devreye girecektir. Yani uyuşmazlıkların çözümü mekanizması, istişare ve KAA kapsamındaki yükümlülüklerin diğer bir Tarafça yerine getirilmemesinden dolayı veya diğer bir Tarafça KAA hükümleri ile çatışan veya çatışmayan herhangi bir tedbir uygulanmasından dolayı DTÖ Mutabakat Metni çerçevesinde uyuşmazlığın çözülmesini sağlamaya yönelik kullanılabilir¹⁸⁹. Yani DTÖ kapsamında yukarıda değinilen çözüm mekanizması burada da aynen işlemektedir. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasının, Gümrük Birliğinde olduğundan daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmış olduğu tekrar edilebilir.

¹⁸⁶ KAA m.XXII/11.

¹⁸⁷ KAA m.XXI/1.

¹⁸⁸ KAA Kamu Alımları Komitesi için belirli usul kuralları ortaya koyulmamıştır. Bu Komite bakımından sadece başkanın seçimine ilişkin usul kuralları mevcuttur. Rules Of Procedure For The Selection of The Chairperson of The WTO Committee on Government Procurement (The "Committee"), Decision of the Committee on Government Procurement of 17 May 2023, GPA/CD/3. Ancak bu seçim de söz konusu kararın 9. maddesi uyarınca konsensüs ile yapılmalıdır.

¹⁸⁹ KAA. m.XX/1-2.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere DTÖ'nün de farklı ticari ilişkilere sahip birçok üyesi bulunmaktadır. Uyuşmazlık çözüm mekanizması da kendi bünyesinde (negatif de olsa) bir çeşit konsensüs gerektirdiği için belirli bir derecede de olsa zorluk barındırmaktadır¹⁹⁰.

Son olarak KAA hakkında ek bir hususun daha belirtilmesinde yarar görülmektedir. Bu da söz konusu anlaşmanın statik bir metin olmadığıdır. Nitekim Anlaşma bu durumu kendi içerisinde ele almıştır. 2012 yılında KAA'da yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesini takiben taraflar, gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçlarını da dikkate alarak, periyodik olarak bu Anlaşmayı iyileştirme amacıyla, ayrımcı önlemleri kademeli olarak azaltmayı ve ortadan kaldırmayı ve tüm Taraflar arasında karşılıklılık ilkesi temelinde mümkün olan en geniş kapsama genişletmeyi hedefleyen daha ileri müzakereler üzerinde çalışmalıdır¹⁹¹. Unutulmamalıdır ki KAA'nın asıl amacı, diğer KAA taraflarının ihale piyasalarına erişim sağlayarak ulusal ihaleleri uluslararası rekabete açmaktır. Bu bağlamda KAA tarafı olmak, KAA tarafları tarafından gelecekte ortaya koyulabilecek korumacı önlemlere karşı koruma sağlama potansiyeline sahip görünmektedir.

Görüldüğü üzere söz konusu anlaşmaya taraf olmanın getirdiği taahhütler ve kurallar dikkate ele alınmalıdır. Örneğin maddi açıdan, yerli tedarikçilere öncelik tanıma yeteneği sınırlı olabilir ve bazı durumlarda kamu alımları için açık rekabet şartlarına uymak zorunlu hale gelebilir. Ayrıca, Türkiye'nin kamu alımları pazarında yabancı rekabetin artmasıyla birlikte bazı yerel şirketler için rekabetçi baskılar artabilir.

Dünya Bankası raporunda belirtildiği üzere, KAA kapsamında ihale pazarlarının çok taraflı bir şekilde açılması, Türk tedarikçilerini, AB veya ABD ile karşılıklı bir açılıma göre daha büyük bir rekabet ile karşı karşıya bırakabilecek etkiye sahiptir. Bu etkinin AB tarafından da değerlendirildiği görülmektedir. Buna göre "...bir ihale anlaşması kapsamında karşılıklı taahhütlerin kapsamının, AB'li yüklenicilerin Türkiye'nin bekleyen büyük Kamu Özel İş birliği (KÖİ) stoku da dahil olmak üzere daha genel anlamda Türkiye'deki sözleşme çerçevesi ile ilgili endişelerini gidermesi mümkün

¹⁹⁰ Ayrıca uyuşmazlık çözüm mekanizması, işlevsiz olarak tanımlanan karar alma mekanizması ile birlikte değerlendirildiğinde, bu iki unsurun birbiriyle barışık olarak hayatlarını sürdürüp sürdüremeyeceğine ilişkin olarak bkz. William J. Davey, "WTO Dispute Settlement: Crown Jewel or Costume Jewelry?" *World Trade Review* 21, (2022), 299.

¹⁹¹ KAA m.XXII/7.

görünmemektedir.”¹⁹² Ancak KAA'nın, kamu ihale piyasalarında liberalleşmenin ana çerçevesi olacağına ilişkin görüşlerin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹⁹³. Yine rekabet baskısının daha önce de bahsedildiği üzere üreticiler üzerinde olumlu bir etki de yaratabileceği de unutulmamalıdır.

Kurumsal açıdan ise karar alma süreçlerinin konsensüs gerektirmesi taraflarla kurulan ilişkiler açısından zorlayıcı olabilir. Ancak yine kurumsal açıdan her ne kadar DTÖ'de son zamanlarda temyiz süreci tıkanmışsa da uyuşmazlıkların çözüm mekanizmasının oldukça gelişmiş olduğu görülmektedir. Bu mekanizma sayesinde uyuşmazlık çözümünün ortaklık hukukunda olan mekanizmaya nazaran daha etkili olup olmayacağı değerlendirilmelidir.

KAA, kamu alımları alanını düzenleyen oldukça önemli bir uluslararası hukuk enstrümanıdır. Ancak bu Anlaşmanın ötesine geçilip geçilemeyeceği de değerlendirilmelidir. Bu bakımdan STA'ların durumu da ayrıca ele alınmalıdır.

1- KAA'ya Katılımla Birlikte AB ile Bir STA Akdedilmesi

Serbest Ticaret Anlaşmaları (STA) en genel tanımıyla, iki ya da daha fazla devlet arasında ithalat ve ihracattaki engelleri azaltmak/kaldırmak üzere yapılan bir anlaşmadır. KAA'ya taraf olan devletler bu Anlaşma ile kamu alımlarına ilişkin pazarlarını düzenlemekte ve birbirine açmaktadır ancak bu durum onların daha ileri STA'lar yapmasını engellememektedir¹⁹⁴. Nitekim

¹⁹² *Dünya Bankası Raporu 2014*, 86.

¹⁹³ Alyanak, *Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış*, 115.

¹⁹⁴ KAA, DTÖ'nün genel ilkelerinden olan 'en çok kayırlan ülke kuralının' istisnasını oluşturmaktadır. Yani yukarıda da belirtildiği üzere bu kural, KAA taraflarının birbirleri ile olan ilişkilerde ayrımcı muamelelerde bulunmalarını engellemektedir. Ancak yine bu kural, KAA açısından bu anlaşmaya taraf olmayan DTÖ üyeleri açısından uygulanmamaktadır. KAA'nın bu kuralın istisnası olması KAA Taraflarına, KAA Tarafı olmayan devletlerle serbest ticaret anlaşmaları yapmalarına ilişkin bir imkân sağlamaktadır. Robert D. Anderson ve Anna Caroline Müller, "The Revised WTO Agreement On Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade And Development", *Georgetown Journal Of International Law* 48, (2017), 984. Bununla birlikte daha genel olarak ele alınırsa, daha ileri bölgesel ticari ilişkiler kurulabilmesi ayrıca GATT kapsamında öngörülmüş ve bunlara belirli ilkeler çerçevesinde izin verilmiştir. Bkz. GATT m.XXIV/7,12. Hatta Türkiye-AB Arasındaki Gümrük Birliği, bölgesel bir ticaret ilişkisi olması nedeniyle

bunun örnekleri ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan yeni nesil olarak adlandırılan bu STA'ların imzalanması ile ilgili konuların ele alınması gerekmektedir.

Günümüzde artık yeni nesil serbest ticaret anlaşmalarından bahsedilmektedir¹⁹⁵. Bu anlaşmalar geleneksel olarak yalnızca mal ve hizmet ticareti üzerindeki bariyerleri kaldırmayı hedeflememektedir. Bunlar; kamu alımları, rekabet, elektronik ticaret, sürdürülebilir kalkınma ve fikri mülkiyetin korunması gibi geleneksel yaklaşımın dışındaki birçok unsuru içerisinde barındırabilmektedir¹⁹⁶. Bu yeni düzende, DTÖ çerçevesindeki anlaşmalarca ortaya koyulan kural ve taahhütlerin düzeyinin yetersiz görülmesi halinde, STA yoluyla taraf ülkeler aralarındaki ticari ilişkilerin daha da ileriye götürülmeye çalışılacağı da söylenebilecektir¹⁹⁷. Nitekim konumuzla da ilgili olarak örneğin bu gibi anlaşmaların kamu alımları bakımından DTÖ KAA ötesinde bir çerçeve çizdiğini söylemek mümkündür.

KAA'nın ötesine geçecek şekilde imzalanacak bir STA açısından Türkiye-AB ilişkileri ve Gümrük Birliğinin güncellenmesine yönelik atılacak adımlar ayrıca değerlendirilmelidir. Belirtildiği üzere KAA'ya katılım diğer

bu madde kapsamında bir yapı olarak ele alınmaktadır. Ancak Gümrük Birliğinin DTÖ yapısı içerisindeki konumuna ilişkin bazı tartışmalar da bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye-AB Gümrük Birliğinin gerek yürürlüğe girdiği tarihte gerekse güncel olarak GATT'nin ilgili maddesine tam olarak uyumlu olmadığına ilişkin bir görüş için bkz. Mesut Eren, "Türkiye ile Avrupa Birliği Arasındaki Gümrük Birliği'nin GATT'ın XXIV. Maddesine Aykırılığı ve Olası Sonuçları", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 29, no. 1, (2021), 131 vd.

¹⁹⁵ Bu konuda yapılan bazı çalışmalar için bkz. Claussen Kathleen, "Next-Generation Agreements and the WTO", *World Trade Review* 21, no.3 (2022): 380-388 ; Makarenko, A. ve Chernikova, L. "New Generation EU Free Trade Agreements: A Combination of Traditional and Innovative Mechanisms", içinde, *Post-Industrial Society The Choice Between Innovation and Tradition*, ed. Kovalchuk, J. (Palgrave Macmillan, 2020): 109-122. Council of Europe Parliamentary Assembly, "New Generation" Trade Agreements and Their Implications for Social Rights, Public Health and Sustainable Development, Resolution 2152 (2017).

¹⁹⁶ Cüneyt Yüksel ve Deniz Baran, "A New Milestone for Turkey's Enhancing International Economic Partnerships: The Turkey-Japan New Generation Free Trade Agreement", *Public and Private International Law Bulletin* 38, no.2 (2018), 549. Yeni Nesil Serbest Ticaret Anlaşması Modeli Olarak Güney Kore-ABD Anlaşması (KORUS) ve Türkiye bakımından çıkarımlar için bkz. Sait Akman, "AB-ABD Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 13, no.1 (2014), 22.

¹⁹⁷ Akman, *AB-ABD Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı*, 12.

uluslararası ticaret anlaşmalarının imzalanması önünde bir engel teşkil etmemektedir. Nihayetinde KAA, kamu alımları bakımından taraf devletler arasındaki asgari standardı belirleyen uluslararası bir belgedir. Bu asgari eşiğin üzerine çıkarak, kamu alım piyasalarını daha etkin bir şekilde kullanmak da mümkündür. Nitekim bu durumun örnekleri de görülmektedir. Örneğin Yeni Zelanda ve AB arasında imzalanan STA, KAA'ya göre daha ileri hükümler içermektedir. Bu gibi hukuki gelişmeler de gelişen ticari ilişkilere ışık tutacak durumdur¹⁹⁸. Dolayısıyla bu anlaşmayla birlikte AB tarafının KAA'yı ilerletecek ilişkiler içerisine girdiğini söylemek mümkündür.

Türkiye-AB arasındaki Gümrük Birliği üzerinden bir değerlendirme yapmak gerekirse, 1/95 sayılı kararın bildirimler kısmında Türkiye'nin KAA'ya katılımı öngörülmüştür. Aynı zamanda daha önce de belirtildiği üzere Türkiye'nin AB tarafından imzalanan STA'ları da üstlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda KAA'ya katılmadan ve kamu alımları piyasalarını (öncelikle AB nezdinde) uluslararası rekabete açık hale getirmeden, AB'nin yeni nesil olarak nitelendirilebilecek STA'larını üstlenmek, salt hukuki açıdan değerlendirildiğinde gerek müzakere süreci gerekse kabul edilmesi gerekli mevzuat bakımından Türkiye açısından oldukça zorlayıcı olabilecektir¹⁹⁹. Bu hususun dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle KAA'ya katılımın en azından hukuki ve uluslararası düzeyde kamu alım piyasalarına katılımı kolaylaştıracak bir basamak olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte yeni nesil ticaret anlaşmalarının gelişmesiyle birlikte salt olarak KAA'ya katılım da zamanla yeterli gelmemeye başlayabilecektir. Dolayısıyla sadece KAA'ya katılım değil, ilerleyen ve gelişen uluslararası piyasalara entegre olabilmek bakımından hem bu Anlaşmaya katılım hem de kamu alımları başlığının AB ile bir STA ile ilerletilmesi mümkün görünmektedir.

¹⁹⁸ Bkz. AB ve Yeni Zelanda arasında imzalanan STA, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202400866#page=1

¹⁹⁹ Bu bakımdan Damlacı'ya göre, yerli katılımcılar lehine oluşturulan eşik değerler ve fiyat avantajının kaldırılması ya da makul seviyeye getirilmesi konuları gerek AB gerekse STA ortaklarıyla yapılacak müzakerelerde öne çıkması gerekli hususlardandır. Bu sayede KAA'nın öngördüğü boyutta bir Pazar açılımı sağlanacağı öngörülmüştür. Cemalettin Damlacı, "Türkiye-AB Gümrük Birliği İlişkisi: Yeni Nesil Ticaret Anlaşmaları", içinde, *Türkiye AB İlişkileri Yeni Gündem*, ed. Belgin Akçay, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 173.

Bununla birlikte, Türkiye ile AB arasında halihazırda bir Gümrük Birliği bulunmaktadır. Bu hukuki ilişkiyi geliştirmek ve ilerletmek yerine başka yollara doğru ilerlenmesi, taraflar arasındaki ilişkiyi her ne kadar bu hedef zor görünmekteyse de üyeliğe doğru giden bir ilişkiden çıkarma potansiyeline sahip olacaktır. Diğer taraftan, Gümrük Birliğinin güncellemesinin tekrar gündeme getirilmemesi ve artık dünya piyasalarındaki standartların yakalanması açısından en azından belirli bir adım atma gerekliliği olduğu da ifade edilebilir. Bu bakımdan ortaklık ilişkisinin nihai hedefinin AB ile tam üyeliğe uzanacak bir ilişki olduğu unutulmadan bu gibi yöntemler de kullanılabilir. KAA ve STA kapsamında simetrik bir ilişki oluşturularak, en azından kamu alımları başlığında elde edilecek kazanımların zamanla ticaretin diğer boyutlarına yansımalarının sağlanması da bir sonuç olarak beklenebilir.

SONUÇ

Gelişen dünya ticareti ve gerek ikili gerek çoklu yeni ticari ilişkilerle birlikte Gümrük Birliğinin güncellenmesi gerekliliğinin ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bu husus, salt olarak Gümrük Birliğinin değil ticaret hacmi oldukça büyük olan kamu alımları gibi bazı başlıkların da özel olarak ele alınmasını gerektirebilir.

Gümrük Birliğinin ve buna bağlı olarak kamu alımları başlığının güncellenmesi için bazı hukuki yollar öngörülmüştür. Ancak bunların önünde, yapısal ve ekonomik sıkıntılar olabileceği değerlendirilmelidir. Bu nedenle en azından kamu alımları başlığı bakımından ele alınırsa, DTÖ gibi örgütler bünyesindeki derin ticari yapılara katılımlar, alternatif birer senaryo olarak ele alınabilir. Bu bağlamda salt olarak KAA'ya taraf olunabileceği gibi bu Anlaşmaya taraf olmak artı AB ile bir STA imzalamak da birer seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. AB'nin KAA'ya taraf olması ikili uluslararası anlaşmalar yapmasını engellemektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin KAA'ya taraf olduğu bir senaryoda, iki taraf arasında Gümrük Birliğinden kaynaklanan daha yakın ilişki ek bir STA ile daha sıkı bir şekilde düzenlenebilir. Bu yol da kendi içerisinde bazı önemli noktaları barındırmaktadır.

Birincisi, Türkiye'nin kamu alımları sektöründe yaşanacak muhtemel gelişmelerin değerlendirilmesi gerekliliğidir. Eşik değerlerin ve istisnaların değişmesi ve kamu alımları sektörünün AB üye devlet ilgililerine açılması, aynı zamanda bu ilişkinin karşılıklı olması, doğal olarak Türkiye'nin kamu alımları istatistiklerini de etkileyebilecektir. Rakamsal etkilerinin yanı sıra

şeffaflık, ayrımcılık yapmama gibi genel ilkelerin de zamanla pazara yerleşip hâkim olacağı düşünülebilir. Bu bağlamda, en azından hukuki açıdan kamu alımları alanındaki uluslararası bütünleşmenin, olumlu bir muhtemel adım olarak değerlendirilmesi ihtimal dahilindedir.

Bununla birlikte, Türkiye'nin KAA'ya taraf olması, ticaret ve sanayi politikaları üzerinde derinlemesine bir etki analizi yapılmasını ve uzun vadeli ekonomik hedeflerle uyumlu olacak şekilde planlama yapılmasını gerektirebilir. Kurumsal açıdan ise Türkiye'nin KAA'ya katılımı, sadece ekonomik ve ticari fırsatlar/zorluklar açısından değil, aynı zamanda karar alma mekanizmaları ve politika yapım süreçleri açısından da kapsamlı bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu süreç, tüm ilgili paydaşların, özellikle de yerli sanayi temsilcilerinin, sivil toplum kuruluşlarının ve politika yapıcıların aktif katılımı ve iş birliği ile yönetilmelidir.

Diğer bir taraftan değerlendirildiğinde, Gümrük Birliğinin güncellenmesi sürdürülse dahi, kamu alımları başlığı oldukça az telaffuz edilen bir alan olmuştur. Bu bağlamda, kamu alımları söz konusu olduğunda, KAA'ya taraf olmanın veya artı olarak STA ile daha kapsamlı, bölgesel bir ticaret ilişkisi içerisine girmenin, AB'nin Türkiye raporlarında sıklıkla bahsettiği kamu alımları başlığında yeterli ilerlemenin sağlanamaması unsuruna etki etmesi beklenebilir.

İkincisi, burada dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta, Türkiye ve AB arasında halihazırda bir ilişki bulunduğuudur. Bu ilişki bir tarafa bırakılarak, DTÖ bünyesinde, kapsamı ve amacı farklı, yeni bir seviyede yeni bir ilişki kurmanın getireceği zorlu koşullar göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda söz konusu adım, Gümrük Birliği ve Ankara Anlaşmasından kaynağını alan üyelik perspektifinden uzaklaşmak potansiyelini de içerisinde barındırma potansiyeli taşıyor olarak düşünülebilir.

Sonuç olarak, kamu alımları başlığı, Gümrük Birliği güncellemesinin içerisinde ya da buna bağlı alternatif yöntemlerle etkin bir şekilde ele alınmalıdır. Bu husus, Türkiye-AB ilişkilerinin Ankara Anlaşmasından kaynağını alan nihai amacından ve hukuki bir temelden ayrılmaksızın gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akman, Sait. “AB-ABD Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 13, no.1 (2014): 1-29.
- Aktaş, Gökhan ve Kaplan, Zeynep. “AB’nin Serbest Ticaret Anlaşmalarının Asimetrik Etkisi ve Türkiye”, *Uluslararası Ekonomi İşletme ve Politika Dergisi* 4, no.1, (2020): 117 – 140.
- Alyanak, Servet. “Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına Genel Bir Bakış ve Bu Anlaşmanın Avrupa Birliği’nde Uygulanması”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1, (2014): 85-119.
- Anderson, Robert D. ve Müller, Anna Caroline. “The Revised WTO Agreement On Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade And Development”, *Georgetown Journal Of International Law* 48, (2017): 949-1008.
- Arat, Tuğrul ve Erten, Rıfat. “DTÖ Hukuku ve Türkiye’ye Etkileri”, içinde *Dünya Ticaret Örgütü Doha Turu Çok Taraflı Ticaret Müzakereleri ve Türkiye*, ed. Sait Akman ve Şahin Yaman, 355-418, Ankara: Tepav, 2008.
- Arat, Tuğrul. “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no. 1 (Mayıs 1995): 587-606.
- Arat, Tuğrul. “Türkiye-AB İlişkilerinin Gelişmesinde Bazı Saptamalar ve Genel Bir Değerlendirme”, içinde *Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri*, ed. Belgin Akçay, Sinem Açıkmeşe, 615-648, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Arısan Eralp, Nilgün ve Baykal, Sanem (et. al.) “Modernisation of The Turkey-EU Customs Union, Building a New Partnership on Past Achievements”, *Tepav Policy Note*, N202126, September 2021.
- Avrupa Birliği ve Küresel Araştırmalar Derneği (ABKAD), Türkiye ve Avrupa Birliği Arasındaki Gümrük Birliği’nin Güncellenmesi: Tarım, Hizmetler ve Anlaşmazlıkların Halli, Ankara: 2020, <http://abkad.org/wp-content/uploads/2021/01/CSSP-II-062-Projesi-G%C3%BCmr%C3%BCK-BG-Kitab%C4%B1-1-Ocak-2021.pdf>
- Aydın, Ali Kemal. “Serbest Ticaret Anlaşmalarının Yeri ve Türkiye’nin Dış Ticaretinin Geliştirilmesindeki Önemi”, *Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi*, no.12, Dışişleri Bakanlığı Yayınları, (Şubat 2004), https://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ekonomik-sorunlar-_subat-2004_.tr.mfa
- Babu, R Rajesh. “Decision making in the WTO: From Negotiated Law-making to Judicial Law-making”, içinde, *International Economic Law and Governance*, ed. Julien Chaisse, Tsai-Yu Lin, 487-514, Oxford University Press, 2016.

- Bercero, Ignacio Garcia. “Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned?” içinde *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, ed. Lorand Bartels ve Federico Ortino, 383-405, Oxford University Press, 2006.
- Bilici, Nurettin. *Avrupa Birliği ve Türkiye*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Bown, Chad. “Trump Ended WTO Dispute Settlement. Trade Remedies are Needed to Fix It”, *World Trade Review* 21, no. 3, (2022): 312-329.
- Can, Hacı ve Özen, Çınar. *Türkiye Avrupa Topluluğu Ortaklık Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, 2005.
- Cengiz, Cihangir ve Kurtbağ, Ömer. “Türkiye-AB Gümrük Birliğinde Yaşanan Güncel Sorunlar ve Bunlara Olası Çözüm Önerileri”, *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 6, no.2, (Kış 2015):1-33.
- Choi, Bowon. “Three Years of the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement: An Interim Evaluation of Arbitration as a Means to Appeal WTO Panel Reports”, *Kluwer Arbitration Blog*, August 11 2023, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/11/three-years-of-the-multi-party-interim-appeal-arbitration-arrangement-an-interim-evaluation-of-arbitration-as-a-means-to-appeal-wto-panel-reports/>
- Conconi, Paola, Herghelegiu, Cristina ve Puccio, Laura. “EU Trade Agreements: To Mix or not to Mix, That is the Question”, *European University Institute Research Paper*, May 2020. <https://respect.eui.eu/wp-content/uploads/sites/6/2020/05/Mixity.pdf>
- Çal, Sedat. “Kamu İhale Kanunu’nun Kapsamına Yönelik Gözlemler” içinde Fehim Üçışık (et. al. ed.) *Kamu İhale Hukuku’na İlişkin Tebliğler ve Makaleler – 2*, (İstanbul, Aristo yayınları, 2016): 13-21.
- Damlacı, Cemalettin. “Türkiye-AB Gümrük Birliği İlişkisi: Yeni Nesil Ticaret Anlaşmaları”, içinde *Türkiye AB İlişkileri Yeni Gündem*, ed. Belgin Akçay, 161-173, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Davey, William J. “WTO Dispute Settlement: Crown Jewel or Costume Jewelry?” *World Trade Review* 21, (2022): 291–300.
- Dawar, Kamala, Hartwell, Christopher ve Togan, Sübidey. “Reforming and Renegotiating The EU Turkey Customs Union”, *Turkish Policy Quarterly* 17, no.1, (Spring 2018): 129-138.
- Dawar, Kamala. “The WTO Government Procurement Agreement: The Most-Favoured Nation Principle, the GATS and Regionalism”, *Legal Issues of Economic Integration* 42, no. 3, (2015): 257-280.

- Doğan, Naci. “On Yıllık Dönemde Gümrük Birliği’nin Etkileri ve Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Mevzuat Dergisi* 7, no. 79, (Temmuz 2004): <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/07.htm>
- Dura, Cihan, Atik, Hayriye ve Dumrul, Cüneyt. *Avrupa Birliği, Gümrük Birliği ve Türkiye*, Ankara: Nobel Yayıncılık, 2015.
- Eren, Mesut. “Türkiye ile Avrupa Birliği Arasındaki Gümrük Birliği’nin GATT’ın XXIV. Maddesine Aykırılığı ve Olası Sonuçları”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 29, no. 1, (2021): 117-139.
- Felbermayr, Gabriel, Aichele, Rahel ve Heiland, Inga. “Going Deep: The Trade and Welfare Effects of TTIP Revised”, *Ifo Working Paper*, No. 219, July 2016.
- Felbermayr, Gabriel, Aichele, Rahel ve Yalcin, Erdal. “EU-Turkish customs union: How to Proceed”, 23 July 2016, <https://voxeu.org/article/eu-turkish-customs-union-how-proceed>
- Galbraith, Jean. “United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process”. *American Journal of International Law* 113, no. 4, (2019): 822-831.
- Göçmen, İlke. “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki Gümrük Birliğinin Güncellenmesinin Yöntemi ve Usulü: Avrupa Birliği Açısından Bir Bakış”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 15, no. 1, (2016): 85-115.
- Göçmen, İlke. “Avrupa Birliği’ndeki Kamu Alımları ve Üçüncü Ülke Ekonomik Operatörleri: Hukuk Sözcüsü Collins’in Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret (C-652/22) Ön Karar Prosedüründeki Görüşü”, *Yaşayan Avrupa Birliği Hukuku Blogu*, 20 Mart 2024, <https://yasayanabhukuku.blogspot.com/2024/03/AG-in-C-652-22-Kolin.html>
- Göçmen, İlke. “İç Pazar”, içinde *Avrupa Birliği Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*, ed. Belgin Akçay, İlke Göçmen, 3. Baskı, 383-405, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Göçmen, İlke. *Avrupa Birliği Dış İlişkiler Hukuku: Ticari Boyut*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Göçmen, İlke. *Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri: Hukuki Boyut*, Ankara: Ankara Üniversitesi ATAUM Araştırma Dizisi No.45, 2022.
- Gstöhl, Sieglinde ve Phinnemore, David. “Introduction”, içinde *The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours* ed. Sieglinde Gstöhl, David Phinnemore, Routledge, 2019.
- Guan, Wenwei. “Consensus Yet Not Consented: A Critique of the WTO Decision-Making by Consensus”, *Journal of International Economic Law* 17, (2014): 77-104.

- Halatçı Ulusoy, Ülkü. *Dünya Ticaret Örgütü'nde Uyuşmazlıkların çözümü mekanizması*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.
- Hobikoğlu, Elif Haykır. “Gümrük Birliklerinin Ekonomik Etkileri ve Türkiye Ekonomisi: Gümrük Birliği Yansımaları”, *Sosyal Bilimler Dergisi* 1, (2007): 65-82.
- İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV), *The Quota Issue of the Turkish Road Transport Sector in the EU*, İstanbul, June 2017.
- Karluk, Rıdvan. *Avrupa Birliği Türkiye İlişkileri: Bir Çıkmaz Sokak*, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.
- Kathleen, Claussen. “Next-Generation Agreements and the WTO”, *World Trade Review* 21, no.3 (2022): 380-388.
- Kaya, Talat. “DTÖ Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2, (2017): 169–192.
- Köse, Hasan. “Türkiye'nin AB'nin Serbest Ticaret Anlaşmalarına Uyumda Yaşadığı Sorunların ve Serbest Ticaret Anlaşması Politikası Farklılıklarının Üçüncü Ülke Pazarlarına Erişimine Etkisi”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 1, no.43, (2022): 27-49.
- Makarenko, A. ve Chernikova, L. “New Generation EU Free Trade Agreements: A Combination of Traditional and Innovative Mechanisms”, içinde *Post-Industrial Society The Choice Between Innovation and Tradition*, ed. Kovalchuk, J. 109-122, Palgrave Macmillan, 2020.
- Michalopoulos, Constantine ve Tarr, David. “Are Customs Unions Economically Sensible In The Commonwealth of Independent States”, *World Bank Policy, Research Working Paper*, no. WPS 1786, 2004.
- Nas, Çiğdem. “Gümrük Birliği Neden Güncellenmeli?”, 2 Nisan 2020, <https://www.perspektif.online/gumruk-birligi-neden-guncellenmeli/>
- Otten, Adrian. “Rekabetçi Pazarın Geliştirilmesinde Kamu Alımlarının Rolü”, içinde *II. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu – Kamu Alımlarının Ekonomik ve Sosyal Politika Aracı Olarak Kullanımı Bildiri Kitabı*, (İstanbul, 2006): 48-54.
- Özdemir, Yavuz ve Koç Aytekin, Güner. “Avrupa Birliği (AB) Gümrük Birliği'nin Türkiye Ekonomisine Etkileri”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 5, no.9 (2016): 45-59.
- Pauwelyn, Joost. “The WTO in Crisis: Five Fundamentals Reconsidered”, *CTEI Working Paper*, (no. 2012-10, 2012), https://www.wto.org/english/forums_e/public_forum12_e/art_pf12_e/art9.htm

- Petersmann, Ernst-Ulrich. “How should the EU and other WTO Members React to Their WTO Governance and WTO Appellate Body Crises?”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2018/71, 2018.
- Reçber, Kamuran. *Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri*, Bursa, Alfa Aktüel, 2009.
- Reçber, Kamuran. *Türkiye Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Senior Officials Working Group (SOWG), *Report on the Update of the EU-Turkey Customs Union and Trade Relations*, 27 April 2015, https://ticaret.gov.tr/data/5b87b62f13b8761160fa10c4/YDMCG_Raporu.pdf
- SETA. *2015’te Türkiye*, Ankara: 2015.
- Seyidoğlu, Halil. *Uluslararası İktisat Teori Politika ve Uygulama*, 15. Baskı, İstanbul, Güzem Yayınları, 2003.
- Şeker, Özlem. *Küreselleşme ile Bölgeselleşme İkileminde Hizmet Ticareti: Hukuki yaklaşımla Dünya, AB ve Türkiye Ölçeklerinde Karşılaştırmalı bir Değerlendirme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, No: 43, 2021.
- Terzi, Özlem. “The EU–Turkey Customs Union Shortcomings and Prospects for Modernization”, içinde *The Proliferation of Privileged Partnerships Between the European Union and Its Neighbours*, ed. Sieglinde Gstöhl ve David Phinnemore, 121-138, Routledge London, 2019.
- Tezcan, Ercüment. “Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Kurumsal Boyut”, içinde *Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri*, ed. Belgin Akçay ve Sinem Açıkmeşe, 83-116, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Thanh, Nguyen, Quynh, Nguyen, ve Phong, Pham. “Decision-Making by Consensus in the WTO”, *SSRN Electronic Journal*, (August 3, 2012), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2122948>
- Turgut Topbaş, Neslihan. “The Dispute Settlement Under The WTO: Experience of Turkey”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, no. 3 (2011): 97-128.
- Usta, Ahmet Emre. “Türkiye ve AB’nin İmzaladığı Serbest Ticaret Anlaşmaları”, *İKV Değerlendirme Notu*, Yayın No.269, 2023.
- Ülgen, Sinan. “The Business Case For A Turkey - EU Customs Union 2.0”, *Foreign Economic Relations Board of Turkey (DEIK) Report*, December 2018.
- Yalçın, Erdal ve Felbermayr, Gabriel. “The EU-Turkey Customs Union and Trade Relations: What Options for the Future?” *European Parliament In-Depth Analysis*, PE 653.640 – July 2021.

- Yukins, Christopher R. “GPA Accession: Lessons Learned on the Strengths and Weaknesses of the WTO Government Procurement Agreement”, *Trade Law & Development* 7, no. 1 (2015): 89-119.
- Yüksel, Cüneyt ve Baran, Deniz. “A New Milestone for Turkey’s Enhancing International Economic Partnerships: The Turkey-Japan New Generation Free Trade Agreement”, *Public and Private International Law Bulletin* 38, no.2 (2018): 547–576.
- World Bank. *Evaluation of the EU-Turkey Customs Union*, (Report no. 85830-TR, 28.03.2014)
- Zampetti, Americo B. Low, Patrick ve Mavroidis, Petros C. “Consensus, Decision-Making and Legislative Inertia at the WTO: Can International Law Help?” *Journal of World Trade* 56, no. 1, (2022): 1-26.

YURT DIŞINA GÖTÜRÜLEN İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK KONUSUNA İNTERDİŐİPLİNER BİR YAKLAŞIM

*An Interdisciplinary Approach to the Law Applicable
to the Employment Contracts of Employees Taken Abroad*

Ayşe Ledün AKDENİZ*

ÖZ

Çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçilerin bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar sıklıkla Türk mahkemelerinin önüne gelmektedir. Yargıtay 2020 yılına kadar bu uyuşmazlıklarda Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermiş ve bu kararlar öğretide milletlerarası özel hukuk kurallarının dikkate alınmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Son yıllarda Yüksek Mahkeme yurt dışına götürülen işçilerin bireysel iş sözleşmelerinde geçerli bir hukuk seçimi bulunduğunu kabul ederek Türk hukukunun uygulanmaması gerektiği sonucuna varmış ise de, bu kabul Bölge Adliye Mahkemelerinin direnme kararı ile karşılaşmıştır. Yargı kararlarında ortaya çıkan farklılık üzerine, konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında da yurt dışına götürülen işçilerin bireysel iş sözleşmelerindeki hukuk seçimi klotunun geçerli olduğu ve yabancı hukukun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak Hukuk Genel Kurulu Kararı'nın kapsamlı karşı oy yazısının da gösterdiği gibi, bu konudaki tartışmaların sona erdiğinden söz etmek güçtür. Bu çalışmada, yurt dışına götürülen işçilerin bireysel iş sözleşmelerinin, iş hukukunun kendine özgü özellikleri gözetilerek ancak

Makalenin Geliş Tarihi: 24.03.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 16.05.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: alakdeniz@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1312-3726.

milletlerarası özel hukukun kuralları da ihmal edilmeksizin incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: MÖHUK m.27, Yurt Dışı Hizmet Akdi, İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Hukuk Seçimi, Kamu Düzeni Müdahalesi

ABSTRACT

Disputes arising out of the employment contracts of employees taken abroad are frequently brought before Turkish courts. The Court of Cassation ruled that Turkish law should be applied in these disputes until 2020, and these decisions were criticised on the grounds that the rules of international private law were not duly considered. In recent years, the Supreme Court has accepted that there is a valid choice of law in the foreign employment contracts and concluded that Turkish law should not be applied. However, this acceptance has been met with resistance by the Regional Courts of Appeal. In the decision dated 2023, the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation concluded that the choice of law clause in the foreign employment contracts is valid and that the foreign law should be applied. Nevertheless, as the extensive dissenting opinion of the General Assembly of Civil Chambers indicates, it is difficult to say that the discussions on this issue have come to an end. In this study, it is aimed to examine the foreign employment contracts, by considering the specific characteristics of the labour law, but without neglecting the rules of international private law.

Keywords: Article 27 of Law no. 5718, Foreign Employment Contract, Law Applicable to Employment Contracts, Choice of Law, Public Order Intervention

GİRİŞ

Türkiye 1960'lı yılların başından itibaren yurt dışına işgücü anlaşmaları çerçevesinde işçi göçü vermeye başlamış, ancak bu anlaşmalarda bireysel iş sözleşmelerine ilişkin hükümler yer almamıştır¹. Sonraki dönemlerde ise, Türk müteahhitlik sektörünün yurt dışı iş hacminin artması ile Türkiye'den

¹ Vahit Doğan, "Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tesbiti," içinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, ed. Vahit Doğan (Ankara: Yetkin, 2023), 47.

işçiler çalıştırılmak üzere götürülmeye başlanmıştır². Bu şekilde çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçiler için, Türkiye İş Kurumu'nun (İŞKUR) hazırladığı matbu iş sözleşmelerinin kullanılması zorunluluğu öngörülmüştür. Ayrıca işçi ve işveren tarafından imzalanan bu sözleşmelerin Kurumca onaylanması da gerekmektedir. Çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçilerin bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar sıklıkla Türk mahkemelerinin önüne gelmektedir. Yargı kararlarında önceleri bu uyuşmazlıklarda Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varılmış ise de³, bu kararlar öğretide işçinin mutad olarak işini yaptığı işyerinin hangi ülkede bulunduğuna bir değer verilmemesi ve kimi zaman 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴ (MÖHUK) hükümlerinin göz ardı edilmesi gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵. Yüksek Mahkeme'nin 2020 yılı sonlarına doğru yerleşik içtihadından dönmeye başlaması⁶ genel olarak olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmekte

² Sibel Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerine Uygulanacak Hukuk," *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 1 (2023): 375.

³ Y. 9. HD, E.2016/15095, K.2016/20715, 24.11.2016, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); Y. 9. HD, E.2016/22007, K.2016/19549, 08.11.2016, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); Y. 9. HD, E.2012/15508, K.2012/36421, 06.11.2012, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); İstanbul BAM 32. HD, E.2018/1057, K.2020/609, 11.06.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); Ankara BAM 7. HD, E.2019/2585, K.2020/1400, 30.6.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); Ankara BAM 7. HD, E.2019/2582, K.2020/1397, 30.6.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

⁴ RG, 04.12.2007, S. 26728.

⁵ Bakınız Ercan Akyiğit, "Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerinde Türk İşçisi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi," *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları*, INTES, Erişim tarihi: 20.02.2024, <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/intes-cak-ic.pdf>, 93; Cemal Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım* (Ankara: Adalet, 2016), 409, 415; Musa Aygül, "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilâfları İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi," içinde *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 7-8 Aralık 2017 Ankara, ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüştü Tunçağıl (Ankara: Adalet, 2018), 512; Rifat Erten, "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri," içinde *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan*, ed. Mehmet Özdamar et al. (Ankara: Yetkin, 2022), 223.

⁶ Bu yönde bakınız Y. 9. HD, E.2020/5617, K.2020/16556, 24.11.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); 9. HD, E.2022/3339, K.2022/3862, 22.03.2022, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); Y. 9. HD,

birlikte⁷, İŞKUR'un hazırladığı sözleşmelerdeki hukuk seçimi klozlarının genel işlem koşulları arasında yer almasına bağlı olarak öğretilen konu tartışmalı niteliğini sürdürmektedir⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadından dönmesine karşı Bölge Adliye Mahkemelerince direnme kararı verilmesi⁹ de konunun tartışmalı niteliğini göstermektedir. Sonuç olarak yurt dışına götürülen işçinin bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne götürülmüştür. Hukuk Genel Kurulunca 2023 yılında oy çokluğu ile verilen kararda, yabancı hukuk seçiminin geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁰. Ancak Hukuk Genel Kurulu

E.2021/13163, K.2022/1800, 15.2.2022, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

⁷ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2023), 361; Gaye Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık," *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14, no. 2 (2023): 63.

⁸ Bu konuda öğretilen değerlendirmeler konusunda bakınız ileride Başlık II, C.

⁹ Bu yönde örneğin bakınız Ankara BAM 7. HD, E.2020/3003, K.2021/410, 18.02.2021 (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.03.2024).

¹⁰ Y. HGK, E.2022/873, K.2023/424, 10.05.2023, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024). Söz konusu uyuşmazlık kısaca şu şekilde özetlenebilir: Yerel mahkeme, davacı işçinin merkezi Türkiye'de bulunan davalı şirket tarafından yurt dışındaki işyerinde çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa, daha sıkı ilişkili olduğu gerekçesiyle Türk Hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Kararın istinaf edilmesi üzerine, uyuşmazlık Bölge Adliye Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi de, Yargıtay'ın emsal kararları da dikkate alındığında Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi'nin bu kararına karşı davalı tarafça temyiz isteminde bulunulmuş ve uyuşmazlık 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir. 9. Hukuk Dairesi kararında öncelikle, davacı işçinin davalı nezdinde üç dönem fasıllı olarak çalıştığını, birinci ve üçüncü çalışma dönemlerine ilişkin olarak yurt dışı iş sözleşmelerinin düzenlendiğini ve anılan dönemler için tarafların iş sözleşmesi ile bir hukuk seçimi anlaşması yaptıklarının açık olduğunu tespit etmiştir. Yüksek Mahkemece verilen bu kararda dava konusu alacakların ait olduğu birinci ve üçüncü çalışma dönemleri hakkında Rusya ve Umman Hukuku'nun uygulanması gerektiği belirtilerek Bölge Adliye Mahkemesince verilen karar bozulmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi, 9. Hukuk Dairesi'nin kararına çeşitli gerekçelerle direnmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi'ne göre; Kurum tarafından hazırlanan sözleşmelerin bir kısım maddelerinde hukuk seçimine ilişkin hükümler bulunmakta ise de, işveren işçiyi çalışılan ülke mevzuatına tâbi olacağı ve çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmediğinden, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümler karşısında bu seçim geçerli kabul edilmemelidir. Direnme kararında, işçilerin Türkiye'de açtıkları

kararına yazılan kapsamlı karşı oy yazısı¹¹, Kurul'da da bu konuda önemli fikir ayrılıklarının bulunduğunu göstermektedir.

Çalışmamızda iş hukukunun kendine özgü özelliklerini dikkate almak ve aynı zamanda milletlerarası özel hukukunun prensiplerini göz ardı etmemek suretiyle İŞKUR tarafından yurt dışına götürülen işçiler için hazırlanan standart nitelikli iş sözleşmesinin (Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin) incelenmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda öncelikle iş sözleşmelerinin kendine özgü özelliklerine yer verilmiş ve MÖHUK m.27 çerçevesinde iş sözleşmelerine ilişkin özel kanunlar ihtilâfi kuralları üzerinde durulmuştur. Ardından İŞKUR tarafından hazırlanarak tarafların onayına sunulan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer alan hukuk seçiminin genel özellikleri ve hukuk seçiminin genel iş koşulları arasında düzenlenmesi incelenmiştir. Çalışmamızın son kısmında ise, Yurt Dışı Hizmet Akdi hükümlerinin, 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu

davalarda kamu düzeni yönünden Türk İş Hukukunun uygulanması gerektiği yönünde yerleşik içtihatlar bulunduğu da yer almıştır. Hukuk Genel Kurulu önüne taşınan uyuşmazlıkta özetle; yurt dışı iş sözleşmelerinin taraflarca imzalanıp Türkiye İş Kurumu tarafından onaylanması kanuni bir yükümlülük olmakla birlikte, işçilerin Türkiye İş Kurumunun internet sayfasında yer alan bu sözleşme hükümlerini öğrenebilme imkânları bulunduğu, 6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine gerekçe olamayacağına, yurt dışı iş sözleşmelerinde işverenin bilgi verme yükümlülüğüne yönelik maddelerin düzenleniş amacının çalışılan ülke mevzuatına aykırı işveren uygulamasının önüne geçmek olduğuna yer verilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca yapılan değerlendirmede; somut olayda taraflar arasında hukuk seçimi anlaşması yapıldığına dair iş sözleşmesinde hüküm bulunmayan ikinci dönem yönünden Türk Hukukunun, Rusya'da geçen birinci çalışma dönemi yönünden Rusya Hukukunun, Umman'da geçen üçüncü çalışma dönemi yönünden Umman Hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varılmış ve tarafların yaptıkları yabancı hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilmiştir.

¹¹ Söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararına yazılan karşı oy yazısında özetle; hukuk seçiminin iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği zayıf taraf olan işçiyi korumak amacıyla ve işçi lehine olmak kaydıyla sınırlı olarak tanındığı, işçinin tâbi olacağı hukuk ile hangi haklarından mahrum kalacağını bilmediği bir durumda bir seçim yaptığının kabul edilemeyeceği, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk kuralları saptanırken, iş hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin niteliğinin dikkate alınması gerektiği, söz konusu uyuşmazlıkta Türk İş Hukukunun doğrudan uygulanan kurallar olduğu yönünde değerlendirme yapılmıştır. Karşı oy yazısına göre; Özel Daire'nin istikrarlı içtihadından dönerek görüş değiştirmesi yerinde olmayıp direnme kararı isabet taşımaktadır.

kararı ışığında değerlendirilmesine ve uygulamada karşılaşılan sorunlara yeni bir bakış açısı getirilerek çözüm üretilmesine gayret edilmiştir.

I. İŞ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN ÖZEL KANUNLAR İHTİLÂFI KURALLARI

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere iş hukuku, iş ilişkilerinde daha güçsüz olan işçinin korunması amacı ile doğmuş bir hukuk dalıdır¹². İş ilişkisinde işçinin korunması düşüncesi subjektif bir tercih olmaktan ziyade, bir ihtiyaçtır ve bu ihtiyaç ilişkinin özünde yer alan bazı özelliklerden kaynaklanmaktadır¹³. Bu ilişkide işçi işverenine karşı ekonomik ve kişisel yönden bağımlılık içerisindedir ve bu bağımlılık aynı zamanda iş ilişkisini karakterize ederek onu diğer işgörme sözleşmelerinden ayıran unsur olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴. Gerçekten işçinin işverene bağımlı olduğunun kabulü, tarafların eşit konumda olduklarının kabul edildiği diğer özel hukuk sözleşmeleri ile bağdaşmayan bir özellik arz etmektedir¹⁵. İş hukukunu borçlar hukukundan ayıran özelliklerin başında, bu alanda sözleşme serbestisinin sosyal kamu düzeni kuralları ile sınırlandırılması gelmektedir¹⁶. İş ilişkilerine ilişkin mevzuatın emredici

¹² Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta, 2023), 2; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 2; Ömer Ekmekçi, Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha, 2023), 1; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Ankara: Lykeion, 2022), 12.

¹³ Süzek, *İş Hukuku*, 19; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 14.

¹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 179 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 235.

¹⁵ Süzek, *İş Hukuku*, 41; Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi* (İstanbul: Seçkin, 2022), 75.

¹⁶ Kübra Doğan Yenisey, “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış,” içinde *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, ed. Süleyman Başterzi (İstanbul: Beta, 2011), 33. İş hukuku öğretisinde de isabetle ifade edildiği üzere, işçi adayının işveren karşısındaki ekonomik zayıflığı nedeniyle sözleşmenin içeriğine çok fazla müdahil olamaması gerçeği ile istihdam ilişkilerinin sosyal politikalar ve kamu düzeniyle yakından ilişkisi, yasa koyucunun iş sözleşmesinin içeriğine müdahale etmesini meşrulaştırmaktadır, bu yönde bakınız Heper, *İşçinin İradesi*, 202. Bununla birlikte, iş hukukunda işçinin korunması ilkesine mutlak bir geçerlilik tanınmamış olup işçinin ekonomik ve sosyal durumunun düzeltilmesi çabalarının sınırsız bir biçimde genişletilemeyeceği de göz ardı edilmemesi gereken bir gerçektir, bakınız Süzek, *İş Hukuku*, 21.

hükümlerle donatılmasının sebebi de taraflarının eşit olmadıklarının varsayılmasıdır ve bu bakımdan iş sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran diğer sözleşmelerden daha farklı ele alınması gerektiği kabul edilmiştir¹⁷.

İş sözleşmeleri, yabancılık unsuru taşımadığı sürece devletler özel hukukunun ilgi alanına girmemektedir¹⁸. İş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığı durumlarda ise, sözleşmeye hangi hukukun uygulanması gerektiği sorunu ile¹⁹ karşılaşılmaktadır. Türk Hukukunda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu MÖHUK'ta düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığı durumlarda, hâkimin sözleşme ile bağlantılı olan ülke hukuklarından hangisinin uygulanacağı meselesini kendi kanunlar ihtilâfi kurallarına göre tespit etmesi²⁰ ve Türk hukukunun maddî hukuk kurallarını direkt olarak uygulamaması gerekmektedir²¹. Yabancılık unsurunun varlığı hâlinde, sadece millî unsurlar içeren uyumsuzlukların ele alınmasından farklı bir yöntemin izlenmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte²², özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası alanda işgücü hareketliliğinin başlamasıyla bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edilmesi gerektiği konusunda tartışmalar yaşanmıştır²³.

Günümüzde bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti konusunda, işçinin zayıf taraf olduğu kabul edilmiş ve tıpkı iç hukuktaki işçiyi koruyucu düzenlemelerde olduğu gibi, iş sözleşmelerine yönelik düzenlemelerin diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden daha farklı ele

¹⁷ Süzek, *İş Hukuku*, 2; Ayşe Ledün Akdeniz, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık* (İstanbul: On İki Levha, 2018), 34.

¹⁸ Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2021), 430.

¹⁹ Yabancılık unsuru içeren bir olay Mahkeme'nin önüne geldiğinde, hâkimin milletlerarası yetkisi bulunup bulunmadığını da incelemesi gerekmektedir (bakınız Erten, "Uygulanacak Hukuk," 221). Ancak milletlerarası yetki konusu çalışma konumuzun dışında kaldığından bu husus ayrıca ele alınmamıştır.

²⁰ Nuray Ekşi, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk," içinde *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan* (İstanbul: Beta, 1997), 117; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 430. MÖHUK m.2/1'de de hâkimin, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağına yer verilmiştir.

²¹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 358.

²² Erten, "Uygulanacak Hukuk," 220.

²³ Doğan, "Bireysel İş Sözleşmeleri," 50 vd.

alınması gerekliliği pozitif düzenlemelerde dikkate alınmıştır²⁴. Nitekim yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk konusu MÖHUK m.27’de özel bir hükümle düzenlenmiştir. MÖHUK m.24’te sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk genel olarak düzenlendikten sonra, iş sözleşmelerine ilişkin bu özel hükme yer verilmesi, tıpkı iş sözleşmelerinin Borçlar Kanunu’nda özel olarak ele alınmasına duyulan ihtiyaçta olduğu gibi, milletlerarası özel hukuk alanında iş sözleşmelerinin kendine özgü niteliğinin dikkate alındığını göstermektedir. Milletlerarası özel hukuk öğretisinde, kanun koyucunun yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda, işçinin ekonomik açıdan daha zayıf bulunduğu, sözleşme müzakerelerinde işverenle eşit şartlara sahip olmadığı ve hukuken korunması gerektiği düşüncelerinden hareket ettiği ifade edilmektedir²⁵.

Belirtelim ki, iş sözleşmelerinde hangi hâllerde yabancılık unsuru bulunduğu kabul edilebileceği yargı kararları ile belirginleşmiştir²⁶. Kanun’da yabancılık unsuru tanımlanmadığı gibi²⁷, bu unsur bir kişiye ya da belirli bir yere de bağlanmış değildir²⁸. Esasında öğretilerde de isabetle belirtildiği gibi, yabancılık unsurunun bulunduğu kabul edildiği hallerin sınırlı sayıda kabul edilmemesi, iş sözleşmeleri açısından somut durumun

²⁴ Doğan, “Bireysel İş Sözleşmeleri,” 48.

²⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 358; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: On İki Levha, 2023) 458.

²⁶ “...Yabancılık unsuru, bir hukukî işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde iş sözleşmesinde yabancılık unsurunun bulunduğu söz edilir...” Y. 9. HD, E.2021/6919, K.2021/13156, 28.09.2021 (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); Y. 9. HD, E.2020/5617, K.2020/16556, 24.11.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

²⁷ Erten’e göre Kanun’da yabancılık unsuruna ilişkin bir tanıma yer verilmemesi isabetli bir tercihtir, zira kanunî bir tanım aynı zamanda kanunî bir sınırlama anlamına gelmektedir. Oysa kavramın kapsamı gelişmelere bağlı olarak gelişebileceği gibi bazı durumlarda somut olayda farklı bir değerlendirme yapılması ihtiyacı duyulması da mümkündür, bakınız Erten, “Uygulanacak Hukuk,” 220.

²⁸ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 456.

özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmasını sağladığından yerinde bir tercihtir²⁹. Sonuç olarak yabancılık unsuru taşıyan bir iş sözleşmesinin; belirli süreli yapılabileceği, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işçinin talep edebileceği tazminat, fazla çalışma, yıllık izin, işverence yapılan ödemelerin niteliği ve zamanaşımı gibi konuların MÖHUK m.27'ye göre tayin edilmesi gerekmektedir³⁰. Bununla birlikte, çalışmamızda ayrıca yer verildiği üzere³¹, uygulanacak hukukun ortaya çıkardığı sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, ilgili hüküm yerine gerekli görülen hâllerde Türk hukukunun uygulanması gerekmektedir (MÖHUK m.5).

B. MÖHUK m.27 Uyarınca Uygulanacak Hukuk

1. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmiş Olması

Günümüzdeki hukuk sistemlerinde yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraf iradelerine üstünlük tanınmış ise de, sosyal içerikli sözleşmeler bakımından bazı farklılıklar yaratılmıştır³². MÖHUK m.27/1'de iş sözleşmelerinin, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olduğu öngörülmüş, ancak işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma da saklı tutulmuştur. Hükümden de anlaşıldığı üzere, uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi mümkündür ancak mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri esas alınmak suretiyle asgarî bir koruma sınırı belirlenmiştir. Bu şekilde asgarî bir koruma sağlanarak işçi daha elverişsiz haklar tanıyan bir hukukun seçilmesinin olumsuz sonuçlarından³³, bilmediği ve hesaplamadığı bir hukuk ile karşılaşması ihtimalinden korunabilmektedir³⁴. Yüksek Mahkeme kararlarında da, iş sözleşmesi konusunda hukuk seçimi imkânının iş sözleşmelerinin niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmış

²⁹ Erten, "Uygulanacak Hukuk," 222.

³⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 367.

³¹ Bakınız ileride Başlık I, B, 3.

³² Doğan, "Bireysel İş Sözleşmeleri," 49-50, 54-6. Bu konuda ayrıca bakınız Vahit Doğan, "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 15, no.1-2 (1995): 21-42.

³³ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2021), 349; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 362; Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara: Adalet, 2012), 92.

³⁴ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 349.

olduğunun altı çizilmektedir^{35,36}. Gerçekten iş sözleşmesiyle bağlantılı olmayan bir hukuk seçiminde bulunulmasının mümkün olması³⁷ karşısında, bu şekilde mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri ile asgarî koruma sağlanmasının önemi daha iyi anlaşılabilir. Bu noktada mutad işyeri hukukunun mu yoksa taraflarca seçilen hukukun mu işçiye daha fazla koruma sağladığının ne şekilde tespit edilmesi gerektiği sorunu ile de karşılaşılabılır³⁸. Bir görüşe göre, korumanın hangi hukukta işçinin daha menfaatine olduğu her iki hukuka ait kanun hükümlerinin genel mukayesesi ile değil, uyumsuzluğa uygulanacak kanun hükümlerinin münferit olarak değerlendirilmesiyle belirlenmelidir³⁹. Aksi yönde bir görüşe göre ise, tek tek her hükmün karşılaştırılması yoluna gidilerek bir karşılaştırma yapılması işçi için en

³⁵ “...Maddede mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgarî koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir. Böylece seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukunun işçiyi sağladığı korumadan daha az koruma sağlaması hâlinde, hukuk seçimi nazara alınmayacaktır...” Y. 22. HD, E.2016/9339, K.2019/16564, 18.09.2019, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

³⁶ Bu hususa Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu’nda da yer verilmiştir: “*Borç sözleşmeleri alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak, bireysel iş sözleşmeleri konusunda da hukuk seçimi imkânı kabul edilmiş ve bağlama kuralı düzenlenirken ilk sırayı almıştır. Hukuk seçimi, iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır. Çünkü taraflarca hukuk seçimi yapılırsa bile, objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukukun işçiyi koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi hâlinde, seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Tasarının 26 ncı maddesinde, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgarî koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir.*” (https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm, Erişim tarihi: 20.02.2024).

³⁷ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 435; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 333; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 460; Elçin, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 82; Baycık, “Yurt Dışı Hizmet Akdi,” 57; Cemile Demir Gökyayla ve Çiğdem Soysal Tetikol, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Uyuşmazlıklarında Kamu Düzeni,” içinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, ed. Vahit Doğan (Ankara: Yetkin, 2023), 210. Aynı yönde bakınız Y. 9. HD, E.2020/5617, K.2020/16556, 24.11.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

³⁸ Taraflarca seçilen hukukun işçinin lehine olup olmadığının tespiti konusunda bakınız Vahit Doğan, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1-2 (2007): 153-58; Doğan, “Bireysel İş Sözleşmeleri,” 65-8.

³⁹ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 350.

elverişli yol ise de, böyle bir yol izlenecek olursa, sonunda hiçbir ülkede uygulanma kabiliyetini haiz olmayan bir hukuk düzeni yaratılmış olacağı gibi bu durumun işvereni cezalandırıcı bir yönü de olacaktır. Bu nedenle bir dengenin kurulabilmesi için, mutad işyeri hukuku ile seçilen hukuk arasında yararlılık karşılaştırılması, davada tatbik edilecek hüküm ile bağlantılı hükümler bir grup olarak dikkate alınarak yapılmalıdır⁴⁰.

Hiç şüphesiz, tarafların objektif bağlama kuralının yetkili kıldığı hukuku seçebilmeleri önünde de bir engel bulunmamaktadır⁴¹. Objektif bağlama kuralının zaten mutad işyeri hukukunu yetkili kıldığı bir durumda, taraflarca mutad işyeri hukukunun seçilmesinin ne gibi bir işlev taşıyacağı sorusu akla gelebilecekse de; hâkim bir hukuk seçiminin varlığı hâlinde MÖHUK m.27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili hukuku uygulayamayacaktır⁴².

2. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmemiş Olması

Yabancılık unsuru taşıyan bir iş sözleşmesinde hukuk seçimi yapılması mümkün olmakla birlikte, taraflar uygulanacak hukuku seçmemiş de olabilir. Böyle bir durumda, uygulanacak hukukun MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kurallarına göre belirlenmesi gerekmektedir. Tarafların uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapmamaları hâlinde, ilk olarak işçinin işini mutaden yaptığı bir yer olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir. MÖHUK m.27/2'de yer verilen objektif bağlama kuralına göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku (*lex loci laboris*) uygulanmalıdır⁴³. Mutad işyerinin belirlenebilmesi için, işçinin işini ağırlıklı olarak (nicelik, nitelik ve süre olarak) hangi ülkede yerine getirdiğine bakılması gerekmektedir⁴⁴. Mutad

⁴⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 362.

⁴¹ Rifat Erten, "İŞKUR Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdinin Değerlendirilmesi," içinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, ed. Vahit Doğan (Ankara: Yetkin, 2023), 108.

⁴² Erten, "Yurt Dışı Hizmet Akdi," 108; Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 381-82.

⁴³ MÖHUK m. 27/2'de, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağına da yer verilmiştir.

⁴⁴ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 363. Yüksek Mahkeme'de 2019 tarihli bir kararında mutad işyerinin tespitinde önem verilen kriterlere yer vermiştir: "...Somut olayda olduğu gibi işin birden fazla ülkede ifa edilmesi durumunda, gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları gerekse de doktrin görüşleriyle mutad işyeri tespiti bakımından birtakım kriterler geliştirilmiştir. Buna

işyeri belirlenirken, iş sözleşmelerinin kendine özgü özellikler taşıyan farklı türleri bulunabileceğinden, sınırlayıcı olmayacak şekilde birden fazla ölçütten (düzenli olarak fiilen çalışılan işyeri, tarafların iradesi, işin ağırlık merkezinin bulunduğu işyeri, işin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa edildiği işyeri gibi) yararlanılmaktadır⁴⁵.

İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp birden fazla ülkede yapması ihtimali ise, MÖHUK m.27/3'te yer verilen objektif bağlama kuralında düzenlenmiştir. Böyle bir durumda iş sözleşmesine uygulanacak hukuk, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte işçinin yurt dışı işinde istihdam edilmesi yahut birden çok yabancı ülkede birbirini takip eden farklı projelerde çalıştırılmış olması durumu, MÖHUK m.27/3 anlamında işin devamlı olarak birden fazla ülkede yapılması anlamına gelmemektedir⁴⁶. İşin devamlı olarak birden fazla ülkede yapılması durumu daha farklı ülkelerde faaliyette bulunan müzik ve gösteri toplulukları veya milletlerarası deniz, hava ya da karayolu araçları bakımından söz konusu olabilmektedir⁴⁷.

göre işçinin işini ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer gibi kriterler mutad işyeri tespitinde önem taşımaktadır (ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2018, s.292; EKŞİ, Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 116-148.)..." Bakınız 22. HD, E.2016/9339, K.2019/16564, 18.09.2019, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024); Y. 9. HD, E.2020/5617, K.2020/16556, 24.11.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024). Hukuk Genel Kurulu'nun 2023 tarihli kararında mutad işyerinin "sözleşme süresinin tamamında belirlenen tüm koşullar dikkate alınmalı, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün hâlinde nerede ifa edildiği..." hususları dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğine yer verilmiştir. Bakınız Y. HGK, E.2022/873, K.2023/424, 10.05.2023, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

⁴⁵ Erten, "Uygulanacak Hukuk," 236.

⁴⁶ Şanlı, *Hukuki Mütalaalar*, 411.

⁴⁷ Bu faaliyetlerde işverenin esas işyerinin bulunmaması nedeni ile işverenin esas işyerinin tespit edilememesi hâlinde, artık bir zorunluluk olarak en sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir, bakınız bu yönde Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 348.

Son olarak MÖHUK m.27/4’de yer verilen objektif bağlama kuralı uyarınca, hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, iş sözleşmesine MÖHUK m.27/2 ve m.27/3’teki objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukuk yerine, bu daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilecektir. MÖHUK m.27/4’te yer verilen istisna kuralı sayesinde, somut olayda objektif bağlama kuralı ile ulaşılamayan devletler özel hukuku hakkaniyetinin sağlanabilmesi mümkün hale gelmektedir⁴⁸. Tabii bu kuralın hangi hâllerde uygulama alanı bulabileceği de ortaya konulmalıdır. Bu konudaki yargı kararları incelendiğinde, daha sıkı ilişkili hukukun tespiti konusunda birden fazla ölçütten yararlanıldığı görülmektedir⁴⁹.

⁴⁸ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 438.

⁴⁹ Yüksek Mahkeme yabancı bayraklı bir gemi çalışmanı ile işvereni arasındaki alacak davasında, iş sözleşmesine uygulanacak hukuk konusundaki uyuşmazlığın çözümünde daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi bakımından dikkate alınacak ölçütleri şu şekilde sıralamıştır: “...Dosya kapsamına göre, gemi yabancı bayraklı gemi mahiyetinde olup taraflar arasındaki iş sözleşmesinde, kış mevsiminde yatın ... Marina’da bağlı olacağı belirtilmiş olup; dinlenen davacı tanık beyanlarına göre de, kışın yatın ... Marinaya çekilerek bakım ve onarımının yapıldığı, yazın ise seyrüseferde olduğu anlaşılmakta ise de kış sezonu olarak tabir edilen sürenin ne kadar olduğu ve yatın yazın nerede çoğunlukla bulunduğu hususunda açıklık yoktur. Davacı tarafından da dava dilekçesinin ekine ... Yat Marin Turizm San. ve Tic. A.Ş. ile davacı arasında farklı tarihlerde imzalanmış konaklama ruhsatına ilişkin sözleşmelerin sunulduğu, sözleşmelerin yabancı dilde olduğu; ayrıca yabancı dilde imzalanmış yat kiralama sözleşmelerinin de dosyada olduğu, ancak yata ait seferlerin yönetildiği yer konusunun netliğe kavuşturulmadığı da görülmektedir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu 946. maddeye göre, “Bir geminin bağlama limanı o gemiye ait seferlerin yönetildiği yerdir” düzenlenmesini içermekte olup; bağlama limanının tespiti de mutad işyerinin tespiti bakımından önemlidir. Yatın faaliyetleri sırasında seferlerinin nereden organize edildiği, taşıma işinin gerçekleştiği, seyrüsefer sırasında yatın devamlı döndüğü bir limanın olup olmadığı, yatın yolcularını hangi ülkeden aldığı ve tekrar hangi limanda yolcularını indirdiği gibi hususların da mahkemece netliğe kavuşturulmadığı görülmektedir. Bunun yanı sıra davacının sosyal güvenlik primlerinin ve vergilerinin ödendiği ülke de mutad işyeri tespitinde dikkate alınabilecek olup; dosyada yalnızca davacının gerek ... şubesi gerekse de Yapıkredi Bankası ... şubesinde banka hesaplarının bulunduğu, ödenen paraların ise Euro cinsinden olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, yukarıdaki açıklamalar dikkate alınmak ve yeniden taraflar dinlenmek suretiyle, elde edilecek deliller ve tüm dosya kapsamına göre “işçinin işini mutad olarak yaptığı yer” yahut “iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukuk”un mevcut olup olmadığı araştırılmalı, sonucuna göre 5718 sayılı Kanununun 27. maddesi göz önünde bulundurulmak suretiyle taraflar arasındaki iş sözleşmesine uygulanacak hukukun

Önemle belirtelim ki, taraflarca hukuk seçiminin yapılması hâlinde MÖHUK m.27/4'te düzenlenen daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının uygulanabilmesi mümkün değildir⁵⁰. Ayrıca MÖHUK m. 27/4'te daha sıkı ilişkili hukukun *uygulanabileceği* ifadesine yer verildiğinden, bu hukukun uygulanmasının zorunlu tutulmadığı sonucuna varılmalıdır. Hâkime daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması konusunda bir takdir hakkı tanınmış olup⁵¹ hâkim bu takdir hakkını işçinin menfaatine olacak hukuku seçerek kullanmalıdır⁵².

tespit edilmesi gerekirken eksik değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Bakınız 22. HD, E.2016/9339, K.2019/16564, 18.09.2019, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024). Daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütlere Hukuk Genel Kurulu'nun 2023 tarihli kararında da yer verilmiştir: "...Sonuç olarak Kanun'un 27 nci maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması ancak işçinin menfaatine ise olanaklıdır. Örneğin işçinin sosyal çevresinin Türkiye'de bulunması, Türkiye'nin sosyal güvence sistemi içinde yer alması, ücretinin Türkiye'de ve Türk Lirası üzerinden ödenmesi, işverenin Türk olması, iş sözleşmesinin Türk Hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmesi, Türk Hukukuna tâbi daha önceki bir iş sözleşmesine gönderme yapılması, iş sözleşmesinin Türkçe kaleme alınması gibi unsurların tamamının ya da önemli bir bölümünün varlığı hâlinde iş sözleşmesinin Türk Hukuku ile sıkı ilişki içinde olduğu sonucuna varılabilir (Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, Birinci Baskı, 2012, s. 152)...". Y. HGK, E.2022/873, K.2023/424, 10.05.2023, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

⁵⁰ Nitekim MÖHUK m.27/4'te, tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri ihtimalini düzenleyen MÖHUK m.27/1 hükmü zikredilmemiş, yalnızca hukuk seçiminin yapılmaması hâlinde başvuru objektif bağlama kuralının m.27/2 ve m.27/3 uyarınca gösterdiği hukuk yerine daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği öngörülmüştür.

⁵¹ Doğan, "İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti," 163.

⁵² Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 353; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 438; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 365; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 468; Elçin, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 146; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2022), 431; Erten, "Uygulanacak Hukuk," 237. *Giray'a göre*, daha sıkı ilişkili hukukun işçinin lehine veya aleyhine düzenlemeler getirmesi zamanaşımı açısından önem taşımamaktadır, zira Türk hukukunun işçi hakları bakımından gözettiği asgarî standartlar kamu düzeni istisnası ile muhafaza edilmektedir, bu yönde bakınız Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı*, (İstanbul: Beta, 2020) 122-23.

3. Yabancı Hukuk Uygulamasına Olası Bir Müdahale: Türk Kamu Düzeni

Yabancı hukukun uygulanmasının sınırını, bu hukukun uygulanmasından doğan hukukî sonuçların Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması oluşturmaktadır⁵³. Bu nedenle iş sözleşmesine uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması hâlinde, MÖHUK m.5'te düzenlenen kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceğini de dikkate almak gerekir⁵⁴. Milletlerarası özel hukuk öğretisinde kamu düzeni kavramının tanımlanmasının güç olduğu ifade edilmekte ve bir tarif vermek yerine kavramın bazı özellikleri üzerinde durulmaktadır⁵⁵. Öncelikle milletlerarası

⁵³ Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara: Yetkin, 2021), 106.

⁵⁴ Çalışmamızda doğrudan uygulanan kurallara ayrıca yer verilmemiş, yalnızca Yurt Dışı Hizmet Akdi hükümleri çerçevesinde uygulanacak hukukun yabancı hukuku göstermesi hâlinde bu hukuka Türk kamu düzeni müdahalesinde bulunulabilmesi ihtimali değerlendirilmiştir. Öğretide ifade edildiği üzere, bir hukuk normu veya kuralı, devletin malî, siyasî, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek üzere çıkarılmış ise, doğrudan uygulanan kural niteliği taşımaktadır ve bu kurallarla düzenlenen alanlarda işlem veya ihtilâfin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir, Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 12. Ekonomik ve sosyal politikaları gereği kurallar koyan devletin, genellikle kendi ülkesindeki iş ilişkileri bakımından bir standart getirdiği ve bu kurallar vasıtasıyla iş barışını korurken esas itibarıyla kendi organizasyonunu ve kendi çıkarlarını koruduğu belirtilmektedir, bakınız Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 366. Özel'e göre, Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde mutad işyeri yurt dışında olduğu için Türk doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m.6 uyarınca uygulama alanına sahip değildir ve bu nedenle bu sözleşmeler bakımından Türk hukukundaki hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edileceği tartışmasının bir önemi bulunmamaktadır, Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 397, 405. Bununla birlikte, lex causae Türk hukuku ise, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacaktır, bu yönde bakınız Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 398. Ayrıca yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde for devletin doğrudan uygulanan kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız Belkıs Vural Çelenk, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti Ve Uygulanması," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* no. 1 (2017): 277-96.

⁵⁵ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 141. Ayrıca ekleyelim ki, milletlerarası özel hukuk öğretisinde kamu düzeni kuralları ile doğrudan uygulanan kuralların kimi zaman birbirine karıştırılabildiğine de dikkat çekilmektedir. Öğretide kamu düzeni uygulaması ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki fark şu şekilde izah edilmektedir: Kamu düzeni uygulaması, yabancı hukukun uygulanması sonucunda ortaya çıkan somut sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi hâlinde söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda hâkim gerekli görürse yabancı hukukun

özel hukukta yabancı hukukun uygulanmasını engelleyecek kamu düzeni kavramının, iç hukuktaki kamu düzeni kavramından farklı olduğu, kanunlar ihtilâfı hukukundaki kamu düzeni anlayışının iç hukuktaki kamu düzeni anlayışından daha dar kapsamlı olduğu belirtilmelidir⁵⁶. Öğretide kamu düzeni müdahalesinin istisnaî nitelikte olduğu, yabancı kanunun olaya uygulanmasının doğurduğu sonuçların Türk kamu düzeni ile açıkça bağdaşmadığının tespiti hâlinde söz konusu yabancı hukukun uygulanmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷. Şüphesiz bu müdahale sadece taraflarca seçilen hukukun uygulanmasında ortaya çıkan sonuç nedeni ile değil, objektif bağlama kuralına göre tayin edilen hukukun uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkan sonuç nedeniyle de söz konusu olabilecektir. Öte yandan MÖHUK m.5'te kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olması gerektiğine de yer verilerek, Türk maddi hukukuna aykırı olan her hükme kamu düzeni gerekçesi ile müdahale edilmesi engellenmek istenilmiştir⁵⁸. Bu anlamda kamu düzenini rencide eden her olayda değil, milletlerarası özel hukuk anlayışına göre açıkça bir aykırılık hâlinde kamu düzeni dikkate alınmalıdır⁵⁹. Her ne kadar Türk kamu düzeni müdahalesi için uyumsuzluğun Türkiye ile irtibatlı olması gerekiyor ise de⁶⁰, salt yabancı hukukun Türk

hükümlerini uygulamayıp Türk hukukunu uygulamaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların uygulanması ise; kanunlar ihtilâfı kurallarına dahi bakmaksızın, ihtilaf yabancılık unsuru içerse de içermese hâkim tarafından uygulanması gereken kurallardır, bu yönde bakınız Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 160-61.

⁵⁶ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 141; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 125; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 106-107; 2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için yabancı hukukun uygulanmasının "...*Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine...*" aykırı bir sonucu meydana getirmesi gerektiğine yer verilmiştir Y. İBBGK, E.2010/1, K.2012/1, 10.02.2012, (RG, 20.09.2012, S. 28417).

⁵⁷ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 147-48; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 108; Şanlı, *Hukuki Mütalaalar*, 416.

⁵⁸ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 147.

⁵⁹ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 149.

⁶⁰ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 45; Demir Gökyayla ve Soysal Tetikol, "Kamu Düzeni," 218.

hukukundan farklı olması tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir⁶¹. Yüksek Mahkeme'ye göre de, emredici hükmü ihlâl eden her durum ya da yabancı hukukun işçiye Türk hukukundan daha az koruma getirmesi tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir sebep olarak görülemez⁶². Ayrıca öğretide, olay ve ilişkinin Türkiye ile olan bağlantısının artmasının, kamu düzeninin etkisinin de daha fazla olmasına yol açacağına dikkat çekilmiştir⁶³.

Bu noktada yabancılık unsuru içeren iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacakları bakımından üzerinde özel olarak durulması gereken bir konu da, uygulanacak hukukun yabancı hukuk olarak belirlendiği hâllerde, bu hukuktaki zamanaşımı süresine bir kamu düzeni müdahalesinde bulunup bulunulamayacağıdır. MÖHUK'un 8. maddesinde zamanaşımının, hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbi olacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir iş sözleşmesinde MÖHUK m.27/1 çerçevesinde seçilen hukuk yabancı hukuk ise, zamanaşımı süresinin de bu seçilen yabancı hukuka uygun olması gerekir. Taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunmadığında da, zamanaşımı süresinin yine MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuka göre belirlenmesi gerekir ve bu ihtimalde de uygulanacak hukukun yabancı hukuk olabilmesi mümkündür. Milletlerarası özel hukuk öğretisinde, yabancı hukukta öngörülen zamanaşımı süresinin Türk hukukundakinden farklı olmasının Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceği belirtilmektedir⁶⁴. Hiç şüphesiz istisnâî

⁶¹ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 149-150; Doğa Elçin, "Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Zamanaşımı," içinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, ed. Vahit Doğan (Ankara: Yetkin, 2023), 197; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 124; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Beste Gemici Filiz, "Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi," içinde *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no 1 (2016): 615.

⁶² "...Örneğin, ihbar ve kadem tazminatı ile yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümler iç hukukumuz bakımından emredici nitelikte olmakla birlikte, bunlara dair yabancı hukukun farklı düzenlenmeleri, sırf farklılıkları nedeniyle somut uyuşmazlıkta ortaya çıkan durum değerlendirilmeden MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine neden olmaz..." 9. HD, E.2020/5617, K.2020/16556, 24.11.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

⁶³ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 108; Demir Gökyayla ve Soysal Tetikol, "Kamu Düzeni," 218.

⁶⁴ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 122.

nitelikteki kamu düzeni müdahalesinin uygulamaya geçirilebilmesi için, yabancı hukukun uygulanmasının forum ülkesinde (uyuşmazlığı gören mahkemenin bulunduğu ülkede) ahlakî ve hukukî bilinci temelden sarsması ya da temel menfaatlerini ihlal etmesi gibi bir durum söz konusu olmalıdır⁶⁵. Bu anlamda yabancı hukukta hiç zamanaşımı süresinin öngörülmemesi ya da aşırı uzun zamanaşımı öngörülmesinin Türk kamu düzeni engeline takılabileceği de ifade edilmektedir⁶⁶. Zira zamanaşımı kurumu, hukuk güvenliği ve kamu yararı amaçlarına hizmet eden bir kurumdur⁶⁷.

Belirtelim ki milletlerarası özel hukuk öğretisinde işçilik alacakları bakımından yapılan bir değerlendirmede, örneğin ücret alacakları veya yıllık izin ücreti için öngörülen zamanaşımı süresinin Türk hukukunda olduğundan daha uzun olarak belirlenmiş olmasının işçinin daha lehine bir durum olması nedeni ile kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceği görüşü de ileri sürülmüştür⁶⁸. Bununla birlikte örneğin ücret alacakları için Türk hukukundaki beş yıllık zamanaşımı süresine nazaran çok daha kısa bir zamanaşımı süresi öngören yabancı hukuk düzenlemesinin, Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir⁶⁹.

II. YURT DIŞI HİZMET AKDİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Türk müteahhitlik sektörünün yurt dışı iş hacminin artması ile Türkiye’den yurt dışına işçi götürülmeye başlanmış ve yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da artış gerçekleşmiştir⁷⁰. İŞKUR aracılığı ile çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçiler için matbu bir sözleşmesi hazırlanmıştır. “Yurt Dışı Hizmet Akdi”

⁶⁵ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 121.

⁶⁶ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 122.

⁶⁷ Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, (İstanbul: On İki Levha, 2010), 9; Hilal Akmaral Keskin, *İş Hukukunda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre*, (İstanbul: On İki Levha, 2020), 9. Huzurlu bir toplum için getirilen bu kurallar ile hak sahibinin hakkının üzerinde uyumaması amaçlandığından makul sürelerle yer verildiği, yabancı hukuktaki çok uzun ya da çok kısa zamanaşımı süresinin kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği görüşünde bakınız Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 125.

⁶⁸ Giray, *Zamanaşımı*, 123.

⁶⁹ Giray, *Zamanaşımı*, 123.

⁷⁰ Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitleri,” 375.

ismini taşıyan bu sözleşmeler ile yurt dışına götürülen işçinin işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması nedeniyle, yabancılık unsurunun bulunduğu açıktır⁷¹. Öğretide iş sözleşmesinde yabancılık unsuru bulunması durumunda ilk olarak sözleşmenin hükümlerinin incelenmesi gerektiği, hangi devletin hukukunun uygulanacağını sözleşme hükümleri ile tespit edilememesi hâlinde ise bu belirlemenin MÖHUK m.27’de öngörülen bağlama kurallarına göre yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷².

Çalışmamızın bu bölümünde, İŞKUR tarafından hazırlanan matbu sözleşmeler kullanılarak Türkiye’den çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçilerin bireysel iş sözleşmesi olan Yurt Dışı Hizmet Akdi incelenecektir. Ancak İŞKUR’un belirli ülkeler için (Katar, Libya, İsrail, Almanya gibi⁷³) özel olarak hazırladığı bireysel iş sözleşmeleri bulunduğu da belirtilmelidir. Bu sözleşmeler arasında uygulanacak hukuk seçimi konusunda da farklılıklar olabildiğinden, uygulanacak hukuk araştırılırken öncelikle işçinin götürüldüğü ülke için hazırlanmış özel bir iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığının da dikkate alınması gerekir. Çalışmamızda bu belirli ülkeler için hazırlanan iş sözleşmelerinin değil, uygulamada daha sıklıkla karşılaşılan “Yurt Dışı Hizmet Akdi”nin genel özellikleri üzerinde durulacaktır.

B. Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde Yer Verilen Hukuk Seçimine Genel Bir Bakış

İŞKUR aracılığıyla yurt dışına çalışmak üzere götürülen işçiler için hazırlanan ve Kurumun internet sayfası üzerinden de⁷⁴ ulaşılabilen Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin taraflarca imzalanmasının ve imzalanan nüshanın Kurum

⁷¹ Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitleri,” 385.

⁷² Şanlı, *Hukuki Mütalaalar*, 413.

⁷³ Bu sözleşme örneklerine Kurum’un internet sayfası üzerinden (<https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam>, (Erişim tarihi: 20.02.2024)) ulaşılabilmesi mümkündür.

⁷⁴ Bakınız <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam/>, (Erişim tarihi: 20.02.2024).

tarafından onaylanmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür^{75,76}. Bu şekilde götürülen işçilerle yapılacak sözleşmelerde Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin kullanılması bir zorunluluk olup buna uyulmaması hâlinde para cezası yaptırımını öngörülmüştür (Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği m.10).

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde hukuk seçimi klozu içeren birden fazla madde bulunmaktadır. Bu maddeler; “Sözleşmenin Süresi ve Sona Erdirilmesi” başlıklı m.5, “Çalışma Süresi ve Fazla Çalışma” başlıklı m. 8, “Hafta Tatili ve Genel Tatiller” başlıklı m.9, “Yıllık Ücretli İzin” başlıklı m.10 ve “Anlaşmazlık Halinde Uygulanacak Mevzuat ve Yetkili Makamlar” başlıklı m.16 olarak sıralanabilir. Taraflar arasındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın bir şart/kloz/kayıt olarak da tayin edilmesi mümkün ise de⁷⁷, öğretide Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin hukuk seçimine ilişkin hükümlerinin başarılı bir şekilde kaleme alınmadığı ifade edilmektedir⁷⁸. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin maddelerinde benimsenen ifade tarzı yorum ihtiyacı

⁷⁵ Bakınız Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği m. 4/1 ve m. 8/1. RG, 16.02.2008, S. 26789. Söz konusu Yönetmelik ilk yayımlandığında “Türkiye İş Kurumu Yurtdışında İşe Yerleştirme Hizmetine Dair Yönetmelik” adını taşımakta idi. Yönetmelik’in adı 11.03.2015 tarihli ve 29292 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Türkiye İş Kurumu Yurtdışında İşe Yerleştirme Hizmetine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile değişikliğe uğramıştır. Ayrıca ekleyelim ki, söz konusu Yönetmelik’in dayandığı Kanunu’nun adı da zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. İlk yayımlandığında (RG, 05.07.2003, S. 25159) “Türkiye İş Kurumu Kanunu” ismini taşıyan bu Kanun’un adı daha sonra 703 sayılı KHK (RG, 09.07.2018, S. 30473, 3. Mükerrer) m.74/1(a) ile “Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.

⁷⁶ Sözleşme’nin bir nüshasının Kurum yetkilisi tarafından onaylanacağına ilişkin esasa Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin son maddesinde de yer verilmiştir “Sözleşmenin Düzenlenmesi ve Saklanması” kenar başlıklı Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 18. maddesi şu şekildedir: “18 maddeden ibaret bu iş sözleşmesi, işçi ile işveren veya vekili arasında; bir nüshası işçiye, bir nüshası işverene verilmek ve bir nüshası da Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğündeki/Hizmet Merkezindeki dosyasında saklanmak üzere 3 nüsha düzenlenerek, taraflarca hariçte imzalanmış ve Kurum yetkilisi tarafından onaylanmıştır.”.

⁷⁷ Erten, “Uygulanacak Hukuk,” 242. Hukuk seçimi anlaşmasının şekli, meydana gelmesi ve geçerliliği hakkında uygulanacak hukukun tespiti de önem taşımakla birlikte Yurt Dışı Hizmet Akdi bakımından yapılacak değerlendirmede, bu Sözleşme’de yer alan hukuk seçimi anlaşmasının (sözleşmenin Türkiye’de imzalanması sebebiyle) Türk hukuku veya iş akdinin esasına uygulanacak hukuktan birine göre şeklen geçerli olması yeterlidir, bakınız Erten, “Uygulanacak Hukuk,” 242.

⁷⁸ Erten, “Uygulanacak Hukuk,” 245.

doğurarak uygulayıcının işini zorlaştırmasına rağmen, ifade tarzının anlaşılmasındaki güçlük, hukuk seçimi anlaşmasının etkisini de ortadan kaldırmamaktadır⁷⁹.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde “*Sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması hâlinde Türk mevzuatı uygulanacaktır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün kaleme alınış biçimi, bu iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak tek bir hukukun tayin edilmediğini göstermektedir. Gerçekten hukuk seçimine ilişkin bu klozda, seçimin içeriği, sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğu hususlara özgülenmiştir. Bu anlamda Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinin yanılıcı olabilecek kenar başlığının (“*Anlaşmazlık Halinde Uygulanacak Mevzuat ve Yetkili Makamlar*”) aksine, İŞKUR'un belirli ülkelere götürülecek işçiler için hazırladığı iş sözleşmesinden farklı olarak, sözleşmeden doğabilecek tüm uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak tek bir hukuku gösteren bir seçim yapılmamıştır. Buna karşılık, örneğin “Katar'da Çalışacak Türk İşçileri ile Yabancı İşveren Arasında Geçerli İş Sözleşmesi⁸⁰” başlığını taşıyan bireysel iş sözleşmesinin 18. maddesinde “*İşveren ile işçi arasında ister bu iş sözleşmesinde isterse bu sözleşmede belirtilmeyen iş ilişkilerinden doğan ihtilaflarda “işveren” ile birlikte “işveren vekili” de sorumludur. İhtilaf durumunda Katar mevzuatı geçerlidir.*” hükmüne yer verildiği görülmektedir⁸¹. Yine “İsrail İş Sözleşmesi⁸²” başlıklı bireysel iş sözleşmesinin 16. maddesinde “*Bu iş sözleşmesinde yer almayan hususlarla ilgili doğabilecek anlaşmazlıklarda Türk iş mevzuatı uygulanır. İşveren ile işçi arasında iş ilişkisinden doğan ihtilafların giderilmesinde, işverenin*

⁷⁹ Erten, “Uygulanacak Hukuk,” 245.

⁸⁰ <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam/> (Erişim tarihi: 20.02.2024).

⁸¹ Yine bu Sözleşme'nin “*İşin Sona Ermesi, Feshedilmesi, Yeni Sözleşme İmzalanması, İşyeri Değiştirilmesi*” kenar başlıklı 16. maddesinde: “*İşin sona ermesi, tek taraflı veya karşılıklı olarak feshedilmesi, yahut sona erdirilmesi, tazminat ödenmesi, yeni bir işe girme, işyeri değiştirilmesi, yeni iş sözleşmesi imzalanması vb. gibi bu sözleşmede yer almayan diğer çalışma ve sosyal güvenlik konularında Katar mevzuatı geçerlidir.*” hükmüne yer verilmesi de bu sözleşmede şartlı bir hukuk seçimi bulunmadığını, ayrıca yabancı hukuk seçiminin de sözleşmede yer verilen belirli konulara özgülenmediğini göstermektedir.

⁸² <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam/> (Erişim tarihi: 20.02.2024).

Türkiye’deki yasal yerleşim yerinin bulunduğu şehrin mahkemeleri ile icra daireleri yetkilidir.” hükmüne yer verilmiştir. Dikkat edileceği üzere, bu anılan sözleşmelerdeki hukuk seçimi klozu “sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğu hususlara” özgülenmiş değildir. Bu gerekçelerle, Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 16. maddesinin değişik ifade tarzının⁸³, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan işçilerin bazı haklarının korunmasına elverişli bir şekilde yorumlanabileceği kanaatindeyiz. Bu görüşümüzü Türk hukukunda işçinin en önemli alacak kalemlerinden olan kıdem tazminatı örneği üzerinden izah edebiliriz: Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde Türk hukukunda işçinin en önemli alacak kalemlerinden olan kıdem tazminatı bakımından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde (İŞKUR’un belirli ülkeler için hazırladığı iş sözleşmesi örneklerinden farklı olarak) tek bir hukuk seçimi klozu da bulunmamaktadır. Bu bakımdan Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 16. maddesindeki hukuk seçiminin “sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğu hususlara” özgülediği kabul edilerek; sözleşmenin kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar (sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği konular dışında kalan uyuşmazlıklar) bakımından, bir hukuk seçimi yapılmadığı sonucuna varılabilmeye mümkün görünmektedir. Kıdem tazminatına sözleşmede ayrıca yer verilmediğinin ve 16. maddenin de kapsamına girmediğinin tespitinden sonra; taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin esaslar dikkate alınmalıdır. Bu durumda uygulanacak hukuk MÖHUK m.27’deki objektif bağlama kuralına göre belirlenmelidir. Önemle eklemek gerekir ki, MÖHUK m.27’deki objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuk tayin edilirken; işçinin lehine olması kaydıyla mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun da uygulanabilmesi mümkün olacaktır⁸⁴.

⁸³ Çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen Türk işçilerinin bireysel iş sözleşmeleri arasında hukuk seçimi bakımından bazı farklılıklar olduğuna 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında da dikkat çekilmiştir: “...Yurt dışı iş sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Sözleşmelerin bazılarında bir bütün olarak genel hukuk seçimine ilişkin hükümler bulunmakta iken bazı sözleşmelerde ise bazı konular kapsamında hukuk seçimine ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir...” Y. HGK, E.2022/873, K.2023/424, 10.05.2023, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

⁸⁴ Aksi görüşteki Şanlı’ya göre Sözleşme’nin 16. maddesi uyarınca söz konusu tip sözleşme ile Türk hukukuna tabi kılınan konular; yalnızca sözleşme ile iş yeri hukukuna tabi kılınmasına rağmen iş yeri ülkesinde çalışma mevzuatının bulunmaması

Bu noktada, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin belirli maddelerinde (5., 8., 9. ve 10. maddelerinde) zaten çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin ayrı ayrı klozlar varken, 16. maddede "sözleşmede belirtilen hususlarda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına" neden yeniden yer verilmiş olduğu sorusu da haklı olarak gündeme gelebilir. Bu durum sözleşme içerisinde bir tekrara yol açıyor gibi görünmekte ise de, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinin varlığı, sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklar için genel bir uygulanacak hukuk seçimi yapılmadığı görüşünün gerekçelendirilmesi bakımından bir dayanak noktası oluşturmaktadır. İkinci olarak, ileride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere⁸⁵ Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin hafta tatili ve genel tatillere ilişkin 9. maddesi ile yıllık ücretli izne ilişkin 10. maddesinde, bu konularda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiş, çalışılan ülke mevzuatında hüküm bulunmaması durumunda Türk hukukunun uygulanacağına ise yer verilmemiştir. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinin varlığı, (çalışılan ülke mevzuatında hüküm bulunmaması durumunda) 9. ve 10. maddelerde düzenlenen konularda da Türk hukukunun uygulanabilmesine imkân tanımaktadır⁸⁶.

C. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde Yer Alan Hukuk Seçimi Klozlarına İlişkin Değerlendirmeler

1. Hukuk Seçiminin Özellikleri

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesindeki hukuk seçimi klozuyla sözleşme maddelerinde belirtilen hususlara ilişkin ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke hukukunun uygulanmasına yönelik bir seçim yapılmıştır. Sözleşmede, çalışılan ülkede konuya ilişkin düzenleme bulunmaması hâlinde ise, Türk mevzuatının uygulanacağına yer verilmiştir. Sözleşme maddelerinde belirtilen hususlardaki ihtilafların çözümünde Türk hukukunun uygulanabilmesi, bir şarta (çalışılan ülke hukukunda düzenleme bulunmaması şartının gerçekleşmesine) bağlanmış olduğundan, öğretide Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde şarta bağlı bir hukuk seçimi anlaşmasının bulunduğu ifade edilmektedir⁸⁷.

nedeni ile boşlukta kalan konulardır. Yazara göre, tip sözleşmede düzenlenmeyen kıdem tazminatı, zamanaşımı gibi konularda çıkan uyuşmazlıkların MÖHUK m.27/2 uyarınca işçinin işini mutad olarak yaptığı yabancı ülke hukukuna göre çözümlenmesi gerekmektedir, bakınız Şanlı, *Hukuki Mütalaalar*, 414.

⁸⁵ Bakınız ileride Başlık III, B, 3 ve 4.

⁸⁶ Erten, "Uygulanacak Hukuk," 244-45.

⁸⁷ Erten, "Uygulanacak Hukuk," 246.

Yine öğretide Yurt Dışı Hizmet Akdi'ndeki hukuk seçimi anlaşmasının iş sözleşmesinin belirli konularına yönelik olması nedeniyle, kısmî bir hukuk seçimi⁸⁸ yapıldığı da ifade edilmektedir⁸⁹. Gerçekten sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m.24/2 hükmünde; tarafların, seçtikleri hukukun sözleşmenin tamamında veya bir kısmında uygulanacağını kararlaştırabilmelerine imkân tanınmıştır. Ekleyelim ki, milletlerarası özel hukuk öğretisinde kısmî hukuk seçiminin yapılabilmesi için, sözleşmenin hukukî ve ekonomik açıdan bölünebilir olmasının yanı sıra bu durumun tarafların hak ve borçları açısından karışıklığa yol açmaması gerektiği⁹⁰, bu doğrultuda iş sözleşmesinin birbirinden ayrılamayan hususları bakımından kısmî hukuk seçimi yapılamayacağı belirtilmektedir⁹¹.

Öte yandan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde örtülü (zımnî) bir hukuk seçiminin söz konusu olup olmadığının da değerlendirilmesi yerinde olacaktır. 5718 sayılı MÖHUK, iş sözleşmelerinde örtülü hukuk seçimine de imkân tanımaktadır⁹². Örtülü hukuk seçiminde, açıkça ifade edilmemiş de olsa, sözleşmeye uygulanacak hukuka dair karşılıklı taraf iradesi bulunmaktadır⁹³. Aslında var olmasına rağmen net bir şekilde ortaya konulmamış olan taraf iradesi, hâkim tarafından sözleşmede yer alan ve sözleşmeye bağlı ipuçlarına⁹⁴

⁸⁸ İş sözleşmelerinde kısmî hukuk seçimi konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız Elçin, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 104 vd.

⁸⁹ Erten, "Uygulanacak Hukuk," 246.

⁹⁰ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 406.

⁹¹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bakınız Vahit Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilaflı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, (Ankara: Yetkin, 1996) 57-8.

⁹² Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 436; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Vedat, 2020), 62, dipnot 92; Hatice Selin Pürselim Arning, *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (İstanbul: On İki Levha, 2022) 143.

⁹³ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 460; Aslı Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (1) (2011): 112.

⁹⁴ *Bayata Canyaş*'a göre hâkim örtülü iradeyi ortaya çıkarırken; iş yaşamına ilişkin belli bazı kurallardan, sözleşmenin hazırlanış şeklinden, sözleşmede belli bir hukuka yönelik terim ve kurumlara gönderme yapılmasından, taraflar arasındaki önceki benzer nitelikli sözleşmelerdeki hukuk seçiminden, yetki sözleşmesinden, sözleşmenin yapıldığı yer ya da ifa yerinden ve diğer bağlantılardan yararlanabilecektir. Bakınız Bayata Canyaş, "Örtülü Hukuk Seçimi," 112

dayanarak tespit edilmeli ve ortaya çıkarılmalıdır⁹⁵. Böylelikle, tarafların yeterince açık olmayan irade beyanları sözleşmesel ilişki kapsamında dikkate alınmış olacaktır⁹⁶. Ancak MÖHUK kapsamında örtülü hukuk seçiminin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁷. İş ilişkileri bakımından örtülü hukuk seçimi konusunda milletlerarası özel hukuk doktrininde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin örtülü irade beyanı ile yapılması mümkün olmakla birlikte, iş ilişkilerinde işçinin işverene karşı korunması ihtiyacı bulunduğundan kanun koyucunun hukuk seçiminin açıkça yapılmasını aramamış olması isabetsiz olmuştur⁹⁸. Öğretide, yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde örtülü hukuk seçiminin yapılabilmesinin, işçi bakımından mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olunacak asgarî korumadan her hâl ve şart altında daha iyi bir koruma sağlanması şartıyla kabul edilebileceği görüşü de ileri sürülmektedir⁹⁹. Örtülü hukuk seçiminin böyle bir korumayı sağlayamamasına bağlanacak sonuç, taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunmadığının kabul edilmesidir¹⁰⁰.

Yurt Dışı Hizmet Akdi bakımından yapılacak bir değerlendirmede¹⁰¹, öncelikle hukuk seçiminin sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlara özgülendiğini ifade etmek gerekir. Bu

⁹⁵ Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi,” 112

⁹⁶ Pürselim Arning, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 143.

⁹⁷ Pürselim Arning, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 143.

⁹⁸ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 349.

⁹⁹ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 461; Kudsiye Nazlı Kafa Karakaya, *Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara: Adalet, 2020) 31; Pürselim Arning, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 145.

¹⁰⁰ Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 461.

¹⁰¹ Yurt Dışı Hizmet Akdi bakımından yapılacak bir değerlendirmede, bu sözleşmede farazî bir hukuk seçimi bulunduğundan söz edilemeyeceğini de belirtmek gerekir. Farazî hukuk seçimi, açık veya zımnî hukuk seçimi bulunmadığında gündeme gelen bir hukuk seçimi olup bu hukuk seçiminde tarafların sözleşme yapıldığı sırada farazî iradeleri (sözleşmenin imzalandığı esnada hangi hukuku seçecek olacakları tahmin edilerek) hâkim tarafından tespit edilmektedir. Milletlerarası özel hukuk öğretisinde kabul edilen görüşe göre, varsayım yolu hukuk tayini anlamına gelen farazî hukuk seçimi kanun koyucu tarafından benimsenmemiştir. Bakınız, Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 328; İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 33, no.2 (2013): 15, Doğan, *Bağlama Kurallının ve Sınırlarının Tespiti*, 25; Pürselim Arning, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*, 146.

durumda sözleşmede yer verilmeyen hususlar bakımından örtülü bir hukuk seçiminin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir. Görüşümüze göre, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer verilmeyen hususlar bakımından örtülü bir hukuk seçiminin bulunduğu kabul edilemez. Zira öğretide de isabetle belirtildiği üzere, örtülü hukuk seçiminde tarafların tek bir hukuku seçme yönünde iradeleri vardır, başka hukukların olası olması hâlinde ise, artık burada olması gereken yaklaşım örtülü hukuk seçiminin yapıldığı değil, objektif bağlama yoluyla en yakın irtibatlı hukukun belirlenmesi olacaktır¹⁰². Örtülü hukuk seçimi bulunduğu kabulü ile hukuk seçimi bulunmadığının kabulü arasındaki fark daha belirgin olarak şu şekilde ortaya konulabilir: Örtülü hukuk seçiminde, tarafların hukuk seçme yönünde kesin iradeleri vardır; ancak bu irade açık olmadığından irtibatlar bu hukuku tespit etmek için kullanılmaktadır¹⁰³. Tarafların hukuk seçiminde bulunmaması nedeni ile uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre tayin edildiğinde ise, irtibatlar olaya uygulanacak hukuku (bu arada işçinin daha lehine ise daha sıkı ilişkili hukuku) tespit etmek için kullanılabilir. Objektif bağlama kuralına göre hukuk tayininde irtibatlar, üstü örtülü bir iradenin ortaya çıkarılması amacıyla kullanılmamaktadır¹⁰⁴. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde sözleşmede yer verilmeyen hususlar bakımından örtülü bir hukuk seçiminin bulunduğu kabul edilecek olursa; taraflar arasındaki örtülü hukuk seçimi iradesinin ya çalışılan ülke hukuku ya da Türk hukuku olduğu sonucuna varılacaktır. Oysa taraflar arasında hukuk seçiminin bulunmadığının kabulü hâlinde, uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre tespit edilebilecek ve böylelikle hâkimin mutad işyeri hukuku ile daha sıkı ilişkili hukuku (işçinin lehine olması hâlinde) uygulamak konusunda takdir hakkı devreye girebilecektir. Bu açıdan, Yurt Dışı Hizmet Akdi maddelerinde hukuk seçiminin yapılmadığı hususlar bakımından taraflarca örtülü hukuk seçimi yapıldığı sonucuna değil, taraflarca hukuk seçiminin yapılmadığı sonucuna varılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

2. Hukuk Seçimi Klozuna Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesinin Değerlendirilmesi

İşveren tarafından önceden tek taraflı olarak tip sözleşmeler ya da işyeri yönetmelikleri olarak oluşturulan, genel ve yeknesak nitelik taşıyarak karşı tarafa sunulan genel işlem koşulları, iş hukukunda “genel iş koşulları” olarak

¹⁰² Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi,” 114.

¹⁰³ Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi,” 118.

¹⁰⁴ Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi,” 118.

anılmaktadır¹⁰⁵. Yurt Dışı Hizmet Akdi de, -işveren tarafından hazırlanması dışında- genel iş koşullarının özelliklerini taşımaktadır. Belirtelim ki, tip iş sözleşmesinin mutlaka işverence önceden hazırlanmış olması bir zorunluluk olmayıp örneğin bir meslek kuruluşu tarafından hazırlanmış bir metnin de önceden hazırlanmış olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bu nedenle Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin İŞKUR tarafından hazırlanmış olmasının onu genel iş koşulu niteliği taşımaktan çıkarmayacağı ifade edilmelidir. Öğretide, yabancılık unsuru içeren Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde hukuk seçimi klozuna genel iş koşulu olarak yer verilmesinin geçerli olup olmayacağı konusu üzerinde önemle durulmaktadır. Gerçekten genel işlem şartları ile hukuk seçiminin yapılabileceğinin kabulü, taraflardan birinin uygulanacak hukuku tek taraflı iradesi ile belirlemesinin kabul edilmesi anlamına gelecektir¹⁰⁷.

Belirtelim ki öğretide, İŞKUR tarafından yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülecek işçilerle bireysel iş sözleşmeleri imzalanırken sözleşme serbestisi ilkesinden vazgeçilmesi ve burada kamu kurumu tarafından dayatılan sözleşme maddelerinin söz konusu olması nedeniyle, bu sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu niteliği taşımadığını kabul eden bir görüş de bulunmaktadır¹⁰⁸. Ancak iş sözleşmesinde genel işlem koşullarını önceden hazırlayan tarafın mutlaka işveren ya da işveren vekili olması zorunlu görülmemektedir¹⁰⁹. Öte yandan yurt dışına çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçiler, bu konuda bir zorunluluk olmaksızın bu ilişkiye girmekte, ancak bu ilişki kurulduğunda kamu kurumu tarafından hazırlanan bu matbu (standart) nitelikli sözleşmenin kullanılması zorunluluğu ile karşılaşmaktadır. Esasında bu durum İŞKUR'un yurt dışına götürülen Türk işçileri bakımından

¹⁰⁵ Süzek, *İş Hukuku*, 67; Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları," *Sicil* 4, no. 24 (Aralık 2011): 5; Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine," içinde *Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20, no.1 (Özel Sayı- 2014): 48; Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (İstanbul: Beta 2015), 49.

¹⁰⁶ Süzek, *İş Hukuku*, 69.

¹⁰⁷ Doğan, "Bireysel İş Sözleşmeleri," 75.

¹⁰⁸ Cansu İste Arlıanoğlu, *Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 78-9; Volkan Altıntaş, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi," *Sicil*, no. 50 (2023): 200.

¹⁰⁹ Süzek, *İş Hukuku*, 69.

yeknesak bir sistem oluşturmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Kanımızca bu durum Yurt Dışı Hizmet Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin genel işlem koşulu niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim öğretide de ağırlıklı olarak Yurt Dışı Hizmet Akdi hükümlerinin genel işlem koşulu niteliği taşıdığı görüşü hâkimdir¹¹⁰. Zira bu sözleşme, önceden tek taraflı olarak ve o işte istihdam edilecek herkesle imzalanmak amacıyla oluşturulmuştur¹¹¹. İŞKUR tarafından hazırlanan bu sözleşme işçiye sunulduğunda, hükümlerinin müzakere edilerek değiştirilmesi gibi bir imkân da bulunmamaktadır¹¹².

Öğretide Yurt Dışı Hizmet Akdi açısından genel işlem koşulları arasında yer alan hukuk seçiminin¹¹³ geçerli sayılıp sayılmayacağı konusunda önemli

¹¹⁰ Gaye Baycık, “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk,” içinde *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları*, INTES, Erişim tarihi: 20.02.2024, <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/intes-cak-ic.pdf>, 105; Musa Aygül ve Canan Erdoğan, “Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 7, no. 2 (2022): 771; Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitleri,” 387.

¹¹¹ İlke Gürsel, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk-Yargıtay Karar İncelemesi,” *Sicil* 2, no. 46, (Aralık 2021) 179; Mustafa Alp, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi,” içinde *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2019-2020* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 58.

¹¹² Alp, *Değerlendirme*, 58-9; Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitleri,” 387.

¹¹³ Bu noktada hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği üzerinde ayrıca durulmalıdır. Özel, hukuk seçimi klotlarının geçerliliğinin de genel işlem koşullarıyla hukuk seçimi yapılabilmesinin koşullarına bağlı olduğuna dikkat çekmektedir, bakınız Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitleri,” 389. Yazara göre, MÖHUK'ta hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamasından dolayı, öğretideki hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin seçilen hukuka mı yoksa lex fori'ye mi tâbi olacağı meselesindeki görüş farklılıklarının MÖHUK m.24 çerçevesinde yapılan hukuk seçimine ilişkin olduğunun kabul edilmesi gerekir. Sınırlı hukuk seçiminin kabul edildiği iş sözleşmeleri bakımından ise (Yurt Dışı Hizmet Akdi de dâhil olmak üzere) yer alan hukuk seçimi klotlarının geçerliliğinin Türk hukukuna tâbi oldukları kabul edilmesi gerektiği görüşünde bakınız Özel, “Yurt Dışı Hizmet Akitleri,” 389-90. Genel işlem koşullarında yer alan hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin ayrıca bakınız Zeynep Özgenç, “Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği,” içinde *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, ed. Zeynep Derya Tarman (İstanbul: On İki Levha, 2018), 389 vd; Berk Demirkol, “Türk Hukukunda Genel İşlem

fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Yurt Dışı Hizmet Akdi'ndeki hukuk seçimine ilişkin genel iş koşulunun sözleşmeye dâhil olabilmesi için, işçinin yabancı hukuk seçiminin içeriği hakkında bilgilendirilmesi şartı aranmamalıdır¹¹⁴. Bu görüş; TBK m.21 uyarınca genel işlem koşulu kullananın, genel işlem koşulları kullanıldığına ilişkin uyarıda bulunması ve bu koşulları öğrenme imkânı vermesinin yeterli görülmesinden hareket etmekte¹¹⁵, genel işlem koşulları hakkında bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığını savunmaktadır¹¹⁶. Bu yaklaşıma göre, genel iş koşullarının içeriğini öğrenme imkânı, genel iş koşullarını içeren belge üzerinde inceleme yapabilme olanağının tanınması suretiyle gerçekleşmektedir¹¹⁷. Sonuç olarak genel iş koşulu niteliğindeki yurt dışı hizmet akitlerinin hukuk seçimine ilişkin hükümleri; yürürlük, yorum ve içerik denetimlerini geçtiğinden MÖHUK m.27/1 uyarınca yapılan hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilmelidir¹¹⁸.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer alan hukuk seçimi klozlarının geçerli olmadığı yönündeki görüşler ise konuya farklı cephelerden yaklaşmaktadır. Bir görüşe göre, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde hukuk seçimine ilişkin hüküm yürürlük denetiminden geçememektedir¹¹⁹. Bu görüş, genel iş koşullarının işyerinde asılmasının veya ilgili metnin işyerinden temin edilebileceğine ilişkin bir beyanın, genel işlem koşullarını öğrenme imkânı vermek bakımından yeterli görülmemesine ilişkin görüşe¹²⁰ dayanmaktadır. Bu görüşe göre, İŞKUR'un hazırladığı sözleşme metninin Kurum sayfasında ilan edilmesi, işverenin sözleşme kurulurken genel iş koşulları hakkında bilgi

Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması,” *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 2 (2020): 1313 vd.

¹¹⁴ Gaye Baycık, “Uygulanacak Hukuk,” 114; Aygül ve Erdoğan, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimi,” 773.

¹¹⁵ Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak,” içinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu - 8 Nisan 2011*, ed. Başak Şit (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012), 28-9; Civan, *Genel İş Koşulları*, 168.

¹¹⁶ Baycık, “Uygulanacak Hukuk,” 110; Aygül ve Erdoğan, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimi,” 773.

¹¹⁷ Civan, *Genel İş Koşulları*, 170; Baycık, “Uygulanacak Hukuk,” 120.

¹¹⁸ Baycık, “Uygulanacak Hukuk,” 114; Aygül ve Erdoğan, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimi,” 773-75.

¹¹⁹ Gürsel, “Uygulanacak Hukuk,” 181.

¹²⁰ Süzek, “Genel İş Koşulları,” 7; Civan, *Genel İş Koşulları*, 171.

edinilmesini sağladığının kabulü için yeterli görülemeyecektir ve bu nedenle hukuk seçiminin yürürlük denetiminden geçemediği sonucuna varılmalıdır¹²¹. Öğretide genel işlem koşulları içinde yer alan hukuk seçimi klozunun taraflarca okunup anlaşılmasını hukuk seçimi anlaşmasını tek başına geçerli hâle getirmediği görüşüne, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin "*İşverenin Bilgi Verme Yükümlülüğü*" kenar başlıklı 3. maddesindeki yükümlülüğün yerine getirilip getirilmemesi noktasından da yaklaşmaktadır. Bu görüşe göre, söz konusu açıklayıcı belge¹²² işveren tarafından işçiye verilmedikçe, hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Zira iş sözleşmelerinin zayıf tarafı olan işçinin korunması ilkesi gereğince önemli olan işçinin seçim klozunu okuyup anlaması değil, hukuk seçimi sonuçlarının öğrenilmesinin sağlanmasıdır¹²³. Bu görüşe göre, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 3. maddesindeki bilgilendirme yükümlülüğün ihlali TBK m.21'e aykırılık teşkil etmektedir^{124,125}.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer alan hukuk seçimi klozunun geçerli sayılamayacağı görüşünün bir diğer gerekçesi ise, yabancı hukuk seçimine ilişkin hükmün, TBK m.25 uyarınca içerik denetiminden geçememesidir¹²⁶. Bu görüşe göre TBK m.25 uyarınca genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı öngörülmesine karşın; seçilen

¹²¹ Gürsel, "Uygulanacak Hukuk," 180-81.

¹²² Bu arada ekleyelim ki, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 8. maddesinde de işverenin işçiye çalışma saatleri ve koşulları hakkında önceden bilgilendirmek ile yükümlü olduğu da düzenlenmiştir.

¹²³ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 392.

¹²⁴ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 392-93. Genel işlem koşuluyla yapılmış olan hukuk seçiminin geçerliliğinin, Yurt Dışı Hizmet Akdi m.3'te düzenlenen işverenin bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi şartına bağlı olduğunu kabul eden Özel'e göre, yurt dışı hizmet akitlerinde çalışılan ülke hukuku lehine getirilen klozlar Türk hukukuna göre geçerli bir hukuk seçimi anlaşması değil, sözleşme hükmü niteliğindedir, bu yönde bakınız Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 393, 404.

¹²⁵ Bu konudaki aksi yöndeki görüşe göre, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 3. maddesinde düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin diğer sözleşme hükümleri ya da hukuk seçimi klozlarının geçerliliği üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır ve TBK m.21'de yer alan "yazılmamış sayılma" yaptırımının uygulama alanı bulmaması gerekmektedir. Bakınız Aygül ve Erdoğan, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimi," 776.

¹²⁶ Gürsel, "Uygulanacak Hukuk," 181.

hukuk (somut olayda Umman hukuku¹²⁷) işverene menfaat sağlamakta iken işçiye düşük seviyede bir koruma sağlayarak bir dengesizliğe yol açmaktadır ve işçinin korunması amacıyla getirilmiş olan MÖHUK m.27/4 hükmünün (daha sıkı ilişkili hukukun) uygulanmasını engellemektedir¹²⁸. Öte yandan, işçinin ve işverenin matbu bir sözleşmeyi kabulden başka çaresinin bulunmadığı, hangi hukukun uygulanacağına dair bir görüşmenin dahi gerçekleşmediği bir durumda iradi bir şekilde yabancı hukukun seçildiğinden değil, dayatıldığından söz edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür¹²⁹. Genel işlem koşulu şeklinde işçiye dayatılan hukuk seçimine tanınan geçerliliğin, bireysel bir sözleşmeden daha da sınırlı olması gerektiği yönündeki bu görüşe göre, işçinin tâbi olacağı hukuk ile hangi haklardan mahrum kalacağını bilmediği ve irade özerkliğinin bu şekilde kaldırıldığı bir durumda zayıf taraf olan işçinin aleyhine bir hukuk seçiminin kabul edilmemesi gerekmektedir¹³⁰. Aksi hâlde işçi dürüstlük kuralına aykırı olarak zarara uğratılmış olacaktır ve bu durum genel işlem koşullarında içerik denetimini düzenleyen TBK m.25'e aykırılık teşkil edecektir¹³¹. Bu görüşe göre, geçersiz hukuk seçimi nedeni ile MÖHUK m.27/2, m.27/3 veya m.27/4 olasılıkları uygulanmalıdır. Türk hukukunun iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişki içinde olduğu ve mutad işyeri hukukuna göre daha fazla güvence sağladığı durumlarda, hâkimin Türk hukukunu uygulaması, iş hukukunun özelliklerine ve işçiyi koruma amacına daha uygundur¹³².

Kanaatimizce Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer alan hukuk seçiminin, bir irade serbestliğine dayanmadığı ve burada bir dayatmanın söz konusu olduğu gerekçesinden hareketle geçersiz sayılmaması gerekir. Esasında işçinin yurt içinde imzaladığı herhangi bir sözleşmede de pazarlık gücü bulunduğundan

¹²⁷ Gürsel'in makalesinde ("Uygulanacak Hukuk,") incelenen karar için bakınız Y. 9. HD, E.2020/5617, K.2020/16556, 24.11.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

¹²⁸ Gürsel, "Uygulanacak Hukuk," 182.

¹²⁹ Alp, *Değerlendirme*, 60.

¹³⁰ Alp, *Değerlendirme*, 60.

¹³¹ Alp, *Değerlendirme*, 60-1. Bu görüşe göre, 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen somut olayda (bakınız Y. 9. HD, E.2020/5617, K.2020/16556, 24.11.2020, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024)) iş sözleşmesinin Umman kanunlarına göre işveren tarafından feshedilmesi nedeniyle Türk hukukunun haklı nedenle fesih ve kıdem tazminatı hükümlerinin uygulanmaması durumu dürüstlük kuralına aykırı olarak işçiye zarar vermiştir.

¹³² Alp, *Değerlendirme*, 63.

söz etmek çoğu durumda pek mümkün değildir. Pek çok durumda işçi, önceden belirlenen çalışma koşullarına boyun eğmekte¹³³, tek taraflı olarak hazırlanan iş sözleşmelerindeki hükümler konusunda pazarlık edemeyerek sözleşmeyi kabul etmek ya da sözleşme ile bağlanmaktan vazgeçmek durumunda kalmaktadır¹³⁴. Bu anlamda iş ilişkilerinde sözleşme genel teorisinin aksine bir durumla karşılaşmakta olup işveren, genellikle çalışma koşullarına ilişkin tüm hususları kendisi tek taraflı olarak belirlemektedir¹³⁵. Dolayısıyla İŞKUR tarafından hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdi işveren tarafından işçiye sunulduğunda, bu sözleşme hükümlerinin müzakere edilerek değiştirilmesi gibi bir imkânın bulunmadığı¹³⁶ gerekçesinden hareket edilerek hukuk seçimine geçerlilik tanınmaması yaklaşımının isabet taşımadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte genellikle iş bulma endişesi içerisindeki işçiye, ekonomik gücünü kullanan işverenin genel iş koşulu niteliği taşıyan bir sözleşme ile kendi lehine koşulları dayatmasının önlenmesi de güç bir konudur¹³⁷. Bu bakımdan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer alan hukuk seçimi klotunun geçerliliğinin genel işlem koşulları denetiminden geçirilmesi önem arz etmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, işçiye belge üzerinde inceleme yapabilmeye olanağının sağlanması ile genel iş koşullarının içeriğini öğrenme imkânı verilmiş olmaktadır¹³⁸. Genel iş koşullarının tek tek okunup içeriğinin ve sonuçlarının anlaşılması değil, varlığı hakkında bilgi sahibi olunması ile okuma imkânının sağlanması yeterlidir¹³⁹. Genel işlem koşulunun içeriği konusunda bir bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴⁰.

¹³³ Heper, *İşçinin İradesi*, 202.

¹³⁴ Süzek, *İş Hukuku*, 64; Heper, *İşçinin İradesi*, 207.

¹³⁵ Heper, *İşçinin İradesi*, 202.

¹³⁶ Alp, *Değerlendirme*, 58-9.

¹³⁷ Süzek, *İş Hukuku*, 76.

¹³⁸ Civan, *Genel İş Koşulları*, 168-70; Baycık, "Uygulanacak Hukuk," 108, 120.

¹³⁹ Baycık, "Uygulanacak Hukuk," 110.

¹⁴⁰ Atamer, "Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi," 28-29.

Bu noktada genel işlem koşulları denetimlerden biri olan yorum denetimi¹⁴¹ (TBK m.23) üzerinde ayrıca durulmalıdır. Yorum denetimi¹⁴² ile birden çok anlama gelebilecek hükümlerde işçi lehine yorum yapılması mümkün olabilecektir. Nitekim iş hukuku öğretisinde de isabetle belirtildiği gibi, iş sözleşmesinin yorumunda ortak sözleşme iradesi belirlenemiyorsa işçi lehine yorum yapılması gerekmektedir¹⁴³. Biz de bu noktada Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde sözleşmeden doğabilecek tüm uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak hukuku gösteren bir seçim yapılmadığı; hukuk seçiminin sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlara özgülenmiş olduğu görüşünü savunmaktayız. Böylelikle Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinin kapsamına girmeyen hususlar bakımından (örneğin kıdem tazminatı bakımından) uygulanacak hukukun MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kuralına göre tespit edilmesi (işçinin lehine olması hâlinde mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun uygulanabilmesi) mümkün olabilecektir¹⁴⁴.

¹⁴¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 23. maddesinde genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine kullanılacağına yer verilmiştir. Öğretide isabetli olarak düzenleyen ibaresinin genel işlem koşullarını kullanan olarak değiştirilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir, bakınız Atilla Altop, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi," içinde *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı* (İstanbul: 2007), 259; Civan, *Genel İş Koşulları*, 203. Genel işlem koşullarının bunu kullanan tarafından bizzat kaleme alınmaması ya da başka bir makam tarafından onaylanması hâllerinin bu denetimin gerçekleşmesine engel olmayacağı görüşünde bakınız Atamer, *Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, 37.

¹⁴² Öğretide ancak içeriği yorum denetiminden geçerek tam olarak tespit edilmiş bir genel işlem şartının içerik denetiminden geçip geçemeyeceğinin belirlenebileceği ifade edilmektedir, bu yönde bakınız Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (İstanbul: Beta, 2001), 124. Yorum denetimi sonucunda genel iş koşuluna verilen anlamın, sözleşmenin karşı tarafının lehine olduğu hâllerde içerik denetime gerek kalmayacağı görüşünde bakınız Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 124; Civan, *Genel İş Koşulları*, 196.

¹⁴³ Süzek, *İş Hukuku*, 36.

¹⁴⁴ Bu konudaki detaylı açıklamalar için bakınız ileride, Başlık III, A.

III. YURT DIŞI HİZMET AKDİ HÜKÜMLERİNİN HUKUK SEÇİMİ KLOZU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak Uygulanacak Hukukun Tespiti

Çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz üzere, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde sözleşme maddelerinde yer verilen uyuşmazlıklarda çalışılan ülke hukukunun¹⁴⁵ uygulanacağına yönelik klozun kaleme alınış tarzının da desteklediği gibi, bu maddede tek bir hukuku yetkili kılan bir hukuk seçimi klozuna yer verilmemiştir. Öte yandan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde sözleşme maddelerinde yer verilen konularda şartlı bir hukuk seçimi söz konusudur. Sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlar için çalışılan ülke mevzuatı, bu şart sağlanmıyorsa (çalışılan ülkede konuya ilişkin hukukî düzenleme bulunmaması hâlinde) Türk mevzuatının uygulanması gerekmektedir¹⁴⁶. Dolayısıyla sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı belirtilen bir husus bakımından, hukuk seçimi klozunun ne şekilde yazıldığına dikkat edilmeli ve anlaşmazlık hâlinde uygulanacak mevzuata işaret eden 16. madde de dikkate alınmalıdır.

Bu noktada ekleyelim ki öğretide isabetli olarak, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde, hukuk seçiminin çalışılan ülke hukuku yerine "Türk iş hukukunun asgarî koruması saklı kalmak kaydıyla çalışılan ülke hukuku" şeklinde değiştirilmesi gerektiği, ancak daha etkin bir yöntem olarak MÖHUK m.27'de değişiklik yapılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir¹⁴⁷. Gerçekten, yalnızca işçinin mutad işyerinin koruyucu hükümlerinin hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyeceğini öngören MÖHUK'un aksine¹⁴⁸, Roma I Tüzüğü'nde uygulanacak hukuku belirleyecek bütün bağlama kurallarının işaret ettiği

¹⁴⁵ Belirtelim ki, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde "mutad işyeri" ifadesi yerine "çalışılan ülke" ifadesi kullanılması öğretide eleştirilmiş ve sözleşmede tarafların iradesi doğrultusunda esas olarak fiilen işin yapıldığı yerin anlaşılması nedeni ile "çalışılan ülke" olarak mutad işyerinin kastedildiği görüşü ileri sürülmüştür, bakınız Aygül ve Erdoğan, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimi," 759.

¹⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bakınız yukarıda Başlık II, B.

¹⁴⁷ Baycık, "Yurt Dışı Hizmet Akdi," 68-9.

¹⁴⁸ MÖHUK m.27/1 uyarınca taraflarca bir hukuk seçimi yapıldığında, asgarî korumanın ölçütünü mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri oluşturmaktadır.

maddi hukukun koruyucu hükümlerinin hukuk seçimiyle bertaraf edilemeyeceği hükme bağlanmıştır¹⁴⁹.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlar dışındaki konular bakımından ise, bir hukuk seçimi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, uygulanacak hukukun MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kurallarına göre belirlenmesi gerekmektedir. Öte yandan, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde herhangi bir hukuk seçimi klozu ile tayin edilmeyen hükümlere de yer verilmiştir. Örneğin Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5. maddesinde işçi ve işverenin, iş sözleşmesini 15 gün öncesinden yazılı olarak bildirmek kaydıyla feshedebilecekleri veya belirtilen bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini derhâl feshedebilecekleri düzenlenmiştir (m.5/2). Bildirim süresi konusu, sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlar arasında yer almamaktadır. O hâlde bu kurala uygulanacak hukuk, MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kuralı uyarınca tayin edilen hukuka göre belirlenmelidir. Bu durumda hâkimin mutad işyeri hukuku ile Türk hukuku¹⁵⁰ arasında bir karşılaştırma yaparak sonuca varması gerekmektedir.

Dikkat edileceği üzere, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nden kaynaklanan bir uyuşmazlık konusunda; gerek sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlarda¹⁵¹ gerek sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği

¹⁴⁹ Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 381. Özel'e göre, sözleşmede bir hukuk seçimi yer almasaydı, MÖHUK uyarınca, mutad işyerinin yurt dışında olduğu hâllerde iş sözleşmesi taraflarının Türk vatandaşı ve mutad mesken veya yerleşim yerlerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda aslında en sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması söz konusu olabilecekti. Mutad işyeri hukukunun seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olduğunun kabulü hâlinde, aslında Türk hukukuna göre sağlanacak korumadan daha aşağı bir standartta koruma sağlayan mutad işyeri hukukunun uygulanması temin edilmiş olmaktadır. Bakınız Özel, "Yurt Dışı Hizmet Akitleri," 381-82.

¹⁵⁰ İş Kanunu m.17'de bildirim sürelerinin işçinin çalıştığı süreye göre kademeli olarak artması benimsenmiştir: a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır. Bildirim süreleri asgarî olup sözleşme ile artırılması mümkündür.

¹⁵¹ Bakınız ileride, Başlık III, B.

hususlar dışında kalan konularda¹⁵² uygulanacak hukuk mutad işyeri hukuku olarak tayin edildiğinde, yabancı hukukun uygulanması söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, yabancı hukukun uygulanmasına bir kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceğini¹⁵³ de hesaba katmak gerekir. Öğretide dikkat çekildiği üzere, uyuşmazlığın Türkiye ile olan bağlantısının artması, kamu düzeninin etkisinin de daha fazla olmasına yol açacaktır¹⁵⁴. Bu anlamda İŞKUR vasıtasıyla yurt dışına götürülen işçilerin Yurt Dışı Hizmet Akdi'nden doğan alacaklarına ilişkin açılan davalarda, Türkiye ile yakın bir bağlantının gözlemlenebilmesi mümkündür¹⁵⁵. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde hukuk seçimi konusunda en temel ayırım, sözleşme maddelerinde çalışılan ülke hukukunun seçilip seçilmemesine göre yapıldığından, çalışmamızda da sözleşme hükümlerinin bu ayırma sadık kalarak değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

B. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin Maddelerinde Çalışılan Ülke Hukukunun Seçildiği Hususlar Bakımından Değerlendirme

1. İş Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshi (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.5/son)

Yurt Dışı Hizmet Akdi m.5/son uyarınca iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi; çalışma mevzuatı bulunan ülkelerde ilgili ülke mevzuatına göre, bulunmayan ülkelerde ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun¹⁵⁶ 24 ve 25.

¹⁵² Bakınız ileride, Başlık III, C.

¹⁵³ Çalışmamızın ilk bölümünde de açıklandığı üzere, salt yabancı hukukun Türk hukukundan farklı olması tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir. Bakınız Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 149-150; Elçin, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 197; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 124; Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Gemici Filiz, "Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi," 615.

¹⁵⁴ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 108; Demir Gökyayla ve Soysal Tetikol, *Kamu Düzeni*, 218.

¹⁵⁵ Gerçekten Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde mutad meskenleri Türkiye'de olan ve yurt dışına çalışmaya götürülen işçilerin örneğin yıllık ücretli iznini Türkiye'de geçirirse gidiş-dönüş yol parasının işverence karşılanacağı (m.10/1), işçinin ölümü hâlinde cenazenin Türkiye'de defnedileceği yere kadar ortaya çıkan tüm masrafların işverence karşılanacağı (m.11/2) gibi hükümlere yer verildiği görülmektedir. Ekleyelim ki, Yurt Dışı Hizmet Akdi m.11/2'de, yabancı firmalar ile yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş bulunan Türk firmalar ve yabancı statüde kurulmuş adi ortaklıkların Türk ortaklarından, bu maddede yer alan hükümlerin yerine getirilmesinin istenilemeyeceği belirtilmiştir.

¹⁵⁶ RG, 10.06.2003, S. 25134.

maddelerindeki hükümler çerçevesinde işçi veya işveren tarafından feshedilebilecektir. Bu şartlı hukuk seçimi doğrultusunda, öncelikle çalışılan ülkede bir çalışma mevzuatı bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli ve bu soruya olumlu cevap verilmesi hâlinde çalışılan ülke hukukunun çalışma mevzuatı uygulanmalıdır. Tekrar belirtelim ki, çalışılan ülkede iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilme sebepleri, İş Kanunu m. 24 veya 25'ten daha farklı şekilde düzenlenmiş olabilir ve salt bu konuda bir farklılık bulunması Türk hukukunun uygulanması bakımından bir gerekçe olarak görülemez. Bununla birlikte yabancı hukukun uygulanması milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bakımından savunulamayacak bir durum arz edebilir. Böyle bir durumda, MÖHUK m.5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilecektir. Örneğin İş Kanunu m.24/I(a)'da, "*iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması*" işçi bakımından haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durumun işçi bakımından iş sözleşmesini bildirimssiz fesih hakkı olarak görülmesinin nedeni, işçinin çalışmaya devam etmesinin, onun sağlığı veya yaşayışı bakımından tehlike arz edecek olmasıdır. İşçinin işgörmeye edimini yerine getirmesinin onun yaşayışı bakımından tehlike arz etmesi hâlinde, konunun yaşam hakkını ilgilendirmesi sebebiyle, -bu durum çalışılan ülke mevzuatında bildirimssiz fesih sebepleri arasında düzenlenmemiş olsa dahi- Türk kamu düzeni müdahalesinde bulunularak sözleşmenin bildirimssiz feshedilebileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu noktada, Yurt Dışı Hizmet Akdi m.5/son'da, önemli sonuçları haiz bir detayın bulunduğu görüşünde olduğumuza da belirtmek isteriz. Söz konusu fıkrada, çalışılan ülke mevzuatına ilişkin seçim yalnızca sözleşmenin bildirimssiz sona erdirilmesine ilişkindir. Çalışılan ülkede çalışma mevzuatı bulunmaması hâlinde ise, bildirimssiz feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerine göre gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Dikkat edileceği üzere, bu maddede sözleşmenin sona ermesine bağlı sonuçlar bakımından bir hukuk seçimi bulunmamaktadır. Nitekim İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde sözleşmenin sona ermesine bağlı hukukî sonuçlar değil, işçinin haklı nedene dayanarak sözleşmeyi derhâl fesih sebepleri (m.24) ile işverenin haklı nedene dayanarak sözleşmeyi derhâl fesih sebepleri (m.25) düzenlenmektedir. Sözleşmenin sona ermesine bağlanan en önemli sonuçlardan biri olan kıdem tazminatına ise, iş hukuku mevzuatında ayrı bir

maddede yer verilmiş olup bu tazminata hak kazandıran hâller de yalnızca sözleşmenin bildirimsiz fesih sebepleri ile bağlantılı biçimde düzenlenmiş değildir¹⁵⁷.

O hâlde, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinin kaleme alınmış tarzı uyarınca, bu sözleşmenin 5. maddesinin son fıkrasında yer alan şartlı hukuk seçim klotunun, yalnızca *bildirimsiz fesih sebeplerine* ilişkin olduğu kabul edilebilecektir. Esasında Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde sözleşmeyi bildirimsiz fesih hakkı veren sebepler konusunda çalışılan ülke hukukunun seçilmiş olması son derece anlaşılır bir tercihtir. Zira işgörme edimi yabancı bir ülkede yerine getirildiğinden, orada oluşturulan çalışma düzenine uyulmasının beklenmesi de son derece olağandır. Hukuk seçiminde bulunulmayan konular (kıdem tazminatı gibi) bakımından ise, uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralıyla tespit edilmesi gerekmektedir¹⁵⁸.

2. Çalışma Süresi ve Fazla Çalışma (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.8)

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde, ücretin miktarı ile ne şekilde ödeneceği 6. maddede düzenlendikten sonra, çalışma süresi ve fazla çalışma konusu ayrı bir maddede hukuk seçimi klotuna yer verilerek (m.8) düzenlenmiştir. Buna göre; çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve fazla çalışma nedeniyle yapılacak ödemelerle ilgili olarak çalışılan ülkedeki mevzuat hükümleri uygulanmalıdır. Söz konusu ödemelerle ilgili olarak çalışılan ülke mevzuatında düzenleme bulunmaması hâlinde ise; 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu şartlı hukuk seçimi doğrultusunda, öncelikle çalışılan ülkede bir çalışma mevzuatı bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli ve bu soruya olumlu cevap verilmesi hâlinde çalışılan ülke hukukunun çalışma mevzuatı uygulanmalıdır. Çalışılan ülke hukukundaki çalışma süresi, İş Kanunu'nda olduğundan¹⁵⁹ daha farklı olarak

¹⁵⁷ Örneğin hukukumuzda kıdem tazminatına hak kazandıran hâller arasında, işçinin vefat etmesi de sayılmıştır. Kıdem tazminatına hak kazandıran sebepler için bakınız 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 (RG, 01.09.1971, S. 13943).

¹⁵⁸ Bakınız ileride Başlık III, C, 3.

¹⁵⁹ İş Kanunu m.63/1'e göre, genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saat olarak belirlenmiş, ancak çalışma (iş) süresine ilişkin bir tanıma Kanun'da yer verilmemiştir. Çalışma süresi kavramı, İş Kanunu m. 63'e dayanılarak çıkarılan İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.3'te yer almaktadır. Buna göre: “Çalışma süresi, işçinin çalıştığı işte geçirdiği süredir. İş Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır”. İş Kanunu m.63/2'de ise, günlük çalışma süresine ilişkin bir sınırlama bulunmaktadır. Buna göre, tarafların anlaşması ile

belirlenmiş olabilir. Bu noktada salt çalışma süresinin daha farklı olarak belirlenmesinin MÖHUK m.5 çerçevesince kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceği açıktır¹⁶⁰, böyle bir müdahale ancak çalışma süresinin Türk hukuku bakımından kabul edilemeyecek kadar uzun olarak belirlenmesi hâlinde söz konusu olabilir. Aynı şekilde, çalışılan ülkede fazla çalışma yapılmasına ilişkin ödemeler konusu, 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğundan¹⁶¹ daha farklı şekilde düzenlenmiş olabilir. Yine çalışılan ülkede fazla çalışma ücretlendirmesinin İş Kanunu'ndan farklı şekilde düzenlenmesi de, Türk kamu müdahalesini gerektiren bir durum değildir.

Bu noktada, maddedeki şartlı hukuk seçimi doğrultusunda çalışılan ülke hukuku mevzuatının uygulanacağı hâllerde, ilgili alacaklar bakımından öngörülen zamanaşımı süresine de dikkat edilmesi gerektiği belirtilmelidir. Çalışılan ülkede Türk hukukunda öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinden¹⁶² çok daha kısa bir zamanaşımı süresi, örneğin 1 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüş ise, yabancı hukukta kabul edilen zamanaşımı süresi Türk kamu düzeni müdahalesi ile uygulanmayabilir. MÖHUK m.8 uyarınca zamanaşımı süresi, hukukî ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabi olmakla birlikte, ücret alacakları bakımından her ücret alacağının muaccel olmasıyla birlikte muaccel olan kısım için zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı dikkate alınacak olursa, İŞKUR vasıtasıyla yurt dışına götürülen işçilerin eksik ücret ödemeleri ya da fazla çalışma alacaklarında Türk hukukuna göre çok kısa bir süre olan 1 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının, Türk kamu düzenini açıkça ihlal edeceği sonucuna varılabilecektir. Zira bu sürenin uygulanması hâlinde bu işçilerin ücret niteliği taşıyan alacaklarını elde etmeleri son derece güç olacaktır.

haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir.

¹⁶⁰ Elçin, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 197.

¹⁶¹ İş Kanunu m.41/2'de, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği öngörülmüş, ancak işçinin talep etmesi hâlinde bu çalışmaların karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı serbest zaman olarak kullanabilmesine de imkân tanınmıştır.

¹⁶² Türk hukukunda ücret gibi diğer dönemseller için beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (TBK m.147, İş Kanunu m.32).

3. Hafta Tatili ve Genel Tatiller (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.9)

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 9. maddesinde, hafta tatili ve genel tatiller bakımından ve bu günlerde çalışma yapılması hâlinde ödenecek ücretler bakımından çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına yer verilmiştir. Esasında Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 9. maddesinde, hafta tatili ve genel tatiller bakımından çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı öngörülmesinin pratik ve anlaşılır bir amaca hizmet ettiği ifade edilebilir. Gerçekten de işgörmeye ediminin yurt dışında yerine getirildiği dikkate alındığında, Türk işçisinin Türk hukukundaki tatil günlerinin kendisi bakımından uygulanmasını talep etmesinin, çalışılan ülkede çalışma düzeni bakımından bir olumsuzluk yaratabileceği kolaylıkla anlaşılacaktır. Dikkat çekmek gerekir ki, bu maddede, çalışılan ülkede iş hukuku mevzuatı bulunmaması hâlinde şartlı olarak Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmemiştir. Ancak bu durumda işçinin tamamen korumasız kalacağından söz edilemez, zira Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde, sözleşmede çalışılan ülke hukukunun uygulanacağını belirttiği maddelerinde eğer çalışılan ülke mevzuatında konuya ilişkin hukukî düzenleme bulunmuyorsa Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

4. Yıllık Ücretli İzin (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.10)

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 10. maddesi uyarınca işçinin, çalışılan ülke mevzuatı esasları doğrultusunda yıllık ücretli izin hakkına sahip olacağı öngörülmüştür¹⁶³. Bu maddede de, çalışılan ülkede iş hukuku mevzuatı bulunmaması hâlinde şartlı olarak Türk hukukunun uygulanması esası kabul edilmemiştir. Çalışılan ülkede yıllık izin süresi, İş Kanunu'nda olduğundan¹⁶⁴

¹⁶³ Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 10. maddesinde; yıllık ücretli izin hakkına çalışılan ülke mevzuatı esasları doğrultusunda belirleneceğine yer verildikten sonra, işçinin yıllık ücrete hak kazanamaması hâlinde belirli durumlarda altı güne kadar ücretli mazeret izni bulunduğu düzenlenmiştir. Bu durumlar; Türkiye'de evlenme ve/veya ana baba eş çocuk ve kardeşleri ölmesi olarak belirlenmiştir. Sözleşme hükmü uyarınca işçinin bu izni hak edebilmesi için işyerine dönüşünde evlilik veya ölüm olayını resmî belge ile kanıtlaması zorunludur. Aksi hâlde kullanılan izin, yıllık ücretli izninden mahsup edilecektir.

¹⁶⁴ İş Kanunu m.53 uyarınca, işyerinde en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi; a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden, b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden, c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden az olamaz.

daha farklı olacak şekilde düzenlenmiş olabilir, ancak salt işçinin yıllık izin süresinin Türk hukukuna göre işçinin daha aleyhine düzenlenmiş olması, MÖHUK m.5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için yeterli görülemez¹⁶⁵. Böyle bir müdahalenin varlığı için, işçinin anayasal dinlenme hakkının kabul edilemez biçimde (örneğin işçiye yıllık izin hakkı olarak sadece birkaç işgünü ücretli izin öngörülmesi) daraltılmış olması gerekir. Bununla birlikte, -yine pek olası olmamakla birlikte- çalışılan ülkede yıllık izin hakkının hiç düzenlenmemiş olması hâlinde ise Türk kamu düzeni müdahalesine başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Zira Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 10. maddesinde çalışılan ülke mevzuatında düzenleme bulunmaması hâlinde Türk hukukunun uygulanacağına yer verilmemiş ise de, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde çalışılan ülke mevzuatında konuya ilişkin hukukî düzenleme bulunmaması hâlinde Türk hukukunun uygulanmasına yönelik genel nitelikli bir hüküm bulunmaktadır. Bu maddeye dayanılarak çalışılan ülke hukukunda yıllık izin konusunun düzenlenmemiş olması hâlinde, Türk hukuku uygulanabilecektir.

Belirtelim ki Türk hukukunda iş sözleşmesi sona erdiğinde işçinin hak edip de kullanmadığı bir yıllık izin süresinin bulunması durumunda -artık yıllık izin hakkının kullanılması mümkün olmayacağından- bu izin süresinin ücret alacağına dönüştüğü kabul edilmektedir¹⁶⁶ ve yıllık izin ücreti alacağı bakımından da beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (4857 sayılı İş Kanunu Ek m.3). Çalışılan ülkede yıllık ücretli izin alacağı bakımından Türk hukukunda öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinden çok daha kısa bir zamanaşımı süresi (örneğin 1 yıl) öngörülmüş ise, yabancı hukukta kabul edilen zamanaşımı süresinin Türk kamu düzenini açıkça ihlal edeceği kabul edilerek bu sürenin uygulanmaması gerektiği sonucuna varılabilir¹⁶⁷.

C. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin Maddelerinde Uygulanacak Hukukun Seçilmediği Hususlar Bakımından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde, bu sözleşmeden doğacak tüm uyuşmazlıklar bakımından tek bir uygulanacak hukuk seçilmediğine

¹⁶⁵ Elçin, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 197.

¹⁶⁶ Sözek, *İş Hukuku*, 880; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 555.

¹⁶⁷ Türk hukukuna nazaran çok daha kısa bir zamanaşımı süresi öngören yabancı hukuk düzenlemesinin Türk kamu düzenine aykırılık oluşturabileceği görüşünde bakınız Giray, *Zamanaşımı*, 123.

yukarıda yer verilmiş idi. Çalışmamızın ilk bölümünde de yer verdiğimiz üzere, yabancılık unsuru taşıyan bir iş sözleşmesinde hukuk seçimi bulunmayan hâllerde, uygulanacak hukukun MÖHUK m.27’de yer alan objektif bağlama kuralları vasıtasıyla belirlenmesi gerekmektedir. Hukuk seçimi bulunmayan hâllerde hâkimin MÖHUK m.27/4 uyarınca hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda bu ülke hukukunu uygulayabilmesi de mümkündür. Ancak öğretide de belirtildiği üzere, hâkimin, daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunu uygulaması için bu hukukun, işçi bakımından mutad işyeri hukukuna göre daha lehe hükümler içermesi gerekmektedir¹⁶⁸.

Yurt Dışı Hizmet Akdi bakımından yapılacak bir değerlendirmede, İŞKUR vasıtasıyla yurt dışına götürülen işçilerin Yurt Dışı Hizmet Akdi’nden doğan alacaklarına ilişkin açılan davalarda Türkiye ile yakın bir ilişkinin varlığı kolaylıkla gözlemlenebilmektedir. Gerçekten Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde; işçinin ücretinin tahakkuk tarihindeki kur üzerinden Türk Lirası olarak da ödenebilmesi (m.6), istemesi hâlinde ücretinin Türkiye’deki banka hesabına döviz veya karşılığı Türk Lirası olarak yatırılacağı (m.6), yıllık ücretli iznini Türkiye’de geçirirse gidiş-dönüş yol parasının işverence karşılanacağı (m.10), belirli durumlarda Türkiye’de bulunan sosyal güvenlik mevzuatı hükümlerine göre işveren tarafından işlem yapılacağı¹⁶⁹ (m. 11), işçinin ölümü hâlinde cenazesinin Türkiye’de defnedileceği yere kadar ortaya

¹⁶⁸ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 353; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 438; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 365; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 468; Elçin, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, 146; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 431; Erten, “Uygulanacak Hukuk,” 237.

¹⁶⁹ Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 11. maddesinde, sosyal güvenlik anlaşması imzalanan ve imzalanmayan ülkeler bakımından bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Sosyal güvenlik anlaşması imzalanmayan ülkelerde işverenin, istihdam edeceği işçiler yurtdışına götürülmeden önce, Türkiye’de yürürlükte bulunan sosyal güvenlik mevzuatı hükümleri gereğince işlem yapacağı, ancak yabancı firmalar ile yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş bulunan Türk firmalardan ve yabancı statüde kurulmuş adi ortaklıkların Türk ortaklarından bu madde hükümlerinin yerine getirilmesinin istenilmeyeceği öngörülmüştür. Yurt dışına götürülen işçilerin sosyal güvenliği konusunda ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkeler bakımından ayrıntılı bilgi için bakınız Ufuk Aydın, “Yurtdışına Götürülen Türk İşçilerinin Sosyal Güvenliği,” içinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, ed. Vahit Doğan (Ankara: Yetkin, 2023), 233-73.

çıkan tüm masrafların işverence karşılanacağı¹⁷⁰ (m.11) gibi hükümlere yer verilmiştir. Öte yandan sözleşmenin Türkçe olması, sözleşme taraflarının Türk olması, işçilerin mutad meskenlerinin Türkiye’de bulunması, işçilerin kazandıkları ücreti Türkiye’de harcadığı ve davaların Türk mahkemelerinde açılması gerekçesiyle de Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olduğu sonucuna varılabilecektir¹⁷¹. Çalışmamızın bu başlığı altında Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde hukuk seçiminin yapılmamış olduğu konular bakımından bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda uygulama açısından önem taşıyan, iş sözleşmesinin türüne uygulanacak hukukun tespiti ve sözleşmenin sona ermesine bağlı alacaklara (özellikle kıdem tazminatına) uygulanacak hukukun tespiti konularına yer verilmekle yetinilmiştir.

2. Sözleşmenin Belirli/Belirsiz Süreli Olması

Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 5. maddesinde, bu Sözleşme’nin belirli süreli ya da belirsiz süreli olarak kurulabilmesine imkân tanınmış¹⁷², ancak sözleşmenin türü konusunun çalışılan ülke hukukuna göre belirleneceğine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu maddedeki hukuk seçimi klozu sözleşmenin bildirimsiz feshedilme sebeplerine ilişkin (m.5/son) olarak getirilmiştir. Hiç şüphesiz, sözleşmenin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğunun doğru bir biçimde belirlenmesi, sözleşmenin sona ermesine bağlanan sonuçlar bakımından son derece önemlidir. Örneğin Türk hukukunda belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi hâlinde, işçi iş sözleşmesinin en önemli alacak kalemlerinden olan kıdem tazminatına hak kazanamamaktadır. Görüşümüze göre, Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde sözleşmenin türü konusu m.16 uyarınca sözleşme maddelerinde çalışılan ülke

¹⁷⁰ Yurt Dışı Hizmet Akdi m. 11/2’de, yabancı firmalar ile yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş bulunan Türk firmalar ve yabancı statüde kurulmuş adi ortaklıkların Türk ortaklarından, bu maddede yer alan hükümlerin yerine getirilmesinin istenilemeyeceği belirtilmiştir.

¹⁷¹ Özel, *Yurt Dışı Hizmet Akitleri*, 394. Belirtelim ki Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi’nin direnme kararında da, yurt dışına götürülen davacı işçinin izinlerini Türkiye’de kullandığı, yerleşim yerinin ve sosyal çevresinin Türkiye olduğu, kazandığı ücretini Türkiye’de harcadığı, Türkiye’nin sosyal güvence sistemi içinde yer aldığı gibi bilgilere yer verilmiştir, bakınız Ankara BAM 7. HD, E.2020/3003, K.2021/410, 18.02.2021, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.03.2024).

¹⁷² Yurt Dışı Hizmet Akdi matbu formunda; taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılacak olması durumunda, belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin ifadelerin; belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılması durumunda ise belirli süreli iş sözleşmesine yönelik ifadelerin üzerinin çizilmesi veya sözleşmeden çıkarılması gerektiğine yer verilmiştir.

mevzuatının geçerli olduğu konular arasında yer almadığından, sözleşmenin türüne uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kurallarının uygulanması gerekecektir. Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk, MÖHUK m.27/2 gereği işçinin mutad işyeri hukuku olacak ise de, somut olayın tüm özellikleri dikkate alındığında m.27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili hukuk olan Türk hukukunun uygulanabilmesi de mümkün olabilecektir. Hâkimin, sözleşmenin türü konusunda (Yurt Dışı Akdi'nin sona ermesine bağlanan sonuçları da gözeterek) işçinin daha lehine hükümler içermesi hâlinde Türk hukukunu¹⁷³ uygulamak konusunda takdir hakkını kullanabileceği kanaatindeyiz¹⁷⁴.

3. Sözleşmenin Sona Ermesine Bağlı Haklar

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından bildirimsiz feshinin çalışma mevzuatı bulunan ülkelerde bu ülke mevzuatına göre, bulunmayan ülkelerde ise İş Kanunu m.24 ve 25'e göre yapılması gerekmektedir. Çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz üzere, madde içeriğindeki hukuk seçimi yalnızca bildirimsiz fesih

¹⁷³ İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi objektif bir nedenin varlığına bağlanmış olduğundan yalnızca tarafların sürenin belirli olması konusunda anlaşmaları yeterli görülmemektedir. Belirli süreli olarak imzalanan iş sözleşmesinin kurulması objektif bir nedene dayandırılmadığı takdirde, sözleşmenin belirsiz süreli sayılması gerekmektedir. Objektif (esaslı) bir sebebin varlığı hâlinde, yeniden belirli süreli sözleşme imzalanabilmektedir ancak objektif (esaslı) bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmesi birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamamaktadır. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceği öngörülmüştür. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda ise belirli süreli sözleşmenin ilk defa yapılmasında objektif bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. TBK m.430/2'da belirli süreli sözleşmenin, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde ise üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabileceği öngörülmüştür.

¹⁷⁴ Öğretide Akyiğit'e göre ise, işçi yurt dışına çalışmak üzere götürüldüğünde tarafların Türk hukukunu seçmeleri dışında ve belirli yasal müdahaleler haricinde Türk hukuku uygulanmamalıdır. Akyiğit'e göre, belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin getirilen kurallar, devletin sosyal-ekonomik, kültürel tercihi amacıyla getirilmediğinden, MÖHUK m.6 anlamında doğrudan uygulanan kural niteliği taşımazlar. Yine yazara göre, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ulusal iş mevzuatımızdaki hükümler arasında dahi bir birlik bulunmamaktadır ve bu durum herhangi bir kamu düzenine aykırılık yahut kamu düzeninin ihlali olarak görülmemiştir. Bu yönde bakınız Akyiğit, "Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşleri," 96-8.

sebeplerine ilişkin olup sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan işçilik alacakları bakımından hukuk seçiminde bulunulmamıştır¹⁷⁵. İş sözleşmesinin sona ermesine bağlı sonuçlar ve özellikle kıdem tazminatı konusu, m.16 kapsamında sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğu konular arasında olmadığından, uygulanacak hukukun MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kurallarına göre tespit edilmesi gerektiği görüşünderiz¹⁷⁶. Böylelikle MÖHUK m.27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili hukuk olan Türk hukukunun uygulanabilmesi de mümkün hale gelecek ve çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçinin Türk hukukunda sahip olabileceği en önemli alacak kalemlerinden olan kıdem tazminatından mahrum kalmaması sağlanabilecektir. Gerçekten İŞKUR tarafından hazırlanan ve onaylanan sözleşmeler ile yurt dışına götürülen Türk işçilerinin, Türk hukukundaki kıdem tazminatı haklarından mahrum bırakılmasının amaçlandığı yönünde bir sonuca varılmaması gerekir. Kıdem tazminatı çalışılan ülke hukukunda düzenlenmekte ise, Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olarak işçinin daha lehine olup olmadığı belirlenmeli; eğer yabancı ülke mevzuatında kıdem tazminatına hiç yer verilmemişse, m.27/4

¹⁷⁵ Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde iş sözleşmesinin sona ermesi ile bağlantılı olarak yalnızca m.13'te bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak söz konusu düzenleme iş sözleşmesinin sona ermesinden doğan işçilik alacaklarına değil, işin yurt dışında yürütülmesine bağlı olarak ortaya çıkan bazı masraf kalemlerinin kim tarafından üstlenileceğine ilişkindir. Buna göre, iş düzeni ve disiplinine aykırı davranışları suretiyle işverene kasten zarar vermesi nedeniyle işçinin işine son verildiğinde veya sözleşme süresi dolmadan haklı nedeni olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi hâlinde gidiş yol, vize ve oturma izni masrafları işçiden tahsil edilecektir. Buna karşılık, işverenin sözleşmenin üçüncü maddesinde belirtilen belge içeriğinde açıklanan koşullardan farklı uygulamalarda bulunması nedeniyle işçi sözleşmeyi feshederse, işçinin dönüş yol parası işverence karşılanacaktır.

¹⁷⁶ Milletlerarası özel hukuk öğretisinde, söz konusu tip sözleşmede düzenlenmeyen kıdem tazminatı, zamanaşımı gibi konularda çıkan uyuşmazlıkların MÖHUK m.27/2 uyarınca işçinin işini mutad olarak yaptığı yabancı ülke hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca, söz konusu tip sözleşme ile Türk hukukuna tâbi kılınan konular; yalnızca sözleşme ile iş yeri hukukuna tâbi kılınmasına rağmen iş yeri ülkesinde çalışma mevzuatının bulunmaması nedeni ile boşlukta kalan konulardır ve tip sözleşmede düzenlenmeyen kıdem tazminatı, zamanaşımı gibi konularda çıkan uyuşmazlıkların MÖHUK m.27/2 uyarınca işçinin işini mutad olarak yaptığı yabancı ülke hukukuna göre çözümlenmesi gerekmektedir, bu yönde bakınız Şanlı, *Hukuki Mütealaalar*, 414, 419.

uyarınca daha sıkı ilişkili olan Türk hukuku uygulanarak işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmelidir¹⁷⁷.

Bu noktada, Türk iş hukukunda aynı işverenin farklı işyerlerinde çalışan işçiler bakımından (belirli şartların da gerçekleşmesi hâlinde) fasıllı hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasının taşıdığı önem üzerinde de durulması gerekir. Nitekim kıdem tazminatı alacağına hesabında aynı işveren nezdinde geçen fasıllı hizmetlerin birleştirilmesi müessesinin taşıdığı öneme 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararının Karşı Oy yazısında da dikkat çekildiği görülmektedir¹⁷⁸. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen somut uyuşmazlıkta davacı işçi aynı işveren nezdinde yurt dışı istihdam projelerinde farklı zamanlarda yapılan birbirinden bağımsız sözleşmeler ile istihdam edilmiştir. Kıdem tazminatına uygulanacak hukuk Türk hukuku olarak kabul edildiğinde; (bu kuruma özgü şartların da gerçekleşmesi hâlinde) aynı işveren nezdindeki fasıllı çalışmaların birleştirilmesi suretiyle hesaplama yapılabilecektir.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir husus, kıdem tazminatına uygulanacak zamanaşımı süresinin belirlenmesidir. MÖHUK m.8'de zamanaşımının, hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbi olduğu düzenlenmiştir. Yukarıda da yer verdiğimiz üzere Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde kıdem tazminatı konusunda bir hukuk seçimi bulunmadığından,

¹⁷⁷ Öğretide Akyiğit'e göre, Türk işverenlerce yabancı ülkedeki işyerlerinde çalıştırdıkları Türk işçileriyle aralarında çıkacak uyuşmazlıklarda Türk hukukunun uygulanması ancak belirli hallerde mümkündür, bakınız Akyiğit, "Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşleri," 95. Yazara göre Türk hukukunda tüm işçilerin kıdem tazminatına hak kazanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, yabancı hukukta kıdem tazminatına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması halinde dahi bu durumun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülemeyecektir. Ayrıca kıdem tazminatının doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu da kabul edilmemelidir, bu görüşler için bakınız Akyiğit, "Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşleri," 94-9.

¹⁷⁸ "...En önemlisi de yürürlükte olan 1475 sayılı İK. 'un 14/2 maddesi uyarınca "İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasıllarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır." Somut uyuşmazlıkta davacı birden yabancı ülkede çalışmış, Özel Daire Libya'daki çalışmada Türk hukukunu, sözleşmeler uyarınca ilk dönem ise çalışmada Rusya Hukukunun, son dönem ise Umman hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir. Peki o zaman işçinin kıdem birleştirmesi hangi hukuka göre yapılacaktır? Çoğunluk görüşüne göre bu olanaklı değildir. Bu durumda da davacı işçiye asgarî bir koruma getirilmemiştir. Kıdem birleştirilmesi hükmü doğrudan uygulanan bir kuraldır. Burada Türk hukukunun uygulanacağı da açıktır..." , Y. HGK, E.2022/873, K.2023/424, 10.05.2023, (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 20.02.2024).

uygulanacak hukukun MÖHUK m.27'deki objektif bağlama kurallarına göre tayin edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede MÖHUK m.27/4 uyarınca hâkim, çalışılan ülke hukukunda konuya ilişkin hiçbir düzenleme olmaması veya düzenleme olmakla birlikte Türk hukukuna göre işçinin daha aleyhine bir sonuç doğması hâlinde, Türk hukukunu uygulama imkânına sahiptir. Kıdem tazminatına Türk hukuku uygulandığında, zamanaşımı süresinin de Türk hukukuna göre belirlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, somut olay bakımından hâkim tarafından yapılan değerlendirmede mutad işyeri hukukunun uygulanmasının işçinin daha lehine olacağı sonucuna da varılabilir. Böyle bir durumda zamanaşımı süresi de, MÖHUK m.8 gereğince çalışılan ülke hukukuna göre belirlenecek ancak yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı görüldüğü hâllerde zamanaşımı süresine kamu düzeni müdahalesinde bulunulması da gündeme gelebilecektir.

SONUÇ

İŞKUR aracılığıyla çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçiler ile işverenleri arasında, Kurum'un hazırladığı matbu iş sözleşmeleri kullanılmaktadır ve bu sözleşmelerin taraflarca imzalandıktan sonra Kurum tarafından da onaylanması gerektiği öngörülmüştür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2020 yılının sonuna kadar bu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk hukukunun uygulanması gerektiğini kabul etmiş ise de, bu yaklaşımı öğretide hukuk seçiminin göz ardı edildiği gerekçesi ile ciddi eleştiriler ile karşılaşmıştır. 9. Hukuk Dairesi 2020 yılının sonundan itibaren verdiği kararlarında hukuk seçimi yapılmış olması nedeni ile Türk hukukunun uygulanmaması gerektiği yönünde karar vermeye başlamış ise de, Bölge Adliye Mahkemeleri uygulanacak hukuk konusundaki yerleşik içtihadattan dönen Yüksek Mahkeme kararlarına direnmişlerdir. Uyuşmazlık konusu Hukuk Genel Kurulu'na taşınmış, Kurul 2023 tarihli oy çokluğu ile verdiği kararında, yabancı hukuk seçiminin geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Katıldığımız görüşe göre de, Yüksek Mahkeme'nin iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesine dayanarak ve kamu düzeni kavramını da dikkate alarak Türk hukukunun uygulanması gerektiğine işaret ettiği içtihadından dönmesi yerinde olmuştur. Gerçekten her ne kadar mahkemelerce Türk hukukunu uygulama eğiliminin gerekçesi zayıf tarafın korunması düşüncesinden kaynaklanmakta ise de; sübjektif ya da objektif bağlama kuralı dikkate alınmaksızın doğrudan Türk hukukunun

uygulanmasının işçinin aleyhine bir durum yaratabileceği gerçeğinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹⁷⁹.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk konusu MÖHUK m.27’de özel bir hükümle düzenlenmiş olup MÖHUK m.27/1 uyarınca iş sözleşmesi taraflarının hukuk seçiminde bulunmaları mümkündür. Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde yer verilen hukuk seçimi klozlarına değer verilerek soyut gerekçelerle Türk hukukunun uygulanmasından vazgeçilmesi olumlu bir gelişme ise de, bu sözleşmedeki hukuk seçimi klozunun tipik bir hukuk seçimi klozu olmadığına da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 16. maddesinin kaleme alınış biçimi, hukuk seçiminin “sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğu hususlara” özgülendiğini göstermektedir. Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin maddelerinde pek çok konuda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiş, çalışılan ülke hukukunda bu konularda düzenleme bulunmaması hâlinde ise Türk hukukunun uygulanacağına yer verilmiştir. Sözleşmede çalışma süreleri, hafta tatili gibi çalışılan ülke hukukunun seçildiği konular genel olarak çalışılan ülkedeki iş düzenine uyum sağlanması amacıyla hizmet eder niteliktedir. Gerçekten çalışılan ülkedeki işverenin Türkiye’den gelen işçilere farklı bir çalışma düzeni oluşturması değil, Türk işçilerin oradaki çalışma düzenine uyması doğal olarak beklenmektedir.

Bununla birlikte Yurt Dışı Hizmet Akdi’nde hukuk seçiminin yapılmamış olduğu konular da bulunmaktadır. Bu bakımdan örneğin Türk iş hukukunun en önemli alacak kalemlerinden kıdem tazminatı konusunda, Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olacağı belirtilmemiştir. Görüşümüze göre, Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 16. maddesindeki hukuk seçimi klozunun özel ifade tarzı, sözleşmede düzenlenmeyen konularda hukuk seçimi yapılmadığı yönünde bir yoruma izin vermektedir. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda ise, uygulanacak hukukun MÖHUK m.27’deki objektif bağlama kuralı vasıtasıyla tespit edilmesi gerekecektir. Bu noktada önemle eklemek gerekir ki, MÖHUK m.27 uygulanırken işçinin lehine olması kaydıyla, mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun uygulanması da söz konusu olabilecektir. Gerçekten Kurumca hazırlanan bu sözleşme ile yurt dışına götürülen Türk işçilerinin sözleşmelerinin sona ermesi konusunda, Türk hukukunda sahip olacakları haklardan mahrum bırakılmaları amacının

¹⁷⁹ Erten, “Uygulanacak Hukuk,” 252.

taşınmış olduğu düşünülmemeli, Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere Yurt Dışı Hizmet Akdi ile bir anlamda yurt dışına götürülen işçilere asgarî bir koruma sağlanmasının amaçlandığı kabul edilmelidir. Esasında Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin yorum denetimi de bu yönde işçinin lehine bir yorum yapılmasına imkân tanımaktadır. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde hukuk seçimi klozunun genel işlem koşulları arasında yer alması, bu klozun genel işlem koşulları denetimine tâbi tutulmasını gerektirmektedir. İşçinin korunabilmesi amacına hizmet edebilecek olan yorum denetimi (TBK m.23), genel işlem koşullarında yer alan hükmün açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama gelmekte ise, işçi lehine yorumlanabilmesine imkân vermektedir.

Belirtelim ki, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nden doğan bir uyuşmazlık konusuna yabancı hukukun uygulanacağı sonucuna varıldığında, uygulanacak hukukun ortaya çıkardığı sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmayacak, gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m.5). Bu anlamda zamanaşımı süreleri sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi kılınmış ise de, öğretide de belirtildiği gibi Türk hukukuna göre çok kısa bir zamanaşımı süresi öngören yabancı hukuka kamu düzeni müdahalesi yapılabilmesi de mümkündür.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme'nin yurt dışına götürülen Türk işçilerinin bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarında soyut gerekçeler ile Türk hukukunu uygulamaktan vazgeçmesi isabetli olmuştur. İşçinin korunması gerektiği düşüncesinin MÖHUK kurallarının uygulanmaması için bir gerekçe olamayacağı şüphesiz ise de, MÖHUK kuralları uygulanırken de işçinin korunmasına duyulan ihtiyacın göz ardı edilmemesi gerekir. Çalışmamızda vardığımız sonuca göre; milletlerarası özel hukuk kurallarının çizdiği sınırlar içerisinde işçinin korunma ihtiyacının gözetildiği bir yol benimsenmesi mümkündür. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde hukuk seçimi bulunmayan hususlar da olduğu kabul edilerek, bu hususlarda en sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun (işçinin daha lehine olması hâlinde) uygulanabilme ihtimalinin bulunduğu da dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, Ayşe Ledün. *İş İlişkilerinde İmkânsızlık*. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Akyiğit, Ercan. “Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerinde Türk İşçisi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi.” İçinde *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları*, INTES, 88-103. Erişim tarihi: 20.02.2024, <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/intes-cak-ic.pdf>.
- Alp, Mustafa. “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi.” İçinde *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2019-2020*, 11-146. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Altop, Atilla. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi.” İçinde *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, 254-260. İstanbul: 2007.
- Altıntaş, Volkan. “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi.” *Sicil*, no. 50 (2023): 175-206.
- Arslan, İlyas. “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 33, no.2 (2013):1-41.
- Atamer, Yeşim M. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. İstanbul: Beta, 2001.
- Atamer, Yeşim. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak.” İçinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu - 8 Nisan 2011*, Ed. Başak Şit, 9-73. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012.
- Aydın, Ufuk. “Yurtdışına Götürülen Türk İşçilerinin Sosyal Güvenliği.” İçinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, Ed. Vahit Doğan, 233-73. Ankara: Yetkin, 2023.
- Aygül, Musa ve Canan Erdoğan. “Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 7, no. 2 (2022): 753-88.

- Aygül, Musa. "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilâfları İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi." İçinde *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 7-8 Aralık 2017 Ankara, Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl, 497-514 Ankara: Adalet, 2018.
- Bayata Canyaş, Aslı. "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1, (2011) 110-21.
- Baycık, Gaye. "Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk." İçinde *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları*, INTES, 104-23. Erişim tarihi: 20.02.2024, <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/intes-cak-ic.pdf>.
- Baycık, Gaye. "Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık." *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14, no 2 (2023): 55-69.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz ve Beste Gemici Filiz. "Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi." İçinde *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no 1 (Özel Sayı-Ocak 2016): 593-619.
- Civan, Orhan Ersun. *Genel İş Koşulları*. İstanbul: Beta 2015.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2023.
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2021.
- Demir Gökyayla, Cemile ve Çiğdem Soysal Tetikol. "Milletlerarası Özel Hukukta İş Uyuşmazlıklarında Kamu Düzeni." İçinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, Ed. Vahit Doğan, 209-32. Ankara: Yetkin, 2023.
- Demirkol, Berk. "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması." *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 2 (2020): 1313-50.
- Doğan Yenisey, Kübra. "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış." İçinde *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, Ed. Süleyman Başterzi, 33-82. İstanbul: Beta, 2011.
- Doğan, Vahit. "Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tesbiti." İçinde *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, ed. Vahit Doğan, 47-90. Ankara: Yetkin, 2023.

- Doğan, Vahit. “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2007): 147-64.
- Doğan, Vahit. *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*. Ankara: Yetkin, 1996.
- Doğan, Vahit. “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 15, no.1-2 (1995) 21-42.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Ekşi, Nuray. “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk.” *İçinde Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan*, 116-148. İstanbul: Beta, 1997.
- Elçin, Doğa. “Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Zamanaşımı.” *İçinde Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, Ed. Vahit Doğan, 193-208. Ankara: Yetkin, 2023.
- Elçin, Doğa. *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Adalet, 2012.
- Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha, 2010.
- Erten, Rifat. “Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye’de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri.” *İçinde Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan*, Ed. Mehmet Özdamar et al., 213-55. Ankara: Yetkin, 2022.
- Erten, Rifat. “İŞKUR Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdinin Değerlendirilmesi.” *İçinde Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar*, Ed. Vahit Doğan, 91-114. Ankara: Yetkin, 2023.
- Giray, Faruk Kerem. *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı*. İstanbul: Beta, 2020.
- Güngör, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Gürsel, İlke. “Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk-Yargıtay Karar İncelemesi.” *Sicil* 2, no. 46, (Aralık 2021) 155-88.
- Güzel, Ali ve Deniz Ugan Çatalkaya. “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine.” *İçinde Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan*, Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, no.1 (Özel Sayı-2014) 17-66.

Heper, Hande. *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*. İstanbul: Seçkin, 2022.

İste Arlanoglu, Cansu. *Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha, 2021.

Kafa Karakaya, Kudsiye Nazlı. *Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Adalet, 2020.

Keskin, Hilal Akmaral. *İş Hukukunda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre*. İstanbul: On İki Levha, 2020.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*. Ankara: Lykeion, 2022.

Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.

Özel, Sibel. "Yurt Dışı Hizmet Akitlerine Uygulanacak Hukuk." *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 1 (2023): 371-408.

Özel, Sibel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: On İki Levha, 2023.

Özgenç, Zeynep. "Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği." İçinde *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, Ed. Zeynep Derya Tarman, 389-433. İstanbul: On İki Levha, 2018.

Pürselim Arning, Hatice Selin. *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha, 2022.

Süzek, Sarper. "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları." *Sicil* 4, no. 24 (Aralık 2011): 5-12.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.

Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2023.

Şanlı, Cemal. *Hukuki Mütalaalarım*. Ankara: Adalet, 2016.

Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*. İstanbul: Vedat, 2020.

Vural Çelenk, Belkıs. "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti Ve Uygulanması." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 1 (2017) 277-96.

YARGITAY KARARLARINDA MİRASÇILARIN MİRAS HAKKINI KONU ETTİĞİ İŞLEMLERİN NİTELENDİRİLMESİ SORUNU

*The Problem of the Qualification of Transactions Concerning Heirs'
Right in the Decisions of the Court of Cassation*

Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK*

Öz

Mirasın açılmasından önce miras payı, alelade bir beklentiden ibarettir. Hukuka uygunluğu “ahlaka aykırılık” düzeyinde farklı hukuk düzenlerinde tartışma konusu edilse de Türk hukukunda açılmamış miras payının “devri” mümkündür. Muhtemel miras payının konu edildiği hukukî işlemler, devirle de sınırlı değildir. Ayrıca muhtemel mirasçı, miras payından feragat edebilir. Mirasın açılmasının ardından yine miras payının devrine ve paylaşma esaslarının belirlenmesine dair ayrı bir hukukî rejim öngörülmüştür. Bu çalışmanın konusu, Yargıtay kararlarındaki miras hakkına yönelik gerçekleştirilen bu nevi hukukî işlemlere yaklaşımın ortaya konulmasıdır.

Miras hukukunun kendisine özgü bir hukukî rejimi mevcuttur. Sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesiyle sınırlandırılmış bu özgün hukukî işlem rejimindeki uyumsuzlukların da sonuçları itibarıyla özellikli olması kaçınılmazdır. Ancak yargı kararlarında miras hakkının konu edildiği hukukî işlemlerin sınıflandırılmasında kanuni çizgilerin aşıldığı görülmektedir. Hukuki nitelendirmedeki aksaklıkların işlemin tabi olduğu hükümlerin belirlenmesine sirayetiyse kaçınılmazdır. Bu çalışmada Yargıtay kararlarında miras hakkının konu edildiği hukukî işlemlerin nitelendirilmesi sorunu ele alınmıştır. Bu

Makalenin Geliş Tarihi: 26.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.07.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: eba@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4856-9733.

bağlamda miras payını konu edinen hukukî işlemlerin nasıl nitelendirildiği ve nasıl nitelendirmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Açılmamış Miras Payının Devri, Mirastan Feragat, Açılmış Miras Payının Devri, Mirasın Paylaşılması, Mirasçılık Sıfatı.

Abstract

Prior to the opening of the estate, the purpart of the heir is a common expectation. Although its legality is debated at the level of “immorality” in different legal systems, it is possible to “assign” the unopened-purpart in Turkish law. In addition, the future heir may also renounce his purpart. After the opening of the inheritance, a separate legal regime is provided for the assignment of purpart. The subject of this study is the approach of the decisions of the Court of Cassation to such legal transactions concerning the purpart.

The law of inheritance has its own specific legal regime. It is inevitable that the disputes in this unique regime of legal transactions, which is limited by the “*numerus clausus*”, are also characterised by their consequences. However, judicial decisions reveal that the legal boundaries are exceeded in the classification of legal transactions to which the purpart is subject. The determination of the provisions governing the transaction will inevitably reflect the deficiencies in the legal characterisation. The purpose of this study is to address the problem of the characterisation of legal transactions involving purpart in the light of the Court of Cassation’s decisions.

Keywords: Assignment of Unopened-purpart, Renunciation of Inheritance, Assignment of Opened-purpart, Portion of the Inheritance, Heirship Title.

Giriş

Her hukukî işlem bakımından olduğu gibi sözleşmelerde de (hukukî) nitelendirme öncelikli hukukî sorundur. İşlemin tarafları, bu ilişkiyi “isimlendirmeyi ihmal etmeseler” de bir sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi, taraf iradelerinin dışındadır¹. Taraflar sözleşmeyi (yahut işlemi) ne şekilde

¹ Halil Akkanat, *Medeni Hukukun Uygulanmasında Yöntem* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024), 213.

isimlendirmiş olursa olsun sözleşmenin nitelendirilmesi hâkimin görevidir². Hâkim, sözleşmenin niteliğini; sözleşmenin taraflarca ne şekilde isimlendirildiğine göre değil içeriğine bakarak belirler (HMK m. 33)³. Şüphesiz tarafların isimlendirmesi yahut nitelendirmesi de önemlidir; ancak tek başına yeterli değildir. Önemli olan sözleşmedeki karakteristik edimlerin ne olduğudur. Bu sebeple de taraflarca yapılan nitelendirme, içerikte yer verilen karakteristik edimlerle örtüştüğünde hukuken anlamlıdır.

Kararlaştırılan asli edim yükümlülükleriyle sözleşmeye verilen isim, o sözleşme “tipiyle” benzer veya aynıysa ilgili sözleşmenin tabi olduğu hükümler, mevcut sözleşme bakımından uygulanacaktır⁴. Nitekim TBK m. 19/1’e göre: “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas*” alınır⁵.

Miras hukuku alanındaki sözleşmeler de nihai olarak hâkim tarafından sözleşme taraflarının iradesi esas alarak nitelendirilecektir⁶. Bununla birlikte

² Akkanat, *Yöntem*, 213.

³ Necip Kocayusufpaşoğlu, *Borçlar Hukuku-Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 340.

⁴ Jörg Schmid, Hubert Stöckli ve Frederic Krauskopf, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2021), 11, N. 73. Tarafların yedek hukuk kurallarının aksine bir düzenleme kabul etmesi de mümkün ve geçerli olduğundan; nitelendirme, uygulanacak hükümlerin mutlak suretle kanunî düzen olduğu sonucunu beraberinde getirmez.

⁵ Nitekim örneğin mirasçıların “karşılıklı feragat” olarak miras paylarına yönelik açıkladıkları irade hem ilk derece mahkemesi hem de Yargıtay tarafından işlem taraflarının ortak ve gerçek iradeleri gözetilerek “miras payının devri” olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Y. 7. HD, E.2022/3661, K.2022/8017, 26.12.2022, (Kazancı).

⁶ Aynı yönde bkz. Y. 8. HD, E.2013/12650, K.2014/4220, 13.03.2014; Y. 14. HD, E.2015/11291, K.2015/9565, 02.11.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Yargıtay son zikredilen kararında, pay devri sözleşmesinin adi yazılı şekilde kurulduktan sonra mirasçılar arasında dikkate alınmaksızın paylaşırmanın gerçekleştirilmesi durumunda bu sözleşmeye dayanan ifa talebinin hukukî himaye görmeyeceğine de hükmetmiştir. Aynı yönde ayrıca bkz. “...TMK'nun 677. maddesine göre miras payının devri hususunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmeler yazılı olmak koşuluyla geçerli ise de, yazılı pay devrinden sonra2000 tarihinde bizzat tapu sicil memuru huzurunda ortak muristen gelen dava konusu taşınmazlar paylı mülkiyet şeklinde tapuya tescil edildiğinden taraflar

miras hukuku alanında irade beyanının içeriğinin belirlenmesinin özellikli ve önemli hukukî sonuçları vardır. Borçlar hukukunun aksine sözleşme serbestisi değil sıkı şekil kuralları ve sınırlı sayı ilkesine tabi miras hukuku ilişkilerinde nitelendirme; işlemin hüküm ve sonuç doğurması bakımından esaslı önemi haizdir⁷.

Bu çalışma kapsamında Yargıtay'ın mirasçılarının miras haklarına yönelik gerçekleştirdiği hukukî işlemlere yaklaşımı ele alınacaktır. Bu çerçevede: (1) öncelikle mirastan feragat, miras payının devri ve paylaşma sözleşmesine dair iradelerin birbirinden ayrılmasını kolaylaştırabilmek adına kanun hükümleri çerçevesinde zikredilen işlemler tanımlanmaya gayret edilecektir. (2) Akabinde miras payını konu edildiği hukukî işlemlerin nitelendirilmesi sorununa Yargıtay'ın yaklaşımı değerlendirilecektir.

I. Miras Hukuku İlişkilerinin Nitelendirilmesi

A. Sınırların Belirginleştirilmesi: Miras Hakkına Yönelik Hukukî İşlemlerin Tasnifi

Mirasçılarının miras paylarını konu ettiği hukukî işlemler arasında akla ilk gelen miras payının devridir. Buna ek olarak miras sözleşmesinin “olumsuz” olarak isimlendirilen ikinci türü olan mirastan feragat sözleşmesi de mirasçının açılmamış miras payına yönelik sağlararası “tasarruflarından⁸” biridir. Yine paylaşma sözleşmeleri de hem sayılan hukukî işlemlerle ilişkisi hem de terekedeki hak sahipliği ve dolayısıyla miras payına etkisi gözetildiğinde kapsamı ve hukukî sonuçları bakımından değerlendirilmelidir.

arasındaki pay devri sözleşmesine dayanarak tapu iptali ve tescil istenemez. [Y. 14. HD, E.2015/11291, K.2015/9565, 02.11.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)].

⁷ Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980), II vd.; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 94 vd.; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), N. 235 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 96-97; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt IV-Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 34.

⁸ Buradaki tasarruf kavramı, tasarruf işlemi değil, hukukî işlemi ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman, *Miras*, 94; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yıldız, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 35; Kılıçoğlu, *Miras*, 92; Yılmaz, *Miras*, 33.

Bu çerçevede zikredilen her bir işlemin tanımı, kurulması, hüküm ve sonuçları ayrı monografik eserlerin konusunu oluşturabilecek kapsamdadır. Aşağıda ise hukukî nitelendirmeye katkı sunabilmek maksadıyla miras payının devri, mirastan feragat ve paylaşma sözleşmesi birbiriyle ilişkileri gözetilerek tanımlanıp sözleşmelerin birbirinden farklarına odaklanılacaktır. Takip eden bölümse (II.) konu özelinde -ilgili hukuki işlemlerin birbirinden ayrılması- seçilmiş yargı kararlarındaki hukukî sorunlardan oluşmaktadır. Bu sebeple işlemler, aşağıda “tarafı”⁹ esas alınarak ayrı başlıklar kapsamında tanımlanacaktır. Ayrıca işlemin hukukî sonuçlarıyla işlemin geçerlilik unsurları ve bu unsurlardaki aksaklıkların (örneğin şekle aykırılık) hukukî işleme etkisi sorunlarına değinilecektir.

B. Mirasçının Mirasbırakanın İradesini Gerektiren Hukukî İşlemleri

1. Mirastan Feragat Sözleşmesi

Mirastan feragat, miras sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiştir (TMK m. 528)¹⁰. Maddî anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olan mirastan feragat aynı zamanda “bağlayıcı” olarak nitelendirilen şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların da (miras sözleşmesi) bir türüdür¹¹. Mirastan feragat iki taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur ki bununla mirasbırakanla işlemin karşı tarafı, mirasbırakanın terekesi üzerinde ileride doğacak olan mirasçılık hakkından feragat konusunda anlaşır¹². Mirastan feragat, ilgili işlemle ölüme

⁹ Hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması için gerekli irade beyanı esas alınarak taraf sayısı belirlenmektedir. Ayrıca bkz. Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), N. 1114. Açılmamış miras payının devrinde “katılım” ile kastedilenin ne olduğu, “katılım ve izin birbiriyle ilişkisi”, mirasbırakanın bu iradesinin işlem ve işlemin taraf sayısına etkisi tartışmalıysa da (bkz. I./B./2.) ilgili ilişki bütünlüğün korunması adına “mirasbırakanla” gerçekleştirilen işlemler başlığı altında incelenecektir. Bu yönüyle mirasbırakanla gerçekleştirilen işlemler, mirasbırakanın da iradesine ihtiyaç duyulan hukukî ilişkileri de kapsamına alacak şekilde tasarlanmıştır.

¹⁰ Mirastan feragat sözleşmesi, miras sözleşmeleri üst başlığında olumlu miras sözleşmesiyle birlikte düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinin yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Dural ve Öz, *Miras*, N. 479.

¹¹ Dural, *Miras Sözleşmeleri*, 43 vd.

¹² Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987), 300 vd.; Oğuzman, *Miras*, 133; Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*

bağlı tasarrufta bulunduğu kabul edilen mirasbırakanla mirasbırakanın müstakbel mirasçısı¹³ arasındadır¹⁴. Bir diğer ifadeyle mirastan feragat, mirasbırakanın sağlığında gerçekleştirilen ve fakat mirasçının müstakbel miras payı üzerinde etkisini gösteren bir hukukî işlemdir. Mirastan feragat eden mirasçı, feragati oranında mirasçılık sıfatını kaybeder¹⁵. Böylece mirasçı

(İstanbul: Alkım Yayınevi, 1999), 28 vd.; Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021), 189; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Miras Hukuku* (Ankara: Adalet, 2023), 167; Dural ve Öz, *Miras*, N. 485; Yılmaz, *Miras*, 93; Peter Weimar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, *BK-Berner Kommentar*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2009), ZGB Art. 495, N. 1; Stephanie Hrubesch-Millauer, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* ed. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (Zurich: Schulthess, 2023), ZGB Art. 495, N. 1.

¹³ Levent Bıçakçı, *Mirastan Feragat Sözleşmesi* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1999), 44 vd.; Mirastan feragat, saklı paylı mirasçıyla gerçekleştirildiği takdirde mirasbırakanın tasarruf oranına etki edeceğine işaret edilmekle birlikte diğer yasal mirasçıların da işlemin tarafı olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, 301; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2022), 198; Dural ve Öz, *Miras*, N. 888; Şirin Aydıncık-Midyat, “Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?,” *İMİHD* 8, S. 1 (Mart 2023): 214; Yılmaz, *Miras*, 93. Her iki tarafın da “karşılıklı olarak birbirinin mirasından feragat etmelerine bir engel olmadığı” yönünde bkz. Kılıçoğlu, *Miras*, 152.

¹⁴ Yargıtay da işleme mirasbırakanın taraf olmadığını göz önünde bulundurarak tarafların ilgili işleme dair nitelendirmesi mirastan feragat olmasına rağmen işlemin bu nitelikte olmadığına karar vermiştir. Buna göre “...Taraflar arasındaki sözleşme mirastan feragat sözleşmesi olarak adlandırılmıştır. HUMK.nun 74 ve 76. maddeleri uyarınca olayları bildirmek taraflara hukuki nitelime hakime aittir. TMK.nun 528. maddesine göre miras bırakan bir mirasçısıyla karşılıksız veya bir karşılık sağlayarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir. Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder. Somut olayda mirasçı ile muris arasında düzenlenen bir sözleşme bulunmadığından dayanak sözleşme murisin ölümünden sonra kalan mirasçılar arasındaki miras payının devri (TMK'nun 677. maddesi) niteliğindedir.” Bkz. Y. 8. HD., E.2013/12650, K.2014/4220, 13.03.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁵ Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (İstanbul: Seçkin, 2022), 390; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 254; Fikret Eren ve İpek Yücer Akıntürk, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 194; CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB Art. 495, N. 6; Yargıtay, mirastan feragatin etkisinin de mirasçılık belgesinde gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre: “...mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirastan feragat durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi, mirastan feragat

olmaya bağlı hukukî sonuçlar -terekedeki değerler üzerindeki hak sahipliği ve borçlardan sorumluluk- feragat eden mirasçı bakımından feragat oranında doğmaz¹⁶.

Mirastan feragat, mirasbırakanın tasarruf oranına sağ olduğu zaman dilimindeki etkisi sebebiyle atipik de olsa ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilir¹⁷. Böylece mirasbırakanın iradesiyle kanuni intikal prensiplerinden ayrılmış olunur¹⁸.

Mirastan feragatin ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesinin bu işlemin, sıhhat şartları başta olmak üzere tabi olduğu hükümler bakımından önemli hukukî sonuçları vardır¹⁹. Buna göre bir ölüme bağlı tasarruf olması sebebiyle mirastan feragat ancak miras sözleşmesi şeklinde gerçekleştirilebileceğinden; sözleşmenin geçerliliği resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmiş olmasına bağlıdır²⁰. Mirastan feragat sözleşmesinde şekle aykırılığın sonucu, TMK m. 557/b.4 uyarınca iptal edilebilirliktir²¹.

nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin de (kime kalacağıının) gösterilmesi gerekir.” [Y. 14. HD., E.2016/14194, K.2020/4229, 30.06.2020, (Lexpera)].

¹⁶ Serozan ve Engin, *Miras*, 390; Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 213.

¹⁷ Dural, *Miras Sözleşmeleri*, 43-44; Antalya, *Miras*, 61 vd.; Serozan ve Engin, *Miras*, 390; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt-I* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), N. 793; Dural ve Öz, *Miras*, N. 881; Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 213. Tartışma için ayrıca bkz. CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB Art. 495, N. 2; BK-Weimer, ZGB Art. 495, N. 2 vd.

¹⁸ Serozan ve Engin, *Miras*, 390; Dural ve Öz, *Miras*, N. 881.

¹⁹ Dural ve Öz, *Miras*, N. 881. Alman hukukunda mirastan feragatin miras sözleşmesi olarak nitelendirilmekle birlikte ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmediğine dair bkz. Dural, *Miras Sözleşmesi*, 44; Aksi görüş için bkz. Stefan Wegerhoff, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11: Erbrecht*, (München: C.H. Beck, 2022), BGB § 2346, N. 2-3; bu tartışma için ayrıca bkz. Martin Löhnig ve Philipp S. Fischinger, *Erbrecht* (München: C.H. Beck, 2022), N. 373-374.

²⁰ TMK m. 545/1; Y. İBK, E.1958/16, K.1959/14, 11.02.1959; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, N. 883. Mirastan sözleşmelerinin, şekil yönünden resmi vasiyetnameden farklı dair ayrıca bkz. TMK m. 545/2; Dural, *Miras Sözleşmeleri*, 88 vd.; Dural ve Öz, *Miras*, N. 520 vd.; Ali Naim İnan, Şeref Ertuş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 287.

²¹ Yargıtay İsviçre Federal Mahkemesinin de aynı görüşte olduğuna dikkat çekerek; mirastan feragat sözleşmesinin, mirastan feragat eden mirasçının alacaklılarının bu ölüme bağlı tasarrufu iptal davasına (TMK m. 557) konu edemeyeceği, İcra

Feragatin tabii olduğu kurallar, işlem müstakbel mirasçı bakımından sağlararası bir işlem olduğundan özelliğindedir²². Mirasbırakan yönünden bir ölüme bağlı tasarruf hükmünde olan bu işlem, ölüme bağlı tasarrufların hukukî rejimine tabidir (TMK m. 557/b.1)²³. Bunun aksine müstakbel mirasçı bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmadığından onun bakımından genel işlem ehliyetine dair esaslar uygulanacak ve işlemin bu yönüyle aksak olmasının hukukî sonuçları genel hükümlere göre belirlenecektir (TMK m. 15 vd.)²⁴.

Mirastan feragatin ivazlı yahut ivazsız olmak üzere iki türü bulunmaktadır. “İvazlı olma” sağlararası tasarrufta bulunan mirasçının, bu tasarrufuna karşılık mirasbırakanın sağlığında²⁵ ondan bir karşılık alması esas alınarak belirlenmektedir²⁶. Bu ayrımın hukukî sonucuysa feragatin etkisinde kendisini göstermektedir²⁷.

Mirastan feragat sözleşmesinin yahut miras sözleşmesinin şekli bakımından özellikli olan hususlardan biri de evlenme sözleşmesiyle aynı işlemde gerçekleştirilmesidir. Türk Medeni Kanunu’nda bu ihtimale dair özel bir hüküm bulunmaz²⁸. Ancak öğretide miras sözleşmesi için öngörülen

İflas Kanunu hükümlerine (İİK m. 277-284) başvurulması gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Y. 7. HD., E.2021/1317, K.2021/4202, 22.12.2021, (Lexpera).

²² Dural, *Miras Sözleşmeleri*, 68 vd.; Dural ve Öz, *Miras*, N. 884.

²³ Ehliyet yönünden kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hukukî işlem olması itibarıyla ve tabii olunan şekil kurallarının belirlenmesi ve şekle aykırılığın hukukî sonuçları bakımından ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kurallar uygulanacaktır. Dural ve Öz, *Miras*, N. 884 vd. Mirasbırakanın sağlığında TMK m. 504’e kıyasen her zaman ehliyetsizlik sebebiyle iptal davası açılabilceği yönünde bkz. Dural ve Öz, *Miras*, N. 510; Karş. Kocayusufoğlu, *Miras*, 145.

²⁴ Dural, *Miras Sözleşmeleri*, 74; Dural ve Öz, *Miras*, N. 507. Her iki taraf bakımından da hükümsüzlük türünün miras hukuku anlamında iptal edilebilirlik olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Paul Piötet, *Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht erster Halbband* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1978), 283; Görüşün eleştirisi için bkz. Dural, *Miras Sözleşmeleri*, 76-78.

²⁵ İsviçre Federal Mahkemesi’nin, ivazın ölüme bağlı kazandırma şeklinde de olabileceği yönündeki kararı ve bu karara yönelik değerlendirmeler için ayrıca bkz. CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB Art. 495, N. 2; BK-Weimer, ZGB Art. 495, N. 6.

²⁶ Kocayusufoğlu, *Miras*, s. 301 vd.; Dural ve Öz, *Miras*, N. 890 vd.; BK-Weimer, ZGB Art. 495, N. 1.

²⁷ Bkz. TMK m. 528/3.

²⁸ Alman hukukunda evlenme sözleşmesinin şekil şartlarının -sadece şekil yönünden- işlemin geçerli olarak kurulabilmesi adına yeterli olduğuna dair özel hüküm bulunmaktadır. Bkz. BGB § 2276/2.

kuralların daha katı olması gerekçesiyle miras sözleşmesine ilişkin kurallara uyularak aynı işlemde evlilik ve miras sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁹. Yargıtay ise evlenmeden önce gerçekleştirilen mirastan feragat sözleşmelerini “nişanlının işlem anında mirasçı sıfatının eksikliği ve doğmamış haktan feragat edilemeyeceği gerekçesiyle” geçersiz kabul edilmektedir³⁰. Buna göre:

“...Somut olaya gelince, her ne kadar davacı 27.02.2007 tarih ve ...yevmiye nolu ...24. Noterliği'nde düzenlenen mirastan feragat sözleşmesi ile miras hakkından feragat etmiş ise de feragat tarihi itibarı ile mirasçı sıfatının olmadığı sabittir. O halde, noterde düzenlenen feragat sözleşmesi TMK m. 528 anlamında bir feragat sözleşmesi olmadığı gibi doğmamış haktan feragat edilemeyeceği, bu beyana hukukî sonuç bağlanamayacağı açıktır. Ne var ki, muris muvazaası iddiası yönünden hükme yeterli bir araştırma yapılmamıştır”³¹.

Yargıtay'ın bu hukukî işleme yaklaşımındaki temel aksaklık, yaklaşımının mirastan feragatle uyumsuzluğundan ileri gelmektedir. Mirastan feragat bir beklenen hak üzerindeki tasarruftur ve hiçbir mirastan feragat sözleşmesinin yapıldığı sırada mirasçılık sıfatının kazanılmış olması söz konusu değildir³². Beklenen haklara yönelik tasarrufun geçerliliği ve etkileri tartışmalıysa da mirastan feragat Türk Medeni Kanunu'ndaki muhtemel mirasçının, beklenen miras hakkı üzerinde aynı etkili tasarruf imkân tanınmış

²⁹ Bkz. Arnold Escher, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, II Band-Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB) (Zürich: Schulthess, 1959) ZGB Art. 512, N. 13; Dural, Miras Sözleşmeleri, 97. Şüphesiz evlenme sözleşmesine yönelik özel şartlar da göz önünde bulundurulacağı gibi sözleşmeler maddi anlamda bağımsızlıklarını koruyacaktır. Ayrıca bkz. Dural, Miras Sözleşmeleri, 98-99.

³⁰ Evlenmeden önceki miras sözleşmesinin geçersizliğine dair Yargıtay kararı eleştirisi için ayrıca bkz. Antalya, *Miras*, 35; Baki İlkay Engin, “Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatin Altsoya Etkisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı),” içinde *Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan*, ed. Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim, Atilla Altop (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 379; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 389.

³¹ Y. 1. HD, E.2015/15019, K. 2018/14670, 20.11.2018, (Lexpera).

³² Mirasbırakan önce vefat etme ihtimali dolayısıyla nişanlıların diğer mirasçılardan ayrı değerlendirilmesini haklı kılar bir gerekçe olmadığı yönünde bkz. Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 222.

tek hukukî işlemdir³³. TMK m. 528’de “mirasçılar” olarak anılan kişiler, mirasbırakanla yakınlıkları ve ilişkileri ne olursa olsun mirasbırakanın sağlığında teknik anlamda mirasçı sıfatını kazanmamıştır³⁴. Bu yönüyle mirasçılık ihtimali düşük olan kişilerin ve bu durumda nişanlının dahi madde lafzındaki “mirasçılara” karşılık geldiği kabul edilmelidir³⁵.

Öğretide *Aydıncık-Midyat’ın da* işaret ettiği üzere Yargıtay’ın bu yaklaşımının temelinde, ilgili işlemin TMK m. 23/2’ye aykırı olduğu kanaati yer almaktadır³⁶. Şüphesiz her hukukî işleme yönelik bir emredici sınır olan TMK m. 23/2’nin, mirastan feragat için de göz önünde bulundurulması kanunî bir zorunluluktur³⁷. Ancak kanaatimizce *Aydıncık-Midyat’ın da* ifade ettiği gibi evlilik öncesi feragat işlemlerini toptan geçersiz saymak yerine her somut olayda işlemin kişilik hakkına etkileri göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır³⁸.

2. Açılmamış Miras Payının Devri

Bir kimsenin henüz yaşayan bir yakınının ölümüne bağlı olarak kazanacağı hakları hukukî işlemlere konu etmesi, esasında ahlaka aykırılığın sınırında dolaşmasıdır³⁹. Bununla birlikte TMK m. 678’de açılmamış miras

³³ Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 222. Türk hukukunda “beklenen haklar” üzerindeki gerçekleştirilerek hukukî işlemlerin tabi olduğu hukukî rejim için ayrıca bkz. Halûk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (İstanbul: Beta, 2023), 109 vd.

³⁴ Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 225.

³⁵ Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 226 özl. dn. 63.

³⁶ Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 228.

³⁷ TMK m. 23’ün sözleşme ilişkilerine etkisi bakımından ayrıca bkz. Nil Karabağ-Bulut, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 88 vd. Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm-Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 461 vd.

³⁸ Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 230.

³⁹ Bu durum ahlaka aykırı yahut en hafif tabirle “hoş olmayan bir durum” olarak dahi nitelendirilmektedir. Bu nitelendirme için bkz. Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 17. Dural ve Öz, *Miras*, N. 1564. Aynı yönde bkz. İmre ve Erman, *Miras*, 550. İşlemin sakıncalarına yönelik değerlendirmeler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, 543 vd.; Serozan ve Engin, *Miras*, 560). Alman hukukunda açılmamış miras payının devrine yönelik hukukî işlemlerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bkz. § 311b/4. Hüküm kökeni

payına yönelik tasarruflar, “mirasbırakanın katılımı veya izniyle” hukuken geçerli kabul edilmiştir. Buna göre açılmamış miras payının devri, mirasbırakanın da bilgisi dahilinde gerçekleştirilen ve mirasçının ileride doğması muhtemel mirasçılık hakkını miras açılmadan devrettiği işlemidir⁴⁰. Bu devir bir tasarruf işlemi niteliğinde değildir⁴¹.

İlgili hukukî işlemin şekli bakımından doğrudan bir düzenleme yoksa da açılmış miras payının devrine ilişkin hükümlerin bu işleme de uygulanması önerilmektedir⁴². Nitekim Yargıtay da “*özel bir şekil kuralı öngörülme de*” açılmamış miras payının devri bakımından açılmış miras payının devri için öngörülen şekil kurallarının kıyasen uygulanacağı yönünde karar vermektedir⁴³. Miras payını devralan taraf, bir başka mirasçı olabileceği gibi

itibarıyla Roma hukukuna dayansa da BGB’de muhafaza gerekçesi; kanun koyucunun böyle bir işlemin ahlaka aykırı olduğu fikridir. Buna göre bu tür sözleşmeler ahlaken “kınanmalıdır”. Çünkü sözleşme tarafları mirasbırakanın ölümünü ve hatta onun yakın zamanda ve kendilerinden önce öleceğini ummaktadır. Ayrıca mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünün kısıtlandığını düşünebileceği gibi bu işlemler iktisaden savurganlık ve istismara yol açabilecektir. Ayrıca bkz. Sebastian Ruhwinkel, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht-Allgemeiner Teil II* (München: C.H. Beck Verlag, 2022), BGB § 311b, N. 122; Martin Fries ve Reiner Scholze, *Nomos Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch* (Baden-Baden: Nomos, 2021), N. 35-37.

⁴⁰ Dural ve Öz, *Miras*, N. 1563.

⁴¹ Şirin Aydıncık-Midyat, “Açılmamış Miras Payı Üzerindeki İşlemlere İlişkin Yargıtay Uygulaması,” içinde *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Cilt IV: Miras Hukuku*, ed. Baki İlkay Engin (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 157. Tasarruf kavramı hem hukuken hem de günlük hayatta geniş anlamıyla kullanılsa *Ayiter’in tanımıyla tasarruf işlemini “hak üzerinde nihai etki yaratan işlemlerdir”*. Kudret Ayiter, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri* (Ankara: İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, 1953), 13.

⁴² Cumhur Özakman, *Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984), 123 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, 545; Dural ve Öz, *Miras*, N. 1566.

⁴³ 743 sayılı Medeni Kanun dönemindeki kararlarında Yargıtay miras taksim ve açılmış miras payının devri için öngörülen adi yazılı şeklin kıyasen uygulanacağı ve bu sebeple açılmamış miras payının devrinin de “yazılı olmasının” yeterli olduğu kanaatindedir. Bkz. Y. 2. HD, E.1978/7150, K.1978/7486, 26.10.1978; Y. 2 HD, E.1996/5600, K.1996/6702, 17.06.1996, Y. HGK, E.1996/2-575,

bir üçüncü kişi de olabilir. Devralanın kimliği, işlemin geçerlilik şekli üzerinde etkilidir (TMK m. 678).

Bu hukukî işlem bakımından özellikli bir diğer husus ise zikredildiği üzere TMK m. 678 uyarınca işleme “mirasbırakanın katılımı yahut izninin” aranmasıdır⁴⁴. İlgili hüküm açılmamış miras payının devri için özel geçerlilik şartı olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Bu durumda açılmamış miras payının devrinin geçerliliği, sonradan da gösterilebileceği kabul edilen mirasbırakanın “oluruna” bağlıdır. Aksi takdirde işlem kesin hükümsüzdür⁴⁶. Mirasbırakanın pay devri hukukî işlemine katılması yahut muvafakati şekle tabi değildir⁴⁷.

K.1996/726, 23.10.1996; Y. 14. HD, E.1998/10121, K.1999/1154, 19.02.1999, (Kazancı). 4721 sayılı Kanun bakımından da mirasçılar arası devirde yazılı şekil şartı aranacağı yönünde bkz. Y. 2. HD, E.2003/2492, K.2003/4868, 03.04.2003; Y. 2. HD, E.2003/4418, K.2003/5475, 15.04.2003, (Kazancı).

⁴⁴ 743 sayılı Medeni Kanun döneminde MK m. 612’de “katılma (iştirak) ile izini (muvafakati) “veya” yerine mehzla uyumlu olarak (bkz. ZGB Art. 636/1: “ohne Mitwirkung und Zustimmung”) “ve” bağlacıyla kullanılmış olmasının ilgili hukukî işlemin geçerlilik şartlarına etkisine ilişkin tartışma için ayrıca bkz. M. Fadıl Yıldırım, “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri,” *Yargıtay Dergisi* 21, S. 1-2 (Ocak-Nisan 1995): 128 vd.; Özakman, *Sözleşme*, 123 vd.; Dural ve Öz, *Miras*, N. 1565.

⁴⁵ Akkanat, *Ölüm*, 21; Aydınçık-Midyat “Miras Payı,” 157.

⁴⁶ Y. 14. HD, E.1998/10121, K.1999/1154, 19.02.1999, (Kazancı); aynı yönde bkz. Y. 2. HD, E.2003/16231, K.2004/176, 13.01.2004; Y. 2. HD, E.1987/103, K.1987/1233, 19.02.1987, (Kazancı). Karşı oyda ise bunun aksine ilgili eksikliği (mirasbırakanın katılım yahut icazetinin olmaması) iptal sebebi olarak ele alınmıştır. Ayrıca bkz. Bkz. Y. 2. HD, E.1987/103, K.1987/1233, 19.02.1987-Karşı Oy, (Kazancı). Yakın tarihli Yargıtay kararının karşı oyunda da mirasbırakanın açılmamış miras payının devrine katılımını “sıhhat şartı” olarak nitelendirmiş ve aksi halde işlemin geçersiz olacağına hükmetmiştir. Bkz. Y. 1. HD., E.2017/1849, K.2020/1030, 18.02.2020-Karşı Oy, (Lexpera); Martina Bosshardt, *OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021) ZGB Art. 636, N. 4; Tarkan Göksu, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Zurich: Schultess, 2023), ZGB Art. 636, N. 4. TMK m. 678/2 gereği taraflar bu sözleşmeye dayanarak birbirlerine verdiklerinin iadesini talep edebilirler. Bu talebe TBK m. 81 uyarınca “ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen şeylerin iadesi” hükmü uygulanmaz. Bkz. Akkanat, *Ölüm*, 21.

⁴⁷ Akkanat, *Ölüm*, 20; OFK-Bosshardt, ZGB Art. 636, N. 4; CHK-Göksu, ZGB Art. 636, N. 5; BGE 98 II 281 E 5e. Rızanın geri alınmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. BGE 128 III 163 E 3c/aa; OFK- Bosshardt, ZGB Art. 636, N. 4;

Mirasbırakan bu beyanıyla bağlıdır ve bu irade beyanı serbestçe geri alınamaz⁴⁸. Şüphesiz bu bağlayıcılık, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde gerçekleştirebileceği sağlararası yahut ölüme bağlı tasarruflar yönünden bir sınırlama olarak anlaşılmalıdır⁴⁹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu miras payına konu değerlerin bizatihi kendisinin hukukî işlemlere konu edilebileceğini ve bu çerçevede ilgili değerlerin devrine yönelik sözleşmenin, mirasbırakan tarafından şahit olarak imzalanmasıyla mirasbırakanın işleme muvafakat etmiş kabul edileceği görüşündedir⁵⁰.

Yargıtay'ın mirastan feragatin evlenmeden önce gerçekleştirilmesine dair "doğmamış haktan feragat edilemeyeceği" çıkarımını, sadece mirasçılar arasında düzenlenen ve mirasbırakanın katılım yahut izni olmadığı için geçersiz olan açılmamış miras payının devri sözleşmeleri için de tekrarladığı

CHK-Göksu, ZGB Art. 636, N. 5. "...Beklenen miras hakkının devrine ilişkin sözleşme de, kurucu unsurları bakımından diğer sözleşmeler gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir. Ancak, ek olarak MK.nun 613. maddesinde vurgulandığı, üzere, "iştirak ve muvafakat" şeklinde belirtilen miras bırakanın "olur"u şartına da uyulması gerekir. Bu olur, herhangi bir şekle uymadan, hatta miras bırakanın maksadı hakkında şüphe ve tereddüde yer vermeyerek iradeyi gösteren hareketlerin açığa vurması şeklinde olabilir". Bkz. Y. HGK, E.1994/17-453, K.1994/664, 02.11.1994, (Kazancı); Ayrıca bkz. Y. 2. HD., E.1996/5600, K.1996/6702, 17.06.1996, (Kazancı). Mirasbırakanın katılımı yahut izni "tanık veya benzeri delillerle" ispatının mümkün olmadığı yönünde bkz. Y. 8. HD, E.2008/3067, K.2008/3437, 23.6.2008, (Kazancı).

⁴⁸ Özakman, *Sözleşme*, 134; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, 548; Serozan ve Engin, *Miras*, 577; Aydıncık-Midyat, "Miras Payı," 155.

⁴⁹ Aydıncık-Midyat, "Miras Payı," 155.

⁵⁰ Payın kısmen devrini mümkün kılan TMK m. 677-678 terekede yer alan münferit değerler mi yahut terekede mirasçının hak sahipliğini temsil eden payın kendisinin mi bölünmesini ifade ettiği tartışmalıdır. Yargıtay başka bir kararında: "...Beklenen miras hakkının devredilmesinde mirasçının tüm tasfiye payı üzerinde tasarrufta bulunmasına da gerek yoktur. İşlemin tasfiye payının bir bölümünü içermesi de mümkündür. Sözleşme yapısı itibarıyla geciktirici şarta bağlıdır. Bu unsur sözleşmenin bünyesinde saklıdır. İçerisinde sulh, satım, trampa, başış gibi" sözleşmelerin mevcut olduğunu ifade etmiştir [Y. 2. HD, E.2003/2492, K.2003/4868, 03.04.2003; ayrıca bkz. Y. 2. HD, E.2003/4418, K.2003/5475, 15.04.2003, (Kazancı)]. Ayrıca bkz. Aydıncık-Midyat, "Miras Payı," 152-153. İsviçre Federal Mahkemesi ise mirasın açılmasından önce de terekedeki münferit değerlerin pay devri sözleşmesine konu edilebileceği görüşündedir. Bkz. BGE 128 III 163, 2b.

görülmektedir⁵¹. Bununla birlikte TMK m. 678’de açık kanunî dayanağı olan bir hukukî işleme dair Yargıtay’ın bu değerlendirmesi, esasında işlemin kanundaki geçerlilik şartlarındaki eksikliğin göz ardı edildiği izlenimini uyandırmaktadır⁵². Aşağıda (II.) ayrıntısıyla açıklanacağı üzere esasında bu yaklaşım, işlemin taraflarının da dikkatle tespit edilmemesinden ileri gelmektedir. Bununla birlikte Yargıtay kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde yine aşağıda (II.) değinileceği üzere mirasbırakanın işleme katılımının, işlemin niteliğine etkisine yönelik tartışmada Yargıtay’ın tutumunu göstermesi bakımından bir hukukî sonucu olabileceği atlanmamalıdır⁵³.

Bununla birlikte noterde düzenleme şeklinde gerçekleştirilmiş bir açılmamış miras payının devrine yönelik işleme, mirasbırakanın katılımının, işlemin nitelendirilmesine etkisi tartışmalıdır. Bir diğer ifadeyle işleme mirasbırakanın da katılmasıyla mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarruf gerçekleştirmiş kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır⁵⁴. Öğretide resmi şekilde gerçekleştirilen bir işleme katılımın esasında mirasbırakanın, payını devreden mirasçıyla mirastan feragat ve devralan kişinin ise mirasçı atanması olarak birden fazla hukukî işlemin gerçekleştirilmesi anlamına geldiği ileri sürülmektedir⁵⁵. Bu görüş kapsamında devir, mirasçılık sıfatı üzerinde etkili

⁵¹ “...TMK’nın “mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler” başlıklı 678. Maddesinin “Mirasbırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir. Böyle bir sözleşme gereğince yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi istenebilir.” hükmü gereğince henüz doğmamış bir haktan önceden feragat mümkün olmadığından tek taraflı olarak düzenlenen taahhütnameler haktan feragat niteliğinde kabul edilemez ve hukuken geçerli değildir.” [Yarg. 14. HD., E.2015/1922, K.2015/6116, 04.06.2015, (Kazancı)]; Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 224, dn. 58.

⁵² Ayrıca bkz. Aydıncık-Midyat, “Feragat,” 224.

⁵³ Öğretide Yargıtay’ın atıf yapılan kararı, mirasbırakanın katılımını işlemin taraf olmak şeklinde ele almadığı yönünde değerlendirilmişse de (Aydıncık-Midyat “Miras Payı,” 155 vd.) bu çıkarım, kararın hukukî sonuçları gözetildiğinde bu sonuçlarla uyumsuzdur. Aşağıda (II.) ayrıntısıyla açıklandığı üzere Yargıtay, nitelendirmeleriyle uyumsuz hukukî sonuçlara ulaşmaktadır.

⁵⁴ Mirasbırakanın katılımıyla işlemin tarafı haline gelmediği yönünde ayrıca bkz. Akkanat, *Ölüm*, 21.

⁵⁵ Dural ve Öz, *Miras*, N. 1568. Aksi yönde bkz. Antalya ve Sağlam, *Miras*, 424; Aydıncık-Midyat, “Miras Payı,” 155. İsviçre’de ise “katılım ve izin”

bir ölüme bağlı tasarruf niteliğinde kabul edilmektedir⁵⁶. Bu takdirde mirasın paylaşılması tamamlanıncaya kadar mirasçılığa bağlı her türlü hak ve yetki, payı devralana ait olacağı gibi devreden mirasçılık sıfatı da sona erecektir⁵⁷. Örneklerle açıklanacağı üzere (II.) Yargıtay kararları incelendiğinde açıkça ifade edilmese de kararlardan katılımin etkilerine dair anlamlı bir sonuca ancak Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu kabul edildiği takdirde varılabilecektir.

C. Mirasın Açılmasından Sonra Miras Hakkına Yönelik İşlemler

1. Açılmış Miras Payının Devri

Mirasçılar tereke değerleri üzerinde elbirliğiyle hak sahibidir (TMK m. 640/2). Bunun bir sonucu olarak da mirasçılarının üzerinde tasarruf edebilecekleri payları mevcut değildir. Bu durum, hakkın konusuna dair hukukî işlemlerin oybirliğiyle karar alınarak gerçekleştirilmesi zorunluluğunu beraberinde getirir⁵⁸. Böylece mirasçılarının terekedeki haklarını paylaşırma tamamlanıncaya kadar devredebilmeleri mümkün değildir⁵⁹. Ancak kanun koyucu mirasçılarının paylaşmanın tamamlanmasını bekleme zorunluluğunu Kanun'da hakkın devrini mümkün kılan hükümlere yer vererek bertaraf etmiştir⁶⁰.

mirasbırakanın sözleşmenin kurulmasından önce yahut sonra gösterdiği rızası olarak anlaşılması gerektiği ve mirasbırakanı sözleşmenin tarafı haline getirmediği; onun "tereki üzerindeki tasarruf imkânını sınırlamadığı" aksine özel bir geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. BGE 98 II 281 E 5g; OFK-Bosshardt, ZGB Art. 636, N. 4; CHK-Göksu, ZGB Art. 636, N. 4.

⁵⁶ Dural ve Öz, *Miras*, N. 1568.

⁵⁷ Dural ve Öz, *Miras*, N. 1568.

⁵⁸ Arzu Genç-Aridemir, *Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Sözleşmeleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 7 vd.; Dural ve Öz, *Miras*, N. 1571; Miras ortaklığı için de benimsenmiş elbirliği hak sahipliğinin hukukî sonuçları için ayrıca bkz. Abdullah Furkan Korkmaz, *Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 43 vd.

⁵⁹ Nuşin Ayiter, *Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)* (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1961), 112 vd.; Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), N. 788.

⁶⁰ Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 160 vd.; Dural ve Öz, *Miras*, N. 1571; Kılıçoğlu, *Miras*, 325. Miras payının devri hükümlerinin varlık gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. Genç-Aridemir, *Miras*, 13

Açılmış miras payının devrinin hüküm ve sonuçları, devralanın kim olduğu esas alınarak düzenlenmiştir. Buna göre mirasçılar arası gerçekleştirilen devir şekil kuralları ve hukukî sonucu itibarıyla⁶¹ üçüncü kişiye/kişilere yapılan devirlerden farklıdır⁶². Öncelikle devralan mirasçıysa sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterli iken; üçüncü kişilere devir noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır (TMK m. 677). Önceki Medeni Kanun'da mirasçı olmayan kişiye yapılacak devrin şekli düzenlenmemiştir (MK m. 612). Öğretide, her ne kadar TBK m. 26 uyarınca borçlar hukukunda temel ilke şekil serbestisiyse de önceki Kanun döneminde de bu devrin mirasçıya yapılacak devre göre kolaylaştırılmasının anlamsızlığına dikkat çekilerek; mirasçı olmayanlara yapılacak devirlerin de yazılı şekle tabi olacağı savunulmuştur⁶³.

Üçüncü kişiye devir, bir tasarruf işlemi niteliğinde değildir⁶⁴. Bir diğer ifadeyle devralanın, devredenin, mirasçılık sıfatı dolayısıyla sahip olduğu hak ve yetkileri kullanma imkânı bulunmaz.

vd. Vasiyet alacaklarının miras payı olmadığından bu alacakların konu edildiği devir TBK m. 183 vd. hükümlerine tabidir. Bkz. Bolat Bolatoğlu, *Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984), 19; İmre ve Erman, *Miras*, s. 540.

⁶¹ Mirasçılar arası devrin hukukî sonuçları devredenin mirasçılık sıfatına etkisi yönüyle tartışmalıdır. Bkz. Genç-Arıdemir, *Miras Sözleşmeleri*, 158 vd.; Dural ve Öz, *Miras*, N. 1577 vd.; BGE 99 II 21 E 3d; OFK- Bosshardt, ZGB Art. 635, N. 2 vd.; CHK-Göksu, ZGB Art. 635, N. 4 vd.

⁶² S. İrem Çakırca, "Miras Payının Devri Sözleşmeleri." içinde *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. II, ed. Abuzer Kendigelen (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 1823; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt-III* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), TMK m. 677, N. 823; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 574.

⁶³ Oğuzman, *Miras*, 324; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, 557; Dural ve Öz, *Miras*, N. 1575.

⁶⁴ Genç-Arıdemir, *Miras*, 228; Dural ve Öz, *Miras*, N. 1583; "...Davacı vekili, tarafların mirasbırakanı ...'ın 06.07.1986'da vefat ettiğini, davalılardan ...'nin daha önce aralarında düzenledikleri 12.03.1987 tarihli satış senedi ile tüm miras hakkını davacıya bedelini alarak devrettiği halde hiç bir satış yapılmamış gibi mirasın paylaşılmasını talep ettiğini, bu nedenle muris adına kayıtlı bulunan 178, 187, 629, 682, 692, 760, 762, 768, 772, 1146, 1447, 509, 524, 775 parsel sayılı taşınmazlarda davalının miras hissesinin iptali ile davacı adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesini talep istemiştir. ...12.03.1987 tarihli miras payının devri sözleşmesinde elbirliği maliklerinden davalı ... Ekici'nin miras payını

Aynî sonuçlar meydana getirmeyen bu devir “miras hukukuna değil; borçlar hukukuna özgü bir hukukî işlem” niteliğindedir⁶⁵. Bu sebeple açılmış miras payının devrinde, devralanın kim olduğu devrin konusunu da etkilemektedir. Bir diğer ifadeyle mirasçılar arasındaki işlemlerde devrin konusu, devredenin “ortaklıktaki miras hakkıdır”. Üçüncü kişiye devir halinde devrin konusu, devreden mirasçının paylaşmanın sonuncunda elde edeceği değerleri talep hakkıdır (alacak hakkı)⁶⁶. Şüphesiz mirasçılar arasındaki hukukî işlem bakımından da borçlandırıcı etkinin kararlaştırılması ve işlemin konusunun alacak hakkı olarak belirlenmesi mümkündür⁶⁷.

Devrin konusu, miras payının bir kısmı yahut tamamı olabilir (TMK m. 677/1). Yargıtay, 1985 tarihli ve 2/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda devrin sadece terekeye dahil taşınmazlardan biri üzerindeki miras hakkına özgülenerek bunun diğer bir mirasçıya devrinin mümkün ve geçerli olduğuna hükmetmiştir⁶⁸.

davacıya sattığı anlaşılmaktadır. Davada da bu satış sözleşmesine dayanılarak tapu iptali ve tescil istemi bulunduğundan diğer mirasçılarının davada taraf sıfatı bulunmamaktadır. Bu kişiler yönünden davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerekir” [Y. 7. HD, E.2021/7657, K.2023/319, 19.01.2023, (Kazancı)].

⁶⁵ Genç-Arıdemir, *Miras*, 225.

⁶⁶ Ayrıca bkz. Murat Sarıkaya, “Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru Bakımından İncelenmesi,” *DEÜHFD* 24, S. 2 (2022): 812.

⁶⁷ Genç-Arıdemir, *Miras*, 39-40. Sarıkaya, “Sözleşmenin Konusu,” 814.

⁶⁸ “...Gerçekten iştirak halindeki mülkiyetin hukuksal niteliği konusunda tartışma söz konusu değildir. Ancak taksime kadar genel kural uyarınca mirasçılarının tek başına terekeye dahil belli bir taşınmaz malda tasarruf edememelerini dikkate alan yasa koyucu, mali sıkıntıda bulunanları, başka bir anlatımla gene mirasçılarının yararlarını düşünerek 612. maddedeki düzenlemeyi getirmiştir. ...Çoğun içinde azında bulunduğu kuralı öğreti ve uygulamada benimsenen bir esastır. Mirasçılardan birinin diğer birine tüm miras payını devretmesi geçerli olduğuna göre, belli bir taşınmaz maldaki miras payını da devredebilmesi az önce değinilen kuralın doğal sonucudur. Bu çözüm biçimi mirasçılarının yararına uygun olduğu gibi, yasa koyucunun 612 nci maddeyi düzenlemekle güttüğü yukarıda açıklanan amacına da tamamen uygundur. O amacın etkili bir biçimde gerçekleşmesi bu suretle sağlanmış olur. Bu konuda yapılmış olan bir sözleşme geçerli olup yapılan temlikin tapuda işlem görmesini sağlar” [Y. İBBGK, E.1984/2, K.1985/5, 24.05.1985, (RG. S.18817, 20.07.1985)]. Karara ilişkin öğretilerdeki görüşler ve kapsamlı değerlendirme için bkz. Genç-Arıdemir, *Miras*, 49

Mirasçılar arasındaki açılmış miras payının devrinin, paylaşma sözleşmesinden ayrılması sorunu gündeme gelmektedir. Nitekim her iki hukukî ilişki de Kanun'da "Paylaşmanın Tamamlanması ve Sonucu" başlıklı ayırmada düzenlenmiştir⁶⁹. Bunun dışında yakın tarihli bir Yargıtay kararında taraflar arasındaki sözleşmenin paylaşma sözleşmesi olduğu gözetilmemiştir⁷⁰. Bu sebeple öncelikle aşağıda paylaşma sözleşmesinin asli unsurlarına kısaca temas edilip zikredilen 26.12.2022 tarihli karara temas edilecektir.

2. Paylaşma Sözleşmesi

Miras ortaklığı, paylaşmanın tamamlanmasıyla sona erecektir (TMK m. 640/1). Miras ortaklığını sona erdirmeye yönelik tüm tasfiye işlemleri ise paylaşmayı oluşturur⁷¹. Ortaklığın sona erdiren paylaşma sürecinin esasları paylaşma sözleşmesiyle de belirlenebilir (TMK m. 676). Buna göre paylaşma sürecinde, mirasçıların borçlandırıcı işlem niteliğinde TMK m. 676/3 gereği yazılı şekle tabi bir hukukî işlem düzenleyebilecekleri gibi elden paylaşma suretiyle de tasfiyeyi gerçekleştirebilirler (TMK m. 676/1). Her ikisi de geniş anlamıyla paylaşma sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir⁷².

Paylaşma sözleşmesi, pay devrinin aksine tüm mirasçılarının ortak iradesiyle gerçekleştirilebilir⁷³. Böylece tam paylaşma sözleşmesinin, pay

vd.; Mehmet Serkan Ergüne, "Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi" MÜHFHAD 22, S. 3 (2016): 1063-1085; Sarıkaya, "Sözleşmenin Konusu," 816 vd.

⁶⁹ Öğretide pay devrinin de paylaşma sürecine dahil olduğu ve kanun koyucunun devri de paylaşma olarak ele aldığı dahi savunulur. Bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Taksim Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1989), 49; Görüşün değerlendirmesi için bkz. Genç-Arıdemir, *Miras*, 86.

⁷⁰ İlk derece mahkemesinin pay devri sözleşmesi nitelendirmesine rağmen paylaşma sözleşmesi gibi işlemi ele aldığı karar metni için bkz. Y. 7. HD., E.2022/3661, K.2022/8017, 26.12.2022, (Kazancı).

⁷¹ Kılıçoğlu, *Taksim*, 24 vd.; Genç-Arıdemir, *Miras*, 85; Yılmaz, *Miras*, 289.

⁷² Kılıçoğlu, *Taksim*, 68; Genç-Arıdemir, *Miras*, 85; Serozan ve Engin, *Miras*, 589-590; Halit Ergün *Miras Paylaşım Sözleşmesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 53 vd.; Doruk Gönen, *Mirasın Paylaşılması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 178 vd.; Ayrıca bkz. Peter Tuor ve Vito Picononi, *Berner Kommentar-Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Ebrecht Art. 457-640 ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag, 1966), Art. 634, N. 5.

⁷³ Genç-Arıdemir, *Miras*, 88; Gönen, *Paylaşma*, 182 vd.

devrinden ayrılmasının görece kolaylaşacağı ifade edilebilir⁷⁴. Ancak paylaşma sözleşmesinin tüm tereke değerlerini konu edinmesi aranmaz⁷⁵. Yine devir sözleşmesinin kendisi kural olarak miras ortaklığının kendisini değil; münferit mirasçının bu sıfatının terekedeki hak sahipliği yönüyle tasfiyesini konu alır⁷⁶. Bir diğer ifadeyle pay devrinin amacı, miras ortaklığının ve dolayısıyla elbirliğiyle hak sahipliğinin sona erdirilmesi değildir⁷⁷.

Sonuç itibarıyla iki hukukî işlem arasındaki en ayırt edici husus, işlemin taraflarında kendisini göstermektedir. Bununla birlikte aşağıda daha geniş açıklanacağı üzere yargı kararlarında, işlemlere tarafları esaslı yaklaşmamakta yahut bu yaklaşım karar gerçeklerine yansıtılmamaktadır. Buna göre:

“...Davacı vekili, kardeş olan tarafların 04.03.1992 tarihinde Çatalca 1. Noterliği'nde düzenlenen sözleşmeyle murislerinden kalan taşınmazlarla ilgili karşılıklı feragatte bulunulduğunu, buna göre davacının ölü eşi ...'dan gelen tüm taşınmazlar ile yine ...'a annesi ve babasından kalıp da davacıya intikal edecek tüm taşınmazların davalıya verileceği; bunun karşılığında da tarafların anne ve babalarından miras kalan tüm taşınmazlarda davalıya isabet edecek payların davacıya devredileceğinin kararlaştırıldığını açıklayarak, dava konusu 233, 584 (854 olarak düzeltilmiş) ve 222 parsel sayılı taşınmazların tapu kaydının davalının payı oranında iptali ile davacı adına tesciline karar verilmesini istemiştir”⁷⁸.

İlk derece mahkemesi taraflar arasındaki sözleşmeyi “feragat” lafzına rağmen miras payının devri olarak nitelendirmiş; davacının kendi borcunu ifa etmeden ifa talebinde bulunamayacağını ve sözleşme konusu değerlerin davalıya miras yoluyla intikal etmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiştir. Esasında mahkeme kararında, miras payının devrinin hukukî sonuçlarını gözetmemiştir. Miras payının devri sözleşmesinde ivaz

⁷⁴ Özakman, *Sözleşme*, 45-46; Kılıçoğlu, *Taksim*, 74; Genç-Arıdemir, *Miras*, 88.

⁷⁵ Tam ve kısmi paylaşma (taksim) ile ilgili ayrıca bkz. İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras*, 178; Gönen, *Paylaşma*, 103 vd.

⁷⁶ Kılıçoğlu, *Taksim*, 75; Antalya, *Miras*, 469; Genç-Arıdemir, *Miras*, 89.

⁷⁷ Paylaşma durumunda mirasçının tereke borçlarından sorumluluğu TMK m. 681/2'de düzenlenmiştir. Buna karşın pay devrinin, devreden mirasçının tereke borçlarından sorumluluğuna etkisi tartışmalıdır. Ayrıca bkz. Genç-Arıdemir, *Miras*, 183 vd.

⁷⁸ Y. 7. HD., E.2022/3661, K.2022/8017, 26.12.2022, (Kazancı).

kararlaştırılması mümkün olduğu gibi bu ivaz başka bir miras payının devri de olabilecektir⁷⁹. Terekede hak sahibi olmayan üçüncü kişiye de devrin mümkün ve geçerli olduğu açıkça Kanun'da düzenlenmişken devre konu edilen tereke değerlerinden biri bakımından sözleşme taraflarının mirasçılık sıfatına sahip olmamasının geçersizlik sebebi olarak kabul edilmesiye izaha muhtaçtır.

II. Miras Hakkına Yönelik Hukukî İşlemlerin Nitelendirilmesine Yargıtay'ın Yaklaşımı

Bu başlık kapsamında Yargıtay'ın mirasçıların bu sıfatları dolayısıyla kanunen tarafı olmalarına imkân tanınan hukukî işlemlere yaklaşımı, öncelikle nitelendirme sorunu çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna göre açıklamalardaki bütünlüğün bozulmaması adına miras hakkının konu edildiği hukukî işlemlerin hukukî rejimiyle ilgili Yargıtay'ın ölçütleri müstakil başlıklar halinde değil; kararların bütünü esas alınarak varılan sonuç cümleleriyle numaralandırılmış bu bölümde, tek başlık altında ele alınacaktır. Buna göre:

1. Yargıtay açılmamış miras payının devrine yönelik hukukî işleme “katılımın” mirasbırakanın da tarafı olduğu mirastan feragat sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uyulması anlamına geldiği kanaatindedir. Nitekim Yargıtay aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...Tarafların miras bırakanı(C), sözleşme tarihi olan 21.6.1966 gününde sağ olduğuna göre, ondan intikal edecek miras payından feragata ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi için kendisinin de bu sözleşmeye katılması zorunludur. (MK. 613). Oysa sözleşme yapılırken Cevriye hazır bulunmamıştır. Öyle ise sözleşmenin, Cevriye'nin mirası ile ilgili bölümü hakkındaki istemin kabulü ile bu kısmın iptaline karar verilmesi gerekir. Bu yönün gözetilmemesi yanlıştır. ...Dilekçede açıklanan olaylara göre istek, mirastan feragat sözleşmesinin iptaline ilişkindir. Mirastan feragat sözleşmesi, miras sözleşmelerinin bir başka çeşididir. Gasp için bu sözleşmenin de diğer miras sözleşmeleri gibi, Medenî Kanununun 492. maddesi gereğince resmî vasiyet şeklinde yapılması zorunludur (İç. Bir.K.11.2.1959 T. 16/14 s.) Olayda dava konusu vasiyetin resmi

⁷⁹ Genç-Arıdemir, *Miras*, 58 vd.

*vasiyet şeklinde yapılmadığı açık olup, bu sebeple iptaline karar verilmesi gerekir*⁸⁰

Karar metni incelendiğinde Yargıtay'ın mirastan feragat lafzıyla (MK m. 613) atıf yaptığı hukukî işlem esasında açılmamış miras payının devridir. Bu devrin ise resmi vasiyetname şeklinde gerçekleştirilerek işleme mirasbırakanın “katılımının sağlanması” ve mirasbırakanın da tarafı olduğu bir mirastan feragat sözleşmesi yapılması, işlemin geçerlilik şartı olduğu tespit edilmiştir.

Daha önce de işaret edildiği üzere gerek TMK m. 678 gerekse MK m. 613'te yer alan “katılmanın” mirasbırakanın tarafı olduğu bir hukukî işlemi gerektirip gerektirmediği tartışmalıdır⁸¹. Kararın anlamlandırılabilmesinin yolu, maddedeki “katılma” ifadesinin Yargıtay tarafından mirasbırakanın da bir hukukî işlemin tarafı olması şeklinde anlaşıldığının kabul edilmesidir. Buna göre açılmamış miras payın devri, tek bir hukukî işlemi değil; bir hukukî işlemler toplamını ifade etmektedir. Ancak Yargıtay'ın kararı katılma iradesinin mutlaka mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf gerçekleştirmesine bağlı kılması, teorik olarak makul bir zemine oturmaz.

Hukukî işlemin kurucu unsuru irade beyanıdır⁸². Buna ek olarak mirasbırakanın iradesinin (varlığının dahi) açıklanmadığı bir hukukî işlem iptal edilebilir değildir. İptal edilebilir bir ölümüne bağlı tasarruftan bahsedilebilmesi için en azından mirasbırakana ait bir iradenin dışı vurulması zorunludur. Karar metninden anlaşıldığı şekliyle mirasbırakanın hukukî işlem iradesini dışı vurması söz konusu değildir. Bu durumda yaptırım yokluk olmak durumundadır. Zira kararda Yargıtay mirasbırakanın da bir hukukî işlemin tarafı olmasını “katılma” olarak nitelendirmiştir.

Katılımın, hukukî işlemin geçerlilik koşulu olarak kabul edildiği ihtimaldeyse yaptırım, taraflar bir ölümüne bağlı tasarrufta da bulunmadığından ancak ve ancak kesin hükümsüzlüktür (TMK m. 27). Her halükârda somut olaydaki hukukî işlemin, şekil şartlarına uyulmamış bir ölümüne bağlı tasarruf hükümlerine tabi tutulması sistemin bütünüyle uyumsuzdur. Esasında kararda varılan hukukî sonucun sebeplerinden biri de kanaatimizce Yargıtay'ın hukukî işlem taraflarının “gerçek ve ortak iradelerini” değil; nitelendirmelerini önceleyen yaklaşımıdır.

⁸⁰ Y. 2. HD, E.1982/7317, K.1982/8312, 11.11.1982, (Kazancı).

⁸¹ Bkz. I./B./2.

⁸² Dural ve Sarı, *Giriş*, N. 1089.

Bir başka kararında Yargıtay aynı şekilde miras payının devrini “feragatname” olarak anılmış ve işlemin “mirasbırakanın katılım yahut izni olmadığından bahisle iptali gereken hükümsüz bir işlem” olduğuna hükmetmiştir. Kararda yine söz konusu hukukî işlem mirastan feragat olarak nitelendirilmiş ve “resmi vasiyet şeklinde yapılmadığı” gözetilerek şekle aykırılığından bahisle işlemin iptaline karar verilmiştir⁸³. Buna ek olarak Yargıtay:

“...Öte yandan bir an için dava konusu feragatname miras payının temlikî şeklinde kabul edilse bile, yine geçersizdir. Zira Medenî Kanununun 613. maddesinde: “bir kimsenin sağlığında mirasçılardan birinin diğer mirasçılar veya üçüncü bir şahıs ile o kimsenin mirası hakkında ve kendi iştiraki ve muvafakatı olmaksızın yaptığı mukavelelerin bâtil ve hükümsüz” olacağı açıkça vurgulanmıştır. Oysa davaya konu feragatname miras bırakanın sağlığında ve onun iştirak ve muvafakatı olmaksızın yapıldığı için hükümsüz olup, iptal edilmesi zorunludur. Açıklanan yönler gözetilerek iptale karar verilmesi gerekirken olaya uymayan gerekçelerle isteğin red edilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır”⁸⁴.

Yargıtay’ın bu yaklaşımını, yürürlükteki Türk Medenî Kanunu döneminde de sürdürdüğü ifade edilebilecektir. Nitekim Yargıtay aşağıdaki kararında mirasbırakanın açılmamış miras payının devrine katılımının hukukî sonucunu; payını devreden mirasçılardan “mirastan feragat” ettikleri olarak belirlemiştir. Buna göre:

“...Somut olayda; mahkemece, davaya konu ... 1. Noterliğinde düzenlenen 19.04.2007 tarihli sözleşmeyi mirastan feragat

⁸³ Kararda mirasbırakanın tarafı olmadığı bir hukukî işlem, ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirmeye karşı-oy yazılmıştır. “İptali istenen belge resmi vasiyet şeklinde düzenlenmiş ve miras haklarının açıkça davalılara devri amaçlanmış bulunmasına göre, iptal isteğinin MK. 613 maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekir. Sözü edilen madde hükmü gereği devir sözleşmesine miras bırakanın iştiraki zorunludur. Belge münderecatından ise miras bırakanın sözleşmeye iştirak etmediği anlaşılmaktadır. Öyle ise davanın sadece bu sebeple kabulü ile iptal kararı verilmesi gerekir. Onun için temyiz olunan kararın yukardaki sebeple bozulması icap ederken aynı zamanda mirastan feragat ilişkin sözleşme olarak tavsifi ile hükmün bozulmasına karşıyım.” Bkz. Y. 2. HD, E.1987/103, K.1987/1233, 19.02.1987-Karşı Oy, (Kazancı).

⁸⁴ Y. 2. HD, E.1987/103, K.1987/1233, 19.02.1987, (Kazancı).

sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ise de; sözleşme, ... ile feragat edenler ..., ..., ..., ... yönünden mirastan feragat sözleşmesi, diğer mirasçılar arasında ise açılmamış miras payının devri sözleşmesi niteliğindedir. Mirasçılar miras yoluyla kendilerine intikal eden hakları ister diğer mirasçılara isterse mirasçı olmayan kişilere bedelli ya da bedelsiz olarak devredebilirler”⁸⁵.

Mirasbırakanın katılımının inceleme konusu karardaki hukukî ilişkiye etkisi bir kenara bırakılırsa öncelikle işlemin taraflarından birinin mirasbırakan olmadığı gözetilmek durumundadır. Bu durumda sağlararası bir hukukî işlem, ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlük rejimine tabi tutulamaz. Ancak Yargıtay “katılım yahut izni” geçerlilik şartı olarak kabul etmiş ve eksiklikleri halinde işlemin “batıl-geçersiz olduğuna” hükmetmiştir. Buna göre:

“...Tapusuz taşınmazlara dair elatmanın önlenmesi davasına gelince Medeni Kanununun 613.maddesi uyarınca bir kimsenin sağlığında mirasçılardan birinin diğer mirasçılar veya üçüncü bir şahıs ile o kimsenin mirası hakkında ve kendi iştirak ve muvafakati olmaksızın yaptığı mukaveleler batıl ve hükümsüzdür. Böyle bir mukavele mucibince vuku bulan teslimat geri istenebilir, hükmündedir”⁸⁶.

Uygulamada miras payının açılmadan önce devrinin konusu, özellikle tereke yer alacağı düşünülen taşınmazlardır. Yargıtay münferit bir değer işleme konu edilmiş pay devri sözleşmesinin bu özelliğini esas alarak değil; işlemin mirasbırakanın katılımı ve izni şartı yönüyle geçerliliğini değerlendirmektedir. Bu çerçevede mirasbırakanın katılımı yahut izni olmaksızın gerçekleştirilen hukukî işlem geçersiz olarak nitelendirilmektedir. Buna göre:

“...Bu durumda babası sağ iken oğlu Abdülkerim'in, babasına ait taşınmazı üçüncü kişi durumundaki davacı ya satması mümkün değildir. Diğer yandan satın alma tarihinde Ali D. sağ olduğuna göre taşınmaz henüz miras malı durumunda da değildir. T.M.K.nun 678. maddesine göre bir mirasçının henüz açılmamış miras hakkında miras bırakanın katılımı veya izni olmaksızın diğer

⁸⁵ Y. 14. HD, E.2018/3787, K.2021/2893, 19.04.2021, (Lexpera).

⁸⁶ Y. 14. HD, E.1998/10121, K.1999/1154, 19.02.1999; aynı yönde bkz. Y. 2. HD, E.2003/16231, K.2004/176, 13.01.2004, (Kazancı).

mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçersizdir”⁸⁷.

2. Yargıtay, hukukî nitelendirme yaparken miras hakkına yönelik hukukî işlemlerin taraflarını değil; tarafların işleme dair nitelendirmelerini ön planda tutmaktadır.

İşaret edildiği üzere kararlardaki karmaşanın sebebi, Yargıtay’ın işleme yönelik taraf nitelendirmesi çerçevesinde değerlendirme yapma eğilimidir. Bu durum sadece mirasın açılmasından önceki işlemlerle sınırlı değildir; mirasın açılmasından sonraki hukukî işlemler bakımından da geçerlidir. Mirasbırakanın ölümünden sonraki tarihli hukukî işlem taraflarca nasıl isimlendirilmiş olursa olsun miras payının, mirasın açılmasından sonra devredilmesine ilişkin esaslara tabi olacaktır. Şüphesiz mirasbırakanın bu hukukî işleme katılabilmesi imkân dahilinde değil iken Yargıtay kararında: “*Mirasbırakan ... 1960 yılında öldüğünden bundan kalan miras paylarının devrine ilişkin 1976 yılında yapılan sözleşmeye katılması gerekmediğinden*⁸⁸” ifadesine yer vermiştir.

Bir başka kararında Yargıtay, mirastan feragatin varlığını dikkate almaksızın lehine feragatte bulunulan kişiye miras payının devredildiğini ve fakat bu devrin “devre konu değerlerin muvazaalı işlemlere konu edilmesi halinde bu işlemlere onay verildiği” anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Karara konu olayda:

“...ortak mirasbırakan kayden 1318 doğumlu Ç... A...’ın 1988 tarihinde vefat ettiği; geriye mirasçı olarak davacı Z... ile davalılardan O...’ı ve dava dışı M... (A...) ile H...’yibiraktığı; sağlığında Bismil Noterliği aracılığıyla 7.3.1973 tarih, 1685 numaralı miras taksim sözleşmesi düzenlendiği, bu sözleşme de “... 1 ve 2 parsellerdeki payların Z..., H... M... (A...) ye; diğer (kalan) 63 parseldeki paylarını oğlu (davalılardan) O...’a taksim ettiğini” bildirdiği, okur-yazar olmaması nedeniyle sözleşmenin kendisine okunduğunun belirtildiği, 1686 yevmiye nolu işlemde de davacı ve mirasbırakanın diğer kızlarının davalılardan O...’a bırakıldığı ifade edilen taşınmazlardaki miras haklarına karşılık 500.000 TL.

⁸⁷ Y. 8. HD, E.2010/3332, K.2010/3720, 05.07.2010, (Kazancı).

⁸⁸ Karar özetinde de açıkça ifade edildiği üzere devre konu miras payının murisinin işleme dahil olmasının gerekmediği kastedilmektedir. Ayrıca bkz. Y. 2. HD, E.1992/10317, K.1993/10199, 02.11.1993, (Kazancı).

aldıklarını beyan ettikleri, bu sözleşmelerin iki tanık tarafından imzalandığı; bundan 1,5 yıl kadar sonra 17.3.1975 tarihinde miras bırakan Çelebi'nin 138 yevmiyeli işlemle miras taksim sözleşmesinde adı geçen 22-23-24-25-26-27-28-67-68-20-21 parsellerdeki paylarını dava dışı M... B...'ye, onun da 16.6.1975 tarih 227 yevmiye nolu işlemle davalı O...'ın erkek çocukları davalılara satış biçiminde” temlik söz konusudur⁸⁹.

Somut olayda miras payının devrinden bahsedilebilmesi, devredilen kişi sıfatıyla işlemin tarafı bir kişinin bulunmadığı dikkate alındığında mümkün değildir. Buna ek olarak mirasçılardan “kızlar ve davacı Z'nin” taksim sözleşmesine ek olarak gerçekleştirilen 1686 yevmiye numaralı işlemde dava konusu taşınmazları da kapsayacak şekilde (63 parsel taşınmaz) miras haklarından feragat iradelerini açıklamışlardır. Bu hâlde mirastan feragat eden mirasçılar, terekenin paylaşımına feragat varlığını muhafaza ettiği sürece feragat ettiği oranda dahil olamayacaktır. Karar içeriğinden feragatin kapsamı (kısmen yahut tüm miras payından) doğrudan anlaşılmıyorsa da dava konusu değerlere yönelik feragat iradesi gözetilmeden feragat edenlerin, mirasbırakanın sağlığında gerçekleştirdiği hukukî işlemlere müdahalesinin kabulü mümkün değildir⁹⁰.

Başka bir kararında Yargıtay mirastan feragat olarak nitelendirilmiş hukukî işlemin esasında birden fazla terekedeki hak sahipliğini konu edinen ve terekelerin ortak mirasçıları arasındaki gerçekleştirilen bir miras payının devri işlemi olduğunu göz ardı ederek karar vermiştir⁹¹. Nitekim kararın karşı

⁸⁹ Y. HGK, E.2010/1-275, K.2010/327, 16.06.2010, (Kazancı).

⁹⁰ Bir başka kararında Yargıtay tarafların işlemdeki hukukî konumlarını belirlerken ölüme bağlı tasarruflarda bulunan kişi sayısını da gözlememiştir. Birden fazla mirasbırakanın aynı hukukî işlemde -tek yevmiye numaralı sözleşme- ölüme bağlı tasarruflarda bulunduğu halde ortak vasiyetname bulunduğu dikkate alınmadığı karar için bkz. Y. 7. HD, E.2023/1360, K.2023/3088, 05.06.2023, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Ortak vasiyetnameler Türk hukukunda şekle aykırılık dolayısıyla geçersiz kabul edildiğinden iptal davasına konu edilmesi gerektiği yönünde bkz. Dural ve Öz, *Miras*, N. 268 vd. Ortak vasiyetnamenin geçersizliğe dair açılacak dava hakkında ayrıca bkz. Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku Davaları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 257.

⁹¹ “...Davacı 22.10.2007 tarihinde Samandağ Noterliğinde düzenlendiği belge ile babası Recep ile annesi Safa tarafından kardeşlerine temlik edilen taşınmazlardaki miras hakkından 20.000 TL karşılığında feragat etmiştir.” [Y. 1. HD., E.2017/1849, K.2020/1030, 18.02.2020, (Lexpera)].

oyunda bu duruma dikkat çekilerek işlem anında her bir tereke bakımından mirasın açılıp açılmadığını gözeterek sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını değerlendirmiştir⁹². Karşı oyda hukukî işlem açıkça nitelendirilmese ve “feragatin hükümleri”⁹³ esaslı bir sonuca varılmışsa da işlemin tabi tutulduğu hüküm ve sonuçlar dikkate alındığında her iki tereke yönünden de miras payının devri olarak ele aldığı ortaya çıkmaktadır. İnceleme konusu karara konu somut olay bakımından isabetli olan da budur. Zira mirasbırakanın tarafı olmadığı bir işlem mirastan feragat sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

Miras payının konu edildiği işlemler nitelendirilirken hukukî işlemin taraflarının dikkate alınmadığı bir diğer Yargıtay kararında, mirasçılardan hukukî işleme “feragat ettiklerine dair” irade beyanıyla dahil olmalarına ve mirasbırakanların da sözleşmenin tarafı olmasına rağmen ilgili işlem paylaşırma-paylaşma sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Buna göre:

“...Davacılar M. G. ve A. G. vekili dava dilekçesinde; 6 ada 12, 314, 293, 158, 162 ve 471 ada 1 parsellerin ortak murislerden S. G. adına ve yeni parsel numarası 562 ve 250 olan taşınmazların ortak murislerden Z. G. adına tapuda kayıtlı bulunduğunu, miras bırakanlarla davacı ve davalılar arasında noterde ayrı ayrı düzenlenen 2.2.1957 tarih, 956 ve 957 yevmiye numaralı mirastan feragat sözleşmeleri uyarınca, “davalılar H. A., E. A., F. A. ve Ş. A.’nın 5.000.000 TL, 250 parsel ve 103 ada 1 parsel karşılığında ortak murislere ait tapulu ve tapusuz bütün taşınmazlardaki haklarından davacılar lehine feragat ettiklerini” açıklayarak, taşınmazların tapusunun iptali ile 6 ada 12 parselin davacılar adına 1/2’şer pay ile, 314 parselin davacılarından M. G. ve 293, 158,162 parsellerin davacılarından A. G. adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir. ...Dava dilekçesinin içeriği ve her iki sözleşmenin kapsamına göre; davaya konu noter sözleşmelerinin düzenlenmesinin amacı miras bırakanların sahip olduğu mal

⁹² Y. 1. HD., E.2017/1849, K.2020/1030, 18.02.2020-Karşı Oy, (Lexpera).

⁹³ Karşı Oy’da: “...Bu açıklamalar karşısında baba Recep Doğan tarafından temlik edilen taşınmazlar bakımından davacının feragati nedeniyle davanın reddi doğru ise de, anne Safa Doğan tarafından temlik edilen taşınmazlar bakımından miras hakkında feragatin geçerli olmadığı gözetilerek işin esasının incelenmesi bakımından hükmün bozulması” yönünde görüş açıklanmışsa da değerlendirmede mirasbırakanların ölüm tarihleri dikkate alınmış ve mirasbırakanın sağlığında gerçekleştirilen işlemin geçerlilik koşulları TMK m. 678’e göre ele alınmıştır.

varlığının taksimine yönelik olup, bu halde davada dayanılan hukuki sebep mirastan feragat olmayıp, miras taksimine ilişkindir. T.M.K.nun 676. maddesine göre, miras taksim sözleşmesi terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde de yapılabilir. Yine T.M.K.nun 677 ve 678. maddesine göre de, miras bırakanın katılımı ile bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılarla yapacağı sözleşmeler geçerlidir. Hal böyle iken mahkemeye T.M.K.nun 676 vd. maddeleri göz önünde tutulup toplanan deliller ışığında bir değerlendirme yapılarak uyumsuzluğun çözüme kavuşturulması gerekirken hukuki yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir”⁹⁴.

Öncelikle paylaşma sözleşmesi ancak mirasın açılmasından sonra kurulabilecektir⁹⁵. Mirasbırakanın terekesinin paylaşımına yönelik paylaşma kuralı öngörebilmesi mümkünse de bu TMK m. 676 uyarınca bir paylaşma sözleşmesi olarak değil; bir ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilecektir. Paylaşma sözleşmesi mirasın açılmasından sonra tüm mirasçılarının tarafı olduğu bir sağlararası hukukî işlemdir⁹⁶. Kararda miras payının devrine yönelik hükümlere atıf yapılmışsa da somut olayla hükümlerin ilişkisi ortaya konulmamıştır. Şayet taraflar arasındaki sözleşme mirasın taksimine yönelikse bu durumda ilgili işlem mirasın paylaşılmasında gözetilmesi gereken bir ölüme bağlı tasarruftur. Bu işlemin noterde resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir⁹⁷. Bu takdirde TMK m. 676 esas alınarak ilgili hukukî işlemin değerlendirilmesi hukukî işlemin niteliğine aykırıdır.

Bununla birlikte Yargıtay’ın işlem tarihini ve taraflarını gözettiği kararları da tespit edilmiştir. Buna göre:

“...Türk Medeni Kanununun miras hukuku bölümünde düzenlenen mirastan feragat sözleşmesinin muris ile mirasçılar arasında yapılabileceği, mirasçılar arasında yapılan mirastan feragat sözleşmesinin kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline” hükmedilen karar “murisin vefatından sonra mirasçılar arasında

⁹⁴ Y. 8. HD, E.2013/10751, K.2013/11676, 12.09.2013, (Kazancı).

⁹⁵ Ayrıca bkz. I./C./2.

⁹⁶ Ayrıca bkz. I./C./2.

⁹⁷ Kararda işlemin “mirastan feragat sözleşmesi” olarak düzenlendiği yönündeki ifade esas alındığında şekil şartının yerine getirilmiş olacağı sonucuna ulaşılabilir.

düzenlenen malvarlığı devrini içeren sözleşmeler miras payının devri” olarak ele alınması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur⁹⁸.

Aynı şekilde tarafların “miras hakkından feragat ettiği” yönünde açıkladıkları irade:

“...Adi nitelikli sözleşmenin düzenlendiği tarihte tarafların ortak miras bırakanları ... ölüdür. Her ne kadar sözleşme metninde davalıların yakın miras bırakanı Şengün Tezel vekilinin 50.000 TL karşılığında miras hakkından feragat edildiği belirtilmiş ise de; düzenlendiği tarihte ortak miras bırakanın ölü olması ve sözleşme bütün olarak gözönünde bulundurularak değerlendirildiğinde TMK.nun 677. maddesinde düzenlenen miras payının devri” olarak nitelendirilmiş ve İlk Derece Mahkemesi’nin somut olaya dair mirastan feragat hükümleri uyarınca verdiği karar bozulmuştur⁹⁹.

Yine Hukuk Genel Kurulu, mirasçılar ve mirasbırakanın işlemin tarafı olmadığı bir feragat sözleşmesinin mevcut ve dolayısıyla geçerli kabul edilemeyeceğinin altını çizmiştir¹⁰⁰.

⁹⁸ Y. 14. HD, E.2015/11291, K.2015/9565, 02.11.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁹⁹ Y. 8. HD, E.2010/5564, K.2011/2171, 14.04.2011, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁰⁰ “...Mahkemece, davacılar tarafından düzenlenen ve annelerinin ölümünden dokuz ay önce, murisin Darülaceze’ye bağış yapabileceğini, vasiyet edebileceğini bu sebeple de kendilerinin tenkis davası açmayacaklarını belirten 5.8.1992 günlü belge esas alınarak dava reddedilmiştir. Olayda sağlıklı ve hukuksal bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle ret kararına esas alınan bu feragatin niteliği üzerinde durulması gerekmektedir. a) Belirtilmelidir ki miras bırakanla mirasçısı arasında feragat sözleşmesi yapılması imkân dahilindedir. Mirasçı mahfuz hissesinden veya miras payından vazgeçebilir. İşlem sağlar arasında yapılan muameledir. Ancak geçerli olabilmesi için mutlaka resmi vasiyet şeklinde yapılması zorunludur. (MK. nun 492 ve 11.2.1959 gün ve 16/14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı). Oysa feragati içeren 5.8.1992 günlü belge resmi vasiyet biçiminde düzenlenme- diği gibi murisi ile davacılar arasında da olmadığından vasiyetname miras mukavelesi olarak da kabul edilemez.” [Y. HGK, E.1996/2-575, K.1996/726, 23.10.1996; aynı yönde ayrıca bkz. Y. 8. HD, E.2010/3332, K.2010/3720, 05.07.2010, (Kazancı)].

3. Yargıtay'ın tarafların işlemi nitelendirmelerine odaklanan yaklaşımı, hukukî işlemin tabi olacağı hükümsüzlük rejimi bakımından da karmaşaya sebep olmaktadır.

Mirastan feragat sözleşmesi, niteliği gereği mirasın açılmasından sonra gerçekleştirilemez¹⁰¹. Ancak bunun aksine uygulamadaki miras payına yönelik işlemleri nitelendirmedeki aksaklıklar, Yargıtay kararlarına da sirayet etmektedir. Buna ek olarak nitelendirmedeki aksaklıklar, ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlük rejimiyle sağlararası işlemlerin rejiminin, işlemin karar uyarınca yapılan niteliğine aykırı olarak uygulanmasına sebep olmaktadır. Örneğin:

“...Davacılar vekili, mirasbırakan ...'nın 10/07/1999 tarihinde vefat ettiğini, mirasbırakan ...'nın ...'dan olma çocukları olduklarını, davalıların ise mirasbırakanın resmi eşi ve çocukları olduklarını, mirasbırakana ait taşınmazlar için ... 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2008/1226 Esas sayılı ortaklığın giderilmesi davası açıldığını, davalıların vekilinin dosyaya sunduğu 14/12/2001 tarihli mirastan feragat sözleşmesi gereğince davacıların mirasçılık sıfatlarının bulunmadığını iddia ettiğini, bahsi geçen mirastan feragat sözleşmesinin davalılar tarafından davacıların annesi ...'un kandırılarak veya ikna edilerek düzenlendiğini, davacıların reşit olmadıkları dönemde anneleri tarafından imzalanan mirastan feragat sözleşmesinin hukuken geçerli olmadığını, 14/12/2001 tarihli mirastan feragat sözleşmesinin hükümsüz olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ...Mirastan feragat sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir miras sözleşmesi olduğu için, yukarıda açıklanan kurallar mirastan feragat sözleşmesinin kurulmasında da geçerli olacaktır. Somut olayda, mirastan feragat sözleşmesi ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılması geçerlilik koşulu olup resmi şekil koşuluna uyulmadan yapılan sözleşmenin hukuken geçerliliği bulunmadığından iptali de söz konusu değildir. Türk Medeni Kanununun 545. maddesinde belirtilen emredici kural nedeniyle geçerli bir mirastan feragat sözleşmesinden söz edilemez. Bu sebeple davanın reddine karar verilmesi gerekirken; yanılığılı değerlendirmeye davanın kabulüne

¹⁰¹ Ayrıca bkz. I./B./1.

karar verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı” gerektirdiği yönünde karar verilmiştir¹⁰².

Kararda hukukî işlemin nitelendirilmesindeki aksaklığın yanında işlemin şekle aykırılığının hukukî sonucu da iptal edilebilirlik değil kesin hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. Mirastan feragatte şekil kurallarına aykırılığın sonucu miras hukukunun özellikli hükümsüzlük rejimi gereği iptal edilebilirliktir¹⁰³. Bu durum gözetilmeksizin işlemin geçersiz olduğundan iptalinin mümkün olmadığı şekliyle ifadesini bulan hukukî sonuç, işlemin karardaki nitelendirilmesiyle uyumsuzdur.

Yargıtay’ın işlem tarafların nitelendirmesi esas alındığı örneklerden biri yine “mirastan feragat” olarak isimlendirilmiş bir hukukî işleme ilişkindir. Murisin ölümünden sonra gerçekleştirilmesine rağmen işlem feragat olarak nitelendirilmiş ve fakat murisin ölüm tarihi dikkate alınarak kendiliğinden geçerli hale geleceği tespit edilmiştir. Buna göre:

*“...Ne var ki; Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 30.11.2011 tarihli bozma ilamından sonra, yargı kararıyla murisin ölüm tarihini 1981 olarak düzeltildiği ve ... ile ... tarafından kendilerinin taraf olmadığı bu kararın iptali istemiyle açtıkları davada da murisin gerçek ölüm tarihinin 1981 olduğu gerekçesiyle davalarının reddine karar verildiği, bu ilamın da 02.03.2021 tarihinde kesinleşmekle davacı ... ile davalı/davacı ... yönüyle de bağlayıcı hale geldiği tartışmasızdır. Murisin ölüm tarihinin 1981 olarak belirlenmesi karşısında 07.12.1984 tarihli (ve o tarih itibariyle) **murisin tüm mirasçıları arasında yapılan mirastan feragat sözleşmesinin hukuken bir geçerli bir sözleşme haline geldiği, feragat sözleşmesiyle birlikte davacı ...'ın murisin ...'ın terekesinde bir hakkının kalmadığı, terekenin payları oranında diğer mirasçılar ... ile ...'a geçtiği**” yönünde karar verilmiştir¹⁰⁴.*

Kararın içeriğinden yine hukukî işlemin tarafı mirasbırakan olmamasına rağmen mirastan feragat olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bunun aksine olayda mirasçıların tamamının kendi aralarında açılmış mirasın

¹⁰² Y. 14. HD, E.2017/1857, K.2021/651, 08.02.2021, (Lexpera).

¹⁰³ Ayrıca bkz. I./B./1.

¹⁰⁴ Y. 8. HD, E.2021/16061, K.2023/5092, 10.10.2023, (Kazancı).

paylaşılmasına dair bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Bu itibarla kararda “sözleşmenin ölüm tarihinin 1984 olduğunun tespiti sonrası bu tarihte geçerli hale geldiği” tespiti, işlemin niteliğiyle uyumsuzdur. Her ihtimalde mirasçılarının miras paylarını konu ettiğinin anlaşıldığı hukukî işlem, mirastan feragat olarak nitelendirilemeyecektir.

Yargıtay’ın işaret edildiği üzere hukukî işlemi, taraf isimlendirmesinden bağımsız tarafların gerçek iradelerini esas alarak nitelendirdiği kararları da mevcuttur. Bu kapsamda taraflarca mirastan feragat olarak nitelendirilen hukukî işlem, açılmamış miras payının devri olarak nitelendirilmiştir. Ancak ilgili kararda da işleme konu edilmiş “tereke sayısı” gözetilmemiştir. Buna göre:

“...Muris ...’ın vefatından sonra yapılan Burhaniye Noterliği’nin 09.11.2010 tarih, ... yevmiye sayılı Düzenleme Şeklinde Karşılıklı Mirastan Feragat Sözleşmesi’nde ise davalı ...’ın, muris ... adına kayıtlı olan ve sözleşmede yer alan taşınmazlarındaki miras haklarından ... ve ... tarafından kendisine ödenecek olan 250.000,00 TL para ve annesi ..., ..., ... ve kendisinin müşterek iken hisseli olarak maliki olunan 253 ada 4 parsel numaralı taşınmazdaki hisselerinin tamamının bedelsiz olarak devir etmeleri şartıyla, annesi ...’dan ve muris ve muristen annesi ...’a intikal eden ve edecek olan taşınmazlardaki miras haklarından gayri kabili ve kendi alt soyunu da bağlayacak şekilde ... ve ... lehlerine feragat ettiği anlaşılmaktadır. Davalı ...’ın yaptığı sözleşmeler murisin sağlığında yapıldığı için açılmamış bir miras üzerindeki payın devri sözleşmesi niteliğinde olup, mirasçının mirasçılık sıfatı ve paylarını etkilemeyeceğinden, Bölge Adliye Mahkemesince bu gerekçeyle mirasçılık belgesinin iptaline yönelik talebin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru görülmüştür”¹⁰⁶.

Öncelikle taraflar hali hazırda açılmış bir miras payına karşılık anlaşıldığı şekliyle ortak mirasçısı buldukları başka bir mirastaki hak sahipliklerini

¹⁰⁵ Kararın içeriğinde tarafların paylarını devrederek ortaklıktan mı ayrıldığı yahut terekeyi veya terekedeki değerleri paylaşımına mı konu ettiği doğrudan anlaşılmamaktadır.

¹⁰⁶ Y. 7. HD, E.2023/1360, K.2023/3088, 05.06.2023, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

hukukî işleme konu etmiştir. Karar metninden 2010 tarihli sözleşmenin tarafları ise anlaşılmamaktadır. Bununla birlikte TMK m. 678 uyarınca mirasbırakanın da katılımının (yahut izninin) arandığı ve kararda bu husus irdelenmediği dikkate alındığında mirasbırakan “annenin” de işleme taraf olduğu ve ilgili hukukî işlemde taahhütte bulunan kişilerden biri de “anne” olduğu anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki hukukî ilişkinin konusu açılmamış miras payı olmasına rağmen uyumsuzluğun TMK m. 678’e göre çözüme kavuşturulması isabetsizdir. Somut olayda açılmış miras payı üzerindeki hak sahipliğinin karşılığında; henüz açılmamış terekedeki (annenin mirası) hak sahipliğinden feragat edildiği görülmektedir. Feragatte ivaz, açılmış miras payı üzerindeki hak sahipliği de olabilecektir. Bu kapsamda “murisin sağlığında yapıldığı iddia edilen (annenin terekesi)” hukukî işlem mirastan feragat olduğu için feragat edenin mirasçılık sıfatı sona erer. Somut olayda birden fazla tereke üzerindeki hak sahipliğinin işleme konu edildiği gözetilmeksizin karardaki mirasçılık belgesi talebinin hukukî himaye görmesi isabetli değildir.

4. Yargıtay kararlarındaki hukukî işlemlerin nitelendirilmesine dair aksaklıklar, işlemin hüküm ve sonuçlarının belirlenmesi bakımından da birtakım sorunları beraberinde getirmektedir.

Bu kapsamda takip eden karar, açılmamış miras payının devrine bağlanan hukukî sonuca ilişkindir. Yargıtay mirasbırakanın katılımıyla gerçekleştirilen beklenen (açılmamış) miras payının devri sözleşmesine mirasçının tenkis davası açması hakkından da feragat etmiş olacağı hukukî sonucunu bağlamıştır. Kararda:

“...Mirastan feragat sözleşmesine muris ile birlikte katılan mirasçının tenkis davası açması doğru” olmadığı tespitine yer verilmiştir. Buna ek olarak: “16/06/1987 tarihli sözleşmeye miras bırakanın da katılmış olmasına, sözleşmenin 7.maddesinin Medeni Kanununun 613.maddesine uygun bulunmasına, bu süratle davacı tenkis davası hakkında feragat etmiş olmasına göre hükmün” kurulması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Karar için bkz. Y. 2. HD, E.1998/6675, K.1998/8059, 25.06.1998; devir sözleşmesinde mirasbırakana ait bir mührün bulunmasının da yeterli olacağı yönünde ayrıca bkz. Y. 8. HD, E.2009/979, K.2009/2792, 02.06.2009, (Kazancı).

Kararda taraflar arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine dair birbiriyle ilk bakışta uyumsuz olduğu düşünülen tespitler, Yargıtay'ın mirasbırakanın da katılımı halinde beklenen miras payını devreden mirasçının, mirastan feragat ettiğini kabul ettiği yaklaşımıyla birlikte ele alındığında anlam kazanacaktır. Bu ihtimalde mirastan feragat eden mirasçı, mirasçılık sıfatını da kaybetmiş olacağı için tenkis talebinde de bulunamayacaktır¹⁰⁸. Ancak mirasbırakanın “katılımının” ne suretle gerçekleşeceğine dair farklı kararlar olduğu gözetildiğinde; kararın isabeti de tartışmaya açılabilir. Zira Yargıtay mirasbırakanı da tarafı olarak nitelendirdiği açılmamış miras payının devri için adi yazılı şekli yeterli görmüştür. İlgili hukukî işlemde mirasbırakan tarafından paylaşım kuralı öngörülmüş olması ihtimalini ve mirasbırakana yöneltilen “pay devir” iradesinin hüküm ve sonuçlarını diğer bir ifadeyle mirastan feragat teşkil edip etmediğini değerlendirmeksizin; hukukî işlemi MK m. 613 (TMK m. 678) uyarınca geçerli kabul etmiştir. Buna göre:

“...Miras bırakan C. E. ölümünden önce eşi ve tüm çocukları ile birlikte 18.3.1983'te miras taksim sözleşmesi başlığı altında bir senet düzenlemişlerdir. Miras bırakanın eş ve çocukları muhtemel terekedeki taşınmazların kime ait olacağını, nasıl kullanılacağını, belirlemişlerdir. Miras paylarını kendi aralarında birbirlerine devretmişlerdir. Yapılan sözleşme, 743 sayılı Medeni Kanununun 613. maddesine uygundur. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken hukuki nitelemede yanılğıya düşüp, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır”¹⁰⁹.

Yargıtay birden fazla mirasbırakanın terekesinde ortak mirasçı olan kişilerin her birinin terekesindeki hak sahipliklerine yönelik (miras payının) devir ve paylaşımının tek bir metin kapsamında geçerli olarak gerçekleştirilebileceği kanaatindedir. Buna göre:

“...Dosya arasındaki tapu kayıtlarına göre 415 parsellerin tarafların ortak miras bırakanı Emine, 109 ada 4 ve 162 ada 3 parsellerin de Ahmet adına tapuda kayıtlı buldukları, tarafların adı geçen kayıt maliklerinin mirasçıları arasında yer aldıkları anlaşılmıştır. Davacılar vekili tarafından dosyaya sunulan Nazilli Birinci Noterliği'nce düzenlenen 10.04.1980 gün, 5269 yevmiye numaralı “düzenleme şeklinde taksim sözleşmesi” başlıklı belge

¹⁰⁸ Ayrıca bkz. I./B./2.

¹⁰⁹ Y. 2. HD, E.2003/2492, K.2003/4868, 03.04.2003, (Kazancı).

uyarınca miras bırakan Emine ve Ahmet'in katılım ve onayıyla mirasçılık belgesinde isimleri geçen mirasçılarının dava konusu parselleri ve dava dışı bulunan diğer parselleri taksim ettikleri belirlenmiştir. Sözleşmenin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, taksim sözleşmesi miras bırakan Ahmet ve Emine'nin sağlığında düzenlenmiştir. ...Başka bir anlatımla, Ahmet ve Emine'nin sağlığında katılımlarıyla terekesi mirasçıları arasında taksim edilmiştir. Bu şekilde düzenlenen bir taksim sözleşmesi geçerli olup, taraflar yönünden bağlayıcıdır”¹¹⁰.

Yine Yargıtay başka bir uyuşmazlık hakkında sonucu itibarıyla doğru olsa da karardaki hukukî nitelendirme sebebiyle anlaşılması güç bir karar vermiştir. Kararda esasında paylaşımına konu edilen tereke değeri üzerinde mirasçılık sıfatıyla hak sahipliği sona ereceğinden; mirasçıların miras payının devri hukukî işlemine başvuramayacağı ifade edilmektedir. Bu durumun bir hukukî sonucu olarak mirasçılar arasında adi yazılı şekilde gerçekleştirilebilecek kısmi devrin geçersiz olduğuna hükmedilmek istenmiştir. Ancak kararda varılan netice lafzı itibarıyla paylaşmaya rağmen resmi şekilde gerçekleştirilen pay devrinin geçerli olduğu sonucuna ulaşılmasına sebep olmaktadır. Buna göre:

“...Davacı vekili, müvekkilin murisinden kalan arsa üzerine yapılan binada mirasçılara düşen dairelerin 09.02.2010 tarihli tutanakla aralarında paylaşıldığını ve tüm mirasçıların davalı ...'e vekaletname verdiklerini, davalı ...'in aldığı vekaleti kötüye kullanarak müvekkiline ait hisseyi kendi üzerine tescil ettirdiğini ileri sürerek Kahramanmaraş ili, Merkez ilçesi, ... Mahallesi 4766 ada 3 parsel 1. Blok 1 numaralı bağımsız bölümde bulunan dükkan vasıflı taşınmaz üzerinde davalı adına kayıtlı 2/11 hissenin iptali ile müvekkil adına tapuya tesciline karar verilmesini talep etmiştir. ... Miras yoluyla intikal eden malda iştirak çözülmüş ve paylı olarak tapu siciline tescil edilmişse o mal artık tereke malı olmaktan çıkar ve TMK'nın 676. maddesinde gösterilen şekilde taksime konu olamaz. (13.09.1995 tarihli ve 7830 Esas, 8711 Karar sayılı Yargıtay 2. Hukuk Dairesi)Dava konusu taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet oluşmuşsa miras taksim sözleşmesine dayalı tescil istenemez. Tarafların murisi 08.03.2005 tarihinde vefat etmiştir.

¹¹⁰ Y. 2. HD, E.2008/1597, K.2008/2554, 08.05.2008, (Kazancı).

Davaya konu taşınmaz miris ...'a aitken, 07.08.2007 tarihinde yapılan intikal ve 18.10.2007 tarihinde kat irtifakı tesis edilmesiyle tereke malı olmaktan çıkmış, müşterek mal haline dönüşmüştür. Bu tarihten sonra yapılan açılmış miras pay devri sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığından geçersizdir”¹¹¹.

Karar bir bütün olarak ele alındığında esasında, devir işlemi için taşınmaz devrinin genel kurallarının geçerli olacağı ve dolayısıyla bir miras payının devrinin mevcut olmadığı ifade edilmek istendiği düşünülmektedir. Ancak sorunun işlemin niteliğinde değil; şeklinde olduğu yaklaşımı kararı eleştiriye açık hale getirmektedir.

Sonuç Yerine

Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilecektir:

1. Miras hakkının konu edildiği hukukî işlemlerin kendine özgü rejimi, uyumsuzluk halinde yargı mercilerince nitelendirilmesine yönelik kendine özgü sorunlara sebep olmaktadır. Bu çalışmada ilgili işlemlerin yargı kararlarındaki nitelendirme sorununa odaklanılmıştır. Böylece miras payının mirasçının açılmasından önce yahut sonra devri, mirastan feragat ve paylaşma sözleşmesi arasındaki sınırlar belirlenmeye gayret edilmiştir.
2. İlgili incelemede öğretideki tartışmalardan ziyade Yargıtay kararlarının soruna yaklaşımı tespit edilmiş ve hem önceki hem de yürürlükteki Medeni Kanun dönemindeki sayılan hukukî işlemlere dair Yargıtay kararları mümkün olduğunca geniş çerçevede taranmıştır.
3. Yargıtay kararları, yalnızca eleştirilmek cihetiyle değil; bir hukukî soruna getirdiği çözümün etkilerinin tespiti ve ayrıca verilen kararın sistemin bütünüyle uyumlu bir sonuca ulaşılabilme için nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorusundan hareket edilerek ele alınmıştır. Bu kapsamda Yargıtay resmi şekilde yapılmış açılmamış miras payının devrine yönelik hukukî işleme mirasbırakanın katılımının tarafı olduğu bir mirastan feragat sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uyulması anlamına geldiği kanaatindeyiz. Bu doğrudan ifade edilmemişse de pay devrine yönelik hukukî işlemler için verdiği kararlar ancak dolaylı olarak bu şartı

¹¹¹ Y. 7. HD, E.2022/5980, K.2022/7201, 24.11.2022, (Kazancı).

aradığının kabul edildiği takdirde anlam kazanmaktadır. Bir diğer ifadeyle Yargıtay işlemi hukukî sonuçları itibarıyla feragatle bir değerlendirmektedir.

4. Yargıtay miras hakkına yönelik hukukî işlemlerin taraflarını değil; tarafların işlemi nitelendirmelerini ön planda tutmaktadır. Yargıtay'ın taraf isimlendirmesi odaklı yaklaşımı, hukukî işlemin tabi olacağı hükümsüzlük rejimi bakımından da karmaşaya sebep olmaktadır.
5. Son olarak Yargıtay kararlarında hukukî işlemler nitelendirilmesine dair aksaklıklar, işlemin hüküm ve sonuçlarının da anlamlandırılmasında birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Özellikle ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu geçersizlik rejiminin, sağlararası hukukî işlemlere de tatbiki gibi çelişki sonuçlara sebep olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akkanat, Halil. *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Akkanat, Halil. *Medeni Hukukun Uygulanmasında Yöntem*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- Antalya, Gökhan. *Mirastan Feragat Sözleşmesi*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 1999.
- Antalya, Gökhan ve İpek Sağlam. *Miras Hukuku*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Miras Hukuku*. Ankara: Adalet, 2023.
- Aydıncık-Mıdyat, Şirin. “Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?.” *İMİHD* 8, S. 1 (Mart 2023): 211-237.
- Aydıncık-Mıdyat, Şirin. “Açılmamış Miras Payı Üzerindeki İşlemlere İlişkin Yargıtay Uygulaması.” İçinde *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Cilt IV: Miras Hukuku*, ed. Baki İlkay Engin, 149-175. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Ayiter, Kudret. *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*. Ankara: İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, 1953.
- Ayiter, Nuşin. *Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)*. Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1961.
- Bıçakçı, Levent. *Mirastan Feragat Sözleşmesi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1999.
- Bolatoğlu, Bolat. *Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.
- Bosshardt, Martina. *OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi Cilt-I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi Cilt-III*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Çakırca, S. İrem. “Miras Payının Devri Sözleşmeleri.” İçinde *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, C. II, ed. Abuzer Kendigelen, 1819-1846. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku Cilt IV-Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku Cilt I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Dural, Mustafa. *Miras Sözleşmeleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.

- Engin, Baki İlkay. “Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatin Altsoya Etkisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı).” İçinde *Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan*, ed. Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim, Atilla Altop, 379-403. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Akıntürk. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Ergün, Halit. *Miras Paylaşım Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ergüne, Mehmet Serkan. “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşım Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi.” *MÜHFHAD* 22, S. 3 (2016): 1063-1085.
- Escher, Arnold. *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, II Band-Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB)*. Zürich: Schulthess, 1959.
- Fries, Martin ve Reiner Schulze. *Nomos Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2021.
- Genç-Arıdemir, Arzu. *Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Sözleşmeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Göksu, Tarkan. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schultess, 2023.
- Gönen, Doruk. *Mirasın Paylaşılması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. Zürich: Schultess, 2023.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2022.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- İşgüzar, Hasan Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Karabağ-Bulut, Nil. *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Taksim Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1989.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
- Kocayusufpaşoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku-Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Kocayusufpaşoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Korkmaz, Abdullah Furkan. *Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- Löhnig, Martin ve Philipp S. Fischinger. *Erbrecht*. München: C.H. Beck, 2022.
- Nomer, Halûk Nami. *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları*. İstanbul: Beta, 2023.
- Nomer, Halûk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Özakman, Cumhuri. *Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.
- Öztaş, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Piotet, Paul. *Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht erster Halbband*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1978.
- Ruhwinkel, Sebastian. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3: Schuldrecht-Allgemeiner Teil II*. München: C.H. Beck, 2022.
- Sarıkaya, Murat. “Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru Bakımından İncelenmesi.” *DEÜHFD* 24, S.2 (2022): 805-832.
- Schmid, Jörg, Hubert Stöckli ve Frederic Krauskopf. *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2021.
- Serozan, Rona ve Baki İlkey Engin. *Miras Hukuku*. İstanbul: Seçkin, 2022.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm-Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Tuor Peter ve Vito Picononi. *Berner Kommentar-Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht Art. 457-640 ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag, 1966.
- Wegerhoff, Stefan. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11: Erbrecht*. München: C.H. Beck, 2022.
- Weimar, Peter. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, BK-Berner Kommentar*. Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Yıldırım, M. Fadıl. “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri.” *Yargıtay Dergisi* 21, S. 1-2 (Ocak-Nisan 1995): 109-144.
- Yıldırım, M. Fadıl. “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri (II).” *Yargıtay Dergisi* 21, S. 3 (Temmuz 1995): 278-293.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt IV-Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Yılmaz, Süleyman. *Miras Hukuku Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.

HUKUK ALANINDAKİ HİZMETLERDE KULLANILAN TEKNOLOJİK OLANAKLAR (LEGALTECH) VE AVUKATLIK MESLEĞİNE OLASI ETKİLERİ

*Technological Opportunities Used in Legal Services (LegalTech)
and Their Possible Effects on Legal Professions*

Hikmet BİLGİN*

ÖZET

Basit düzeyli bilgi teknolojilerinin yardımıyla veritabanı araştırmasından blokzinciri tabanlı akıllı sözleşmelere, yapay zekâ veya otomasyon destekli hukuksal danışmanlıktan algoritmik hukukî veri işlemeye kadar uzanan geniş bir yelpazeyi kapsayıcı çeşitli yazılımsal gelişmeler, literatürde "LegalTech: Hukuk Teknolojisi" anahtar kelimesi altında özetlenmektedir. LegalTech'in esas amacı, hukuk alanındaki iş süreçlerinin desteklenmesi, otomasyonu ve hukuk hizmetlerinin tedarikini teknolojinin yardımıyla kolaylaştırmak ve hızlandırmaktır. LegalTech'in öneminin daha iyi anlaşılabilmesi için, sadece hukuk sisteminin ihtiyaçları hakkında öne sürülen teorik düzeydeki düşüncelerin tartışılması yetmez; aynı zamanda hukuk alanına yönelik teknik inovasyon imkânlarının mevcut hukuk düzenine nasıl entegre edilebileceği, hukuk pratiğinde işlevsel olarak hangi iyileştirmeleri sağlayabileceği, kapsam ve sınırlarının ne olması gerektiği de doğru analiz edilmelidir. LegalTech ile ilgilenen teknoloji şirketleri, daha ziyade geleneksel, muhafazakâr ve klasik iş görme anlayışının egemen olduğu hukuk alanındaki meslekî faaliyetlerin ve özellikle avukatlığın işleyişini düzenlemek amacıyla kurulan girişimler (start-up) olarak gitgide yaygınlaşmaktadır. Sözü edilen hukuk teknolojisi çözümleri, avukatlık ofislerinin ve kurumsal hukuk bürolarının meslekî anlamda daha başarılı ve verimli olmalarına katkı sağlayabilir. Fakat bunun

Makalenin Geliş Tarihi: 29.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.05.2024.

* Arş. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: hbilgin@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6985-4958.

için, öncelikle teknolojiye karşı olası önyargılardan kurtulmak, meslekî sorunların çözümü ve hizmet kalitesinin artırılması için teknolojinin hukuk alanına nasıl entegre edilebileceği üzerine kafa yormak ve nihayetinde teknoloji yardımıyla iş görme modellerinin temel öğelerini kavramak gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Hukuk Teknolojisi, Hukuksal Bilişim Sistemleri, Avukatlık Mesleği, Hukukî Danışmanlık Faaliyetleri.

ABSTRACT

Various software developments covering a wide range from database research with the help of simple information technologies to blockchain-based smart contracts, from artificial intelligence or automation assisted legal consultancy to algorithmic legal data processing are summarized under the keyword "*LegalTech: Legal Technology*" in the literature. The main purpose of *LegalTech* is to facilitate and accelerate the support and automation of business processes in the legal field and the provision of legal services with the help of technology. In order to better understand the importance of *LegalTech*, it is not enough to just discuss the theoretical ideas about the needs of the legal system; at the same time, it should be correctly analyzed how technical innovation opportunities in the field of law can be integrated into the existing legal order, what improvements can be made in legal practice, and what their scope and limits should be. Technology companies interested in *LegalTech* are becoming more and more widespread as startups established to regulate the functioning of professional activities in the field of law, where traditional, conservative and classical business understanding is dominant. The aforementioned legal technology solutions can contribute to the professional success and efficiency of law offices and corporate law firms.

Keywords: Artificial Intelligence, Legal Technology, Legal Information Systems, Legal Profession, Legal Consultancy.

GİRİŞ

Günümüz itibarıyla yargısal faaliyetler çerçevesinde, bilhassa hukukî danışmanlık ve avukatlık hizmetlerinde otomasyon ve dijitalleşmeye yönelik artan bir eğilimin olduğu açıkça gözlemlenebilmektedir. Bununla birlikte, hukuk alanındaki birçok teknolojik gelişmenin henüz erken bir dönemde ve

daha başlangıç aşamasında bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. *LegalTech* olarak adlandırılan hukuksal otomasyon ve bilgi teknolojilerinin çok yönlü ve farklı işlevleri haiz türleriyle hukuk alanında karşılaşılan birçok soruna çözüm üretebildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda *LegalTech* yardımıyla avukatlar ve hukuk danışmanlığı yapan profesyoneller, meslekî faaliyetlerinde ihtiyaç duydukları dokümantasyon, yazışma ve veri yönetimi gibi ofis işlerinde verimliliği ve sürati artırabilir; hukukî başvuru ya da dava açma aşamasında yapılması gereken belge tarama, delil toplama, içtihat araştırma, hukuksal analiz vb. hazırlıkları daha doğru sonuçlar elde edecek şekilde tamamlayabilir; müşterilerine yapay zekâ destekli online danışmanlık hizmeti sunabilir; blokzinciri tabanlı dijital sözleşme, bulut destekli hukuk uygulamaları gibi teknolojik hizmet seçenekleri sunarak müşteri memnuniyetini ve hizmet kalitesini artırabilir ve her türlü hukukî sürecin hızlanmasına katkı sağlayabilir. Dolayısıyla *LegalTech*, dijital çağın hukuk alanında faaliyet gösteren meslek mensupları ve özellikle avukatlar bakımından çok önemli yenilik ve paradigma değişimleri vadetmekte olup, çok yakın bir zaman dilimi içinde yargısal hizmetlerde ve hukukî danışmanlık işlerinde klasik anlayışın ve alışlagelmiş çalışma yöntemlerinin yavaş yavaş terk edilmeye başlayacağını görmek mümkün hâle gelecektir. Zira toplumsal hayatın her alanında olduğu gibi, hukuk ve yargı alanında da teknolojik gelişmelerden uzak durulması yahut teknik yeniliklere karşı çıkılması düşünülemez. Buradan hareketle, hukuk alanında faaliyet yürüten meslek mensuplarının da, teknolojik yeniliklerin olumlu yönlerinden yararlanması, bunları meslekî olarak daha anlamlı hâle getirecek şekilde işlerine entegre etmesi ve bu konulardaki farkındalıklarını geliştirmesi ile, hizmet kalitesini ve performans seviyesini yükseltmeleri mümkün olabilecektir¹.

I. LEGALTECH HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Tanımı ve Kapsamı

LegalTech, hukuk alanında iş görme ve çalışma sürecinin tamamının veya bir kısmının otomasyonunu sağlamak, avukatlara karar ve aksiyon desteği sunmak, doğrudan müvekkillere/müşterilere/diğer kullanıcılara hukuksal bilgi ve tavsiye vermek için kullanılan dijital bilgi ve iletişim

¹ Gabriele Buchholtz, "Legal Tech – Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung," *Juristische Schulung* 10 (2017): 955.

teknolojileri şeklinde tanımlanabilir². Benzer bir başka tanıma göre ise *LegalTech*, hukukun tanımlanmasına, yorumlanmasına, uygulanmasına ve bazı durumlarda hukuk oluşturulmasına yardımcı olmak için kullanılan dijital teknolojilerin genel adıdır³. *LegalTech* için yapılan bu tanımlamalar, hukuk alanındaki modern teknolojilerin dijital nitelikte olmayan pek çok öncüsünü hariç tutmakta olup, söz konusu kavramı genel olarak anlamlandırmaya çalışırken gereğinden fazla daraltıcı sayılabilir⁴. Dolayısıyla *LegalTech* üzerinde nihai bir tanımlamaya odaklanmak yerine, hukuk hizmetlerine ve adli faaliyetlere etkisinin türüne göre sınıflandırma yoluna gitmek daha yararlı görünmektedir⁵.

Öte yandan *LegalTech*, hukukun değindiği herhangi bir konuyla ilgili bütün teknolojileri kapsamaz. Hukuk ile teknoloji arasındaki ilişkinin doğasını da hesaba katarak diğer teknolojilerden ayırt etmek için *LegalTech* denildiğinde, hukuka uyulması, hukukun uygulanması veya hukuk yaratılması şeklinde hukuken sonuç doğuran iş ve işlemler yoluyla hukukun özünü etkileşime giren teknolojiler anlaşılmalıdır. Bir başka ifadeyle, “hukukun özünü etkileşimde bulunmak için bir araç olarak kullanılabilen veya kullanıcısının hukukla etkileşime girmesine yardımcı olmak için, hukukî bir amaçla kullanılabilen tüm cihaz ve sistemlerle, bunları uyguladığımız beceri ve teknikler” genel olarak *LegalTech* kapsamına girmektedir⁶.

B. Amaçları ve Sunduğu Hizmetler

LegalTech, somut hukukî meselelere dair hizmetlerle danışmanlık faaliyetlerini düzenlemek, optimize etmek ve bu alanlarda inovasyon

² Julian Webb, “Legal Technology: The Great Disruption?,” içinde *Lawyers in 21st-Century Societies, Vol.2 Comparisons and Theories*, ed. Richard L. Abel, Hilary Sommerlad, Ole Hammerslev ve Ulrike Schultz, (Oxford: Hart Publishing, 2022), 515.

³ Wolfgang Hoffmann-Riem, “Legal Technology/Computational Law - Preconditions, opportunities and risks,” *Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law (CRCL Online)* 1, 1 (2021): 2.

<https://journalcrcl.org/crcl/article/view/7/3> (son erişim 07.05.2023).

⁴ Ryan Whalen, “Defining legal technology and its implications,” *International Journal of Law and Information Technology* 30 (2022): 49-50.

⁵ Bu sınıflandırma türlerine II. no’lu başlıkta ayrıntılı şekilde değinilmektedir.

⁶ Whalen, “Legal Technology,” 52. Ayrıca bkz. Dariusz Szostek, “The Concept of Legal Technology (LegalTech) and Legal Engineering,” içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021), 19-20.

sağlamak için teknolojiden yararlanan bir yazılım endüstrisi olup, yeni yazılımların yardımıyla hukukî faaliyet ve hizmetlerin maliyetlerini azaltmaya, zaman takibini ve manuel yürütülecek hukuksal işleri kolaylaştırmaya, belge arşivlemeye, güvenlik risklerini ortadan kaldırmaya yönelik çeşitli amaçlar gütmektedir⁷. *LegalTech* ile uğraşan girişimciler, büyük yatırımlar yaparak hukuk alanında profesyonel hizmet sunanların faaliyetlerini oldukça kolaylaştırabilecek ve inovasyon yoluyla performans iyileşmesi sağlayabilecek türden yazılımlar geliştirmekte ve bu yazılımları yasal teknoloji patentlerine de bağlayarak çığır açıcı yeniliklerin gün geçtikçe çoğalmasına yol açmaktadır. Yapay zekâ, bulut depolama, büyük veri, blok zinciri vb. en yeni teknolojilerle ilgilenen *LegalTech* yazılımları, hukuksal faaliyet ve yargısal uygulamalara yönelik her türlü belge arşivleme, zaman çizelgesi oluşturma, iş takibini denetleme ve diğer her türlü ofis görev araçları da dahil olmak üzere, yönetsel işlevli teknolojik araçları ortaya koymakta; hatta doğrudan faturalandırma veya makbuz kesme gibi işlemleri dahi muhasebe sistemine doğrudan entegre edebilen hizmetler sunmaktadır⁸. Bunun yanı sıra, belge inceleme otomasyonu ile, çevrimiçi avukat ve avukatlık hizmeti tedarik eden, çevrimiçi pazarda avukatlarla kişileri buluşturan, dijital veri güvenliğine ilişkin sorunları giderici ve kimlik hırsızlığını veya hassas bilgi sızıntılarını önleyici çözümler sağlayan yasal teknoloji girişimleri, hukuksal hizmet sürecindeki iş akışının her aşamasına katkı sunabilecek nitelikte yenilikleri gündeme getirmektedir⁹.

LegalTech, hukuken sonuç doğuran herhangi bir olgu, durum ya da süreç ile ilgili hukukî açıdan değerlendirme yapan, hukukî bir sorun için tavsiye ve

⁷ <https://www.advopass.com/blog/legal-tech-nedir.html> (son erişim: 25.12.2023). Örneğin, avukatlık mesleğinin geleneksel modelini değiştiren *Lexoo*, avukatların, ticarî işletmeler ve vatandaşlar için hukukî danışmanlık hizmetleri sunması için tasarlanmış çevrimiçi bir platform olup genellikle sabit bir ücret temelinde çalışır ve geleneksel şirket bünyesinde istihdam edilen hukuk uzmanından daha düşük maliyetli olduğu öne sürülür. Yine, günlük zaman girişi ile gelir-gider takibi, bireysel ve ekip performansı ölçme, kaynak optimizasyonu ve iş raporlaması yapan *Advopass* ise, avukatlar için tasarlanmış çözümleri ile pek çok profesyonelin zaman tasarrufunu sağlayarak verimliliklerini artırabilmeyi amaçlayan bir platformdur.

⁸ <https://www.advopass.com/blog/legal-tech-nedir.html> (son erişim: 25.12.2023).

⁹ Taher Abou El-Eid, "The Future of Legal Technology - How will legal technology change the legal practice," ResearchGate, July, 2022, son erişim 10.06.2023, https://www.researchgate.net/publication/361722506_The_future_of_Legal_Technology_How_will_legal_technology_change_the_legal_practice.

çözüm üreten çeşitli algoritmik sistemleri de bünyesinde barındırır. Hukuk uygulayıcılarının (bilhassa avukatların), hukuk kurallarının hukukî bir meseleye nasıl uygulanacağı ve bununla hangi sonuca ulaşılabileceği konusunda algoritmanın ürettiği veriye dayanarak hukuken bilgi sahibi olabilmelerini sağlayan *LegalTech*, karar desteği sunmak için hukukî çalışma sürecinin tamamını veya bir kısmını otomatikleştirdiği gibi, hukukî nitelikli tavsiye ve tahminlerde bulunur¹⁰. Dünya çapında hukuk ve yargı alanındaki popülaritesi artan dijitalleşmenin bir parçası olarak otomasyon destekli hukukî danışmanlık ve diğer hizmet modellerinin sayısında da artış gözlenmektedir. Örneğin, 2008 ile 2017 yılları arasında Almanya’da *Aboalarm*, *Flightright*, *Mineko*, *Unfallhelden*, *Legalhero* gibi hukuk alanında dijital hizmet modelleri ortaya çıkmış ve hukukî yardım sağlamaya yönelik çeşitli uygulamalar geliştirilmiştir¹¹. Verimliliği artıran bu gibi hizmet modelleri arasında dijital hukuk altyapısına entegre araştırma seçenekleri ve dijital arama motorlarıyla güvenilir hukukî kaynaklara ve yargısal içtihatlarla doğrudan erişim imkanları da bulunmakta olup, çevrimiçi sanal asistanlar vasıtasıyla çalışan hukukî danışmanlık uygulamaları ile, davanın kaybedilmesi hâlinde doğacak hukukî masrafları önceden hesaplayabilen maliyet programları da bu kapsamda ayrıca düşünülebilir.

C. Önemi ve Avantajları

Serbest meslek mensubu konumundaki avukatlar arasında meslekî olarak kaliteli hizmet odaklı rekabetin günbegün artan ivmeyle yükseldiği olgusal bir gerçektir. Bu durum göz önüne alındığında, piyasada tutunmak zorunda olan her bir avukatın, avukatlık ve hukukî danışmanlık hizmetlerinin dijitalleşmesi ile elde edilen avantajlardan yararlanmak istemesi de doğal ve yadsınamaz bir sonuçtur. Günümüzde yargısal süreçlerde yaşanan en temel problemler, adalet hizmetlerinde yaşanan gecikmeler ve ekonomik açıdan karşılaşılan zorluklar olduğuna göre, müvekkil kesiminin genel ihtiyaç profilinde de zaman tasarrufu ve ucuzluk gibi faktörler daha fazla ön plana çıkmaya başlamıştır. Avukatlık hizmetlerindeki maliyetlerin düşürülmesi ise, avukatın büro faaliyetlerindeki giderleriyle birlikte, organizasyonel süreçlerdeki zaman

¹⁰ Webb, “Legal Technology,” 515.

¹¹ Ajla Hajric, Maximilian Leicht, Frederik Möllers, ve Stephanie Vogelgesang, “Die (Fehlende) Regulierung von Legal-Tech-Anbietern in Deutschland – von Rechtlichen Grenzen und der Tatsächlichen Marktsituation,” *Jusletter IT Die Zeitschrift für IT und Recht* 27 (Mayıs 2021): 93.

yönetimi ve çalışma teknikleri ile ilgili maliyetlerin kontrolüyle mümkün olabilir¹². Yine, mesleğin özündeki girişimci ruh ve düşünce ile karakterize edilen avukatlık faaliyetinde harcanan zamanın en aza indirilmesi ve maliyetlerin düşürülmesi bağlamında *LegalTech* uygulamalarının merkezî bir rol oynadığı ve önemli avantajlar sağladığı söylenebilir. Özellikle düzenli hukuk danışmanlığı hizmeti verilen kişi ve kuruluşların sıkça tekrarlanan hukukî soru ve sorunlarının çözümünde *LegalTech* önemli kolaylıklar getirmektedir. Keza avukatlık mesleğini icra ederken yasal sürelerin kaçırılması, hukukî başvuru yaparken veya dava açarken hatalı dilekçe hazırlanması vb. kötü olasılıkları minimize etmek, meslekî hata payını ve müvekkillerin hak kaybını sıfırlamak amacıyla avukatların *LegalTech* uygulamalarına yönelmesi de anlaşılabilir bir ihtiyaçtan doğmaktadır¹³.

LegalTech seçeneklerinden biri olan hukuk otomasyon sistemleri sayesinde avukatlık ve hukuk danışmanlığı faaliyeti yürütenler, hizmet sundukları kişi ve kuruluşlara dair bilgi, belge, doküman ve içtihadı her yerden hızlıca ve kolayca erişim sağlayabildikleri gibi, müvekkil dosyalarını, hukukî belge ve bilgileri düzenli bir şekilde saklayıp ileride kolayca erişilebilir hale getirebilmekte ve böylece avukatların müvekkillerine hızlı ve bilgiye dayalı kaliteli bir hukukî hizmet sunmalarının yanı sıra, müvekkil memnuniyetinin artmasına da ciddi oranda katkı sağlanmaktadır¹⁴. Bu avantaj, hukuk bürolarının mevcut müvekkilleri ile uzun süreli çalışmasını sağlarken, kendileriyle çalışmaktan memnun olan müvekkillerinin referansı ile birçok yeni müvekkil edinmelerine de vesile olmaktadır. *LegalTech*, büyük veri analitiği ve yapay zekâ kullanarak hukuksal analizleri daha derinlemesine gerçekleştirme kapasitesine sahip olup, bu özelliği sayesinde avukatların daha iyi kararlar vermesine ve daha doğru aksiyonlar alabilmesine yardımcı olmaktadır¹⁵.

Öte yandan, hukukî konularda iş ve hizmet gören avukatlık sektörü, yaygın olarak geleneksel ve muhafazakâr bir yapıya sahip olup, avukatların ve avukatlık bürolarının karşı karşıya kaldıkları müşteri deneyimlerinin uzun

¹² Stephanie Vogelgesang ve Jochen Krüger, "Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 1)," *Juris- Die Monatszeitschrift* 11 (2019): 399.

¹³ Vogelgesang ve Krüger, "Legal Tech-I," 399.

¹⁴ <https://www.t-hos.com.tr/turkiyede-legaltech-kavrami-biliniyor-mu/>. (son erişim 10.10.2023)

¹⁵ <https://www.t-hos.com.tr/turkiyede-legaltech-kavrami-biliniyor-mu/>. (son erişim 10.10.2023)

yıllar boyunca neredeyse hiç değişmediği söylenebilir. Bu tespitin temelinde, avukat camiasının diğer mesleklere kıyasla maliyetleri düşürebilmek için malî teşvik ve devlet desteklerinden yararlanamaması ve mümkün mertebe riskten kaçınma tercihinin yattığı söylenebilir¹⁶. Fakat artık büyüyen küresel ekonomide artan ticaret hacmi, şirket sayıları ve şirketlerin hukukî danışman talebi ile istihdamındaki yükseliş, avukatların üzerindeki zaman, maliyet, kalite ve verimlilik gibi noktalarda baskıyı artırdığı gibi, örneğin ABD ve Kanada gibi ülkelerdeki barolar tarafından avukatların teknolojiye dair fayda ve riskleri takip etmelerini ve teknoloji konusunda yetkin hâle gelmelerini teşvik edici ve zorunlu kılmaya yönelik birtakım meslekî davranış kurallarının getirilmesi de avukatları teknolojik gelişmelerle ilgili rekabet edebilecekleri yeni yollar aramaya yöneltmiştir¹⁷.

II. LEGALTECH'İN TÜRLERİ VE SINIFLANDIRILMASI

A. Kronolojik Açıdan Gelişim Aşamalarına Göre

Günümüz itibariyle dünya ölçeğinde *LegalTech* uygulamaları ve hizmet alanları o denli genişlemiştir ki, literatürde ilk olarak kronolojik gelişim aşamaları dikkate alınarak bu teknolojiyi alt bölümlere ayırarak sınıflandırmaya yönelik yaklaşımlar ortaya konulmuştur. Bu yaklaşımlar ışığında ilk olarak *LegalTech 1.0* aşaması karşımıza çıkmaktadır. Bu aşamada basit bilgisayar tabanlı ofis organizasyonu ve ofis içi iletişimi, örneğin dokümantasyon ve muhasebe yönetimi, çevrimiçi toplantı organizasyonu, bulut bilişim vb. internet destekli hizmetler sunulmakla birlikte, hukuk alanına özgü içerikler ve hukuk mesleğine yönelik somut çözüm olanakları yer almadığından, hukuk ve yargı dışındaki sektörlerde de karşılaşılan yeniliklerin ilk adımı olarak nitelendirilmektedir¹⁸. *LegalTech 2.0* ise, hâlihazırda hukuk

¹⁶ Abou El-Eid, “Legal Technology,” 4.

¹⁷ Bunlar arasında, Stanford Hukuk Fakültesi bünyesindeki, hukuk öğrencileriyle bilgisayar bilimcilerin ortaklaşa kurdukları teknoloji şirketlerinin geliştirilmesi amacıyla “Hukuk Bilişimleri Merkezi” adıyla kurulan disiplinlerarası nitelikte bir araştırma merkezi de bulunmakta olup, bu merkezden ihraç edilen *LexMachina* ve *LegalHero* gibi hukuk yazılımlarının yatırım değerleri milyar doları aşmış durumdadır (Abou El-Eid, “Legal Technology,” 4).

¹⁸ Susanne Hähnchen, Paul T. Schrader, Frank Weiler ve Thomas Wischmeyer, “Legal Tech Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?,” *Juristische Schulung* 7 (2020): 626; Webb, “Legal Technology,” 517. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tomasz Zalewski, “Basic Principles for the Effective Use of Legal Tech Tools,” içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek

teknolojisinin mevcut kullanımına karşılık gelen ve sıkça tekrarlayan, yeknesak, standart hâle dönüşmüş hukukî faaliyetlerin otomasyonunu sağlayan en yaygın geliştirme aşaması olarak tanımlanabilir¹⁹. Daha ziyade teknoloji endüstrisinden, hukuk sektöründen veya akademiden birçok sağlayıcı tarafından sunulan *LegalTech 2.0* çözümleri, soruşturma mercilerince yapılan bilgi toplama, olgu analizi gibi işlerin yanı sıra, otomatik belge, sözleşme veya iddianame taslağı hazırlama vb. dahil olmak üzere birçok faaliyette kullanılmaktadır²⁰. Yine, örneğin, icra takip dosyalarının tümüyle dijital ortama aktarılması veya mirasçılık belgesi verilmesi, terk eden eşin ortak konuta davet ihtarı gibi işlerin yazılım yoluyla otomasyonu sayesinde yargıdaki kırtasiyeciliğin azaltılarak zamandan ve masraftan tasarruf sağlanacağı açıktır. Bilimsel açıdan olduğu kadar ekonomik ve sosyal açıdan da en heyecan verici aşama olan *LegalTech 3.0*, yapay zekânın hukukî faaliyetlere entegrasyonunu sağlayarak, avukatların geçmişten günümüze kadar gelen alışıl gelmiş iş profillerinin temelden sorgulanmasına yol açabilecek ve ileride rutin hâle gelmiş, gündelik, sıradan ve basit hukuksal iş ve işlemler için artık nitelikli avukatların mesai harcamasına ihtiyaç kalmayabilecektir²¹. Yapay zekâ veya makine öğrenimini kullanan gelişmiş algoritmalar yardımıyla otonom kararlar alma olanağının söz konusu olduğu *LegalTech 3.0* aşaması, kararın bağımsız olarak elde edilen veriler ve kendi kendine öğrenme temelinde bir sistem tarafından verildiği daha üst bir düzeyi temsil eder. Nihai karar doğrudan sistem tarafından veya bir insan tarafından onaylanarak verilebilir²². Bununla birlikte, henüz *LegalTech 3.0* için erken bir safhada bulunduğu ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde söz konusu teknolojinin sınırlarının nasıl çizileceği, hesap verebilirlik ve düzenleyici çerçeve bakımından mevzuata nasıl entegre edilip işleneceği gibi hususlardaki belirsizlikler göz ardı edilmemelidir.

ve Mariusz Załucki (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021), 317-318; Szostek, “Legal Technology,” 21.

¹⁹ Hähnchen, Schrader, Weiler ve Wischmeyer, “Legal Tech,” 626; Webb, “Legal Technology,” 518. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zalewski, “Legal Tech Tools,” 320 vd.

²⁰ Szostek, “Legal Technology,” 21.

²¹ Hähnchen, Schrader, Weiler ve Wischmeyer, “Legal Tech,” 626; Webb, “Legal Technology,” 519-520.

²² Szostek, “Legal Technology,” 22. Aynı yönde bkz. Mariusz Załucki, “LegalTech in the Judiciary: Technological Developments and the Future of the Court System,” içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021), 389.

B. Hukukla Girdiği Etkileşimin Boyutlarına Göre

LegalTech, hukukla etkileşime girme vasıtası olarak kullanılmaya elverişli teknolojik fayda ve olanaklar bakımından oldukça geniş bir kapsamı haizdir. Bunun farklı türlerini açıklamak için “doğrudanlık”, “muayyenlik” ve “derinlik” olmak üzere, üç boyut doğrultusunda sınıflandırma yapmak yerinde olacaktır. Buna göre, *Legaltech*’in “doğrudanlık” boyutu, teknolojinin hukukla direkt olarak aracısız şekilde etkileşime girmesini ifade ederken; “muayyenlik” boyutu, teknolojinin hukuk alanında ne ölçüde genele yayılan yahut spesifik nitelik taşıyan faydalar sağladığını ortaya koyar; “derinlik boyutu” ise, teknolojinin hukuk alanına derinlik katmaya ve insan yardımına ihtiyaç duymaksızın hukuksal içerik üretimine yönelik fayda sağlayan yönünü açıklamaya çalışır.

1. Doğrudanlık Boyutu

“Doğrudanlık” boyutu bir teknolojinin sunduğu olanakların ne kadar çeşitlilik arz ettiğinden ziyade, hukuk alanıyla doğrudan etkileşimi sağlama derecesini göstermeye yarar. Bir teknolojinin bu doğrudanlığı etkileyebilecek iki yönü mevcuttur: Birincisi, hukukla etkileşimde bulunmak için bir insanın aracılık etmesinin ne ölçüde gerekli olduğu; ikincisi ise, bu etkileşimin resmî nitelik taşıyıp taşımadığı. Bu itibarla doğrudanlık boyutu, herhangi bir hukuksal içerik taşıyan veriyle doğrudan bağlantı kurmadığı ve buna yönelik herhangi bir insanın aracılığına ihtiyaç duymadıkları için epey dolaylı sayılabilen teknolojilerden, hukukun özünü doğrudan temasa geçen ve resmî kişiler aracılığıyla bu konuyla ilgilenen teknolojilere kadar, çok geniş bir yelpazeyi kapsar. Bir bakıma doğrudanlık boyutunun, söz konusu teknolojinin yalnızca hukuki “amaçlar” için kullanılma derecesini değil, aynı zamanda bunu hukuki “araçlarla” kullanma derecesini de temsil ettiği düşünülebilir²³.

Örneğin, tamamı hız sınırı uygulaması ve buna riayeti sağlamaya yönelik teknolojilerden söz edecek olursak, motorlu taşıtlara takılan normal hız göstergesinin epeyce dolaylı olduğu söylenebilir. Zira bu teknoloji, sürücünün davranışının hukuka uygun olmasını sağlamaya yardımcı olmak için işlev gördüğünden, hukuk teknolojisi (*LegalTech*) kapsamına girer. Ancak bu teknolojinin amacına ulaşabilmesi için çok yönlü ve kapsamlı insan müdahalesine ihtiyaç duyulur. Zira sürücünün yerel hız sınırının farkında olması, bunu hız göstergesinin okumalarıyla karşılaştırması ve ardından belki

²³ Whalen, “Legal Technology,” 54.

de aracın hızını düzeltmesi gerekir. Keza polis memurunun radar ölçüm cihazı da işlevini yerine getirebilmesi için bir insanın aracılığına ihtiyaç duysa dahi, taşıt hızını resmî olarak ölçmeye kalibre edilmiş olması, bu cihazın hukukla ilişkisini resmî nitelik taşımayan standart bir hız göstergesinden daha doğrudan hâle getireceği için, doğrudanlık boyutu bakımından *LegalTech* sınıfına dahil edilebilir. Hatta, hız sınırı denetimini otomatikleştirerek herhangi bir insanın aracılığına ihtiyaç duymayan EDS (Elektronik Denetim Sistemi) hız kameraları, hız sınırına uyulmadığında idarî para cezaları düzenleyerek doğrudan ve resmî olarak hukukla etkileşime girdiğinden, *LegalTech* sınıfına giren teknolojilerin doğrudan bir örneği olarak gösterilebilir²⁴.

2. Muayyenlik Boyutu

Hukuk alanıyla ilgisi bulunmayan uygulamaları içeren genel teknolojilerin yanı sıra, esas itibariyle hukukla ilgili amaçlar için tasarlanmış veya bu amaçlar için uygulanabilen daha spesifik teknolojiler de mevcuttur. Bununla birlikte, teknolojinin kullanımı yalnızca amaçlarıyla yahut kapasite ve olanaklarıyla sınırlı olmayıp, çoğunlukla tasarlanmayan veya hedeflenmeyen şekillerde de ortaya çıkabilmekte ve kullanıcılar, teknolojinin her türlü olanağından yararlanıp yararlanmamakta tercih yapabilmektedir. Teknolojinin kullanım şekilleri zamana ve koşullara göre farklılık gösterdiğinden, hukuk alanındaki teknolojileri spesifik ve somut olarak tasvir etmek zordur. Teknolojik olanakları tasavvur ederken, hukuk alanındaki teknolojilerin de hangi olanaklara zemin hazırladığını, bunların gerçek veya algısal kullanımlarının ve potansiyellerinin karmaşık ve insan eliyle şekillendirilen doğasını da dikkate almak gerekir. Örneğin, yabancı dilde yazılmış bir kitap, o dili bilmeyen biri tarafından algılandığında, anlatılanı aktarma şansına sahip olamaz; sadece hurda kağıt olma işlevi taşır. Buradan hareketle, hukuk teknolojilerinin sağladığı olanakların da, hukuk alanına ne kadar münhasır olduğuna ve hukuka temas ettiğine göre farklılık gösterdiği söylenebilir. İşte muayyenlik boyutu, bir teknolojinin hukuk ile yarattığı etkileşimin derecesini ve hukuk alanına yansıma ölçüsünü belirleyen ölçüt olarak gösterilebilir²⁵. Hatta bazen kullanıcıların kimlik ve kişiliği yahut hukukçu olup olmadığı gibi hususların dahi, bir teknolojinin *LegalTech* kategorisine dahil edilip edilmeyeceğini belirlediği hâllerden söz edilebilir. Muayyenlik boyutu itibariyle düşük ölçekli hukuk teknolojilerinin hukuk

²⁴ Whalen, "Legal Technology," 54-55.

²⁵ Whalen, "Legal Technology," 52-53.

alanı haricinde de birçok olanağı bünyesinde barındırdığı, hukuki angajmanlara yönelik uygulanabileceği gibi, hukukla ilgisi olmayan amaçlarla da kullanılabilirdiği varsayılır. Örneğin bir kelime-işlem yazılımı içeren teknoloji, hukuki içerik oluşturmak amacıyla kullanılabilirdiği gibi, hukukla ilgisi olmayan (hukuk dışı) amaçlarla da kullanılabilir; söz konusu teknoloji işlevsel çeşitliliği hukuka özgü spesifik olanaklar içerdiği ölçüde hukuka angaje sayılır ve muayyenlik boyutu itibarıyla *LegalTech* olarak kabul edilir²⁶.

3. Derinlik Boyutu

LegalTech olarak kabul edilen teknolojilerin en ileri gelişmişlik seviyesini ortaya koyan derinlik boyutuna göre hukuk alanına yeni içerikler kazandıran, insan yardımı olmaksızın hukuki tespitlerde bulunan, hukuk nosyonu olarak ifade edilen bilgi ve formasyona sahip olan ve bunun yardımıyla temel hukuk uygulamasına yönelen derin hukuk teknolojileri, *LegalTech* ile yapay zekânın gerçek anlamda bütünleşmesinden oluşur. Nitekim günümüzde *LegalTech* etrafında yoğunlaşan ilgi ve heyecanın çoğu, hukuk dünyasını ve hukukçuların hukuka adaptasyon şeklini dönüştürmesi beklenen derin hukuk teknolojilerinin vadettiklerinden kaynaklanır²⁷.

Derin hukuk teknolojilerine en yaygın örnek olarak akıllı sözleşmeler gösterilebilir. Yine, fikri mülkiyet portföylerini izlemek ve olası ticari marka ihlallerine ilişkin tespitlerde bulunmak üzere yapay zekâ kullanan otomasyonlar da derin hukuk teknolojileri arasında sayılabilir. Bu tür hukuk teknolojilerine derinlik katan husus, sadece soyut hukuk kurallarını somut olayın koşullarını gözetererek uygulamak değil, bunun yanı sıra ihdas edilen hukuk kurallarının yerindeliliğini, işlevselliğini ve meşruiyetini sorgulayıp etik sorunlara işaret etmesidir. Hukuk pratiğine katkı sağlayan, bireylerin hukuku öğrenmesine veya hukukçuların yorum faaliyetine yardımcı olan diğer hukuk teknolojisi türlerinden farklı olarak, “hukuk yaratma ve kural koyma” odaklı teknolojiler aslında herhangi bir zaman diliminde insan davranışlarını yöneten kuralları değiştirebilir ve yasal yükümlülükleri dinamik şekilde değiştirme yetkisine sahip olabilir. Bu nedenle, özellikle güçlü hukuksal çıkarımlara ve buna bağlı olarak önemli hukuksal tasarım özelliklerine sahip oldukları söylenebilir²⁸.

²⁶ Whalen, “Legal Technology,” 54.

²⁷ Whalen, “Legal Technology,” 57-58.

²⁸ Whalen, “Legal Technology,” 58.

III. LEGALTECH'İN UYGULANMA ALANLARI

Hukuk teknolojilerinin sunduğu olanakların hukuksal faaliyetlerle ve hukuk alanında ifa edilen hizmetlerle kapsam itibariyle ne tür bir ilişkiye sahip olduğunu açıklayabilmek için bunun başlıca uygulanma alanlarını incelemek gerekir. Kapsam yönünden yapılacak böyle bir inceleme ise, üç temel başlık altında gerçekleştirilebilir: - Hukuksal faaliyetin ve hukuk alanında ifa edilen hizmetlerin içeriğine girmeksizin *LegalTech*'in yardımcı işlev gördüğü uygulama alanları, - *LegalTech*'in, hukuksal faaliyeti, onun nesnesi olarak öncelikle çerçeve koşulları ilgilendirecek şekilde etkilediği uygulama alanları, - *LegalTech*'in hukuksal faaliyetin özünde yer alan ve temelini oluşturan uygulama alanları.

A. Yargı işlevi ve yargısal faaliyetlerin dışında kalan yardımcı hukuk hizmetleri

1. Yardımcı Hukuk Hizmetlerinde Çevrimiçi Pazarlama

İlk olarak, yargı işlevini ve yargısal faaliyetleri doğrudan etkilemeyen yardımcı hukuk hizmetleri alanında son yıllarda hukukî danışmanlık hizmeti veren çevrimiçi platformların ve özellikle Almanya'da²⁹ avukat portalı veya avukat arama motoru şeklinde tanımlanabilecek çevrimiçi pazarlama sitelerinin hizmet tedarikinde önemli rol oynadıkları görülmektedir. Avukatlık hizmetlerinin yerel kısıtlamalar olmaksızın sunulabilmesi imkânının, bu tür avukat portallarını ve avukat arama motorlarını avukatlar için müşteri kazanmanın uygun bir yolu hâline getirdiği de söylenebilir.

Avukat portalları ve avukat arama motorlarının bir adım ilerisinde ise, hukuksal tavsiye isteyen kişilerin hukuki sorununu internet üzerinden girerek çözüm aradıkları yahut portal aracılığıyla vekalet verilmesi için bir fiyat teklifi aldıkları veya hukuki soruya ek olarak ödenmesi istenen meblağı yatırıp, ardından bir avukatın, hukuki soruyu teklif edilen fiyat üzerinden yanıtlamayı

²⁹ Alman Barolar Birliği tarafından işletilen Alman Avukat Bilgi Merkezi (*anwaltauskunft.de*) ve buna ek olarak, Almanya'da iyi bilinen avukat arama motorları ve aracılık platformları arasında *anwalt.de*, Wolters Kluwer tarafından işletilen *anwalt24.de*, *anwaltinfos.de*, *anwaltssuchdienst.de*, *anwaltsuche.de*, *andrechtsanwalt.net* gibi portallar bulunmaktadır. Bir diğer örnek olarak, *fragrobin.de* portalında ücretsiz çevrimiçi sanal danışmanlık ve aracılık hizmeti sunan bir avukat arama motorunun faal olduğu görülür. Türkiye'de ise *turkhukuk sitesi.com*, *avukatlarasor.net*, googleplay çevrimiçi mağazasında sunulan *sanal avukat* uygulaması gibi platformlar buna benzer örnekler arasında gösterilebilir.

kabul ettiği çevrimiçi hizmet piyasaları yer almaktadır³⁰. Buna benzer bir başka modelde ise, önceden standart tanımı yapılmış olan hukukî hizmetlerin sabit fiyatla sunulduğu çevrimiçi mağazalar mevcuttur³¹. Bu gibi çeşitli pazarlama modellerinin türetildiği ortamlarda her iki âkit tarafı oluşturan “hukuki tavsiye arayan müşteri” ile “hukuki tavsiye veren avukat” arasında vekâlet ilişkisinin kurulmasını kolaylaştıran ek hizmet ürünlerinin arz edildiği platformlara da rastlanılır. Örneğin, *frag-einen-anwalt.de* platformunun işleteni firma, önceden web sitesi aracılığıyla edinilmiş çok sayıda hukuki bilgiye dayanarak kullanıcılara önerilen yanıtları elde etmeye yönelik yapay zekânın kullanıldığı bir sistemi avukatlara sunmaktadır³². Başlarda çevrimiçi pazarlama amaçlı faaliyet gösteren bu tür sanal ortamların işletenleri zaman içerisinde hukukî içerik üreticilerine veri sağlamada da başat rol oynamaya başlamış olup, bu durum, hukuk teknolojisinin birtakım pratik ihtiyaçları karşılamak için ne denli çok farklı kaynaklardan beslendiğine ve geliştiğine iyi bir örnek teşkil etmektedir³³.

Öte yandan, başlangıç gayesi avukatları ve potansiyel müvekkil müşterileri buluşturmaya yönelik olan ve hukuk danışmanı açısından öncelikli olarak pazarlama işlevi gören platformlara ek olarak, avukat istihdamı konusunda uzmanlaşmış çevrimiçi işe alım platformları da kurulmuştur.

³⁰ Buna örnek olarak, kurucu ortağı Michael Friedmann'ın Alman hukuk teknolojisi sahnesinin öncüsü haline geldiği *frag-einen-anwalt.de* platformunun yanı sıra, *escherhilft.de*, *faq-recht.de*, *jurato.de* ve *justanswer.de* gibi web sitelerinin de faaliyet gösterdiği söylenebilir.

³¹ Bu bağlamda, Almanya'da *123recht.net*, *advocado.de*, *legalbase.de* gibi platformların yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri menşeli *legalzoom.com* web sitesi de örnek gösterilebilir. Ayrıca bkz. Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe unter Beteiligung der Länder Berlin, Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Hessen, Nordrhein-Westfalen und des Saarlandes, 13 vd. https://www.schleswig-holstein.de/DE/landesregierung/ministerien-behoerden/II/Minister/Justizministerkonferenz/Downloads/190605_beschluesse/TOPI_11_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1. (son erişim 12.02.2024)

³² Ayrıca bkz. Michael Friedmann, “Die Zukunft der Rechtsberatung,” *Rechtshandbuch Legal Tech*, ed. Stephan Breidenbach ve Florian Glatz (München: C. H. Beck Verlag, 2nd Aufl, 2021), 272.

³³ Jens Wagner, *Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtswesen durch neue Technologien und Künstliche Intelligenz* (Wiesbaden: Springer Gabler Press, 2. Aufl, 2020), 20.

Avukat istihdamında hukuk büroları ile başvuru sahibi isteklileri bir araya getirmeye hizmet eden bu platformlarda işveren ile başvuranın geleceğe yönelik beklentileri de dahil olmak üzere her iki tarafın gereksinim profilleri eşleştirilip ardından bunların birbirine yeterince uygun olup olmadığı otomatik olarak kontrol edilir³⁴.

2. Yardımcı Hukuk Hizmetleri Tedariki ve Hukuksal Harcama Yönetimi

Hukuki danışmanlık ve avukatlık hizmeti tedarik etmek isteyen işletmelerin, satın alma maliyetlerini düşürmek amacıyla teknik destek sağlamaya yönelik yararlanabilecekleri bilgi teknolojisi programları mevcut olup, işletmelerin kendi gereksinimlerine uygun hizmet alımı için bu programlara girdikleri bilgilerle, teklif sunan hukuk bürolarına ait verileri otomatik olarak karşılaştırıp en uygun eşleşmeyi bulan bu programlar sayesinde optimum rekabet ortamı sağlanabilmektedir. Hangi tür ve kapsamda hukuk hizmeti tedarik edilecekse, yalnızca bu hizmeti sunan hukuk bürolarından teklif vermeleri istendiği için, herkesin erişebileceği bir platformdan ziyade, kapalı bir kullanıcı grubuna yönelik uygulamadan söz edilebilir. Keza teklif verecek olan hukuk bürolarının, işletmelerin sisteme önceden girdiği parametrelere göre fiyat belirlemesini ve uygun hizmet arzını sağlamasını kolaylaştıran bu programlar, bir yandan hukuk bürolarının geçmişteki maliyet tahminlerinde ne ölçüde isabetli karar aldığını veya tahminlere ne ölçüde bağlı kaldığını değerlendirirken, diğer yandan hukuk hizmeti tedarikinin nihai karar aşamasında işletmelere ek bilgi de sağlayabilirler³⁵.

Öte yandan, saat başı ücrete tâbi mesai süresi, çalışılan ancak henüz ücreti hesaplanmamış (devam eden) mesai saatleri ve saat başı ücrete göre hesaplanmış mesai saatleri gibi önemli finansal rakamları ve masraf kalemlerini kaydeden, iş kârlılığını ve müşterilerin ödeme alışkanlıklarını izleyen, şirketler için hukuksal harcama yönetimi olarak adlandırılan çok sayıda bilgi teknolojisi destekli programlar da bulunmaktadır. Hukuksal harcama yönetimi programları, bütçenin en verimli şekilde kullanılmasını

³⁴ Wagner, *Legal Tech*, 21. Almanya'da avukat istihdamı konusunda uzmanlaşmış çevrimiçi işe alım platformları olarak *LegalHead*, *TalentRocket* *Jura*, *Xenion* gibi örnekler mevcuttur.

³⁵ Almanya'da bu programlara örnek olarak *Cael Select*, *click4legal*, *4cLegal Register* gibi platformların bulunduğu görülür (Wagner, *Legal Tech*, 21-22).

sağlamak için işletmelerin, hukuksal harcamalarını kontrol altında tutmasına, tedarik edilen hukuk hizmetlerine ait faturaların gerçeğe uygunluğunu denetleyebilmesine ve belirli kriterlere göre değerlendirebilmesine yardımcı olan uygulamaları bünyesinde barındırır³⁶.

3. Hukuk Bürolarının İç İşleyişine Yardımcı Yazılımlar

Öncelikle günümüzde yaygın olarak kullanılan teknik açıdan yardımcı hukuk yazılımları arasında özellikle hukuk sektörüne göre uyarlanmış olan sanal dosya ve belge yönetim sistemleri bulunmaktadır. Bunlardan bazıları³⁷ müstakil nitelikte ürünler olmakla birlikte, bazıları ise hukuk bürolarına veya ticari işletmelerin hukuk departmanlarına ait otonom hukuk yazılımlarının bileşenleri olarak işlev görmektedir. Bunun dışında, bilhassa şirketlerin birleşme ve devralma işlemlerinin hukukî boyutuyla ilgilenen kalabalık çaptaki hukuk bürolarının çalışmalarını etkileyen, fiziksel arşiv odalarındaki dokümanları inceleme zorluğundan kurtaran ve her türlü belgeye avukatın kendi bilgisayarından çevrimiçi erişimini sağlayan sanal veri depolama alanlarından da söz edilebilir³⁸. Sanal belge ve dosyalama çözümlerinin yanı sıra bir dava veya hukukî danışmanlık dosyasının malî yönetimi veya hukuk bürolarının hukuksal harcama yönetimi için tasarlanan programlara ek olarak, bu alana ilişkin bütün uygulamaları bütünsel veya modüler bir yaklaşımla birbirine bağlayan genel kapsamlı hukuk bürosu yazılımları da mevcuttur³⁹.

Öte yandan, proje yönetimi, iş yükü yönetimi ve işlem yönetimi gibi faaliyetler esasen hukuksal anlamda yürütülen işin özünü oluşturmamakla birlikte, hukuk büroları bakımından önemli bir zaman ve maliyet faktörü

³⁶ İşletmeler için hukuksal harcama yönetimi alanındaki uygulama sağlayıcıları olarak *BusyLamp*, *Bottomline*, *Onit*, *Mitratech*, *Epiq*, *Xakia*, *Brightflag* ve *Quovant* gibi programlar örnek verilebilir. Keza müvekkiller tarafından düzenli olarak çevrimiçi ücret takibi yapılmasına da olanak tanıyan elektronik faturalandırma programları da bulunmaktadır (Wagner, *Legal Tech*, 22).

³⁷ Bu alandaki tanınmış sağlayıcılarına örnek olarak *iManage* ve *Hummingbird* mevcuttur.

³⁸ Sanal veri odası sağlayıcıları arasında *Drooms*, *HighQ*, *Imprima* ve *Intralinks* bulunmaktadır (Wagner, *Legal Tech*, 23).

³⁹ Bunlar arasında örneğin, *DATEV*, *RAMicro*, *ReNoStar* ve *STP*'nin yanı sıra, *ShakeSpeare* ve *Wolters Kluwer/ Kleos* veya *LegalTrek* gibi uluslararası sağlayıcılar da yer alır. *Lecare*, *Wolters Kluwer&legisway* ve *winra*, *Elevate*, *Mitratech* ve *Onit* ise, genel hukuk ofisi yazılımı sunan uluslararası sağlayıcılar olarak da sıralanabilir (Wagner, *Legal Tech*, 23).

olarak öne çıkmaktadır. Hukuk büroları, çalışanlarının hukuksal bilgi birikimi ve meslekî donanımına değer verseler de, proje yönetimi, iş verimliliği gibi konularda uzmanlaşmış çalışanlara da rağbet gösterebilir. Dolayısıyla iş yerindeki verimliliği daha da artırmak ve maliyetleri düşürmek için ofis içi işlemleri, projeleri ve çalışma ekiplerini koordine etmeye, belgeleri paylaşmaya, münferit görevleri ve iş sürecindeki ilerlemeleri takip etmeye yönelik esnek bir platform sunan bilgi teknolojisi uygulamalarının varlığından da söz edilebilir⁴⁰. Nitekim hukuk bürolarında kurumsallaşma, verimlilik, iş hacminin büyümesi, hesap verebilirlik, şeffaflık, zaman tasarrufu, iş analitiği, performans ölçümü, iş yükü planlaması, iş takibi ve raporlama gibi amaçlara hizmet eden merkezî otomasyon yazılımları sayesinde hukuk bürolarının organizasyonu, müvekkiller, dış avukatlar, mahkemeler, noterler, idarî merciler vb. bütün kontaklarla iletişim, yazışmalar, sözleşmeler, dilekçeler bir dosya modülü etrafında toplanarak kategorize hâle getirilebilmekte ve içeride sağlıklı bir süreç yönetimi cereyan edebilmektedir. Böylelikle içerideki sisteme veri girişi yapıldıkça *bigdata* (büyük veri) oluşumunun ilerlemesine ve oluşan bu *bigdata*nın işlenip analiz edebilir hâle getirilmesine de katkı sağlanmış olmaktadır⁴¹.

4. Hukuk Büroları İçin Otonom Asistan Desteği ve Müşteri Danışmanı

Derin öğrenme sayesinde görüntüleri tanıma ve doğal vücut dilini anlama konusunda kayda değer bir ilerleme kaydeden yapay zekânın, yakın gelecekte hukuk bürolarında asistanlık ve hukuksal destek görevlerini yerine getiren avukatların yerini alması kuvvetle muhtemel gözükmektedir. Yalnızca bugün için bildiğimiz standart sözleşmelerin veya sözleşme şablonlarının doğrulanması, veri analizi, otomatik belge oluşturma, spesifik bir dava

⁴⁰ Wagner, *Legal Tech*, 23. Örneğin avukatların iş hayatlarını kolaylaştırmak isteyen *Enoron*'un ana hedefi, hukuk bürolarındaki toplantıları, iş ve zaman takibi ile müşteri yönetimini bir arada birleştiren bir yönetim yazılımı oluşturmaktır. Tüm süreçleri optimize eden, üretkenliği ve şeffaflığı artıran bir iş birliği ortamı yaratmak üzere tasarlanan bu çözüm, aynı zamanda dokümantasyonu yönetme ve belgelerin son teslim tarihlerini takip etme gibi düzenli görevlerin otomasyonunu sağlar. Avukatlar için özel olarak tasarlanmıştır ve müvekkil verilerini zamanlanmış görevlere bağlamak gibi işlemlere de sahiptir.

⁴¹ Örneğin, *ShakeSpeare*, hukuk bürolarında herhangi bir programlama bilgisi gerektirmeden her türlü iş akışının dijital olarak görüntülenmesi için kullanılacak bir platformdur. "Hukuksal robotik süreç otomasyonu" adı verilen bu sektörün pazar liderlerinden olan *UI-Path*, hâlihazırda yönetsel ve hukuksal süreçlerle ilgili olarak aktif şekilde faaliyet göstermeye devam etmektedir (Wagner, *Legal Tech*, 24).

kategorisinde içtihat oluşturma ve karar tahmini gibi yöntemlerle değil, aynı zamanda uzmanlık bilgisine ve bir hukuk bürosunun müşterileriyle de iletişim kurma becerisine sahip olan bir hukuk danışmanı sanal asistan olarak, hâlihazırda geleneksel şekilde yürütülen avukatlık faaliyetlerine yeni bir boyut kazandıracağı söylenebilir. Otonom asistanların görevleri aynı zamanda telefon çağrılarını yanıtlamak, toplantıları düzenlemek, duruşmaların takvimini tutmak, gelen ve giden yazışmaları yönetmek, müşterilerle ilgilenmek ve satın alma işlemlerini yürütmek gibi ofis yönetimiyle ilgili faaliyetleri de içerecek şekilde tasarlanmaktadır⁴². Bundan başka, belirli bir hukukî soruna yönelik en iyi çözüm önerilerini sunan, bir insan avukatın nihai kararını vermesine yardımcı olan, makine öğrenimi algoritmalarını kullanan Gelişmiş Hukukî Uzman Sistemleri (*Advanced Legal Expert Systems*) geliştirilmekte ve yakın gelecekte bu sistemler, kullanıcılarla doğal dilde iletişim kurması, önerilen çözümün meşruiyetini açıklama, sorulan somut soruları yanıtlama ve konuyu bir insanla tartıştıktan sonra önerilerini gözden geçirip değiştirebilme becerilerini de kazanacaktır. Nitekim günümüzde bu yeterliliklerin en azından bir kısmının zaten mevcut olduğu *IBM Watson* yazılımı, doğal dilde sunulan hukuki bir sorunu anlayabilmekte, bilgileri analiz edip sınıflandırabilmekte, ardından bir sonuca varıp hukuki danışmanlık sunabilmekte ve bunu insan sesi olarak bilgisayar simülasyonu şeklinde de gerçekleştirebilmektedir⁴³. Ayrıca sanal asistanlar, herhangi bir formattaki yapılandırılmamış dosyalardan, binlerce farklı bilgi parçasını ayıklayarak yapılandırılmış veri ve belgeler oluşturabilecek⁴⁴; bir kişinin sesinin videoya veya gerçek zamanlı olarak otomatik transkripsiyonunu

⁴² Gabriela Bar, “Artificial Intelligence in the Law Firm of the Future,” içinde *Legal Tech Information Technology Tools in the Administration of Justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021), 363.

⁴³ Richard Susskind, *Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future* (Oxford: Oxford University Press, 2nd Edition, 2017), 77; Bar, “Artificial Intelligence,” 363. Ayrıca bkz. Daryl Pereira, “How Watson helps lawyers find answers in legal research,” <https://cagedether.com/how-watson-helps-lawyers-find-answers-in-legal-research-672ea028dfb8>. (son erişim 13.02.2024)

⁴⁴ Örneğin, herhangi bir dil yetisi için etkin bir platform sağlayan *Luminance*, belge analizini hızlı ve üretken hâle getirmek için yapay zekâ ve makine öğrenimi algoritmalarını kullanır. Ne kadar çok profesyonel kullanırsa o kadar iyi olacak şekilde tasarlanmış olup avukatlara önemli bir zaman tasarrufu sağlar. Belge arama ve analizi yaparak metinlerdeki anormallikleri tespit eder. Avukatlar yüzlerce sayfayı okumak yerine bu yazılımı kullanarak zamandan tasarruf edilebilir.

yapabilecek ve bunu duygu analiziyle de birleştirebilecek⁴⁵; oluşturduğu algısal bir yapay zekâ ile, duyular tarafından algılanan jestleri, mimikleri ve sesleri "görme", "duyma" ve "anlama" yeteneğine sahip olacak ve aynı zamanda bunları spesifik bir olgusal bağlam içerisine de yerleştirebileceklerdir⁴⁶. Ezcümle, bir avukat olarak yapay zekâ destekli otonom asistanlar, hukuk bürosunun müşterilerine doğrudan hizmet sağlayabilecektir.

5. Sözleşmelerle İlgili Geliştirilen Yazılımlar

Avukatların dava takibi dışındaki hukuk hizmetleri alanında en temel çalışma konuları arasında, sözleşme taslaklarının hazırlanması, incelenmesi ve sözleşme müzakerelerinin müvekkil adına yürütülmesi gibi faaliyetler de bulunmaktadır. Hukuk teknolojileri alanında yaşanan gelişmeler bu hizmetlerle ilgili çözümleri de kapsamakta olup, örneğin sözleşmelerin incelenmesi işiyle uğraşan bilgi teknolojisi sistemlerinde, üçüncü taraflarca oluşturulan veya kullanıcının bizzat hazırladığı ilk taslağın incelenmesinde esas alınacak standartların ve öğelerin önceden tanımlanıp sistemde saklanması esasına dayanır. Bu esasa dayanan bir sözleşme inceleme sistemi, ikinci adımda insan tarafından yapılan bir inceleme olması ve sistemin, gelecekteki makine incelemeleri için insan incelemesiyle varılan sonuçlara uyarlanabilir şekilde de tasarlanması mümkün olabilir⁴⁷.

Sözleşme müzakerelerinin yürütülmesi hususunda ise, sistemi kullanan tarafın daha önce müzakere hedeflerini belirlediği veya sistemin önceki müzakerelerden çıkan kararlara dayanarak bu hedefleri öğrendiği ve bu hedefler doğrultusunda kendi kararlarını otomatikman oluşturduğu müzakerelere olanak sağlayan sistemler akla gelmelidir. Ayrıca, sonunda hukuken geçerli ve işlevsel bir sözleşme metninin oluşturulmasını otomatikman sağlayacak şekilde tasarlanan ve tüketicilerin, tarafı oldukları sözleşmelere ilişkin müzakereleri bunların yardımıyla yürütebilecekleri

⁴⁵ Duygu analizi hakkında bkz. Shubham Gupta, "Sentiment Analysis: Concept, Analysis and Applications," <https://towardsdatascience.com/sentiment-analysis-concept-analysis-and-applications-6c94d6f58c17>. (son erişim 13.02.2024)

⁴⁶ Örneğin, bir tanığın ifade verdiği esnada maddî vakıaları farklı şekillerde tekrarlayarak kaç kez hata yaptığını yahut sözleşme müzakerelerinde tarafların vücut dilinden ne gibi çıkarımlar yapılabileceğini açıklayacaktır (Bar, "Artificial Intelligence," 364).

⁴⁷ Sözleşme inceleme sistemleri arasında *LawGeex*, *LegalSifter* ve *ThoughtRiver*'in yanı sıra Londra merkezli start-up *SCISSERO* ve Harvard Hukuk Fakültesi öğrencilerinin kurduğu start-up *Evisort* da yer almaktadır (Wagner, *Legal Tech*, 51).

platformlar da düşünülmalıdır⁴⁸. Bu bağlamda, gelecekte *LegalTech* bakımından önemli bir diğer faaliyet alanının ise, insanlar ile makineler arasında otomatik hâle getirilmiş sözleşme müzakereleri ve özellikle de iki makine arasında cereyan eden sözleşme müzakerelerinin olması pek muhtemeldir. Sözü edilen olası gelişme, makinelerin hukuken kişi vasfı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın geçerli olabilecektir; çünkü makine tarafından oluşturulan bir beyanın, hukuken makinenin arkasındaki gerçek veya tüzel kişiye ait iradeye atfedildiği sözleşmelerin kurulmasının önünde herhangi bir engel söz konusu değildir⁴⁹. Bu hususta makinelerin tüzel kişiliğine dair yapılacak yasal bir düzenleme, ancak buna bağlı hukuki belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yarar. Teknik açıdan bakıldığında dahi otomatik hâle getirilmiş müzakere görüşmelerinin sürdürülmesi de makûl görünmektedir. Nitekim makine, müzakere hedeflerini, bu hedeflerin önemini ve müzakerelerde uygulanabilecek iletişim taktiklerini spesifik bir taktik kitabından öğrenip oluşturabilir. Sözleşmenin her iki tarafı da, bir yandan gerçekleşen somut görüşmelere dayalı olarak, bir yandan da kendilerine ait etki alanından kaynaklanan kriterleri baz alarak kendileri için önemli olan müzakere hedeflerini ortaya koyan bir sistem kullanabilir. Kaldı ki, günümüz itibariyle bazı havayollarına ait algoritmaların, beklenen ve fiilen gerçekleşen kapasite kullanımına, müşterilerin alışkanlıklarına ve davranış özelliklerine bağlı olarak uçuş bileti fiyatlarının otomatik olarak belirlenmesinde olduğu gibi, sözleşme müzakerelerinin otomatik hâle getirildiği bilgi teknolojisi tabanlı sistemler yardımıyla, diğer müstakbel sözleşme bileşenlerine ilişkin müzakere hedefleri de, çeşitli veri kaynaklarından edinilen uygun kriterlerden türetilir⁵⁰.

6. Hukuksal Analiz Yapan ve İçerik Üreten Sistemler

Hukuk alanında hizmet gören avukatların yürüttüğü meslekî faaliyetin merkezinde, herhangi bir mesele yahut uyuşmazlık ile ilgili hukuksal analiz

⁴⁸ Wagner, *Legal Tech*, 51.

⁴⁹ Wagner, *Legal Tech*, 51.

⁵⁰ Wagner, *Legal Tech*, 51. Sözleşme taslağı oluşturan sistemlerin yanı sıra vasiyetname yazma veya değiştirme sürecini kolay ve daha erişilebilir hale getiren uygulamalar da mevcuttur. Örneğin kullanıcılar *Farewell* üzerinden vasiyetname veya zayi belgesi düzenleyebilir. Yazılım sayesinde vasiyetnamenin içeriğiyle ilgili getirilen herhangi bir yasal güncelleme, belgeye otomatik olarak uygulanır. Bu tür yasal hizmetlere kolay ve daha uygun maliyetli erişim, avukatları yeni bir ortama uyum sağlamaya ve hizmetlerini daha faydalı hale getirmeye zorlayabilir.

ve değerlendirme yapmak ve bu doğrultuda içeriksel çıktı oluşturmak yer alır. Bu bağlamda, gelecekte hukuk hizmetlerinin *LegalTech* kapsamına giren en kritik bölümünü, maddî vakıalar saptandıktan ve veri olarak girildikten sonra soyut hukuk kurallarının bu vakıalara bağladığı hukuki sonuçlar hakkında analiz ve değerlendirmelerde bulunan ve somut olaya uygun hukuksal içerik üreten sistemler gerçekleştirecektir. Bu sistemlere “hukuksal üreteç” (*Rechtsgenerator*) denildiği de görülmektedir. Hukuksal analiz, değerlendirme ve içerik sağlayan bu bilgi teknolojileri, ilk aşamada somut meselenin veya uyuşmazlığın esasını oluşturan maddî vakıalar sisteme girilirken elektronik ortamda okunabilen ya da çevrimiçi değişken soru kataloglarından yararlanır ve ikinci aşamada hukuksal analiz ve değerlendirme yaparken, genellikle içeriksel hukukî çıktının üretilmesinden önce, belirli olgusal bilgileri veya bunların kombinasyonlarını belirli bir hukukî sonuca bağlayarak gerçekleştirir. Bununla beraber, hukuksal içerik üreten sistemlerin, önceden kurulmuş böyle bir bağlantı olmaksızın maddî vakıaları ele alarak hukuksal analiz ve değerlendirmelerde bulunması da mümkün olabilir⁵¹.

Alman hukukunda, hukuksal analiz yapan ve içeriksel çıktı üreten sistemlere, yaygın olarak tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıkların çevrimiçi ortamda incelenmesi ve çözüme kavuşturulması bağlamında kullanılan bilgi teknolojilerinde rastlanmaktadır. Örneğin, havayolu uçuş iptalleri ve gecikmeler için tazminat taleplerini inceleyen ve hukuksal süreci takip eden çevrimiçi portallarda pazar lideri konumundaki *Flightright*, birbirine benzer olaylar ve uyuşmazlıklarla sık karşılaşılan havacılık ve havayolu taşımacılığı sektöründe yoğun olarak kullanılmaktadır. Buna benzer sistemleri kullanan hizmet sağlayıcı şirketler, emsal teşkil eden olaylardan veya kendi yürüttükleri araştırmalardan hareketle, örneğin tazminat talebinin varlığı açısından belirleyici olan, uçuş iptali veya gecikmesine sebep oluşturan olayları çoğunlukla bildikleri için, sektörle ilgili temel olgusal unsurları kendileri de sisteme veri şeklinde ekleyerek hukukî nitelikte içerik ve sonuç elde etmeye çalışmaktadırlar⁵². Buna benzer diğer sistemler arasında örneğin, kira fiyatlarının aşırı yükseldiği ekonomik koşullarda kullanılan *wenigermiete.de*, tren seferlerinin gecikmesi veya iptali hâllerinde yolcu hakları ve tazminat için kullanılan *bahn-buddy.de*, trafik para cezalarının incelenmesinde kullanılan *geblitzt.de*, sosyal yardım ödemelerinin

⁵¹ Wagner, *Legal Tech*, 47.

⁵² Wagner, *Legal Tech*, 48.

incelenmesi ve itiraz hâllerinde kullanılan *hartz4widerkehr.de* gibi *LegalTech* platformları yer alır. Yine, dava ve yargılama giderlerinin finansmanı alanında faaliyet gösteren *iubel.de* platformunda ise, özel hukuk alanına giren her türlü uyuşmazlığın 1.000 ilâ 50.000- Avro arasında mümkün olan en düşük bedelle çözümü vadeditmektedir. Sözü edilen platformlarda tüketiciler, içinde buldukları spesifik koşullara göre ânında hukukî himayeye çevrimiçi olarak başvurdukları takdirde, söz konusu platformda, geçmişteki emsal mahkeme kararlarından hareketle, gelecekte verilmesi muhtemel kararları tahmin ederek ve başarı şansının durumuna göre hukuksal analiz yaparak tüketicinin hukukî himayeye kavuşup kavuşmayacağına, yani dava açması durumunda davayı kazanıp kazanamayacağına karar verilir⁵³. *Frag-einen-anwalt.de* platformunda ise avukatlar, kendilerine yöneltilen hukuksal soruları yanıtlarken, hukuken en isabetli sonuçları elde edebilmek amacıyla, söz konusu sistemin, geçmiş veri kayıtlarına dayanarak sunduğu hukuksal analiz ve içeriklerden yararlanabilmektedir. Bu tür hukuksal analiz ve içerik üretici sistemler, otomatik geliştirilen soru-cevap listelerinden hareketle, ticarî işletmelerde düzenli olarak sorulan hukuki soruları yanıtlamak için de kullanılabilir ve özellikle işletmelerin yürüttükleri iş ve işlemlerle aldıkları kararlarda hukuka uygunluk sağlanması açısından faydalı sonuçlar elde edilebilmektedir⁵⁴. Keza ticari işletmelerin ve hukuk bürolarının kendilerine ait “hukuksal üreteçleri” oluşturabilecekleri yazılımlar tasarlayan *LegalTech* girişimlerinden *Bryter* sayesinde kullanıcılar, bilgisayar dili bilmeden dahi farklı çözüm yaklaşımlarını ve karar seçeneklerini, maliyet, olasılık ve avantajları açısından karşılaştırabilmekte; karar süreçlerini programlayabilmekte; işletmelerin ve hukuk bürolarının hukukî sonuç doğuran kararlar almaları gereken hâllerde, kullanıcı arayüzünde zihin haritası gibi şematize edilebilen karar seçeneklerinin olası sonuçları izlenebilmekte; bu şekilde maddî gerçekler ile, daha sonra kullanılacak hukuksal değerlendirmeler arasında bağlantılar oluşturulabilmekte ve hukukî kararlar bilgi teknolojisiyle desteklenebilmektedir⁵⁵.

⁵³ *Iubel* platformunun, özellikle dizel skandalı kapsamında açılan davalar ve başarı şansının tahmin edilmesi kolay olan iş hukuku davaları sayesinde *LegalTech* alanında oldukça ivme kazandığı görülmektedir (Wagner, *Legal Tech*, 48).

⁵⁴ Wagner, *Legal Tech*, 48.

⁵⁵ Wagner, *Legal Tech*, 48.

7. Öneriler

Hukuk hizmetleri pazarındaki eğilim, uzmanlık gerektiren hizmetlerin kitlesel olarak yaygınlaştırılması ve bu hizmetlerin daha önce bunları satın almaya gücü yetmeyen kişilerin kullanımına sunulması yönündedir. Gelirlerini istenen seviyede tutmak isteyen avukatlar ve esnek, yenilikçi, müşteri odaklı yaklaşıma ve maliyet düşürme ihtiyacına sahip hukuk büroları, masrafı ve istihdamı artırmadan iş hacmini genişletebilmek için yakın gelecekte standart hâle getirilmiş kapsamlı hizmetler sunabilen yapay zekâya dayalı modern çözümleri uygulamaya almak zorunda kalacaklardır. Aksi takdirde, müşterilerin makul bir ücret karşılığında hukuksal durumları hakkında bir sanal avukatla konuşabileceği, alım satım, boşanma, dilekçe hazırlanması, bir belgenin incelenmesi, sözleşme hazırlanması gibi hukukî konularda tavsiye alabileceği “hukuki tavsiye kioskları” aracılığıyla hukuki yardım sağlamanın teknolojik yolları gittikçe yaygın hâle gelecektir⁵⁶. Dolayısıyla geleceğin avukatları, yapay zekânın insanların yerini almasına odaklanmak yerine, yapay zekâyla iş birliği yapmaya çalışmalıdır. Çünkü geleceğin teknolojisi, yapay zekâ ile rekabeti değil, verimli iş birliğini zorunlu kılmaktadır. Yapay zekâ teknolojisi, sayı, bilgi, görüntü ve hayal edilemeyecek miktardaki olası çözümleri ânında analiz edip en iyi yanıtları seçerken insan gözünün ve zihninin gözden kaçırdığı gizli korelasyonları da tarayabileceği için, verileri işleme konusunda insandan daha iyi olacağı konusunda şüphe yoktur⁵⁷. Buna karşın, insanların soru sorma konusunda yapay zekâdan daha iyi olmaları ise kuvvetle muhtemeldir. Soru sorma becerisi avukatlık mesleğinin olmazsa olmazıdır. Yerleşik kalıpları sorgulamak, hipotezler formüle etmek, bariz olmayan yeni çözümler aramak, avukatlık mesleğinin icrası için son derece önemlidir. İnsan avukat sorarken beşerî kısıtlamalara veya istisnalara işaret edip hedef belirleyerek hareket ettiği hâlde; yapay zekâ ise, verileri arar, alışkanlıkları analiz eder, çeşitli senaryoları inceleyip en ideal çözümleri sunar, alternatif olasılıkları ve bunların sonuçlarını gösterir, üstelik bunların tümünü gerçek zamanlı olarak, bir insan partnerle konuşarak yapar. Fakat insan avukat, sosyolojik ve psikolojik koşulları göz önünde tutabilme becerisinden dolayı daha karmaşık sorular sorarak yapay zekânın ortaya koyduğu çözümleri sorgulayabileceğinden ve empati ile sezgi yeteneği sayesinde yalnızca insanların fark edebildiği ek bağımlılıklara ve duygusal parametrelere işaret

⁵⁶ Bar, “Artificial Intelligence,” 364.

⁵⁷ Bar, “Artificial Intelligence,” 365.

edebileceğinden, insan avukat, yapay zekâlı otonom asistanlara nazaran üstün olduğu yönlerini, rekabet ederek değil, iş birliği yoluyla mesleğine entegre etmeyi düşünmek zorundadır⁵⁸.

B. Resmî Nitelik Taşımayan (Özel) Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümleri

Çevrimiçi uyuşmazlık çözümü (*Online Dispute Resolution- ODR*) adı verilen, resmî nitelik taşımayan ve bilgi teknolojisi desteğinden yararlanan uyuşmazlık çözüm platformları, 2000'li yılların başından beri mevcut olmakla birlikte, günümüzde küresel ölçekte e-ticaret hacminin giderek artması sebebiyle daha fazla ön plana çıkmaya başlamıştır⁵⁹. Zira düşük tutardaki kitlesel işlemler de dahil çok çeşitli e-ticaret işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda devletin sunduğu hukuki korumaların hem zamansal hem ekonomik yönden maliyetlerinin, faydalarına nazaran orantısız külfetli olduğu durumlarda *ODR* ilginç sayılabilecek çözümler geliştirebilmektedir. Keza devlet yargısının ve usul hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin bu türden uyuşmazlıklar için yeterince işlevsel çalışmadığı ve tatmin edici sonuçlar ortaya koymadığı, devletlerin hukuk sistemlerinde öngörülen hukukî çarelerin tarihsel olarak iletişim araçlarının çok hızlı geliştiği toplumların gereksinimlerine cevap veremediği ve bunları internet toplumuna uyarlamının çok güç olduğu yadsınamaz bir gerçektir⁶⁰.

Teknolojinin uyuşmazlık çözümünde merkezi bir rol oynadığı tümüyle teknoloji tabanlı *ODR* ve insan eliyle sağlanan çözüm süreçlerini teknolojinin de yardımıyla güçlendiren *ODR* olmak üzere, iki temel *ODR* mekanizması mevcuttur. Teknoloji destekli *ODR* mekanizmalarında, tamamen teknoloji tabanlı otonom sistemlerden farklı olarak, insan faktörü ortadan kaldırılmamakta, uyuşmazlığın çözümü sürecine aktif olarak katılan taraflar ve tarafsız üçüncü kişiler, teknolojik imkânları yeterli ve uygun iletişim araçlarının temininde kullanılır⁶¹. İşleyiş büyük ölçüde geleneksel kurallara

⁵⁸ Bar, "Artificial Intelligence," 366.

⁵⁹ Ioannis Martinis ve Christoph Arnet, "Online Dispute Resolution – heute und morgen," *Schweizerische Juristen-Zeitung* 117 (2021): 256-257.

⁶⁰ Wagner, *Legal Tech*, 33. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Cemre Çise Kadioğlu, "Bricks and Clicks: Online Dispute Resolution Mechanisms and Implementation of Online Arbitration in Turkey for Cross-Border Business to Consumer E-Commerce Disputes," *Bilişim Hukuku Dergisi* 1 (2019): 115 vd.

⁶¹ Teknoloji destekli mekanizmalara örnek olarak çevrimiçi müzakere, arabuluculuk, tahkim, çevrimiçi tahkim, arabuluculuk-tahkim (*med-arb*) gibi insan faktörünün öne çıktığı yöntemler gösterilebilir (Kadioğlu, "Online Dispute Resolution," 118).

uyduğundan, taraflar kendi rızalarıyla süreci yürütürler. Fakat hem merkezinde tümüyle teknolojinin yer aldığı *ODR* hem de teknolojinin destek verdiği insan eliyle yürütülen *ODR*, taraflara, bilgi teknolojisi destekli ve kısmen otonom yürütülen çevrimiçi müzakereler ile çözüm bulma olanağı sunmakta olup, örneğin yasal sorumluluğun söz konusu olmadığı durumlarda, taraflar arasında olası bir uzlaşmanın parasal miktarını belirlemek için kullanılabilir otonom bir müzakere süreci olan ‘kör teklif verme’ sistemlerinin kullanıldığı çevrimiçi süreçler, teknoloji tabanlı *ODR* mekanizmalarının hâlen uygulanan bir örneğini oluşturmaktadır⁶².

ODR, *eBay* ve *PayPal* gibi, özellikle çevrimiçi ticarete aktif olan küresel şirketler tarafından sunulmakta olup, günümüz itibarıyla e-ticaret piyasasında sadece birkaç bağımsız *ODR* sağlayıcısının faal olduğu söylenebilir⁶³. Bu bağlamda, Avrupa Birliği’nin kurduğu ve Birliğe üye ülkelerin yanı sıra Norveç, İzlanda ve Lihtenştayn vatandaşları tarafından tüketici işlemlerinde satıcı tarafla yaşanan tüketici hukuku sorununu çözmek için kullanılmaya yönelik bağımsız nitelikteki Avrupa Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Platformu⁶⁴ (*European Online Dispute Resolution platform*), çevrimiçi alışverişi, uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına erişim yoluyla daha güvenli ve adil hâle getirmek için Avrupa Komisyonu tarafından sağlanan *ODR* sağlayıcısı olarak dikkat çekmektedir⁶⁵. Anılan platformu kullanmak suretiyle tüketiciler, doğrudan satıcı tacir ile uyuşmazlığı çözmek amacıyla iletişim kurabilir ve tacir, görüşme talebine olumlu yanıt verirse sisteme ait kontrol paneli aracılığıyla satıcı ile doğrudan mesaj alışverişinde bulunabilir, ürün fotoğrafları vb. ekler gönderebilir ve çevrimiçi toplantı düzenleyebilir ve her iki taraf 90 gün boyunca açık kalan süreçten istediği zaman çekilebilir. Taraflar kendi aralarındaki görüşmelerde doğrudan bir çözüme varamazlarsa, onaylı bir kurumun yardımıyla uyuşmazlığı çözmek için *ODR* platformunda listelenen mahkeme dışı organlardan herhangi birini seçip kullanabilirler. Uyuşmazlık çözüm organı, tüketicilerin ve tacirlerin uyuşmazlıkları

⁶² Webb, “Legal Technology,” 521; Wagner, *Legal Tech*, 33.

⁶³ Örneğin, başarılı bir bağımsız *ODR* platformu olarak faaliyet gösteren ve kamu sektöründe dijitalleşme konusunda uzmanlaşmış Amerikalı şirket *Tyler Technologies*’e ait olan *Modria*, artık ABD’deki olağan mahkemeler tarafından da kullanılmaya başlanmıştır (Wagner, *Legal Tech*, 34).

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ec.europa.eu/consumers/odr> (son erişim 21.02.2024).

⁶⁵ Anılan platformun hukuki dayanağı olan “Tüketici Uyuşmazlıklarının Çevrimiçi Çözümü Hakkında AB Yönetmeliği için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524>. (son erişim 21.02.2024).

çatışmasız bir şekilde çözmelerine yardımcı olan tarafsız bir üçüncü kişi olup *med-arb* yöntemindeki arabulucu-hakem benzeri bir pozisyonda görev yapar. Her bir uyuşmazlık çözüm organı, kendi kuralları ve prosedürlerini uygulayarak mahkeme dışı çözüm yöntemleri sunmaktadır⁶⁶. Taraflar herhangi bir organ üzerinde uzlaşmaya varamazlarsa, çözüm için platformun sunduğu diğer çevrimiçi araçlara başvurabilirler⁶⁷.

C. Blokzincir Tahkimi

ODR ile bağlantılı olarak son yıllarda geliştirilen ve blokzincir tahkimi olarak anılan sistemden de bahsetmek gerekir. Blokzincir tahkimi alanında öncü olan ve *Ethereum* üzerinde uyuşmazlık çözümü için kurgulanmış bağımsız bir platform olan *Kleros*, hukuksal işlemlerin akıllı sözleşme olarak mı yoksa başka bir formatta mı yapıldığına ve blokzincir teknolojisiyle doğrudan ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, her türlü hukuksal işlemle ilgili uyuşmazlıkların çözümü için kullanılmak üzere tasarlanmış olup, *Kleros*'un devreye girebilmesi için akıllı sözleşmenin, uyuşmazlık durumunda *Kleros*'un hakemlik yapacağına ilişkin bir kod içermesi gerekmektedir⁶⁸. Taraflar arasındaki asıl (akıllı) sözleşmeye, onun bir parçası olarak tahkim kaydı (kodu) konulduğunda, esasa ilişkin asıl hukuki işlem olan sözleşme

⁶⁶ Avrupa Komisyonu tarafından akredite edilen uyuşmazlık çözüm organlarının tam listesi için bkz.

<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.printFullADRAAsPdf>. (son erişim 21.02.2024).

⁶⁷ Örneğin, hizmet sağlayıcı-satıcı ile uzlaşmayan tüketici, vatandaşı olduğu ülkenin ulusal yetkili düzenleyici makamlarına başvurabilir. Her sektörün, özel yetki ve sorumluluk alanları ülkeden ülkeye değişebilen kendi ulusal düzenleyici otoriteleri ve bunların kendi sektörlerindeki hizmet sağlayıcı-satıcılar için özel çözüm yöntemleri vardır. Yahut tüketicilerin, AB hukuku ve ulusal tüketici mevzuatı kapsamındaki hakları ile ilgili bilgi vermek, tüketici şikayetlerini takip etmeleri için gereken işlemler hakkında onlara tavsiyede bulunmak, çevrimiçi veya yüz yüze mal veya hizmet satın alınan yurtdışındaki tüccarlarla dostane bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olmak üzere oluşturulan Avrupa Tüketici Merkezleri (*European Consumer Centres*) Üye ülke vatandaşlarına ücretsiz hizmet vermektedir. https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/resolve-your-consumer-complaint/european-consumer-centres-network-ecc-net_en. (son erişim 21.02.2024).

⁶⁸ Darcy, Allen, Aaron Lane ve Marta Poblet, "The Governance of Blockchain Dispute Resolution," *Harvard Negotiation Law Review* 25, 1 (2019): 93; Clément Lesaege, Federico Ast ve William George, *Kleros Short Paper v1.0.7* (September, 2019), 3 vd. <https://kleros.io/whitepaper.pdf>. (son erişim 24.02.2022)

gereği hak kazanılan parasal meblağ, akıllı sözleşme marifetiyle otomatik olarak ödenebilecek şekilde avans yatırılır ve taraflar arasında olası bir uyuşmazlık durumunda söz konusu avans, ancak *Kleros* tarafından tahkim süreci sonunda verilen karar doğrultusunda ilgili tarafa ödenir⁶⁹. Bu karar ise, uyuşmazlığın esastan çözümü bağlamında her birine görev tevdi edilen üyelerden müteşekkil “jüri” tarafından verilir. Herhangi bir hukuk eğitimi almaları gerekmeyen jüri üyeleri, görev yapmak istedikleri mahkemeyi seçip oraya atandıktan sonra, spesifik bir dava hakkında karar vermek üzere ilgili mahkemenin havuzundan rastgele seçilir. Fakat blokzincir tahkimin özelliği gereği, söz konusu jüriye üye olarak seçilebilmenin iki temel koşulu *Kleros*’a ait blokzincir ağına katılımcı olmak ve bu ağ üzerinden kripto varlık şeklinde edinilen menkul kıymetlere sahip olmaktır⁷⁰. Bu türden kripto varlıkları mahkemeye sunmaksızın bir davada jüri üyesi olarak seçilebilmek mümkün olmadığı gibi, ne kadar çok kripto varlık sunulursa, üye seçilme olasılığı da o denli yükselecektir. *Kleros*, jürinin tarafsız karar vermesini, verilen kararın nesnellliğini pekiştirmeyi ve taraflardan birinin jüri üyelerinin kararını etkilemesini engellemeyi amaçlayan bir teşvik sistemi oluşturmuş olup, buna göre çoğunluk kararına muhalif yönde oy kullanan üyelerin yatırdıkları kripto varlıklar çoğunluğa göre oy kullanan jüri üyelerine dağıtılacaktır⁷¹. Bu sistemin işleyişinde yatan mantık, jüri üyelerinin *Kleros*’un dürüstlüğüne ve hakkaniyetine yönelik şüphe uyandıracak şekilde kararlar vermesinin önüne geçmek amacıyla, üyelere ait *Kleros* blokzincir ağına bağlı kripto varlıkların değerini yine üyelerin kendilerini belirlemeleri ve bu yolla elinde söz konusu kripto varlıklardan bulunan jüri üyelerinin *Kleros*’u koruyup nihayetinde ellerindeki kripto varlıkların akıbetini olumsuz etkilememek için, kendi menfaatlerine hizmet edecek şekilde adil kararlar vermeye yönelik görev yapmalarını sağlamaktır⁷².

⁶⁹ Wagner, *Legal Tech*, 34-35.

⁷⁰ Wagner, *Legal Tech*, 35.

⁷¹ Wagner, *Legal Tech*, 35; Lesaege, Ast ve George, *Kleros*, 6-7.

⁷² *Kleros*’un farklı konularda yargı yetkisine sahip mahkemelerde kullanılmasına ve taraflara çeşitli kanun yollarına başvuru seçeneği de sunulmasına rağmen, blokzincir tahkimine dair bu türden anlaşmaların hukuken ne ölçüde etkili olduğu ve mahkemelerde uygulanabilirliği konuları tartışmalıdır (Wagner, 35). Aynı yönde bkz. Amy J. Schmitz ve Colin Rule, “Online Dispute Resolution for Smart Contracts,” *Journal of Dispute Resolution* 2 (2019): 105. Konuyla ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. Maxime Chevalier, “From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order,” *Journal of*

Öte yandan, özellikle akıllı sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümüne yönelik ihtiyaçları karşılamak üzere geliştirilen bir platform olarak *CodeLegit* ise, önceden hazırlanmış olan blokzincir tahkimine dair işleyiş kurallarını blokzincir aracılığıyla akıllı sözleşmelere kaydettikten sonra, taraflardan birinin akıllı sözleşmenin kusurlu olduğunu iddia etmesi veya sözleşmenin ihlâl edildiğini öne sürmesi halinde akıllı sözleşme durdurularak tahkim süreci otomatik olarak başlatılabilir ve sürecin sonunda verilen kararın, gerekirse akıllı sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılarak aynı sözleşme kapsamında otomatikman icra edilmesi sağlanabilir⁷³. Bu şekilde taraflar, akıllı sözleşmenin işleyişinin ne zaman ve ne kadar süreyle duracağına ve çıkacak uyuşmazlıkları kimin çözeceğine ilişkin önceden belirledikleri parametreleri koda yerleştirmekte; bu parametreler doğrultusunda “uyuşmazlık çözüm modu” aktif hale geldiğinde uyuşmazlığa ilişkin tüm veriler, geleneksel şekilde oluşturulmuş bir hakem heyeti de dâhil olmak üzere, üçüncü bir kişi ya da kişilere iletilebilmekte ve verilen karar çerçevesinde akıllı sözleşmenin işleyişi devam ettirilmektedir⁷⁴.

D. Yargı İşlevi ile Yargılama Faaliyetinin Doğrudan Kapsamına Dahil İşler

1. Genel Olarak Yargı Alanında *LegalTech*

Günümüzde yargının işleyiş sistemi, geleneksel olarak bağımsız ve tarafsız şekilde yargıçlık görevini yürüten kişilerin kürsüde oturduğu, farklı yargı yetkisine sahip çeşitli mahkemelerin bulunduğu ve bu mahkemelerde pozitif hukuka göre yargılama yapıp hüküm verildiği köklü bir yapıdan oluşmaktadır. Yargıç, hukuk düzeni ve bağlayıcı kanunlarla sınırlı olmak kaydıyla yargılama kapsamındaki eylem ve işlemlerinde bağımsızdır. Fakat son yıllarda yargının iş hacmiyle, uyuşmazlıkların konu, alan, nitelik ve nicelik itibarıyla büyük çapta genişlemesi, yargıçlık makamının ve onun çalışma şeklinin yirmi yıl öncesine göre daha farklı irdelenmesi gereken bir

International Dispute Settlement 12, 4 (2021): 558 vd. Blokzincir tahkimine ilişkin olası sorunlar hakkında bkz. Serkan Kaya ve Kadirhan Maviş, “Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi,” *SÜHFD* 10, 2 (2022): 485 vd.

⁷³ Wagner, *Legal Tech*, 35. Blokzincir tahkiminin diğer örneklerinden olan *Aragon* ve *Mattereum* adlı platformlar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Serkan Kaya, “Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü,” *MİHDER* 18, 52 (2022): 501-504.

⁷⁴ Schmitz ve Rule, “Online Dispute Resolution,” 116; Didem Kayalı, “Uluslararası Hukuk Perspektifinden Akıllı Sözleşmeler,” *TBBD* 162 (2022): 276.

duruma yol açmıştır. Elbette bu tespit, yargıçlık görevinin yerine getirilmesine ilişkin anayasal temellerde henüz değişiklik yapılmasını gerekli kılmamakta ve fakat tahmin edileceği üzere, yalnızca spesifik bazı vakılarda aynı türden kararların verilmesinde geleneksel yöntemlerle çalışan yargıçların yerine algoritmalarla çalışan hukuk teknolojilerinin getirilmesi yönünde küresel dünya ortamında yaşanan gelişmelere kayıtsız kalınamayacağı ve toplumun ihtiyaçlarıyla bağlantılı olarak *LegalTech* destekli yargılamanın yakın zamanda gelişebileceğini söylemek mümkündür. Zamanla yaşanması kuvvetle muhtemel bu eksen değişikliğinin temelinde daha ziyade yargıçlık görevinin icrasına yönelik metodolojik kaygılar yattığından, kuşkusuz gelişen teknolojiler, toplumsal hayatın diğer birçok alanını olduğu gibi, yargıyı da dönüştürmeye ve elde edilen faydalarla adaletin tesisine ve yargı hizmetlerinin idamesine katkı vermeye muktedir olabilecektir⁷⁵.

Öte yandan, etkin hukukî himaye ihtiyacının karşılanması yargıya başvuru hakkının anayasal ölçütlerinden biri olup adil yargılanma hakkının da bir unsuru olarak kabul edilir. Fakat etkin hukuki himaye ihtiyacı, günümüz itibarıyla bazı hukuk sistemlerinde çoğunlukla gerektiği gibi karşılanamamakta ve yargılama sürelerinin uzaması adalet sisteminin temel eksikliklerinden biri olarak göze çarpmaktadır. Etkin hukuki himayenin zamanında sağlanması noktasında ortaya çıkan çeşitli aksaklıklar, temel işlevi yargılamaların etkili ve adil şekilde cereyanını hızlandırmak ve yargılama sürelerini azaltmak olan usul hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerde pek çok değişikliğe gidilmesinin ana sebebidir. Dünya ölçeğindeki pek çok ülkede, yargılama işlemlerinin uzunluğuna ilişkin temel göstergeler son yıllarda gittikçe kötüleştiğinden, yargının işleyişindeki standardın ve niteliğin düşmesi, memnuniyetsizliğin yaygınlaşması ve toplumun yargıdan beklentilerinin düşmesi kaçınılmaz olacaktır. Adalet duygusunun yeniden güçlendirilmesini sağlayacak ve dolayısıyla verimliliği artıracak çözüm arayışlarını tetikleyen bu olumsuz gelişmelerle birlikte, yargı mensuplarının ve avukatların meslekî performanslarının toplumun beklentilerini karşılayacak şekilde nasıl geliştirilebileceğine yönelik ciddi reform tartışmaları gündeme gelmektedir⁷⁶.

⁷⁵ Mariusz Załucki, “LegalTech in the Judiciary: Technological Developments and the Future of the Court System,” içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021), 387.

⁷⁶ Załucki, “LegalTech,” 387-388.

“Verimlilik”, “nitelik” ve “hız” ölçütleri, adalet sisteminin işleyişini bütün yönleriyle etkileyen standartlar arasında yer alır. Bu standartlar, halihazırda gelişmekte olan yeni teknolojilerin yargıya entegrasyonu sorunu ile birlikte, adalet sistemine getirebileceği fırsatların ve tehditlerin varlığını da kabul etmektedir. Günümüzde artık yargı içtihatlarına ve bilimsel görüşlere anlık ve çevrimiçi yollarla herkesin her yerden erişimi doğal ve olağan karşılanıyorsa, bunu modern bilgi teknolojilerine borçlu olduğumuz açıktır⁷⁷. Keza bilgi teknolojilerinde yaşanan değişikliklere mahkeme binalarında ve yargılama süreçlerinde de rastlanmakta ve usul kuralları son yıllarda, bilhassa elektronik duruşma, UYAP, güvenli elektronik imza, elektronik belge vb. konularda birçok önemli değişikliklere uğramıştır. Tipik olarak “analog” mahkeme işlemleri hâlihazırda artık “dijital” hâle gelmeye başlamış ve bu durum, pandemiyle bağlantılı olarak, mahkemelerin çalışma yöntemlerinin salgın sebebiyle değişen yaşam koşullarına adapte edilmesine yönelik çözümler için geniş çaplı bir arayışın başlamasıyla hız kazanmıştır. Teorik ve pratik çerçevede bilgi teknolojilerinin sağladığı çözümlerin, mahkemelerin ve diğer ilgililerin işlem ve faaliyetleri üzerinde çoğunlukla etkisi olduğu muhakkaktır. Dünya ölçeğinde pek çok ülkenin deneyimi, geleneksel olmayan “yenilikçi” ve *LegalTech* menşeli çözümlerin cesurca kullanımının çok daha fazla arzu edilen sonuçlara yol açabileceğini göstermektedir. Bu itibarla, artık adalet sisteminde ve yargı yönetiminde *LegalTech*'in, geri dönüşü olmayan bir yol şeklinde karşımızda durduğu açıktır⁷⁸.

2. Davanın İncelenmesinde Bilgiye Erişim

Yargıç, önüne gelen davada esas itibarıyla öncelikle iddia ve savunmaların dayanağını oluşturan vakıaların maddî gerçekle örtüşüp örtüşmediğini saptamaya çalışır. Nitekim yargılamanın tahkikat aşamasında yürütülen ispat faaliyetinin amacı da budur. Bu kapsamda *LegalTech*, bilgi tarama ve bilgiye erişim (*Information Retrieval*) olarak adlandırılan bir işlevle kullanılmak üzere, büyük miktarlarda yapılandırılmamış verilerden, farklı formatlarda ve dillerde çeşitli belgelerden bilgi aramaya, bilgiyi elde etmeye ve birleştirmeye yönelik teknoloji çözümlerini ifade eder⁷⁹. İşletme verilerinin veya kurumsal bilgilerin elektronik olarak toplu şekilde görüntülenmesi ve kullanılmasına yönelik teknik olanaklar son yıllarda gözle görülür şekilde

⁷⁷ Załucki, “LegalTech,” 388.

⁷⁸ Załucki, “LegalTech,” 389.

⁷⁹ Wagner, *Legal Tech*, 43.

artmaktadır. Kökeni, e-keşif olarak adlandırılan elektronik adli veri analizi alanına dayanan bu sistemler, başlangıçta özel hukuktan doğan davalarda mahkeme işlemlerinde yargılama öncesi keşif şeklinde adlandırılarak kullanılmaktaydı⁸⁰. Esasen burada önem taşıyan husus, potansiyel olarak davaya konu uyumsuzluğun çözümünde işe yarayacak bilgilerin, davayla açıkça ilgisi bulunmayan bilgilerden ayrılması, tasnifi ve dolayısıyla ayıklanması ile ilgili olup, kullanılan sistemler genellikle öğrenme yeteneğine sahiptir ve bir eğitim veri seti kullanarak davayla ilgili verileri bulmak üzere eğitilir. Ancak farklı veriler arasındaki bilinmeyen bağlantıları ve ilişkileri bulmak ve böylece verileri kümelere bölmek için de kullanılabilirler⁸¹.

Günümüzde ise bilgi erişimi, aynı zamanda bir hukukî durum, vakıa yahut tarafların zayıf/güçlü yönlerinin, potansiyel fırsatların ve risklerin analiz edildiği bir inceleme (*Due Diligence*) ile, bunu müteakip belge analizi amacıyla da kullanılmaktadır. Hedef, sadece ilgili bilgiyi bulmak değil, aynı zamanda onu daha sonraki iş adımlarında kullanmak üzere veri tabanından çıkarmak olduğundan, buna genellikle “veri çıkarma” (*Data Extraction*) adı verilir⁸². Çoğunlukla, davanın başında varlığı meçhul olan belgeler ilk olarak (örneğin, taraflar arasında sözleşme mevcutsa sözleşmenin türüne göre) sıralanabilir ve akabinde somut düzenleyici içeriğin (örneğin, sözleşmenin) içinde taranabilir. Sözleşme türü ve maddeleri genellikle emsal sözleşme hükümlerinin yardımıyla tanımlanır. Yani, sözleşme ile ilgili tam olarak bir anlamsal veya hukuksal analizden yahut herhangi bir hukukî altlamadan söz edilemez. Daha ziyade, sadece olasılık öngörülerini (*Wahrscheinlichkeitsprognosen*) ile çalışan istatistiksel model kullanırlar. Diğer deyişle sistem, belirli bazı hukuksal veya sözleşmesel kavramların spesifik olgusal koşullarda ve hukuksal ilişkilerde ortaya çıkması hâlinde, bunların tipik (örnek) bir sözleşme hükmü (kloz) olma olasılığının yüksek olduğunu öğrenir⁸³. Örneğin, muhtevasında cezai şart veya fesih şartı ibareleri geçen sözleşmeler tarandığında, davaya konu sözleşmede de bu veya buna benzer terimlerin bulunabileceği olasılığını öğrenen bu sistemler aynı zamanda öğrenme yeteneğine de sahip olduğundan, halihazırda standart

⁸⁰ Wagner, *Legal Tech*, 44.

⁸¹ Hukuk bürolarının da kullanabileceği e-keşif programları ve ilgili yazılım sağlayıcıları arasında *Consilio*, *Epiq*, *Inventus*, *KLDiscovery*, *Relativity*, *OpenText* ve *Veritas* bulunmaktadır (Wagner, *Legal Tech*, 44).

⁸² Wagner, *Legal Tech*, 44.

⁸³ Wagner, *Legal Tech*, 44.

olarak saklanmayan yeni sözleşme türleri ve klozları için de kullanılabilir⁸⁴. Hatta kullanıcının geri bildirimlerine dayanarak öğrenmeye devam edebilir ve daha önce ne kadar sık kullanıldıysa o sözleşme türlerini veya klozları daha iyi tanıyabilir⁸⁵. Bilgiye erişim ve veri çıkarma süreçleri, zaman ve maliyet tasarrufu açısından önemli bir potansiyel sunduğu gibi, örneğin Avusturya'da, bu kapsamda geliştirilen sistemler, bir süredir savcıların kapsamlı veri ağırlıklı soruşturmaları için de kullanılmaktadır. Belge tarama, analiz etme ve hukuken konuyla ilgili verilere gerçek zamanlı olarak erişme yeteneğine sahip gelişmiş belge yönetim sistemleri, hukuk alanında tamamen yeni iş ve eylem seçenekleri yaratacaktır. Hukukî konularla ilgili veriler ne kadar şeffaf olursa, işletmeler o kadar hızlı ve doğru şekilde kararlar alıp harekete geçebilir. Dolayısıyla doküman analizi, hukukî konularda işletme yönetimini doğru ve isabetli kararlar almaya sevk eder. Fakat dava malzemesinin yeniden yapılandırılmasını, bilinmeyen bağlantıların keşfedilmesini ve araştırma hipotezlerinin doğrulanmasını (veya çürütülmesini) destekleyen bu sistemler, bütün bunlara rağmen halihazırda yüksek bir teknolojik seviyeye ulaşmış olsalar bile, yine de hukuksal tespit işlemlerinde ve durum değerlendirmesinde insan avukatların yerini henüz tutamamaktadır. Dolayısıyla uygulamaya bağlı olarak edinilen sonuçlar manuel olarak insan eliyle kontrol edilmeli ve her hâlükârda eğitim sürecine eşlik edilerek uygulamanın spesifik koşullara ve bireysel özelliklere uygunluğu sağlanmalıdır⁸⁶.

3. Hukuksal Muhakeme ve Yorum Faaliyeti

Literatürde hukuksal muhakemenin otomasyonu için kullanılan “Hukuk Makinesi” (*Law Machine*) ifadesi, dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere, iki farklı düşünce ekseninde şekillenmiştir. Dar anlamda Hukuk Makinesi,

⁸⁴ Gabriele Buchholtz, “Legal Tech – Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung,” *Juristische Schulung* 10 (2017): 955.

⁸⁵ Bu kapsamda en iyi bilinen sistemler *Kira*, *RAVN*, *Eigen*, *Intrafind* (*Analyze Law*) ve *rfrnz* olarak sayılabilir (Wagner, *Legal Tech*, 44). Yine, örneğin kiralama ve leasing sözleşmelerinde uzmanlaşmış ve bu tip sözleşmeleri analiz edebilen *Leverton* yazılımı, sözleşmeleri, karşı tarafın ekonomik durumu, iş hacmi, ödeme tarihleri, sözleşme koşulları, cezai şart, vb. özel klozlardan oluşan kriterlere göre tasnif edebilmektedir. Bununla güdülen gaye, bir işletmenin sözleşme öncesi durumuna ilişkin tüm bilgilerin, tıpkı temel finansal göstergelerle mümkün olduğu gibi, gelecekte de gerçek zamanlı olarak kullanılabilir hâle getirilmesidir (Wagner, *Legal Tech*, 45).

⁸⁶ Wagner, *Legal Tech*, 44.

hukukun çok spesifik, özel uzmanlık gerektiren bir alanında karar verilmesini sağlarken; geniş anlamda Hukuk Makinesi ise, hukukun çeşitli alanlarından kaynaklanan sorunlarda avukatlara yardımcı olabilecek bir danışman işlevi görür⁸⁷. Hukuk Makinesi ifadesini ilk defa ortaya atan *Lucien Mehl*, “*Automation in the Legal World: from the Machine Processing of Legal Information to the ‘Law Machine’*” adlı eserinde bu makineyi, bilim adamlarının hukuksal muhakeme otomasyonunun olası yöntemleri hakkındaki orijinal fikirlerine karşılık gelen, klasik mantığa dayalı bir sistem olarak kabul edip, teorik varsayımlarını vergi hukuku alanında çalışan bir örnek üzerinden somutlaştırmıştır⁸⁸. Böylece vergi hukuku, kendine özgü ve iki yönlü doğası nedeniyle fiilen hızlı işleyen otomasyon sistemlerinin temellerinin atıldığı ilk hukuk dallarından biri hâline gelmiştir. Hukuk Makinesi, kurumsal dönüşümün vergilendirilmesine ilişkin Amerikan hukukunun çeşitli mevzuatında düzenlenen kavramsal yapıların seçilmiş bazı türlerine ilişkin modelleme yaparak basit nitelikte hukuksal muhakemeyi gerçekleştirebilmiş ve işletmelerin kurumsal dönüşümüyle ilgili bir vergi davasında, bu dava ile ilgili kavramların yasal tanımına dayanarak, mahkemeye sunulan vakıaları, seçilen bu hukuki kavramlar açısından analiz etmeyi başarmıştır⁸⁹. Bu itibarla, Hukuk Makinesi ile güdülen amacın, mevzuatta spesifik bir davayı ilgilendirmesi muhtemel bütün hukukî kavramsal yapıların taranması ve konuyla ilgili saptanan emsallerden yola çıkarak normatif bir düzenlemenin ilgili hükmünün otomatik olarak keşfedilmesi olduğu vurgulanmıştır⁹⁰.

Yapay zekâ ve hukuk araştırmaları ile geliştirilebilecek araç ve uygulamaların geniş ölçekli deneyleri için platform sağlayan *LegalTech* dünyasında büyük veri kümelerinin bulunması, hem hukuksal muhakeme yöntemlerinin modellenmesi aşamasında hem de hukuki kavramların sınıflandırılması ve tahmine dayalı bilişsel zekâ kullanımında daha gerçekçi ve genele yayılmış sistemlerin geliştirilmesine olanak sağlar⁹¹. Fakat bunun

⁸⁷ Maria Dymitruk, “Borderlands of the Law and Technology: from Digital Machines to LegalTech,” içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021), 74.

⁸⁸ Bkz. Lucien Mehl, *Automation in the Legal World* (National Physical Laboratory, 1958), 771-776 (Naklen, Dymitruk, “Digital Machines,” 74-75, dn.27 ve 28).

⁸⁹ Dymitruk, “Digital Machines,” 75.

⁹⁰ Dymitruk, “Digital Machines,” 71.

⁹¹ Michał Araszkiwicz, “Computational Legal Problem Solving. What can Legal Tech Learn from AI and Law Research, and Beyond?,” içinde *Legal Tech Information*

için, teknoloji ile hukuk arasında yoğun bir bilgi akışı ve dayanışmanın gerçekleşmesi şarttır. Aksi takdirde, her iki alanda yapılan çalışmalar, geliştirilen muhakeme modellerinin şekli ve bilişsel yönlerine odaklanacağından, hukuksal muhakemenin muayyenliğini ve somut olay adaletini gözden kaçırabilir. Bu ise, aşırı idealize edilmiş muhakeme modellerinin ortaya çıkmasına ve bu yüzden hukukçular tarafından anlaşılmasına neden olur⁹². Dolayısıyla, hem genel hukuk bilgisi seviyesinde (örneğin, hukukî işlem, yorum ve muhakeme ile ilgili hukukî teorik bilgiler bakımından) hem de hukukun birçok alanına dair doktrin ve içtihat düzeyinde yoğun bir bilgi akışının teknoloji alanına yönelmesi gerekmektedir. Hukukun mekanikleştirilmemesi ve hukuksal muhakemenin daha gerçekçi ve analitik hesaba dayalı modellerinin geliştirilmesi için hukuk biliminin bilişsel bilimle daha entegre hâle gelmesi elzemdir⁹³. Bilişsel bilim ve hukuk ile ilgili disiplinler arası araştırmalar, hukuksal muhakemede buluşsal yöntemlerin ve önyarguların rolünü analiz ederek önemli bir statü kazanmış olmakla birlikte, özellikle zihinsel betimlemeler ve bunların üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler açısından hukuksal muhakemeye dair teorik çalışmaların önemli bir kısmının hâlen daha yapılması gerektiği söylenebilir. Bu tür araştırmalar sayesinde *LegalTech* araçları, hukukî kavramların oluşumunu öğrenimini, hukuk kuralına ve vakıya dayalı muhakemenin gerçek yöntemlerini daha iyi anlayarak insan zihninin sezgisel ve hızlı sistemi ile yavaş ve müzakereci sistemi arasındaki ilişkiyi daha iyi kavrayabilecektir⁹⁴.

IV. LEGALTECH'İN OLASI ETKİLERİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

A. Genel Olarak

Hukuk pratiğinde *LegalTech* ile ortaya çıkması muhtemel etki ve sonuçları irdelerken her şeyden önce bu teknolojinin, salt kendi potansiyel kapasitesiyle sağladığı işlevleri değil, aynı zamanda bu işlevlerin sosyal faktörlerden de etkilendiğini göz önünde tutmak gerekir. Bir başka ifadeyle, *LegalTech*'in hukuk uygulamalarını ve hukuk mesleklerini nasıl etkileyeceğini ve değiştireceğini tahmin ederken teknolojik açıdan determinist

technology tools in the administration of justice, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021), 125.

⁹² Araszkiewicz, "Legal Problem Solving," 126.

⁹³ Araszkiewicz, "Legal Problem Solving," 126.

⁹⁴ Araszkiewicz, "Legal Problem Solving," 126.

bir yaklaşım benimseme eğilimi⁹⁵ isabetli görülmemektedir. Hukuk alanındaki teknolojik ilerlemelerin kendi kendine mesafe kat edemeyeceği ve toplumsal değerler çerçevesinde mutlaka sosyolojik bir sınırının olduğu düşüncesi, hukuk düzeninin yapılanma şekline, avukatların hukuk düzenindeki insanî rolüne ve teknolojiye nazaran insan unsurunun hukuka katkısının daha fazla olabileceğine vurgu yapmaktadır⁹⁶. Fakat bu yaklaşım biçimi, *LegalTech*'in hukukta nasıl kullanılacağı hususundaki karar merciinin hukukçular olduğunu ve bu teknolojinin gelişmesine katkı sağlayanın da hukukçulardan başkası olamayacağını göz ardı etmektedir. Teknolojik gelişmeler deterministik olmayıp, önceden belirlenmiş bir düzen içinde ilerleyen rutin bir işleyişe bağlı kılınmaz; sosyal bir içeriğe sahip olduğu da hesaba katılmalıdır. Buradan hareketle *LegalTech* de, yalnızca kullanıldıkça ortaya çıkacak kendine özgü yetenekleri haiz bir araç olarak değil, hukukçuların ve diğer kullanıcıların yararlanabilecekleri yahut yararlanmayabilecekleri çeşitli teknolojik imkânlar sunan bir varlık olarak değerlendirilmelidir⁹⁷.

B. Meslekî Olarak

1. Yargıçlar Bakımından

Bilindiği gibi, günümüzde yargıçların hukuki veriyi ve teknik altyapıyı düzenleyen bilgi teknolojisi tabanlı işletim sistemleri mevcut olup, dava dosyalarının ve duruşmaların yönetimi için elektronik platformlar hâlihazırda kullanılmaya devam edilmektedir. Bunun yanı sıra uygulamada mahkeme bilgi portalı olarak adlandırılan, davanın tarafları veya taraf vekili statüsündeki avukatlar için mahkeme dosyalarında yer alan bilgi kaynaklarına doğrudan çevrimiçi erişim sağlayan çözümler de bulunmaktadır⁹⁸. Ancak yargı pratiğinde, meslekî anlamda karşılaşılması muhtemel daha fazla engelin aşılması ve en azından bazı istisnai hâllerde geleneksel yargıçların yerini yapay zekâ becerilerini kullanan algoritmaların ve *LegalTech* çözümlerinin alması gerektiği konusunda gittikçe yükselen seslere kulak tıkamak da doğru değildir. Kaldı ki, *LegalTech* araçlarının yargıda aşamalı olarak uygulandığını görmek mümkündür. Bu hususta asıl mesele, mahkemelerde *LegalTech*

⁹⁵ Milan Markovic, "Rise of the Robot Lawyers?," *Arizona Law Review* 61 (2019): 328 vd.

⁹⁶ Markovic, "Robot Lawyers," 328.

⁹⁷ Whalen, "Legal Technology," 59.

⁹⁸ Załucki, "LegalTech," 390.

uygulamalarının basit düzeyde kullanımından ziyade, bunların, sorun çözmeye odaklı, kapsamlı ve amaca yönelik etkin kullanımınıdır.

Türk hukuku bakımından son dönemlerde yaygınlaşan en yoğun teknoloji içerikli *LegalTech* araçlarından birisi de ses ve görüntü nakli (video-konferans) yoluyla (elektronik) duruşma yapılmasını sağlayan altyapı sistemidir. Pandemiye kadar bazı hukuk sistemlerinde bununla ilgili çeşitli çözümlerin uygulanma durumu farklı aşamalarda sürmekteydi. Pandemiyle birlikte bu tür araçların kullanımı giderek hızlandı. Fakat bu tür teknik çözümlerin varlığından ziyade, bu çözümlerin davaların amaçları doğrultusunda yargıçlar tarafından ne sıklıkla kullanılacağı ve bunun yasal çerçevesinin nasıl oluşturulacağı ile ilgili sorunlar tartışılmaya başlamıştır⁹⁹. Sırf video konferans yoluyla çevrimiçi duruşma uygulamasının yaygınlaşması ve hukukî altyapıya kavuşturulmuş olması dahi, yargılamaya ilişkin teknolojik olanakların yakın zamanda önemli bir dönüşüm geçirdiği ve mahkemelerin bugünkü işleyiş şeklinin aslında birkaç yıl öncesine göre bile farklı olduğu anlamına gelmektedir. *LegalTech* araçlarının yargıçlık mesleğine ve mahkemelere dahil etme ihtiyacı yadsınamaz. Etkili ve verimli bir adalet sistemi, özellikle millî güvenlik ve ekonomik kalkınma alanında devletin işleyişini etkileyen önemli bir faktördür. *LegalTech* araçlarından sayılan bilişim ve yazılım, adalet sisteminin işleyişini iyileştirmenin bir yolu olmakla birlikte yargının yapısal sorunlarına tek başına çözüm olmaya elverişli değildir. Bu araçlardan daha fazlasına ihtiyaç olduğu ve en azından sınırlı ölçekteki bazı davaların belirli aşamalarında, insan yargıcın işlevini görebilecek kapasitedeki sistemlerin uygulanması ve zamanla edinilen tecrübelerin ışığında insan yargıcın yerini alması olasılığı ciddi anlamda değerlendirilmektedir¹⁰⁰.

2. Avukatlar Bakımından

Hukuk büroları, iş hacimleri, müvekkil çevreleri, uzmanlık alanları ve derecelerine göre işleyiş ve faaliyetleri bakımından birbirinden farklı özellikler taşıyabilir. Bu sebeple hukuk bürolarının *LegalTech* ile ilgili görüş ve yaklaşımları, meslekî faaliyetlerindeki yeniliklere karşı statükoları ve bakış açıları tutarsızlık gösterebilir. Bu durum, *LegalTech*'in diğer avukatlar tarafından kullanımının her bir avukatın kendi hukuk bürosu üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olacağı ve kendisinin *LegalTech* kullanması hâlinde ne gibi

⁹⁹ Załucki, "LegalTech," 390.

¹⁰⁰ Załucki, "LegalTech," 391.

olasılıkların, etkilerin ve sınırlamaların ortaya çıkacağı hususunda da geçerlidir. Bilhassa ticarî işletmelere hukukî danışmanlık hizmeti veren hukuk bürolarının bakış açısına göre *LegalTech*, her şeyden önce müşteri müvekkillerin uygun maliyetli hizmet beklentilerini karşılayan bir araç konumundadır. *LegalTech*, “daha az karşılığında daha fazla” anlayışını, yani müşteri müvekkillerin hukuk avukatlardan daha az parayla daha fazla hizmet alma beklentilerini karşılama konusunda hukuk bürolarını desteklemektedir¹⁰¹. Bunun yanı sıra *LegalTech*, kalite, verimlilik, hız gibi göstergelerde hizmet güvencesi ve iyileştirme vadetmektedir. Bu vaadin altında yatan argümanlar; *LegalTech*'in kendi başına insanın yaptığı hataları yapmayacağı; kısa bir süre içinde, bir insanın göz önünde bulundurabileceğinden çok daha fazla veriyi hesaba katabileceği; ne kadar çok iş yükü *LegalTech*'e devredilirse, hukukî anlamda zorlayıcı ve stratejik konulara odaklanmaları için avukatlara o kadar fazla zaman kalacağı; hukuk bürosunun hem dahili işleyişi ile hem de müşteriler tarafında cereyan eden iş akışları ve süreçleriyle ilgilenmeleri için avukatlara baskı unsuru olarak işlev görebileceği; şeklinde sıralanabilir¹⁰².

Avukatların penceresinden bakıldığında, *LegalTech* hakkındaki tartışmaların odak noktasını verimlilik kazanımları ve maliyet yönü oluşturmaktadır. Ticarî işletmelere düzenli hukukî danışmanlık hizmeti veren hukuk bürolarının, müşteri müvekkillerden gelen verimlilik ve maliyet baskısına yanıt verebilmek için önlerinde iki seçenek bulunur¹⁰³: Birincisi, yoğun şekilde standart hâle gelen, hukuksal ağırlığı düşük ve maliyet baskısı altında olan faaliyet alanlarından çekilmek ve hukukî danışmanlığın müşteri için daha önemli olduğu, hukukî tavsiyenin niteliğine yönelik taleplerin yükseldiği ve rekabetin düşük olması nedeniyle artan maliyet baskısıyla karşılaşılmayan alanlara yoğunluk vermek. İkincisi ise, hukukî anlamda üst düzey nitelikli ve hukukî tavsiye içerikli işlerle birlikte, aynı zamanda hukuksal içeriği zayıf, alt düzey rutin işleri de görmeye devam etmek ve bu tür hizmetlerin sağlanmasında *LegalTech*'i ve diğer yeni teknolojik tasarımları kullanarak alt düzey işlerde de beklentilere paralel kârlılığı korumayı sürdürmek ve böylece geçmişte kârlı görülen düşük hukukî içerik ve nitelikli işlerde genellikle mümkün olmayan yeni bir kazanç kapısı yaratmak. Bu noktada ticari işletmelere danışmanlık yapan hukuk büroları,

¹⁰¹ Wagner, *Legal Tech*, 80.

¹⁰² Wagner, *Legal Tech*, 80.

¹⁰³ Wagner, *Legal Tech*, 80.

kendilerini, maliyet etkinliği ile kaliteli ve kapsamlı hizmeti birleştirip farklı iş modelleri veya yeni hizmet türlerini tek çatı altında sunmaya odakladıkları için, çeşitli *LegalTech* araçlarını kullanırken yararlanılması gerekli hukuki bilgi ve tecrübe ile teknolojik bilgi ve becerilere birlikte sahip olan avukatlara ihtiyaç her geçen gün artacaktır. Bilhassa sıkı kodifikasyonlara tâbi olan finans ve sermaye piyasası gibi sektörlerde, hukuk büroları tarafından sağlanan hukuksal hizmetler arasında, artık salt hukuki danışmanlık ve belge tanzimi değil, bunların ötesinde *LegalTech* desteği olmadan üstesinden gelinemeyecek iş akışları mevcut olduğundan, bu gibi alanlarda ticari işletmeler, hukuk bürolarından mutlaka spesifik *LegalTech* araçları geliştirmelerini beklemektedir¹⁰⁴. Nitekim uluslararası çapta faaliyet gösteren hukuk büroları, salt hukukî danışmanlığın yanı sıra, *LegalTech* alanında çalışan teknoloji firmalarına hukuksal içerikli kaynak temini, hukuk alanında yürütülen hizmetlerle ilgili bilgi ve bunlarla eşgüdüm içinde işletilebilecek ara yüz konularında da uzun süredir aktif olarak hizmet vermektedir. Son yıllarda başlayan bu hizmet çeşitliliği, toplu çalışma yürüten hukuk büroları ve bireysel çalışan avukatlar arasındaki geleneksel, çerçevesi tanımlanmış görev dağılımı anlayışının ve sınırların giderek daha fazla kaybolduğu meslek geneline yayılan bir gelişimin tezahürü olarak görülebilir¹⁰⁵.

C. Etik Olarak

LegalTech uygulamalarının meslek etiği açısından bazı sakıncalar doğurabileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir. Örneğin, avukatlık meslek etiği ilkeleri kapsamında ele alınan sır saklama ödevi uyarınca avukat, müvekkiline ait bilgileri gizli tutmalı ve bu gizliliğin korunması için gerekli önlemleri almalıdır. Sır saklama ödevi, avukat ile müvekkili arasındaki ilişkinin temeli olup, avukatın, görevini ifa ederken müvekkili hakkında edindiği bilgileri bilerek ifşa etmesi yasaktır. Bu itibarla avukatın, müvekkilinin çıkarlarına en uygun şekilde hareket etme görevi, meslekî çalışması sırasında elde ettiği her türlü bilginin gizliliğini koruma ödevini de içerir. Fakat bazı *LegalTech* uygulamalarının bulut tabanlı sistemlerle çalıştığı hâllerde veriler, üçüncü bir kişinin (satıcı-sağlayıcının) sahip olduğu harici sunucularda saklanabilir. Bu bağlamda avukatların, hukuk bürosunda müvekkillere ait verileri barındıracak ve saklayacak üçüncü kişi sunucu-sağlayıcı hakkında gerekli incelemeyi yapması ve verilerin söz konusu

¹⁰⁴ Wagner, *Legal Tech*, 81.

¹⁰⁵ Wagner, *Legal Tech*, 81.

sunucu-sağlayıcı tarafından işleneceği koşulları belirlemesi ve detaylandırması da önemlidir¹⁰⁶. Örneğin, verilerin saklanacağı sunucuların lokasyonu, verilere ulaşacak personelin kimliği, sunucunun ele geçirilmesi durumunda yedekleme prosedürleri ve süreçleri bu detaylar arasında yer almalıdır. Dolayısıyla avukatların, kullandıkları *LegalTech* araçlarının üçüncü kişilerce sağlandığı durumlarda müvekkillerine ait bilgilerin gizliliğini temin etmeleri, üçüncü kişi satıcı-sağlayıcıya karşı gizlilik endişelerini gidermeleri, ne tür bilgilerin saklanacağı, nasıl saklanacağı, bunların saklanmasına ilişkin hangi güvenlik önlemlerinin alınacağı ve bunlara kimlerin erişebileceği gibi hususları önceden netleştirmeleri gerekir. Bu itibarla avukat, üçüncü kişi satıcı-sağlayıcının sistemdeki müvekkile ait bütün gizli bilgilerin makul şekilde korunacağından yeterince emin olduktan sonra, satın aldığı *LegalTech* aracını kullanmaya başlamalı; herhangi bir üçüncü kişi satıcı-sağlayıcının müvekkiline ait gizli bilgileri yanlışlıkla ve izinsiz olarak bu tür bilgilere erişim hakkı olmayan diğer kişilere ifşa riskini de göz önünde tutmalı; bu bilgilere yetkisiz erişimi önlemek için makul çabayı göstermeli; özetle, müvekkile ait gizli bilgilerin uygun şekilde korunmasını sağlamak için uygun adımları eksiksiz atmalıdır¹⁰⁷.

Etik açıdan bir diğer endişe ise, *LegalTech* uygulamalarının, şeffaflık ve eşitlik ilkelerini gözeterek önyargısız şekilde hizmet sunup sunamayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Önyargılı hüküm ve içtihatları esas alma potansiyeliyle hizmet sunan uygulamalar, özünde eşitliğe aykırı sonuçlara yol açabilir. Söz konusu mekanizmaların, karmaşık algoritmalar içermesi sebebiyle işleyişte şeffaf olmaması, yargı kararlarına egemen olan önyargıların da gizlenmesine veya gözden kaçmasına sebep olabilir¹⁰⁸. Nitekim *LegalTech* yazılımları hukukî denetimden uzakta gerçekleşen karmaşık bir geliştirme sürecine tâbidir. Bu durum, yalnızca mahremiyetin ve fikrî mülkiyetin korunmasını değil, aynı zamanda demokratik toplum düzenini, hukuk devleti ilkesini ve anayasal çıkarları da tehdit etme potansiyeli taşıyabilir. Eğer bir konuda kanun koyucu öncelikle kamu yararını korumayı amaç edinmişse orada *LegalTech*'in varlığı kabul edilemez. Bu

¹⁰⁶ Lam Chen Meng, "Impact of Artificial Intelligence on the Professional Responsibilities of Lawyers," *Singapore Law Review* 37 (2019-2020): 57.

¹⁰⁷ Chen Meng, "Impact of AI," 57; Wagner, *Legal Tech*, 106.

¹⁰⁸ Joshua P. Davis, "Law without Mind: AI, Ethics, and Jurisprudence," *California Western Law Review* 55, 1 (Fall 2018): 181; Nadire Özdemir ve Deniz Polat, "Anayasal İlkeler Işığında Yapay Zekâ Teknolojileri: Avukatlık Bağlamında Bir Değerlendirme," *TBBD* 166 (2023): 226.

durum, her şeyden önce fırsat eşitliğinin, maddî adaletin, şeffaflığın ve bireyin kendi kaderini tayin hakkının sağlanması için kanun koyucunun "olması gereken" ve "anayasal" ölçütlere uygun bir algoritmanın yasal nitelik taşıması için nasıl düzenleme yapması gerektiği sorusunu da gündeme getirmektedir¹⁰⁹. Keza olası endişeler, bir yazılımın, hukukî düzenlemelerin yargıç tarafından nasıl yorumlanacağını, tahminlere dayanarak öngörmesinden de kaynaklanabilir. İnsan yargıçların dahi kararlarını ve vicdanî kanaatlerini şekillendirip etkileyen önyargıları olabilecek iken, *LegalTech* araçlarını bu endişelerden izole etmek imkansızdır. Toplumun farklı kesimlerinden gelen yargıçların da çeşitli eğilimleri veya düşünce kalıpları olabilir ve bunlar muhtemelen yargıçların kendilerinin dahi fark edemeyeceği yahut dikkate alamayacağı şekillerde mahkeme kararlarının oluşmasına etki edebilir. Dolayısıyla, geliştirilmesi düşünülen *LegalTech* araçları, bu eğilimleri tespit edebilmeli; içtihat hukukundaki ayrımcılık kalıplarını tanıyabilmeli ve bunları güçlendirecek hukuki yorumlar sunabilmeli¹¹⁰; toplumun temel değerlerini korumaya yetkin yazılımlar içermeli ve kamu yararının söz konusu olduğu hâllerde *LegalTech* araçlarının tasarımında avukatların yardımına mutlaka başvurulmalıdır. Yine, *LegalTech* araçlarının oluşturulmasında ve algoritmaların programlanmasında istenmeden dahi olsa devreye girebilecek önyargıların engellenmesi için sistemin amacı, gereksinimleri ve sınırları açık ve şeffaf bir şekilde analiz edilmeli ve denetim altına alınmalıdır¹¹¹.

V. LEGALTECH'İN AVUKATLIK HUKUKUNA AYKIRI OLMADIĞI YÖNÜNDE VERİLEN BİR KARARA İLİŞKİN TESPİTLER

LegalTech kapsamında hukukî içerik ve belge oluşturmaya yönelik geliştirilen otomasyon sistemlerinin, Hukuk Hizmetleri Kanunu¹¹² (*Rechtsdienstleistungsgesetz-RDG*) çerçevesinde hukuk alanında ve hukukî konularda hizmet görme yetkisini yalnızca avukatlara tanıyan tekel hakkının ve reklam yasağının ihlâline yol açtığı iddiasıyla Almanya'da Hamburg Barosu tarafından açılan bir davada, davalının hukuk, ticaret ve vergi alanlarına odaklı yayıncılık faaliyeti yürüten bir yayınevi olduğu, hukuk alanında hizmet sunma izninin bulunmadığı ve zaten baroya kaydının da söz

¹⁰⁹ Buchholtz, "Legal Tech," 959-960.

¹¹⁰ Davis, "Ethics," 181.

¹¹¹ Özdemir ve Polat, "Yapay Zekâ," 227; Davis, "Ethics," 181-182.

¹¹² <https://www.gesetze-im-internet.de/rdg/RDG.pdf> (son erişim 11.03.2024)

konusu olmadığı öne sürülmüş; davalı yayınevini, hukuk alanında eğitimi ve uzmanlığı olmayan kitlelere yönelik satışa sunduğu ürünler arasında, abonelik veya tekli satış yoluyla satın alan ticari işletmeler ve bireysel tüketiciler için hukukun farklı alanlarına dahil çeşitli konularda sözleşme taslakları başta olmak üzere soru-cevap kataloğu yardımıyla şematik olarak hukuki doküman oluşturan elektronik bir üretcinin yer aldığı ve bu ürünü tanıtıcı reklam afişlerinde, “şirketiniz için dijital hukuk departmanı”, “bir avukattan daha ucuz ve daha hızlı”, “avukat kalitesinde hukuki belgeler”, “herhangi bir şablondan daha bireysel, daha güvenli ve bir avukattan daha ucuz” şeklinde ifadeler kullanıldığı belirtilmiştir. Hukuk alanında meslek mensubu olmayan ve hukukî konularda hizmet görme yetkisini bulunmayan bir yayınevini, tüketicilere yönelik satışa sunulan ürünle sağladığı bu tür hukuki hizmetleri yürütemeyeceğini değerlendiren baronun rekabete aykırı olduğunu düşündüğü ürünün reklamının durdurulması ve satıştan kaldırılması amacıyla açtığı dava, ilk derece mahkemesince yapılan değerlendirmede ürünün sunduğu hizmetin hukukî sonuç doğurmaya elverişli bir karar verme mekanizması taşıdığı gerekçesiyle kabul edilmiştir¹¹³. İlk derece mahkemesi, kararında ayrıca, çevrimiçi program vasıtasıyla tüketicilere hukuken içinde buldukları özel koşullara uyarlanmış ve kalite açısından bir avukat tarafından hazırlanan sözleşmeye eşdeğer nitelik taşıdığı yönünde yanıltıcı fikir veren ürüne ilişkin tanıtıcı reklamların Hukuk Hizmetleri Kanunu’nu ihlâl ettiğini, bu durumun ise kullanıcıya bireysel hukuki tavsiyeye ihtiyaç duyulması halinde bir avukata başvurmasını öneren genel hüküm ve koşulların pratikte anlamsız ve etkisiz olma riskini taşıdığını, Hukuk Hizmetleri Kanunu’nun halkı niteliksiz hizmetlerden koruma işlevinin mahkemelerce teminat altına alınması gerektiğini vurgulamıştır. Davalının istinaf yoluna başvurması üzerine istinaf mahkemesi ise, davayı ilk derece mahkemesinden farklı değerlendirerek, istinaf talebinin kabulüne karar vermiştir. İstinaf mahkemesi, Hukuk Hizmetleri Kanunu’nun yorumlanmasında amaca uygun hareket edilmesi gerektiği ve adı geçen kanunun amacının halkı niteliksiz hukuki hizmetlerden korumak olduğu vurgulanarak, bu tür bir korumaya ise yalnızca hukuki tavsiyenin fiilî olarak münferit vakıalarda verildiği durumlarda ihtiyaç olduğu, halbuki soru-cevap kataloğu yardımıyla şematik oluşturulan bir belge söz konusu olduğunda kullanıcıların, varılan sonucun hem programın kalitesine hem de kişinin kendi

¹¹³ LG Köln, 8.10.2019 – 33 O 35/19, *Multimedia und Recht (MMR) Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 1 (2020): 56.

tercihine bağlı olduğunu bilebileceği ve dolayısıyla bu durumda hukukî hizmet talep eden kişi açısından özel bir korumaya ihtiyaç bulunmadığı değerlendirilmiştir¹¹⁴. İstinaf mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna gidilmesi üzerine Federal Temyiz Mahkemesi (BGH) de benzer değerlendirilmelerde bulunmuş ve hukukî belgelerin oluşturulması amacıyla çevrimiçi çalışan belge üretici bir programın sunduğu hizmetin haksız rekabet oluşturan bir eylem niteliği taşımadığı; Hukuk Hizmetleri Kanunu kapsamında yalnızca avukatlara yetki verilen türden hizmetler arasında bulunmadığı; zira hukukî hizmetlerin, münferit bir vakıanın hukuki yönden incelenmesini ve spesifik olarak hukukî bilginin somut olaya uygulanmasını gerektiren bir muhakeme faaliyeti içerdiği; halbuki hizmet sağlayıcı yayınevinin sunduğu ürün kataloğunda, münferit durumlarda hukukî incelemenin yapılmasında yardımcı olsa da, söz konusu ürünün bunu tek başına gerçekleştiremeyeceği ve hukuki hizmetlerin otomatik olarak sağlanabileceği düşüncesinin bir varsayımdan ibaret olduğu yönünde uyarının yer aldığı; dolayısıyla somut olay bağlamında yetkili mercilere hukuki bir başvuru sürecinin her zaman gerekli olabileceği ve bunun, ürünün sağladığı çözüm tavsiyesine rağmen salt başvuru yapmaktan öteye geçmesi gerektiği; somut bir olaya sırf şematik olmanın ötesinde mevzuatın öngördüğü şekilde işletilmesi gerekli hukuksal sürecin, şematik olarak önceden belirlenmiş ve fonksiyonu evet/hayır şeklindeki anket sorularını işlemekten ibaret basit bir bilgi teknolojisi programı yardımıyla yürütülemeyeceği ifade edilmiştir¹¹⁵.

Kanımızca hukukî içerik ve nitelik yönünden zayıf sayılabilecek çevrimiçi platformlarla satışa sunulan otomasyon hâlindeki hukuk hizmetlerine karşı tüketicilere kapsamlı koruma sağlanabilmesi için, bunların mutlaka geleneksel anlamda hukuk danışmanlığı yapan avukatlar tarafından yakın izleme ve denetlemeye tâbi olması gerektiği görüşü yersizdir. Zira söz konusu *LegalTech* araçlarına uygulanmak istenen yasağın, adalet arayan ve hukuk hizmetine erişmeye çalışan ekonomik yönden zayıf bireylere nasıl bir koruma sağlayabileceğini açıklamak güçtür. Tüketici bireylerin, kendi sorumlulukları altında kendi hukuki meselelerini ele alırken cazip fırsat sunan bir çevrimiçi platformdan yardım almasının yasaklanması için somut ve haklı bir gerekçenin öne sürülmesi gerekir. *LegalTech* araçlarını sadece avukatların kullanabileceğini, tüketici bireylerin bu araçlardan yararlanmak istemeleri

¹¹⁴ OLG Köln, 19.6.2020 – 6 U 263/19, *Neue Juristische Wochenschrift* 37 (2020): 2734.

¹¹⁵ BGH, 9.9.2021 – I ZR 113/20, *Neue Juristische Wochenschrift* 42 (2021): 3125.

durumunda avukatlardan yardım almak zorunda bırakılması avukatlık tekelinin amacını aşmaktadır. Avukatın tekel hakkı, mesleğin rekabetçi yapısını korumaya hizmet etmeyecek tutumları korumaz ve avukatların teknolojik yeniliklere karşı çıkmasını veya onları potansiyel düşman olarak varsaymasını gerektirmez. Kaldı ki, objektif olarak bakıldığında, yukarıda sözü edilen çevrimiçi hukuki doküman oluşturma platformunda bir soru-cevap kataloğu rehberliğindeki bilgisayar programı yardımıyla oluşturulan hukuki belge, hukuken karmaşık ve spesifik bir içeriğe sahip olsa bile, hukuki normların salt şematik bir yöntemle uygulanmasından ibaret olup, sunulan hizmet bundan daha fazlasını başaramaz. Yazılım programı ne kadar kullanıcı dostu olursa olsun, her talimata önceden belirlenmiş, standart hâle getirilmiş yanıtlar verecek şekilde tasarlandığından, programı kullanan tüketicileri her zaman aynı sonuca götüren bilişsel süreç, şematik bir prosedürden ibaret “varsayım” olarak kabul edilebilir. Zaten sözü edilen çevrimiçi hukuki doküman oluşturma programını satın alıp kullanan tüketicilerin, programın sunduğu taslak doküman örnekleri ile ilgili hukuksal endişelerini gidermeye yönelik bir hukukçu tarafından inceleme ve hukuki sonuçları hakkında bilgilendirilme yapılması yönünde herhangi bir beklenti içinde olduklarına dair bir iddiaya da rastlanılmamaktadır. Sübjektif olarak değerlendirilirse, belirtilen mahiyette bir hukuki inceleme yapılması, salt doküman hazırlamakla yetinmeyeceğini bilen, dokümanın içeriğiyle ilgili hukuki yollara başvurmayı düşünen kullanıcıların çevrimiçi platformun sunduğu kapsamda arzu ettiği hizmetin bir parçası da sayılamaz. Tüm bu tespit ve değerlendirmeler ışığında, *LegalTech* araçlarının avukatlık tekeline aykırı olmadığı, avukatlık mesleğini zaafa uğratma kabiliyeti taşımadığı, avukatların bu teknolojik yenilikleri hasım değil işbirliği yapılacak bir çalışma partneri olarak görmesinin daha akla yatan bir düşünce olduğu ifade edilebilir.

SONUÇ

Son yıllarda yükselen dijital teknolojinin sunduğu fırsat ve olanaklar hukuk alanında faaliyet gösteren meslek mensuplarını ve özellikle avukatların da ilgisini çekmeye başlamış ve günümüze değin geleneksel yöntemlerle işlerini yürüten hukuk büroları, verimlilik ve malî tasarruf gibi sebeplerle hukuk teknolojilerini giderek daha fazla benimsemeye başlamıştır. Hukuk bürolarında saat başı mesai ücretine tâbi işlerde ve bilhassa yüksek düzeyli hukuk eğitime ihtiyaç duyulmayan hizmetlerde (örneğin bilgi-belge araştırma, veri çıkarma, tasnif etme, işleme ve doküman düzenleme gibi) çalışma modeli bakımından önemli bir paradigma değişimiyle karşı karşıya

kalınacağı düşünülmektedir¹¹⁶. Bu çalışmanın konusunu oluşturan teknolojik yeniliklerin, hukuk alanındaki hizmet sektörünü dönüştürmeye ve sektöre dair keşfedilmeyi bekleyen yeni teknolojilerin devreye girmesiyle hukuk mesleklerini önemli değişimlere uğratmaya yönelik büyük potansiyel taşıdığı da açıktır. Bununla beraber, *LegalTech* meselesinin yaratabileceği dezavantajlardan biri olarak, bir yandan *LegalTech* araçlarının, özellikle algoritmaların sürdürdüğü önyargılar nedeniyle risk oluşturması kuvvetle muhtemeldir. Yine, hukuki açıdan bakıldığında, *LegalTech* ile ilgili etik konuların tam olarak dikkate alınıp alınmayacağı ve yasal çerçevesinin ne şekilde oluşturulacağı henüz belirsizliğini korumaktadır. Fırsatlar açısından bakıldığında ise, *LegalTech* ve yapay zekâ tabanlı sistemler, hukuk bürolarının, işleyişlerini iyileştirmek ve verimliliklerini artırmak için kullanacakları büyük miktarda veriyi analiz ederek hukuken doğru ve isabetli kararlar ve aksiyonlar almalarına yardımcı olabilir. Diğer teknolojik gelişmeler gibi *LegalTech* de, hukuk alanında görülen hizmetlerin doğurduğu maliyetleri azaltacak ve toplumun ekonomik olarak güçsüz kesimlerinin de avukatlık ve hukuki danışmanlık hizmetine erişim koşullarını iyileştirerek adil ve eşitlikçi bir düzeni haiz toplumu teşvik etme ve bireyleri hukukî himayeye erişim açısından güçlendirme fırsatı sunabilecektir.

LegalTech'in hukuk mesleklerine etkisi ile ilgili tartışmalarda her şeyden önce devleti, yargıyı, yargı mensuplarını, avukatları ve hepsinden öte halkı anayasal olarak güvence altında tutan adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının değeri vurgulanmalı; devletin hukuk politikası bağlamında yargı, alternatif uyuşmazlık çözümleri ve bilhassa arabuluculuğa ilişkin bakış açısını, özellikle *LegalTech* ve dijital (online) uyuşmazlık çözüm yöntemlerine karşı da geliştirmeli; yargının kamu maliyesine yüklediği maliyet ve yargılamayla tüketilen makul sınırın çok üstündeki süreler nedeniyle yargısal süreçlerin en azından bir kısmını (örneğin, tüketici uyuşmazlıklarını) *LegalTech* destekli alternatif dijital yöntemlere kaydırmak daha mantıklı gözükmektedir¹¹⁷. Ancak prensipte hukukî güvenliğin,

¹¹⁶ Aynı yönde bkz. Esther Salmerón-Manzano, “Legaltech and Lawtech: Global Perspectives, Challenges, and Opportunities,” *Laws* 10, 24 (2021): 7-8. <https://doi.org/10.3390/laws10020024> (son erişim 11.03.2024)

¹¹⁷ Stephanie Vogelgesang ve Jochen Krüger, “Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 2),” *Juris– Die Monatszeitschrift* 3 (2020): 95. Tüketici uyuşmazlıklarının *LegalTech* için bir uygulama alanı olabileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tamara Deichsel, “Verbraucherschlichtungsstellen – Ein

öngörülebilirliğin ve yargıya güvenin teminatı olarak birtakım işlevler taşıyan hukukun üstünlüğü ilkesinin, dijital çağlarda bile toplum üzerindeki etkisini sürdürmesi gerektiğine dikkat çekilmelidir. Ayrıca *LegalTech* tartışmasında, yürürlükteki mevzuatta önemli değişiklikler yapması beklenen *LegalTech* uygulamalarının, bir nevi kamusal meşruiyet temeline oturtularak toplumun güvenini sağlamaya yönelik geleneksel hukuki altyapısının oluşturulmasına ve devlet mahkemelerine bir alternatifmiş gibi algılanmasını önleyecek hukukî tedbirlere özen gösterilmelidir¹¹⁸. Zira devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaların, algoritmik kararlarla veya diğer yapay zekâ uygulamalarıyla yeterince temsil edilemeyen ve edilmesi mümkün gözükmeyen sosyal ve toplumsal bir işlevi yerine getirmektedir. Özellikle, mahkemelerin gerekçeli hüküm verme yükümlülüğü sayesinde, yargı kararlarının şeffaflığı, izlenebilirliği ve denetlenebilirliği garanti edilmektedir. *LegalTech* ile ilgili olası riskler göz önüne alındığında, hukukta otomatik karar vericilere ilişkin ihtiyatlı bir yaklaşım, geri kalmışlığın veya teknoloji karşıtlığının bir ifadesi olarak düşünülmemelidir¹¹⁹. *LegalTech* şekli adaletin tesisine katkı sağlasa da, maddî adaletin ve hakkaniyet değerlerinin gözetilmesini ne ölçüde sağlayabileceği şüphelidir. Bilişsel uyumsuzluktan kaçınma ve verimlilikten yararlanma arzusu ile *LegalTech*'in yargıya egemen olması, toplum genelinde şekli adalet anlayışının güçlenmesine, hakkaniyet değerlerinin arka plana atılmasına, millî-manevî, ahlakî ve vicdanî değerlerin mahkeme kararlarına yönelik etkisinin azalmasına yol açarsa, bu olumsuz etkilerin bertarafına yönelik ne gibi yaklaşımların ortaya çıkacağı, ancak zaman geçtikçe gözlemlenebilecektir¹²⁰.

Son olarak, *LegalTech* meselesine avukatlar açısından bakıldığında, *LegalTech*'in dogmatik ve normatif hukukçuluğu yok edeceği veya hukuk eğitimini anlamsız hâle getireceği düşünülemez ve kabul edilemez. *LegalTech*'e rağmen avukatlar, kaçınılmaz olarak kendi yerlerini doldurulamaz kılan şeyin ne olduğu sorusuna yanıt bulmak zorundadır. Dogmatik araçların yanı sıra, avukatları “yeri doldurulamaz” kılan becerilerden en önemlisi, her şeyden önce kalıpların dışında düşünme

Anwendungsfeld für Legal Tech?,” *VuR* 8 (2020), 283 vd.; Tamara Deichsel, *Digitalisierung der Streitbeilegung* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022), 294 vd.

¹¹⁸ Vogelgesang ve Krüger, “Legal Tech-II,” 95.

¹¹⁹ Vogelgesang ve Krüger, “Legal Tech-II,” 95.

¹²⁰ Richard M. Re ve Alicia Solow-Niederman, “Developing Artificially Intelligent Justice,” *Stanford Technology Law Review* 22, 2 (Spring 2019): 289.

istekliliğidir¹²¹. Elbette avukatların teknolojik gelişmelere kayıtsız kalmamaları ve bunlara yönelik bir anlayış geliştirmeleri de bir zorunluluktur. Uzun vadede avukatlar ile bilgisayar bilimcileri arasındaki işbirliğinin yoğunlaştırılması, bilgi teknolojileri ile hukuk arasındaki ilişkilerin artırılması ve bu iki disiplinin kesişim alanında bulunan hukuk bilişimi ile ilgili çalışmaların teşvik edilmesi, inkâr edilemez bir gereklilik olarak karşımızda durmaktadır.

¹²¹ Buchholtz, “Legal Tech,” 959.

KAYNAKÇA

- Allen, Darcy, Aaron Lane ve Marta Poblet. "The Governance of Blockchain Dispute Resolution." *Harvard Negotiation Law Review* 25, 1 (2019): 75-102.
- Araszkiwicz, Michał. "Computational Legal Problem Solving. What can Legal Tech Learn from AI and Law Research, and Beyond?." içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki, 101-127. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.
- Bar, Gabriela. "Artificial Intelligence in the Law Firm of the Future." içinde *Legal Tech Information Technology Tools in the Administration of Justice*, ed: Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki, 361-373. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.
- Buchholtz, Gabriele. "Legal Tech – Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung." *Juristische Schulung* 10 (2017): 955-960.
- Chen Meng, Lam. "Impact of Artificial Intelligence on the Professional Responsibilities of Lawyers." *Singapore Law Review* 37 (2019-2020): 43-60.
- Chevalier, Maxime. "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order." *Journal of International Dispute Settlement* 12, 4 (2021): 558-584.
- Davis, Joshua P. "Law without Mind: AI, Ethics, and Jurisprudence." *California Western Law Review* 55, 1 (Fall 2018): 165-220.
- Deichsel, Tamara. "Verbraucherschlichtungsstellen – Ein Anwendungsfeld für Legal Tech?." *Verbraucher und Recht* 8 (2020): 283-289.
- Deichsel, Tamara. *Digitalisierung der Streitbeilegung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022.
- Dymitruk, Maria. "Borderlands of the Law and Technology: from Digital Machines to LegalTech." içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki, 67-80. (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021).
- El-Eid, Taher Abou. "The Future of Legal Technology – How will legal technology change the legal practice." https://www.researchgate.net/publication/361722506_The_future_of_Legal_Technology_How_will_legal_technology_change_the_legal_practice. (Son Erişim 10.06.2023)
- Hajric, Ajla, Maximilian Leicht, Frederik Möllers, ve Stephanie Vogelgesang. "Die (Fehlende) Regulierung von Legal-Tech-Anbietern in Deutschland – von Rechtlichen Grenzen und der Tatsächlichen Marktsituation". *Jusletter IT Die Zeitschrift für IT und Recht*, S.27 (Mays 2021), 93-102.

- Hähnchen, Susanne/Schrader, Paul T./Weiler, Frank ve Wischmeyer, Thomas: “Legal Tech Rechtsanwendung durch Menschen als Auslaufmodell?.” *Juristische Schulung* 7 (2020): 625-635.
- Hähnchen, Susanne ve Robert Bommel. “Legal Tech: Perspektiven der Digitalisierung des Rechtsdienstleistungsmarktes.” *Anwaltsblatt* 11 (2018): 600-603.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. “Legal Technology/Computational Law – Preconditions, opportunities and risks.” *Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law (CRCL Online)* 1, 1 (2021): 1-16. <https://journalcrcl.org/crcl/article/view/7/3> (Son Erişim 12.02.2024)
- Kadıoğlu, Cemre Çiše. “Bricks and Clicks: Online Dispute Resolution Mechanisms and Implementation of Online Arbitration in Turkey for Cross-Border Business to Consumer E-Commerce Disputes.” *Bilişim Hukuku Dergisi* 1 (2019): 113-146.
- Kaya, Serkan. “Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü.” *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 18, 52 (2022): 487-510.
- Kaya, Serkan ve Kadirhan Maviş. “Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 2 (2022): 477-499.
- Kayalı, Didem. “Uluslararası Hukuk Perspektifinden Akıllı Sözleşmeler.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 162 (2022): 251-284.
- Lesaege, Clément, Federico Ast ve William George. *Kleros Short Paper v1.0.7*. September 2019. <https://kleros.io/whitepaper.pdf> (Son Erişim 24.02.2022)
- Markovic, Milan. “Rise of the Robot Lawyers?.” *Arizona Law Review* 61 (2019): 325-350.
- Martinis, Ioannis ve Christoph Arnet. “Online Dispute Resolution – heute und morgen.” *Schweizerische Juristen-Zeitung* 117 (2021): 255-260.
- Özdemir, Nadire ve Deniz Polat. “Anayasal İlkeler Işığında Yapay Zekâ Teknolojileri: Avukatlık Bağlamında Bir Değerlendirme.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 166 (2023): 221-242.
- Re, Richard M. ve Alicia Solow-Niederman. “Developing Artificially Intelligent Justice.” *Stanford Technology Law Review* 22, 2 (Spring 2019): 242-289.
- Schmitz, Amy J. ve Colin Rule. “Online Dispute Resolution for Smart Contracts.” *Journal of Dispute Resolution* 2 (2019): 103-125.
- Susskind, Richard. *Tomorrow’s Lawyers. An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2nd Edition, 2017.

- Szostek, Dariusz. "The Concept of Legal Technology (LegalTech) and Legal Engineering." içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki, 19-28. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.
- Vogelgesang, Stephanie ve Jochen Krüger. "Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 1)." *Juris – Die Monatszeitschrift* 11 (2019): 398-404.
- Vogelgesang, Stephanie ve Jochen Krüger. "Legal Tech und die Justiz – ein Zukunftsmodell? (Teil 2)." *Juris – Die Monatszeitschrift* 3 (2020): 90-95.
- Wagner, Jens. *Legal Tech und Legal Robots, Der Wandel im Rechtswesen durch neue Technologien und Künstliche Intelligenz*. Wiesbaden: Springer Gabler Press, 2nd edition, 2020.
- Webb, Julian. "Legal Technology: The Great Disruption?." *Lawyers in 21st-Century Societies, Vol.2 Comparisons and Theories*, ed. Richard L. Abel, Hilary Sommerlad, Ole Hammerslev ve Ulrike Schultz, 515-540. Oxford: Hart Publishing, 2022.
- Whalen, Ryan. "Defining legal technology and its implications." *International Journal of Law and Information Technology* 30, 1 (2022): 47-67.
- Wiktorzak, Gabriela. "AI In Law Firms." içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki, 347-359. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.
- Zalewski, Tomasz. "Basic Principles for the Effective Use of Legal Tech Tools." içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki, 315-332. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.
- Załucki, Mariusz. "LegalTech in the Judiciary: Technological Developments and the Future of the Court System." içinde *Legal Tech Information technology tools in the administration of justice*, ed. Dariusz Szostek ve Mariusz Załucki, 387-403. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.

YABANCI TAŞIYICI ANNEDEN DOĞAN ÇOCUĞUN TÜRK VATANDAŞLIĞINI KAZANABİLMESİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

*A Review on the Acquisition of Turkish Citizenship by a Child
Born to a Foreign Surrogate Mother*

Sercan ECEMİŞ*

Öz

Tıp alanında meydana gelen teknolojik gelişmelerle birlikte, çocuğu doğuran kadının aynı zamanda o çocuğun annesi olduğunun kabulü tartışılmaya başlanmıştır. Zira bugün için tıbbi gelişmeler, çocuğu doğuran kadının aynı zamanda o çocuğun genetik olarak anne olma zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Kısaca ebeveyn olmak amacıyla bir başka kadının rahminin kiralanması veya ödünç alınması şeklinde ifade edilebilecek taşıyıcı annelik, Türk hukukunda yasaklanmıştır. Buna karşın bu yasaklar, bu yolla ebeveyn olmak isteyen kişilerin bu işlemlerin hukuken mümkün olduğu diğer devletlerde bu işlemleri gerçekleştirmesine engel olmamaktadır. Bu yolla yabancı taşıyıcı anneden doğan çocuğun genetik annesinin Türk vatandaşı olması halinde, çocuğun genetik anneye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanıp kazanamayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar. Sorunun özü vatandaşlık hukukuna ilişkin olsa da bu mesele milletlerarası özel hukukun diğer alt dallarından bağımsız bir incelemenin konusunu oluşturamaz. Biz de bu çalışmada, bu soruya bir cevap verebilmek amacıyla, konumuzla bağlantılı olduğu ölçüde taşıyıcı anneliğin kanunlar ihtilafı hukuku ile milletlerarası usul hukuku boyutlarını incelemekteyiz. Bu incelemeler sonucunda varılan sonuçların, Türk vatandaşlığına olan etkisine bir cevap vermeye çalışmaktayız.

Anahtar Kelimeler: taşıyıcı annelik, soy bağı esası, yabancı doğum belgesi, Türk vatandaşlığının kazanılması, taşıyıcı anneden doğan çocuk.

Makalenin Geliş Tarihi: 24.01.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 12.04.2024.

* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: sercan.ecemis@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7029-0881.

Abstract

With the technological developments in the field of medicine, the acceptance that the woman who gives birth to a child is also the mother of that child has started to be discussed. For today, medical developments have eliminated the necessity for the woman who gives birth to the child to be the genetic mother of that child at the same time. In short, surrogacy, which can be defined as the renting or borrowing of another woman's uterus for the purpose of becoming a parent, is prohibited under Turkish law. However, these prohibitions do not prevent persons who wish to become parents in this way from carrying out these procedures in other states where these procedures are legally possible. In this way, if the genetic mother of the child born to a foreign surrogate mother is a Turkish citizen, an important problem arises as to whether the child can acquire Turkish citizenship due to the genetic mother. Although the essence of the question is related to nationality law, this issue cannot be the subject of an independent examination from other sub-branches of private international law. In this study, in order to provide an answer to this question, we examine the conflict of laws and international procedural law aspects of surrogacy to the extent they are relevant to our subject. We try to give an answer to the effect of the conclusions reached as a result of these examinations on Turkish citizenship.

Keywords: surrogate motherhood, parentage basis, foreign birth certificate, acquisition of Turkish citizenship, child born to surrogate mother.

GİRİŞ

Geçmişte olduğu gibi günümüzde de soy bağı esasıyla vatandaşlığın kazanılması temel iki ilkedен biri¹ olup, bu yolla vatandaşlığın kazanılması yasal anne ve babanın kim olduğu ile yakından ilgilidir. Doktrinde soy bağı esasıyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin yapılan açıklamalara bakıldığında, meselenin daha çok babanın vatandaşlığının kazanılmasında yoğunlaştığı görülmektedir. Bunun altında haklı bir neden bulunmaktadır.

¹ Diğer temel ilke ise doğumun gerçekleştiği devletin vatandaşlığının kazanılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sercan Ecemiş, “Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 1 (Mayıs 2023): 229-266; Hande Ünsal, “Doğum Anında Vatandaşlığın Kazanılmasında Ius Soli Esası,” *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 2 (Aralık 2023): 517-579.

Zira Roma hukukundan beri var olan temel ilkeye göre, çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasında soy bağı doğumla kurulmaktadır². Dolayısıyla soy bağı yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında annenin değil babanın kim olduğu meselesi önem kazanır. Bu yüzden babayla soy bağı kuran hukuka göre ihtimaller değişmekle birlikte bu bağ çeşitli şekillerle kurulabilir. Çocuğu dünyaya getiren kadının biriyle evli olması halinde babalık karinesi, eğer biyolojik baba bir başkasıysa mahkeme kararı ile bu bağın kurulması gündeme gelebilir. Yine uygulanacak hukuka göre farklılaşma ihtimali bulunmakla birlikte, evlilik dışında dünyaya gelen çocukla soy bağı; tanıma, evlenme ve mahkeme kararıyla kurulabilmektedir.

Buna karşın günümüzde üreme teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte çocuğun annesinin, onu doğuran kadın olduğu prensibi, taşıyıcı annelik müessesisiyle birlikte tartışılır hale gelmiştir. Bugün için pek çok ülkede yasal bir düzenlemeye kavuşan taşıyıcı annelik, karşılaştırmalı hukuk alanının sıklıkla ilgilendiği bir konu durumundadır. Bu kapsamda kimi ülkeler taşıyıcı annelik müessesisine farklı derecelerde izin verirken kimisi de mutlak suretle yasaklamaktadır. Taşıyıcı anneliğe ilişkin Türk hukukundaki yaklaşım da ikinci yöndedir³. Ne var ki bu yasaklar, çocuk sahibi olmak isteyen müstakbel

² *Master semper certa est.* Bkz. Serap Helvacı ve Murat Topuz, *Geçmişten Günümüze Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri* (Ankara: Seçkin, 2023), 405.

³ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un (ODSANHK) birinci ek maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. Bkz. "Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.": RG, 03.06.1979, S. 16655. İlgili ek madde 15.11.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da bu tarihten önce de taşıyıcı annelik hiyerarşik olarak daha alt düzeyde olan yönetmelik ve yönetmelik eklerinde yasaklı olduğu belirtilmekteydi. İlk olarak 2010 tarihli mülga Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 18/5'te sadece anne ve babanın üreme hücrelerinin kullanılacağı ve embriyo edilmesinde donör kullanılmayacağı, elde edilen embriyonun başkalarında kullanılmayacağı açıkça yasaklanmıştı (RG, 06.03.2010, S. 27513). Bu Yönetmeliğin yerine geçen 2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik de aynı yaklaşımı benimsese de buna yönetmeliğin bir maddesinde yer verilmemiş Yönetmeliğin 17 nolu ekinde taşıyıcı anneliğin yasak olduğu belirtilmişti (RG, 30.09.2014, S. 29135). Bu dönemde kişilik hakkının yakından ilgilendiren bir meselenin Yönetmelik hükümleriyle yasaklanması doktrinde eleştirilmekte Anayasa'ya ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırılığı belirtilmekteydi. Bkz. Hazal Ungan-Çalışkan, "Bırakınız

ebeveynlerin bir başka ülkeye giderek taşıyıcı anneliğe başvurmalarını engellemektedir. Bu sözleşmelerin geçerliliği ve sonuçları yine yapılan doğum sonucu dünyaya gelen çocukların hukuki durumuyla ilgili pek çok belirsizlik ve tartışmalı nokta bulunmaktadır. İşte bu tartışmalı noktalardan biri ve belki de konunun milletlerarası hukuk açısından en önemli boyutu, bu yolla doğan çocukların vatandaşlığının ne olacağı meselesidir.

Bu kapsamda çalışmamızda, Türk hukukunda yasaklı olması sebebiyle sınır ötesi taşıyıcı annelik yoluna başvuran Türk vatandaşı müstakbel ebeveyn veya ebeveynlerin, bu yolla dünyaya gelen çocuklara kendi vatandaşlıklarını kazandırıp kazandıramayacağını incelemekteyiz. Çalışmanın sorusu, milletlerarası özel hukukun bir alt dalı olan vatandaşlık hukukuna odaklansa da bu konu, bu alanın diğer alt dallarından bağımsız bir incelemeye elverişli değildir. Zira konunun temelinde soy bağına uygulanacak hukukun yatması sebebiyle kanunlar ihtilafı hukuku; yine soy bağına ilişkin yabancı bir devletten alınmış bir kararın varlığı halinde, bu kararın tanınması talebi gündeme geleceğinden konunun milletlerarası usul hukuku yönünden de incelenmesi gerekir.

I. TAŞIYICI ANNELİK

Yapay döllemenin bir türü olan heterolog dölleme, bir kadına ait yumurta hücrelerinin üçüncü bir erkeğin spermisiyle (sperm bağıışı) yahut üçüncü bir kadının yumurtası ile evli olan erkeğin spermisiyle (yumurta bağıışı) veya her iki üreme hücrelerinin de üçüncü kişilerden temin edilmesiyle yapılan dölleme işlemi olarak tanımlanmaktadır⁴. Gerek homolog gerekse heterolog döllemede yapılan tanımlarda evli kişiler üzerinden açıklamalarda bulunmaktadır⁵. Oysa gelinen noktada yapay döllemeye mutlaka evli çiftler başvurmak zorunda olmadığı gibi doğumu da bir başka kadının gerçekleştirmesi tıbbi olarak mümkündür. Dolayısıyla sadece Türk hukukundaki engelleri düşünerek bir tanımlama yapmaktan kaçınarak

Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bir Bakış,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1 (Mart 2016): 504.

⁴ Beşir Acabey, *Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı* (İzmir: Güncel, 2002), 193; Yasemin Erol, *Yapay Dölleme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Ankara: Yetkin, 2012), 164; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (İstanbul: Onikilevha, 2016), 790.

⁵ Seda Ergüneş, “Yapay Dölleme,” içinde *Sağlık Hukuku Makaleleri II*, ed. İstanbul Barosu Yayın Kurulu (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012), 168.

heterolog döllemeyi evlilik ilişkisinden ayrı değerlendirmenin konuyu daha netleştireceği kanaatindeyiz⁶.

En genel tanımıyla ebeveyn olmak amacıyla bir başka kadının rahminin kiralanması veya ödünç alınması olarak nitelendirilebilecek taşıyıcı annelik, çoğu zaman sağlık sebeplerinden kaynaklanan nedenlerle gerçekleşmektedir⁷. Bu yönüyle taşıyıcı annelik, doğum yapması mümkün olmayan ya da yapması durumunda yaşam hakkı tehlikeye girecek olan kadının yumurtasının, laboratuvar ortamında “baba adayının”⁸ spermi ile döllemesi sonucu oluşturulan embriyonun, çocuğu doğurmayı üstlenen kadının rahmine yerleştirilmesi olarak ifade edilebilir⁹. Buna karşın verilen bu tanım daha çok Türk hukukunun esas alındığı bir yaklaşımdır¹⁰. Zira temelinde üreme teknolojilerinden bağımsız olarak “tarihsel yaklaşımla”¹¹ taşıyıcı anneliği nitelendiren yabancı doktrinden hareket eden yazarlar, bu tanımın taşıyıcı

⁶ Aynı yönde bkz. Erol, *Yapay Dölleme*, 44; Cemile Turgut, *Yapay Dölleme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (İstanbul: Onikilevha, 2016), 37.

⁷ Doktrinde psikolojik veya estetik kaygılarla (vücudunun deforme olmaması) yahut kişinin yaşam koşulları (yoğun iş hayatı gibi) sebebiyle de taşıyıcı anneliğe başvurulabileceği belirtilmektedir. Bkz. Ungan-Çalışkan, “Bırakınız Taşısını,” 492-493; Erol, *Yapay Dölleme*, 61, 109-110.

⁸ Baba adayı kadının eşi olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir.

⁹ Her ne kadar anne olmak isteyen kadından hareket edilerek bir tanım verilmiş olsa da taşıyıcı anneliğe ebeveyn olmak isteyen kişinin herhangi bir birlikte yaşamak istemeyen veya eşcinsel olan erkeğin de başvurabileceği belirtilmelidir. Bkz. Erol, *Yapay Dölleme*, 61.

¹⁰ Bu yönde bkz. Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 797; Ergüneş, “Yapay Dölleme,” 168. Örneğin *Hakeri* bu yöntemi klasik yöntem olarak isimlendirmiştir: Hakan Hakeri, “Türk Hukukunda Yapay Dölleme,” *Tıp Hukuku Dergisi* 4, no. 8 (Ekim 2015): 118.

¹¹ Taşıyıcı anneliğin tarihi Tevrat’a kadar götürülmektedir. Bkz. Sevtap Metin, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik,” içinde *Sağlık Hukuku Makaleleri II*, ed. İstanbul Barosu Yayın Kurulu (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012), 7. Bu kapsamda taşıyıcı annelik binlerce yıl öncesine dayandırılmakta ve tarihteki birçok toplumda ebeveyn olmak isteyen kadının kız kardeşinin veya arkadaşlarının onun adına hamile kaldığı belirtilmektedir: Ergun Özsunay, “Taşıyıcı Annelikte İlgili Hukuksal Sorunlar,” *Güncel Hukuk Dergisi* 8, no. 44 (Ağustos 2007): 28. Dolayısıyla buradaki taşıyıcı annelik tıbbi değil manevidir: Erol, *Yapay Dölleme*, 60-61. Taşıyıcı anneliğin tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şafak Parlak-Börü, “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler,” *Public and Private International Law Bulletin* 39, no. 1 (Haziran 2019): 67-73.

anneliğin sadece bir türü olduğunu kabul etmektedirler¹². Yazarlar, taşıyıcı annelik ile esas kastedilenin taşıyıcı annenin yumurtalarının kullanıldığı halin anlaşıldığını yansıtır şekilde “geleneksel (genetik/kısmi) taşıyıcı annelik” (*traditional/genetic/partial surrogacy*) ifadesini; diğer hallerde ise “gestasyonel (genetik olmayan/tam/ileri teknoloji) taşıyıcı annelik” (*gestational/full surrogacy/high-technology*) ifadesini tercih etmektedirler¹³. Taşıyıcı annenin yumurtalarının kullanıldığı durumlarda -geleneksel taşıyıcı annelik yerine- “ikame/yedek annelik” kavramının Türk doktrininde daha yerleşik bir tercih olduğu ifade edilmektedir¹⁴. Nitekim uygulamada, taşıyıcı annenin aynı zamanda genetik anne olduğunu yansıtan bu nitelendirmelerin daha yaygın olduğu bildirilmektedir¹⁵.

Taşıyıcı annelikte kullanılan yöntemler esas alınmadan, taşıyıcı anneliğin aynı ülkede gerçekleşip gerçekleşmemesine göre “sınıraşan taşıyıcı annelik” ile “aynı ülkede gerçekleşen taşıyıcı annelik” veya işlemin bir ivaz karşılığında yapılıp yapılmadığına göre “ticari taşıyıcı annelik” ile “ticari olmayan taşıyıcı annelik” şeklinde bir sınıflandırılmanın yapılması da

¹² Karş. Metin, “Taşıyıcı Annelik,” 8.

¹³ Bianka Dörr, “Taşıyıcı Annelik ve Embriyo Bağışı,” çev. Merve Ürem. *Tıp Hukuku Dergisi* 4, no. 8, (Ekim 2015), 194; Erol, *Yapay Dölllenme*, 61; Ungan-Çalışkan, “Bırakınız Taşısını,” 490; Nuray Ekşi, “Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar,” *Public and Private International Law Bulletin* 36, no. 2 (Aralık 2016): 8-9; Sendi Yakuppur, “İleri Teknoloji Kullanarak Gerçekleştirilen Taşıyıcı Annelik,” içinde *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Cilt 1*, ed. Zeynep Özlem Üskül-Engin (İstanbul: Onikilevha, 2019), 274; Cahit Ağaoğlu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu,” *Public and Private International Law Bulletin* (Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 40, no. 1 (Haziran 2020): 441; Neşe Baran-Çelik, *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması* (Ankara: Yetkin, 2021), 42.

¹⁴ Metin, “Taşıyıcı Annelik,” 8; Turgut, *Yapay Dölllenme*, 108. Bu yönde bkz. Ergüneş, “Yapay Dölllenme,” 169; Acabey, *Soybağı*, 179. Özdemir/Ruhi, ikame anneliği taşıyıcı anneliğin bir türü olarak dahi nitelendirmemektedir. Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 796. Yine de doktrinde tam bir kavram birliğinin olduğu söylenemez. Örneğin Şensöz-Malkoç ikame anneliği, geleneksel taşıyıcı annelikte eş anlamda kullanırken, yedek anneliği ise gestasyonel taşıyıcı annelik yerine kullanmıştır: Ebru Şensöz-Malkoç, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, no. 2 (Aralık 2015): 22. Doktrinde tercih edilen çeşitli nitelendirmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Gamze Zengin, “Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2022), 35-37.

¹⁵ Erol, *Yapay Dölllenme*, 65; Şensöz-Malkoç, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik,” 23.

mümkündür¹⁶. Doktrinde ticari taşıyıcı annelik yerine “kiralık annelik” ticari olmayan taşıyıcı annelik için ise “ödünç annelik” ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir¹⁷.

Taşıyıcı anneliğin sınıflandırılmasındaki bu farklılıklar, devletlerin taşıyıcı anneliğe olan yaklaşımlarında da görülmektedir. Kimi devletler yukarıdaki taşıyıcı annelik çeşitlerini dikkate alarak taşıyıcı anneliğin bazı çeşitlerine veya tamamına izin vermekte, kimisi ise sayılan türler arasında bir ayırım gözetmeksizin taşıyıcı anneliğe tamamen karşı çıkmaktadır¹⁸. Türk hukukunda benimsenen yaklaşım da ikinci yönde olmuştur. Taşıyıcı anneliğin açıkça yasaklanması¹⁹, yapılan sözleşmelerin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun²⁰ (TBK) m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olduğu sonucunu doğuracaktır²¹. Taşıyıcı anneliğe getirilen bu yaptırım sadece özel hukuk

¹⁶ Bkz. Ekşi, “Taşıyıcı Annelik,” 6-8.

¹⁷ Acabey, *Soybağı*, 179-180; Ergüneş, “Yapay Döllenme,” 169; Erol, *Yapay Döllenme*, 66. Doktrinde ödünç ve kiralık anneliğin her iki türünde de taşıyıcı annenin, genetik anne olmadığı ileri sürülmektedir: Erol, *Yapay Döllenme*, 66-67. Kanaatimizce buradaki ayırımın temelinde taşıyıcı annenin genetik anne olup olmadığından ziyade işlemin ivazlı olup olmaması yattığından bu görüş bir yanlıya sebebiyet verebilir. Bu bakımdan bir ivaz karşılığı yapılan taşıyıcı annelikte, taşıyıcı annenin yumurtaları kullanılabilir.

¹⁸ Taşıyıcı anneliğin yasal olduğu başlıca devletler: Arnavutluk, Ukrayna, Gürcistan, Kıbrıs, Hindistan, İsrail ve Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) bazı eyaletleridir. İngiltere ve Norveç’te ticari olmayan taşıyıcı anneliğin ise mümkün olduğu bildirilmektedir: Yakuppur, “Taşıyıcı Annelik,” 275-276. Karşılaştırmalı hukuktan çeşitli örnekler için bkz. Parlak-Börü, “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç,” 73-96; Ağaoğlu, “Taşıyıcı Annelik,” 442-475; Yakuppur, “Taşıyıcı Annelik,” 275-280; Yener Ünver, “Ceza Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik,” *Tip Hukuku Dergisi* 4, no. 8 (Ekim 2015): 297-322; Turgut, *Yapay Döllenme*, 115-138. Avrupa Konseyine üye devletler arasında benimsenen farklı yaklaşımları dikkate alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), taşıyıcı anneliğe izin verip vermeme konusunda devletlerin takdir marjının bulunduğunu kabul etmektedir. Bu yüzden taşıyıcı anneliğin yasaklanması, bugün için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) ihlali anlamına gelmemektedir. Bkz. Candan Yasan-Tepetaş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı,” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 177-178 (Mayıs-Haziran 2019): 1234; Işıl S. Tekdoğan-Bahçıvan, *Milletlerarası Özel Hukukun (Kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukuku bağlamında) İnsan Hakları ile Dönüşümü?* (Ankara: Yetkin, 2023), 119.

¹⁹ ODSANHK Ek m. 1. Ayrıca bkz. yukarıda dñn. 3.

²⁰ RG, 04.02.2011, S. 27836.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şensöz-Malkoç, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik,” 32-42.

boyutuyla sınırlı kalmamıştır. Bu kapsamda taşıyıcı annelik konusunda hem cezai hem de idari yaptırımlar söz konusudur²². Buna karşın uygulamada bu yasaklara rağmen Türk vatandaşlarının Türkiye’de bu işlemi gerçekleştirdikleri veya bu işlemi gerçekleştirmek üzere yurt dışına gittikleri belirtilmektedir²³. Hemen belirtelim ki, ikinci yolu tercih eden Türk vatandaşlarının bu işlemi gerçekleştirmek için dünyanın bir ucuna gitmelerine de gerek yoktur. Coğrafi olarak Türkiye’ye oldukça yakın devletlerin (Gürcistan²⁴, Yunanistan, İran, Rusya, Ukrayna gibi) yasal düzenlemeleri buna müsaade etmektedir²⁵. Dolayısıyla bu işlemlerin, bu yolla dünyaya gelen çocukların vatandaşlığına bir etkisinin olup olamayacağının değerlendirilmesi gereklidir.

II. TÜRK VATANDAŞLIĞININ DOĞUM YOLUYLA KAZANILMASI

Doğum anında kazanılan vatandaşlık, “asli vatandaşlık” olarak ifade edilmektedir²⁶. Bugün için devletlerin vatandaşlık hukuku alanına yansıtılmış

²² Bkz. aşağıda dñn. 44 ve 45.

²³ 09.09.2022 tarihli bir haberde, sosyal medya aracılığıyla bu işlemlerin gerçekleştirildiği ve istenen ücretlerin sekiz yüz bin Türk lirasına vardığı belirtilmiştir: Hilal Yıldırım, “Yasa Dışı Kazanç: Taşıyıcı Annelik,” *TRT Haber*, 9 Eylül, 2022, <https://www.trthaber.com/haber/turkiye/yasa-disi-kazanc-tasiyici-annelik-707656.html>; Türkiye’de pek çok çiftin bu yöntem için yurt dışına gittiği yönünde bkz. Alice Cuddy ve Sertaç Aktan, “Türkiye’de ve Avrupa’da Taşıyıcı Annelik Nasıl Uygulanıyor?,” *Euronews*, 14 Eylül, 2018, <https://tr.euronews.com/2018/09/14/turkiye-ve-avrupa-da-tasiyici-annelik-nasil-uygulaniyor>; 2015 yılında haberlere yansıyan bir olayda iki Türk vatandaşının Gürcistan’da bu yola başvurarak çocuk sahibi olduğu belirtilmiştir. “Sadece 2 Günle Hayatları Karardı! Anne Hapiste Çocuk Ortada Yok!,” *Haber61*, 15 Ekim, 2015, <https://www.haber61.net/yasam/sadece-2-gunle-hayatları-karardi-anne-hapiste-cocuk-ortada-yok-h241937.html>. *Google* arama motorunda taşıyıcı anneliğe ilişkin yaptığımız aramalarda, müstakbel Türk vatandaşı ebeveynlerinin hedeflendiği pek çok internet adresi karşımıza çıkmaktadır.

²⁴ Gürcistan’ın taşıyıcı anneliği yabancılara yasaklamayı planladığı yönünde bkz. U.S. Embassy in Georgia, *Message for U.S. Citizens: New Law Banning Surrogacy Planned in Georgia*, erişildi 3 Aralık, 2023, <https://ge.usembassy.gov/message-for-u-s-citizens-new-law-banning-surrogacy-planned-in-georgia/#:~:text=The%20Georgian%20government%20has%20announced,will%20be%20a%20criminal%20offense>.

²⁵ Bkz. Ünver, “Taşıyıcı Annelik,” 327; Yakuppur, “Taşıyıcı Annelik,” 275-280.

²⁶ Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Şerhi* (İstanbul: Sanayii Nefise Matbaası, 1929), 9; Erdoğan Göğçer, *Türk Tabiiyet Hukuku* (Ankara: Ankara

olduğu nadir genel hukuk ilkelerinden olan vatandaşlığın soy bağı ve doğum yeri esasıyla kazanılması²⁷, hemen hemen her devlette birlikte kabul edilmekle ancak esaslara tanınan öncelik farklılaşmaktadır. Yine de genel yaklaşımında önceliğin soy bağı esasında olduğu, bu esasın doğum anında vatandaşlığın kazanılmasını sağlayamadığı hallerde ise doğum yeri esasına önem verildiği görülmektedir²⁸.

Türk vatandaşlık hukukundaki yaklaşım da bu yönde olmuştur. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na²⁹ (TVK) göre her iki esas da Türk vatandaşlığının aslen kazanılmasında etkilidir (TVK m. 6). Ancak soy bağı esası temel/birincil prensip olarak benimsenirken, doğum yeri esası vatansızlığın önlenmesi amacıyla hizmet eden ikincil/tali bir esastır (TVK m. 8)³⁰. Soy bağı esasının bu önceliği, kendisini hiyerarşik düzeyde de göstermektedir. Bu kapsamda Anayasamızın vatandaşlığa ilişkin hükümlerinin düzenlendiği m. 66'da soy bağı esası kendisine yer bulurken, maddede doğum yeri esasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır³¹. Anayasa

Üniversitesi Yayınları, 1979), 23; Nihal Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1989), 25; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2020), 52; Rona Aybay, Nimet Özbek ve Gizem Ersen-Perçin, *Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019), 93; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan-İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Rehber, 2023), 29; Turgut Turhan ve Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2017), 30; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 60. Doktrinde doğumdan sonra kazanılmakla birlikte, ilk kazanılan vatandaşlığa da asli vatandaşlık nitelendirilmesinin yapıldığı görülmektedir. İlgili görüş için bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 54.

²⁷ Güngör, *Tabiiyet*, 21, 50.

²⁸ Karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. Pelin Güven, "Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması – Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Konunun Değerlendirilmesi," içinde *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008)*, ed. Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Banu Şit (Ankara: Yetkin, 2018), 127-139. Doğum yeri esasının bu şekilde kullanılması doktrinde "çözüm amaçlı/çaresel *ius soli*" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Kazım Sedat Sirmen, "Toprak Esası (Ius Soli) Prensibi, Uygulanması ve AİHM'nin Yaklaşımı," içinde *Avrupa ve Uluslararası Göç Hukuku*, ed. Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik ve Elçin Aktan (Ankara: Yetkin 2022), 470, 479.

²⁹ RG, 12.06.2009, S. 27256.

³⁰ Nomer, *Vatandaşlık*, 72; Aybay, Özbek ve Ersen-Perçin, *Vatandaşlık*, 101; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Vatandaşlık*, 49; Güngör, *Tabiiyet*, 73; B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Beta, 2022), 99.

³¹ *Güngör*, doğum yeri esasının Anayasa'da yer alamamasını, bu esası "istisnai" bir esas haline getirmeyeceğini belirtir: Güngör, *Tabiiyet*, 73. Oysa doktrinde doğum yeri

m. 66'da yer alan kurala göre: “*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.*”.

Hükmün daha ayrıntılı olarak düzenlendiği TVK'da ise doğumun gerçekleştiği ülke ile doğumun evlilik içinde veya dışında gerçekleşmiş olmasının önemli olmadığı vurgusu yapılmaktadır (TVK m. 7)³². Maddede bir diğer dikkat çeken nokta ise, soy bağının kurulmasından sadece, yabancı anneden evlilik dışında dünyaya gelen çocukların, Türk vatandaşı olan biyolojik babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanabilmesi halinde bahsedilmesidir. Kanaatimizce hükmün bu şekilde kaleme alınmasından, vatandaşlığın anneden kazanılmasında hukuki bağın dikkate alınmadığı, diğer bir deyişle yalnızca “doğal bağa” bakılacağı sonucu çıkmamaktadır. Burada yine “hukuki bağ” dikkate alınmaktadır. Ancak soy bağının kurulmasından ayrıca bahsedilmemesinin temelinde, soy bağının yerleşmiş bir hukuk prensibi uyarınca zaten kurulacağı varsayılmasının yattığını düşünüyoruz. Roma hukukunda beri geçerli olan bu prensibe göre³³ çocuğu doğuran kadın, o çocuğun aynı zamanda “hukuken” de annesidir. Bu kapsamda anne ile çocuk arasındaki doğal bağ aynı zamanda hukuki bağı da kurmaktadır. İşte anne ile çocuk arasındaki soy bağının kurulmasında kabul edilen bu evrensel prensip, soy bağının kurulmasına Türk hukuku harici bir başka hukukun uygulanması halinde dahi bunun değişmeyeceğinin kabulü noktasında önemsizleşebilir. Ancak her halde, devlet ile gerçek kişi arasındaki hukuki (ve siyasi) bağı işaret

esasının Türk hukukunda tali/ikincil nitelikte olduğunu vurgulamak için, esasın “istisnai” olduğu da ifade edilmiştir. Bkz. Göger, *Türk Tabiiyet Hukuku*, 51; Aybay, Özbek ve Ersen-Perçin, *Vatandaşlık*, 99; Erdem, *Vatandaşlık*, 99. Bu noktada görüşler arası bir farklılığın olup olmadığı sorgulanabilir. Fikrimizce *Güngör* bu vurguyu, doğum yeri esasının tali bir esas olmadığını belirtmek amacıyla değil, sadece doğum yeri esasının TVK m. 7/3'ün bir istisnası olarak anlaşılmasını gerektiği için yapmaktadır. Nitekim yazar açıklamalarının devamında doğum yeri esasının ikincil nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bkz. “*Türk hukukunda doğum yeri esası, (...) ikincil/tâli bir esas olarak düzenlenmiştir.*”: Güngör, *Tabiiyet*, 73.

³² “*Türkiye içinde ve dışında*” ifadesi kanun maddesinin yalnızca ilk fıkrasında belirtilmiş olsa da bu sonuç ikinci ve üçüncü fıkradaki düzenlemeler açısından da kabul edilmektedir. Bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 69. Nitekim Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (TVK Yön.) m. 7'de bu ifade tüm fıkralarda kullanılmıştır. Bkz. RG, 05.04.2010, S. 27544.

³³ *Master semper certa est.* Bkz. Helvacı ve Topuz, *Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri*, 405.

eden vatandaşlık statüsünün soy bağı yoluyla tespitinde, mutlak olarak doğal bağa bakıldığı sonucunu doğurmaz.

Bu görüşümüzü destekleyecek diğer bir düzenleme, evlilik birliği devam ederken yabancı anneden ancak Türk babadan doğan çocuğun Türk vatandaşlığını kazanacağına belirtilmesinde de görülmektedir (TVK m. 7/1). Yine bu hükümde TVK m. 7/3'ün aksine, babayla çocuk arasında kurulması gereken bir soy bağından bahsedilmemiştir. Zira bu hüküm de temelinde, soy bağının kurulmasında kabul edilen evrensel prensiplerden biri olan babalık karinesinden hareket etmektedir. Oysa burada yalnızca doğal bağa bakılacak olsaydı, babalık karinesine bir sonuç bağlanmaz, sadece Türk vatandaşı olan biyolojik babanın vatandaşlığının kazanılması mümkün olurdu.

Doktrindeki temel eserlerde de bu varsayımdan hareket edildiği ve neredeyse hemen her zaman 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun³⁴ (TMK) soy bağının kurulmasına ilişkin kuralların zikredilmesiyle açıklamaların yapıldığı görülmektedir³⁵. Belki bu noktada yazarların bu bağın mutlaka Türk hukukuna göre kurulacağından hareket etmeleri³⁶ ve bu hareket noktalarını gerekçelendirmemeleri teorik olarak sorgulanabilir olsa da ilkelerin evrensel olmaları sebebiyle bu sorgunun pratikte bir farklılığa işaret etmeyeceği iddia edilebilir.

³⁴ RG, 08.12.2001, S. 24607.

³⁵ Nomer, *Vatandaşlık*, 68; Aybay, Özbek ve Ersen-Perçin, *Vatandaşlık*, 94-95; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Vatandaşlık*, 37-38; Güngör, *Tabiiyet*, 64; Erdem, *Vatandaşlık*, 102-103.

³⁶ Örneğin, evlilik içinde doğan çocuğun babalık karinesine göre babayla soy bağının kurulup kurulamayacağı; yine anne ile çocuk arasında soy bağının kurulmasında doğum harici bir tanıma beyanına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı uygulanacak hukuka göre değişebilir. MÖHUK m. 16'ya göre soy bağının kurulmasında basamaklı bir yapı benimsenmiştir. Örneğin çocuğun mutlak doğum yeri esasının benimsendiği bir ülkede doğduğu varsayımında, henüz bir soy bağı kurulmadan milli hukuku bulunmakta ve soy bağı kuracak hukuk da doğum yeri esasıyla kazanmış olduğu devletin hukuku olacaktır. Dolayısıyla uygulanacak yabancı hukukun anne ile soy bağının kurulmasında tanıma beyanını araması yahut babalık karinesini kabul etmemesi teorik çerçevede mümkündür. Metodolojik bir yaklaşım getirilmeden, "evlilik içinde doğma" noktasında kabul edilen üç yüz günlük sürenin doğrudan TMK m. 241'e göre belirlenmesinin aynı gerekçelerle eleştiriye açık olduğunu düşünmekteyiz Eleştirilen yönde bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 68; Aybay, Özbek ve Ersen-Perçin, *Vatandaşlık*, 94-95; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Vatandaşlık*, 38; Erdem, *Vatandaşlık*, 102.

Soy bağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında esas olanın hukuki soy bağına olduğunun tespiti çalışmamız açısından önemlidir. Zira günümüzde üreme teknolojilerinin gelişmesi sonucunda taşıyıcı anneliğin ortaya çıkışı, çocuğu doğuran kadının aynı zamanda çocuğun hukuken de annesi olacağına ilişkin temel prensibi tartışılır hale getirmiştir³⁷. Nitekim taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuk ile soy bağı, çocuğu doğuran taşıyıcı anne yerine müstakbel kadın ebeveyn ile kurulabilmesinin örnekleri karşılaştırmalı hukukta görülmeye başlanmıştır³⁸.

Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, çocuğun Türk vatandaşlığının iktisabındaki esas sorun, taşıyıcı anne ve biyolojik baba yabancıken, müstakbel kadın ebeveynin Türk vatandaşı olması halinde ortaya çıkar³⁹. Zira biyolojik babanın Türk vatandaşı olması halinde gerek kanun yoluyla gerekse mahkeme kararıyla çocukla soy bağı kurulabilmesi muhtemeldir. Bunun akabinde idare, çocuğun Türk vatandaşı olduğunu yalnızca tespit edecektir⁴⁰. Ancak anne açısından böyle bir işlemin yapılabilmesi şüphesiz bir mahkeme kararı ile mümkündür. Zira müstakbel kadın ebeveyn, taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuğu kendi nüfusuna kaydettirmek üzere idareye başvurduğunda, bu talep muhtemelen reddedilecektir. Bu kapsamda idari işlemin iptali için idare mahkemelerinde dava açabilmesi mümkünse de idare mahkemelerinin yargı yolu bakımından yetkisiz olduğu bir konu olan soy bağı meselesinde, adli yargı yoluna başvurulması gerekir. Bu kapsamda Türkiye’de soy bağına kurulması için bir dava açılabilmesi gibi, hali hazırda yurt dışından alınmış bir karar varsa, bu kararın Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurabilmesi için 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a⁴¹ (MÖHUK) göre tanıma davası açılabilir.

³⁷ Daisy Deomampo, “Defining Parents, Making Citizens: Nationality and Citizenship in Transnational Surrogacy,” *Medical Anthropology* 34, no. 1 (2015): 220.

³⁸ Taşıyıcı anneliğin karşılaştırmalı hukukta kontrollü olarak serbest bırakıldığı ve bunun sonucunda müstakbel ebeveynlerle soy bağına kurulabilmesini sağlayan çeşitli kanuni düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir: Ünver, “Taşıyıcı Annelik,” 326. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. dpn. 18.

³⁹ Pek tabii uygulanacak hukukta, biyolojik baba olmadığı halde bu işleme dayanarak babayla soy bağına kurulmasının sağlanması halinde, bu tartışma yeniden gündeme gelecektir.

⁴⁰ Güngör, *Tabiiyet*, 72.

⁴¹ RG, 12.12.2007, S. 26728.

Anlaşılacağı üzere, meselenin öncelikle kanunlar ihtilafı boyutu ile milletlerarası usul hukuku boyutu incelenmesi gerekmektedir. Bu konular, vatandaşlık bağının kurulabilmesi için adeta ön mesele teşkil eder. Eğer bu davalarda müstakbel Türk vatandaşı kadın ebeveyn ile çocuk arasında soy bağının kurulabileceğine imkan tanınırsa bu kararlar, yabancı taşıyıcı anneden dünya gelen çocuğun Türk vatandaşlığını soy bağı esasıyla kazanabilmesinin de önünü açacaktır.

III. TAŞIYICI ANNELİĞİN KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU BOYUTU

A. Genel Olarak

Doğum yeri esası hariç, çocuk ile Türk vatandaşlık bağının doğum anında kurulabilmesi, çocuğun Türk vatandaşlığına sahip bir kişiyle soy bağının kurulmasına bağlıdır. Taşıyıcı annenin ve müstakbel ebeveynlerin Türk vatandaşı olması, yasak olmasına rağmen gerekli tıbbi işlemlerin Türkiye’de gerçekleşmesi ve yine doğumun Türkiye’de gerçekleşmesi halinde somut olaya yabancılık unsuru katan başka herhangi bir vakıa da yoksa, çocuğun hukuki anne ve babasının kim olduğu doğrudan Türk maddi hukukuna göre çözümlenecektir. Zira uygulanacak hukukun tespiti, ancak somut uyuşmazlıkta bir yabancılık unsurunun varlığı halinde gündeme gelecek bir hukuki sorundur. Dolayısıyla yabancılık unsurunun yokluğu halinde MÖHUK hükümlerinin devreye girebilmesinden söz edilemez. Bu kapsamda doğrudan TMK hükümleri uygulanacak (TMK m. 281 vd.) ve çocuk ile taşıyıcı anne arasında kurulan soy bağı sayesinde çocuk, Türk vatandaşlığını soy bağı esasıyla kazanacaktır.

Buna karşın taşıyıcı annelik müessesinde bir yabancılık unsurunun bulunma ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Zira hukukumuzda taşıyıcı anneliğin yasak olması⁴², bu yasağa rağmen işlemlerin Türkiye’de yapılma ihtimalini azaltmaktadır⁴³. Ayrıca ilgili işleme girişen taraflar ile buna aracılık edenler

⁴² Bkz. dñn. 3.

⁴³ Buna rağmen Türkiye’de de bu işlemlerin yapıldığına ilişkin haberler yapılmıştır. Bkz. yukarıda dñn. 23.

hakkında cezai⁴⁴ ve idari⁴⁵ yaptırımlar da söz konusudur. Bu ağır yaptırımlar ışığında kişilerin sınır ötesi taşıyıcı anneliğe başvurmalarının daha olası olduğu bir gerçektir⁴⁶. Bu ise ilgili işlemlerin yurt dışında gerçekleşmesi, taşıyıcı annelik sözleşmesinin taraflarından birinin yabancı olması, “doğumun yurt dışında gerçekleşmesi”⁴⁷ gibi somut olaya çeşitli yabancılık unsuru katan vakıaların bulunmasını sağlayacaktır. Her yabancılık unsurlu uyumsuzlukta olduğu gibi, soy bağından kaynaklanan bu uyumsuzluk da -kural olarak- doğrudan Türk maddi hukuk kuralları uyarınca çözümlenmeyecek; bunun için hakim öncelikle uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekecektir. Hakim bu konuda re’sen hareket etme yükümlülüğü altındadır (MÖHUK m. 2/1).

B. Soy Bağına Uygulanacak Hukuk

Uygulanacak hukukun tespitinde hakim öncelikle somut uyumsuzluğu vasıflandırmalıdır. Müstakbel ebeveynlerin taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuk veya çocukların aslında kendi çocuğu olduğunu iddia etmeleri sonucunda, hakim bu hayat olayına vereceği hukuki ad, soy bağının

⁴⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) kapsamında taşıyıcı anneliğin bir suç tipine girip girmediği konusunda değerlendirilebilecek madde, “çocuğun soybağını değiştirme” suçunu düzenleyen 231. maddesidir. Bkz. RG, 12.10.2014, S. 25611. Bu hükmün doğrudan taşıyıcı anneliği bir suç kapsamına almadığı, ancak bunun sonucunda doğum belgesinde ve nüfusta bir başkasının doğurmuş gibi gösterilmesini düzenlediği belirtilmektedir. Bkz. “ (...) taşıyıcı annelik suretiyle bir çocuğun doğurtulması veya buna aracılığı değil, ancak bu doğum sonrası kayıtlara hukuki anne dışında genetik bağı olan veya olmayan başka bir annenin veya ebeveynin (sanki doğuran anneden başkası doğurmuş gibi) kaydedilmesi halinde söz konusu olacaktır. ”: Ünver, “Taşıyıcı Annelik,” 329. Buna karşın ODSANHK’ya 2018 yılında getirilen Ek Madde 1 ile kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresini bağışlayan ve kullananları da kapsayan bir cezai yaptırım getirilmiştir.

⁴⁵ Taşıyıcı anneliğe aracılık edenler açısından idari bir yaptırım olarak kişilerin ve ilgili merkezlerin izinlerinin iptal edileceği ve bu alanlarda çalışmalarının yasaklanacağı hüküm altına alınmıştır (ODSANHK m. 15/3).

⁴⁶ Nitekim karşılaştırmalı hukukta, ulusal mahkemenin önüne gelen uyumsuzluğun bizzat sebebi, Türk vatandaşı kişilerin bu yönteme başvurmak istemeleri olmuştur: Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam). Türk mahkemelerinin önüne gelmiş bir uyumsuzluk henüz tespit edilememiştir.

⁴⁷ Bu işlemlere aracılık eden siteler incelendiğinde, daha fazla ücret vererek doğumun Türkiye’de gerçekleşmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir. Buna karşın doğum Türkiye’de gerçekleşse bile işleme yabancılık unsuru katan diğer vakıaların varlığı halinde MÖHUK hükümleri devreye girecektir.

kurulması veya reddidir. Dolayısıyla hakiminin bu talebi, soy bağının kurulmasına uygulanacak hukuku açıkça gösteren kurala (MÖHUK m. 16) altlayarak yetkili hukuku tespit etmesi gerekir.

MÖHUK m. 16’da soy bağına uygulanacak hukuk basamaklı bir yapıda kaleme alınmıştır⁴⁸. Kanunda maddi hukuk adaletini gerçekleştirmeye yönelik nadir kurallardan biri olan bu hükümle, çocuğun yüksek menfaati esas alınarak nesepsiz kalmaması amaçlanmıştır⁴⁹. Maddede çocuğun menfaatinin gözetildiği bir diğer durum, bağlama noktalarının tercihinde olup, çocukla yakın ilişkili irtibat noktaları tercih edilmiştir⁵⁰. Ayrıca hükümde, soy bağının kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren bağlama noktalarında ortaya çıkabilecek statü değişikliği ihtilaflarını ortadan kaldırmak amacıyla, “çocuğun mutad meskeni dışındaki”⁵¹ diğer bağlama noktaları açısından, bunların dikkate alınacağı anın, çocuğun doğum anı olacağı da belirtilmiştir. Sayılan bağlama noktaları sırasıyla; çocuğun milli hukuku, mutad meskeni hukuku, annenin veya babanın milli hukukları, annenin ve babanın müşterek mutad mesken hukukları ve son olarak doğum yeri hukukudur.

Bilindiği üzere soy bağı yoluyla kazanılan vatandaşlık, doğum anından itibaren hüküm ve sonuç doğurur⁵². Dolayısıyla dava sonucunda Türk vatandaşı olan müstakbel ebeveyn ile çocuk arasında soy bağının kurulduğu

⁴⁸ Kuralı alternatif bağlama kuralı olarak niteleyen görüş için bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 272; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan-İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara: Savaş, 2023), 238.

⁴⁹ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 272; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (İstanbul: Vedat, 2020), 25; Rona Aybay ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (Ankara: Siyasal, 2008), 218; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 353; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara: Yetkin, 2022), 62, 64.

⁵⁰ Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2021), 275.

⁵¹ İlk cümlede yer alan doğum anının çocuğun mutad meskeni hukukuna da sirayet edip etmediğinin net olmadığı belirtilmektedir: Ziya Akıncı ve Cemile Demir-Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2010), 122. Buna karşın genel eğilim “dava anındaki” mutad meskenin dikkate alınması gerektiği yönündedir. Bkz. Esra Dardağan-Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) no. 1 (Nisan 2011): 544; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2023), 175; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 144; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Onikilevha, 2023), 280.

⁵² Bu durumun milletlerarası hukukta da genel kabul gördüğünün varsayılabilceği yönünde bkz. Güngör, *Tabiiyet*, 79, dpn. 275.

varsayımında, aslında doğum anında bir milli hukukunun bulunacağı, dolayısıyla ilk basamakta Türk hukukunun dikkate alınacağı⁵³ ve Türk hukukuna göre bunun mümkün olmayacağından tekrar ikinci basamağa geçilmesi gerektiği iddia edilebilir. Ancak bu düşünce kanaatimizce hatalı olacaktır. Her ne kadar soy bağı'nın kurulduğu varsayımında çocuk Türk vatandaşlığını doğum anından itibaren kazanacak olsa da bu düşünce kanunda öngörülen sisteme aykırılık teşkil eder. Zira henüz bir soy bağı kurulmadan milli hukuktan söz edilemeyeceği için, bu bağı kuran hukuk, kazanılacak olan milli hukuktan bağımsız şekilde değerlendirilmelidir. Fark edileceği üzere bu yorum hakimi adeta bir döngüye sokmaktadır. Her ne kadar basamaklı yapının öngörülmesi sebebiyle bu durumda diğer bir basamağa gidileceği iddia edilebilir olsa da bu yorum, MÖHUK m. 4/1-c gereği diğer milli hukukun dikkate alınmadan ikinci basamağa geçilmesine de sebebiyet vermektedir. Özellikle çocuk ile müstakbel ebeveyn arasındaki bağı'nın sadece dikkate alınmayan milli hukuk⁵⁴ ile kurulabilmesi ihtimalinde, sorun daha netleşmektedir.

Açıkladığımız örnek göstermektedir ki statü değişikliği halinde doğabilecek ihtilafları gidermek amacıyla getirilen “doğum anı”, ilk basamaktaki bağlama noktası olan milli hukuk açısından belirsizlikler ve karmaşaya sebebiyet vermektedir⁵⁵. İşin mahiyeti gereği burada dava anının esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda en azından ilk basamaktaki bağlama noktası için tercih edilen zamanın doğum anı yerine “dava anına” sabitlenmesi daha yerinde olacaktır. Ancak statü değişikliği hallerine ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan MÖHUK m. 3'ün varlığı⁵⁶ dikkate alındığında, dava anının ilk basamakta ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bu kapsamda ilk basamakta yer alan “doğum anının” maddeden çıkartılması kanun sistematığı açısından daha uygun bir çözüm olacaktır⁵⁷.

⁵³ Çocuğun doğum anında örneğin *ius soli* esasıyla bir başka devletin vatandaşlığının zaten olduğu dolayısıyla sadece bu hukukun dikkate alınması gerektiği halde de MÖHUK m. 4/1-c gereği Türk hukuku dikkate alınacaktır.

⁵⁴ Örneğin doğum yeri esasıyla kazanılmış olan milli hukuk.

⁵⁵ Benzer yönde bkz. Dardağan-Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı,” 554-555. Yazar “doğum anının” dikkate alınmasından ziyade milli hukukun yetersizliğine işaret etmektedir: Dardağan-Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı,” 545-546.

⁵⁶ “Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.”

⁵⁷ Ayrıca çocuğun doğum anında bir mutad meskeninden bahsedilemeyeceğinden (aynı yönde bkz. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 270; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*,

Benzer yönde *Dardağan-Kibar*, taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuğun anne ve babasının kim olduğunun tartışmaları sebebiyle, çocuk ancak *ius soli* esasıyla bir vatandaşlık kazanmışsa ilk basamağın bir anlam ifade edeceğini belirtir. Yazar ayrıca anne ve babanın belirsizliği sebebiyle daha sonraki basamaktaki bağlama noktalarının da yetersizliğine işaret etmektedir. Bu yüzden yazara göre bağlama noktalarından “dava anındaki”⁵⁸ mutad mesken ile son basamaktaki doğum yeri hukuku bir anlam ifade etmektedir⁵⁹.

MÖHUK m. 16’da anne ve babaya bağlı olarak belirtilen bağlama noktalarının *lex fori*’ye göre yorumlanacak olması sebebiyle bu aşamada uygulanacak hukukun tespitinde TMK hükümleri belirleyici olacaktır⁶⁰. Dolayısıyla maddedeki anne ifadesi, çocuğu doğuran kadın olarak yorumlanacaktır. Bu noktada bağlama noktalarının belirlenmesinde anne ve babanın Türk hukukuna göre yorumlanmasında biz bir sakınca görmüyoruz. Bağlama noktalarının yorumunda ülkeler arasında farklı yorumların tercih edildiği pek çok hukuki ilişki bulunmaktadır. Ancak bağlama konusunun aksine, bağlama noktasının yorumunda esas alınması gerekenin *lex fori* olması gerektiği daha az fikir ayrılığı olan bir meseledir⁶¹.

Kanaatimizce bu yorum çocuğun da menfaatine olacaktır. Zira anneyi bu noktada “çocuğu doğuran kadın” olarak yorumlamak, taşıyıcı annenin milli hukuku veya mutad meskeninin dikkate alınmasını sağlayacaktır. Zira büyük ihtimalle Türkiye’de yasak olması sebebiyle yurt dışına gidecek Türk vatandaşı müstakbel ebeveynler, bu işlemin yasal olduğu ve kendilerinin hukuken anne veya baba sayılacağı bir ülkede bu işlemi gerçekleştireceklerdir. Dolayısıyla taşıyıcı annenin o ülkenin bir vatandaşı olması veya o ülkede mutad meskeninin bulunması sayesinde, bu hukukun uygulanması ile müstakbel Türk vatandaşı ebeveynle bu bağın kurulmasına imkan verilebilir⁶².

144), görüşümüzün mutad meskenin de dava anı şeklinde anlaşılması konusuna netlik kazandıracığını düşünmekteyiz. Bkz. dpn. 51.

⁵⁸ Bkz. dpn. 51.

⁵⁹ Dardağan-Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı,” 555.

⁶⁰ Dardağan-Kibar, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı,” 555.

⁶¹ Bağlama konusunun yorumlanmasında da *lex fori* yöntemi ağırlıktadır. Bkz. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 100.

⁶² Kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi aşağıda incelenecektir.

Son olarak, Türk hukukunda aile ve şahsın hukuku meselelerinde atıf⁶³ dikkate alınmaktadır (MÖHUK m. 2/3). Buradan hareketle soy bağının hem aile hukuku hem de şahsın hukukuyla ilgili bir mesele olması sebebiyle atfın dikkate alınacağı sonucu çıkmaktadır⁶⁴. Kanunun bu açık ifadesine rağmen doktrinde, MÖHUK m. 16'nın diğer bağlama kurallarından farklı olarak belirli bir maddi hukuk sonucuna ulaşma gayesini güttüğünü, bu yüzden de hükümle atfın zımni olarak reddedildiği ileri sürülmektedir⁶⁵. Bu iki görüşün karması olarak nitelendirebileceğimiz bir diğer görüş ise⁶⁶, öncelikle atf kurallarının dikkate alınmadan bir sonuca gidilebileceğini ancak hedeflenen maddi sonucun sağlanamadığı durumlarda artık atfın dikkate alınabileceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce bu son görüş hem hedeflenen maddi hukuk sonucunun gerçekleştirilmesine hizmet etmesi hem de kanunda atfın açıkça kapsamı dahilinde olan soy bağı meselesine uygulanabilme imkanı tanıdığından daha yerindedir.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele, MÖHUK m. 16 ile hedeflenen maddi sonucun sadece çocuğun ilgili ebeveynle hiçbir bağının bulunmadığı durumlarda mı bu hedefi sağlama amacı güttüğüdür. Diğer bir

⁶³ Atıf, milletlerarası özel hukukun kendine özgü sorunlarından biri olup, atıf ile *lex fori*'nin bağlama kuralı aracılığıyla "yetkili" görülen hukukun, aynı zamanda uygulanacak hukuk olup olmadığına bir cevap aranmaktadır. Eğer atıf kabul edilirse yetkili hukuk ile uygulanacak hukuk örtüşmeyebilecektir. Bkz. Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 29. Türk hukukunda bu soruna MÖHUK m. 2/3 uyarınca cevap verilmiştir. Buna göre atfın kabul edildiği konularda, bir kereyle sınırlı kalmak kaydıyla yetkili hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da dikkate alınır. Bu yüzden Türk hukukunda atıf tek derecelidir. Bkz. Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 39; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 125. Atfın ortaya çıkışı ve çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süheyla Balkar-Bozkurt, "Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan C. II) no. 2 (Nisan 2014): 795-861.

⁶⁴ Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 39, 187-188; Zeynep Derya Tarman, *Milletlerarası Özel Hukuk Kısa Ders Kitabı* (İstanbul: Vedat, 2023), 89.

⁶⁵ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 156; Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, "Yeni MÖHUK'a Göre Soy Bağı İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (Aralık-Ocak 2008): 319; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 65; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 238; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 76.

⁶⁶ Balkar-Bozkurt, "Atıf," 830; Baran-Çelik, *Soybağının Kurulması*, 81. Benzer yönde bkz. Eğer atıf dikkate alınacaksa "en azından devam eden atıf sonucunda öngörülen hukuk baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi tesis edilemiyor ise, dikkat dışı bırakılmalıdır.": Uyanık-Çavuşoğlu, "Yeni MÖHUK'a Göre Soy Bağı," 319.

ifadeyle, hali hazırda kurulmuş bir soy bağıının bulunduğu hallerde, maddede hedefin artık bulunmadığı iddia edilebilir mi? Konumuz açısından netleştirirsek, taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuk ile taşıyıcı anne arasında *master semper certa est* prensibinden hareketle kurulmuş bir soy bağıının bulunduğu, MÖHUK m. 16 hala müstakbel ebeveyn ile bir bağ kurma amacı güdecek midir⁶⁷? Bu soruya olumsuz bir cevap verilmesi halinde yukarıda zikrettiğimiz ikinci görüş ile katıldığımız üçüncü görüş yerine sadece ilk görüş uygulanacaktır. Fikrimizce bu hedef, çocuk ile soy bağıının yalnızca ilk kez kurulduğu aşamada değil, aynı zamanda bu bağıın düzeltilmesinde/iptalinde de geçerliliğini sürdürmektedir. Bu durum çocuğun yüksek yararının gözetilmesinin doğal bir sonucudur. MÖHUK m. 16/2’de soy bağıının iptalini, soy bağıını kuran hukuka tabi tuttuğuna göre, ilk fıkradaki menfaatler burada da geçerli olmalıdır. Aksi yorum, hali hazırda babalık karinesinin uygulanması sebebiyle hukukten baba kabul edilmeyen biyolojik babanın, açmış olduğu soy bağıının reddi davasında (TMK m. 286)⁶⁸, çocuğun biyolojik babasıyla soy bağıının kurulmasında bir menfaatinin olmadığı sonucunu doğururdu⁶⁹.

C. Yabancı Hukukun Uygulanmaması

Bağlama kuralları aracılığıyla tespit edilen hukukun yabancı bir hukuk olması halinde, bu hukukun somut uyuşmazlığa uygulanması mutlak değildir⁷⁰. Gerçekten de tespit edilen hukukun somut uyuşmazlığa uygulanması ihtimalinde ortaya çıkacak sonucun Türk kamu düzenini bozacağı kabul edildiğinde MÖHUK, bu hukukun ilgili kuralının uygulanmasını engelleyici bir yardımcı ihtilaf kuralı içermektedir (MÖHUK

⁶⁷ Burada vasıflandırma sonucunda uyuşmazlık MÖHUK m. 16/2’ye atlanacak olsa da ilgili fıkrada soy bağıının iptaline uygulanacak hukuk aynı zamanda soy bağıını kuran hukuka tabi tutulmuştur.

⁶⁸ Her ne kadar TMK m. 286/1’de kocadan bahsedilse de TMK m. 291’de baba olduğunu iddia eden kişi diğer ilgililer kapsamına alınmıştır. Ayrıca TMK m. 286’da babalık karinesini çürütebilmek için anneye bu davayı açma hakkı vermeyen hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından yakın zamanda (ertelenmiş etkiyle) iptal edilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2023/37, K.2023/140, 26.07.2023, (RG, 20.10.2023, S. 32345).

⁶⁹ “*Netice itibarıyla çocuğun menfaati herhangi bir babaya değil, genetik babaya bağlanmalıdır.*”: Uyanık-Çavuşoğlu, “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı,” 321.

⁷⁰ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 140; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 84.

m. 5)⁷¹. Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir diğer hal ise, somut uyuşmazlığa uygulanabilecek iç hukuktaki hukuk kuralının, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi halidir.

1. Kamu Düzeni Müdahalesi

Kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeni müdahalesi, bağlama kuralı ve diğer yardımcı ihtilaf kuralları (atıf, statü değişikliği gibi) aracılığıyla tespit edilen yabancı hukukun en son aşamada kamu düzeni süzgecinden geçirilmesini ifade eder. Buna göre uygulanacak hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı sonuçlar doğurduğunun tespiti halinde, bu hukuk uygulanmayacak, yerine çoğunlukla *lex fori* uygulanacaktır⁷². İşte kamu düzeni müdahalesinin bu işleyişinden hareketle doktrinde kamu düzeni müdahalesinin olumsuz ve olumlu etkisinin bulunduğu belirtilir. Bu kapsamda olumsuz etki, yabancı hukukun uygulanmaması; olumlu etki ise bu hukukun yerine bir başka hukukun uygulanması şeklinde belirtilmektedir⁷³. Kamu düzeni müdahalesinin devreye girdiği hallerde olumsuz etki mutlak iken, olumlu etki her zaman devreye girmeyebilir; zira bazı durumlarda yabancı hukukun uygulanmaması ile somut uyuşmazlık çözümlenebilmektedir⁷⁴.

Konumuz açısından tartışılması gereken, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun, Türk vatandaşı müstakbel kadın ebeveyn ile çocuk arasında soy bağının kurulmasına müsaade etmesi durumunda, bu sonucun Türk kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesini gerektirip gerektirmeyeceğidir. Kamu düzeni kavramının açık bir tanımının yapılmasının güçlüğü karşısında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel

⁷¹ Yardımcı ihtilaf kuralları da esasında kanunlar ihtilafı kuralı olmakla birlikte, bu kurallar uygulanacak hukuku doğrudan göstermeyen sadece uygulanacak hukukun tespit edilmesine yardımcı olan kurallardır. Bkz. Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 49.

⁷² MÖHUK m. 5'in yapısında ikame edilecek hukukta önceliğin Türk hukuku olmadığı maddede yer alan "gerekli görülen hallerde" ifadesinden çıkarılmaktadır. Buna karşın hayat gerçeklerinin bunu pek mümkün kılmadığı doktrinde ifade edilmektedir: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 103.

⁷³ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 167; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 151; Aybay ve Dardağan, *Yasaların Çatışması*, 128-129.

⁷⁴ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 151; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 261. Olumlu etkinin devreye girmeyeceği hallere ilişkin örnekler için bkz. Gündüz Ökçün, *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni* (Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997), 67.

Kurulu'nun 10.02.2012 tarihinde vermiş olduğu karar⁷⁵, nelerin kamu düzeni müdahalesini gerektireceğini gösterir niteliktedir. Yargıtay ilk olarak zamana ve topluma göre değişebileceğini belirterek kamu düzenini “*toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü*” olarak tanımlamıştır. Kararda kamu düzeninin çerçevesi ise şu şekilde çizilmiştir:

“(…) *Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*”

Türk hukukunda soy bağının kurulmasına ilişkin temel kurallar ile taşıyıcı anneliği açıkça yasaklayan ilgili hükümler dikkate alındığında, taşıyıcı anneliğin Türk hukukunda soy bağına ilişkin dayanılan “temel anlayışa” gerekse de taşıyıcı anneliğin “Türkiye’de kabul edilen genel adap ve ahlak anlayışına” aykırılık teşkil ettiği söylenebilir ve bu kapsamda kamu düzeni müdahalesinin devreye gireceği kabul edilebilir. Gerçekten bu kabulün çok da haksız olmayacağını kanaatindeyiz⁷⁶. Ancak değerlendirilmesi gereken bir diğer durum daha vardır. O da bugün için pek çok milletlerarası sözleşmeye yansiyarak adeta “milletlerarası alanda geçerli olan ortak bir prensip” haline gelen ve çocuğun menfaatinin her zaman gözetilmesini ve öncelenmesi gerektiğini yansıtan “çocuğun yüksek menfaati/yararı ilkesidir”⁷⁷.

Çocuğun yüksek menfaatini yansıtan pek çok milletlerarası sözleşme bulunmakla birlikte, bunlardan Türkiye’nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin⁷⁸ (ÇHS), milletlerarası hukukta en çok onaylanan sözleşme olması sebebiyle özel bir önemi bulunmaktadır.

⁷⁵ YİBBGK., E.20101, K.2012/1, 10.02.2012, (RG, 20.09.2012, S. 28417).

⁷⁶ Kamu düzenini ihlal edeceği yönünde bkz. Ağaoğlu, “Taşiyıcı Annelik,” 466, 469; Baran-Çelik, *Soybağının Kurulması*, 92.

⁷⁷ Aynı kamu düzeni gibi çocuğun yüksek menfaati de somut olayın özelliklerine göre belirleneceğinden, bu kavramın da kesin bir tanımı yapılamamaktadır. *Serozon* bu ilkeyi şu şekilde ifade etmektedir: “*Çocuğun yararı ölçütü çocuk için sakıncalarla dolu bu mayınlı alanlarda çocuktan yana açık bir tavır alınması gerektirir.*”: Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2005), 162.

⁷⁸ RG, 27.01.1995, S. 22184.

Sözleşmeye göre, “mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı”nın gözetileceği vurgulanmıştır (Sözleşme m. 3/1)⁷⁹. Yine sözleşmenin giriş bölümünde çocuğun menfaatinin gözetilmesinde pek çok duruma işaret etmiştir. Bu kapsamda sözleşme, taraf devletlerin çocuğun kişiliğini sağlıklı bir şekilde geliştirebileceği, gerçek bir aile ortamında sevgi ile büyüyebileceği gerekliliğini kabul ederek bu anlaşmayı imzaladığını kabul etmiştir. Sözleşme ayrıca vatandaşlık hukukuna ilişkin bir hüküm içermektedir. İlgili hükümde, çocuğun doğumundan sonra nüfusa kaydedilmesi gerektiği, “doğumdan sonra bir vatandaşlığı kazanma hakkına” sahip olduğu, yine mümkün olduğu çerçevede anne ve babasını bilebilmesinin sağlanması ve onlar tarafından bakılabilme hakkının olduğu belirtilmiştir (Sözleşme m. 7/1)⁸⁰.

Bu kapsamda tespit edilen yabancı hukukun, çocuk ile müstakbel anne arasında soy bağının kurulmasına imkan vermesinin Türkiye’de doğuracağı sonucun, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk hukukunun soy bağının kurulması noktasında kabul ettiği temel prensiplere aykırılık teşkil etmesi nedeniyle kamu düzeni müdahalesinin “olumsuz etkisinin” gündeme gelebileceği argümanının karşısında, bu bağın kurulmaması halinde çocuğun menfaatinin zedeleneceği, belki de vatansız duruma düşeceği, uygun bir aile ortamında yetişemeyeceği nedeniyle sevgi ve mutlulukla büyüemeyeceği ve sonucunda kişiliğini geliştiremeyeceğinin kabulüyle esasında kamu düzenini bozanın, bu müdahalesinin olumsuz etkisinin devreye girmesiyle gerçekleşeceği iddiası bulunmaktadır.

Kanaatimizce bu soruya verilecek yanıt, kamu düzeninden sayılan değerler arasında bir hiyerarşiden bahsedilebilip bahsedilemeyeceği ile

⁷⁹ Sözleşmenin İngilizce metni ile Türkçe çevirisi için sırasıyla bkz. “Convention on the Rights of the Child,” United Nations Children’s Fund, erişildi 2 Aralık, 2023, <https://www.unicef.org/turkiye/en/convention-rights-child>; “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme,” United Nations Children’s Fund, erişildi 2 Aralık, 2023, <https://www.unicef.org/turkiye/çocuk-haklarına-dair-sözleşme>. Hükümün ayrıntılı bir analizi için bkz. Merve Sizer, *Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü* (Ankara: Yetkin, 2021), 23-33.

⁸⁰ İlgili maddenin vatandaşlık hukuku bakımından yorumu için bkz. Tevfik M. Odman, *Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku* (Mersin: Çağ Üniversitesi Yayınları, 2011), 68-69; Kerem Batır, *Uluslararası Hukukta Vatandaşlık* (Ankara: Adalet, 2018), 53-54; Arzu Alibaba, *Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları* (Ankara, Turhan, 2021), 98-100.

yakından ilgilidir. Yukarıdaki zikredilen kararda bu değerler arasında açıkça bir öncelik sonralık ilişkisinden bahsedilmemektedir⁸¹. Bilindiği üzere kurallar açısından meseleye bakıldığında aynı düzeyde yer alan kurallar arasında bir çatışmanın varlığı halinde, temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren milletlerarası sözleşmelere öncelik verileceği Anayasamızda yer alan temel prensiptir (Anayasa m. 90/5). Burada hareketle, Türk hukukunca da benimsenmiş bir değer olması kaydıyla, milletlerarası hukukta genel kabul gören değerlerin, sadece milli hukukumuzda özgü değerlerden öncelikli olduğunun kabul edilmesi kanaatimizce mümkündür. Ancak burada önemle vurgulanmalıdır ki somut olayın şartlarından bağımsız olarak, kamu düzeni müdahalesinin olumsuz etkisinin devreye girip girmeyeceği sonucuna varılamayacağıdır. Fikrimiz sadece bu iki değer gerçekte bir yarışma hali içinde olmasında geçerlidir. Gerçek bir yarışma hali ise, yapılan değerlendirme sonucunda tartılan kamu düzeni değerlerinin ağırlıklarının birbirine eşit veya yakın olmasıdır. Böyle bir durumda çocuğun yüksek menfaati öncelenebilir. Dolayısıyla çocuk ile soy bağının kurulamaması, çocuğun menfaatini önemli ölçüde zedelemeyecekse⁸² veya kamu düzeninin diğer değerlerinin ağırlıkları daha baskınsa⁸³ artık diğer değerler dikkate

⁸¹ Bu değerlerden birine altlanabilecek olan çocuğun yüksek menfaatinin öncelenmesine ilişkin görüşler doktrinde bulunmaktadır. Kanunlar ihtilafı boyutunda zımnî olarak bu yönde olduğu anlaşılabilir bir görüş, bu yolla soy bağının kurulmasına imkan veren yabancı hukuk kuralına MÖHUK m. 5 kapsamında bir müdahalenin gerçekleşeceğini öngörmenin mümkün olduğunu; ancak kamu düzenine aykırılığın değerlendirilmesinde “özellikle çocuğun yararının” dikkate alınmasının da gerektiğini belirtir: Baran-Çelik, *Soybağının Kurulması*, 92. Benzer yönde bkz. Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 132. Yabancı mahkeme kararının tanınması noktasında bu görüş, daha açık ifade edilmektedir. Bkz. aşağıda dpn. 151.

⁸² Örneğin bu yolla doğmasına ve uygulanacak hukukun imkan vermesine rağmen, taşıyıcı annenin çocuğu sahiplenmesi, müstakbel ebeveynin ise aradan geçen çok uzun bir zamanın ardından soy bağının kendisiyle kurulması için başvurmasında, bizzat bu bağı kurmak çocuğun menfaatini zedeleyebilir.

⁸³ ÇHS m. 3/1’in Türkçe çevirisinde “*a primary consideration*” ifadesi “temel düşünce” şeklinde çevrilmiştir. Oysa çocuğun yüksek yararının “temel düşünce” olması ile “öncelikli olarak gözetilmesi” arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Çocuğun yüksek menfaati “temel düşünce” olarak dikkate alındığında bu durum karar sürecinin temelini oluştururken, bu menfaatin “öncelikli olarak gözetildiği” hallerde, diğer menfaatlerin de dikkate alınması gündeme gelebilecektir: Sizer, *Çocuğun Yüksek Menfaati*, 31. Çeviride bu noktanın dikkate alınmaması, çocuğun yüksek menfaati haricindeki kamu düzeni değerlerinin ağırlıkları ne olursa olsun, çocuğun yüksek menfaatinin esas alınacağı yanılığını oluşturabilmektedir. Bkz. Sizer, *Çocuğun Yüksek Menfaati*, 32-33.

alınarak yabancı hukuk uygulanmayabilir. Bu ihtimalde kamu düzeninin sadece olumsuz etkisi söz konusu olacaktır. Zira somut uyuşmazlık bu etkinin devreye girmesiyle birlikte çözüme kavuşacaktır.

Bu kapsamda taşıyıcı anneliğin yöntemi ve özellikle “müstakbel ebeveynin aynı zamanda genetik anne olması”⁸⁴, “çocuğun vatansız statüsünde kalıp kalmayacağı”⁸⁵, taşıyıcı annenin “maddi nedenlerle” çocuğu müstakbel ebeveyne vermek istememesi, çocuğun bu kapsamda karşı tarafı sömürmek için kullanılması ve somut olayın Türkiye ile olan ilgi düzeyi gibi hususlar bu değerlendirmede dikkate alınabilir. Fikrimizce bu noktada değerlendirmeyi daha da somutlaştıracak bir diğer husus evlat edinmedeki şartlardır. Türk hukukunda taşıyıcı annelik yasak olsa da bu yolla dünyaya gelen çocuk ile müstakbel anne arasında evlat edinme yoluyla soy bağının kurulmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. Bu kapsamda müstakbel annenin, evlat edinme yoluyla hali hazırda bu bağı kurabileceği hallerde⁸⁶, bağı soy bağı yoluyla kurulmasının engellenmesinin gerekip gerekmediği hakimce değerlendirilmesi gereken bir haldir.

Evlat edinme yoluyla soy bağının kurulması mümkün olduğu durumda, bu bağı bu şekilde kurulması önerilebilir. Esasında evlat edinen ile çocuk arasında soy bağının bu şekilde kurulması, konunun özel hukuk boyutu açısından büyük menfaat çatışmalarına sebebiyet vermiyor gibi gözükse de yapılacak tercihin kamu hukuku boyutuna etkisi, bu tercihi etkileyebilecek nitelikte olduğunun kanaatindeyiz. Zira vatandaşlık hukukunda soy bağı esası ile kazanılan vatandaşlık, evlat edinilme yoluyla kazanılan vatandaşlığın aksine doğum anından itibaren hüküm ifade etmektedir. Bunun temelinde evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasının bir türü olması yatmaktadır⁸⁷. Bu

⁸⁴ Kanaatimizce olumlu bir karar verilebilmesindeki en önemli nokta, çocuk ile müstakbel anne arasında genetik bir bağı bulunmasıdır.

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Baran-Çelik, *Soybağının Kurulması*, 92.

⁸⁶ MÖHUK m. 18’e göre evlat edinme ehliyetine ve şartlarına uygulanacak hukuk taraflardan her birinin milli hukukuna göre belirlenir. Buna karşın tarafların her birinin milli hukuku yalnızca kendi şartları için mi yoksa her iki milli hukukun birlikte mi uygulanması gerektiği tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde Çağlayan-Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları* (Ankara: Yetkin, 2021), 252-253.

⁸⁷ TVK m. 9’daki düzenleme dikkate alındığında, bu yolla kazanılan vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılan vatandaşlıktan ayrı bir yol düşünülebilir. Buna karşın gerek kanun sistemi gerekse TVK m. 17’nin idareye vermiş olduğu takdir yetkisi dikkate

yüzden “idarece” verilecek karardan sonra çocuğun Türk vatandaşlığından bahsedilebilir⁸⁸.

Konumuz açısından daha da önemlisi ise, evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin sahip olduğu takdir yetkisidir. TVK m. 17’de düzenlenen evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanıldığı diğer hallere kıyasla daha kolaylaştırıcı hükümler getirilmişse de idarenin, çocuğun taşıyıcı annelik sonucu doğmuş olması nedeniyle, çocuğa Türk vatandaşlığının verilmesini “milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil bir hal” olarak nitelendirdiği durumda çocuk Türk vatandaşlığını hiç kazanamayabilir. İdari işlemin iptali için açılan davada bu halin oluşmadığının bir an için ispatlandığını kabul ettiğimizde ise bu sefer, “(...) aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz.” (TVK m. 10) hükmü, çocuğun Türk vatandaşlığını kazanmasına engel teşkil edebilir. Kanaatimizce çocuğun kişiliğini ve gelişimini bu kadar yakından ilgilendiren vatandaşlık statüsünün akıbetine tesir eden bir tercihte bulunurken, çocuğun yüksek menfaati ilkesinden ayrılmamalı, yukarıdaki hususların dikkate alınmasıyla bu ilkenin öncelendiği durumlarda, soy bağının sadece evlat edinme yoluyla kurulmasına mesafeli yaklaşılmalıdır.

2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir diğer hal, Türk hukukunun somut uyuşmazlığa uygulanabilir nitelikte bir doğrudan uygulanan kurala sahip olmasıdır. Zira doğrudan uygulanan kurallar, devletin; ekonomik, sosyal, siyasi ve kültürel alandaki hedeflerini yansıtan maddi kuralları olup, bu kurallar sahip oldukları önem itibarıyla somut uyuşmazlığa yabancılik unsurunun var olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan uygulanırlar⁸⁹.

alındığında, bu halin de yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasının düzenlendiği bir hal olduğu ortaya çıkmaktadır. Kanundaki bu uyumsuzluğun sebebinin, kanunun tasarı aşamasındayken yapılan değişiklikler olduğu belirtilmektedir. Konu hakkında bkz. Musa Aygül, “Evlat Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 99 (Mart-Nisan 2012): 64-69.

⁸⁸ Aşağıda bkz. V. C. Başlığı

⁸⁹ Hatice Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001), 19.

Bu açıdan değerlendirilmesi gereken husus, Türk hukukunda özellikle anne ile çocuk arasındaki soy bağına uygulanacak hükmün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Kamu düzeni müdahalesini gerektirecek hususlarda dikkate alındığı üzere, bu müdahaleyi gerektirebilecek haller, kurallar değil değerlerdir. Oysa doğrudan uygulanan kuralların hareket noktası değerlerden ziyade kurallardır⁹⁰. Elbette ki doğrudan uygulanan kurallar, devlet siyasetini yansıtan kurallar olduğundan, bu kuralların da geniş anlamda kamu düzeni ile ilgili kurallar olduğundan şüphe yoktur⁹¹. Ancak kanaatimizce bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi, tek başına bu kurala aykırılığın evleviyetle kamu düzeni müdahalesini de sağlamayacaktır. Aksi halde yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bu iki hal arasında bir ayırım yapılmazdı⁹².

Kanaatimizce konunun düğümlendiği esas noktalarından birisi de burada yatmaktadır. Zira kamu düzeni müdahalesinin değerlerden hareket eden anlayışı, yukarıda da işaret edildiği üzere değerlerin birbiriyle yarışabilmesine ve somut olayın şartlarına göre birinin diğerine öncelenmesine ve neticesinde çocuk ile müstakbel anne arasındaki soy bağına kurulmasında farklı ihtimalleri doğurmaktadır. Ancak Türk hukukundaki soy bağına ilişkin kuralı, doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmemiz halinde artık bir değerden hareket edilmeyeceği için, bu değerler arasında bir hiyerarşi oluşturulmadan somut uyuşmazlığa doğrudan TMK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde, müstakbel ebeveyn ile çocuk arasında soy bağına kurulabilmesi mümkün olmayacaktır. Kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı noktasında esas kriterin kanun koyucunun amacı olması, kanun koyucunun bu amacı güdüp gütmeyeceğinin incelenmesini gerektirir.

TMK m. 282/1'e göre, "*Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.*". Kanun koyucu, Roma hukukundan beri geçerli olan bu ilkeyi aynen kabul etmiş ve anne ile çocuk arasındaki soy bağına kurulmasında tabii bağın, aynı zamanda hukuki bağı da kuracağını kabul etmiştir. Bu bağın kurulmasının aile ve miras hukukuna ilişkin pek çok hukuki sonuçları

⁹⁰ Onur Can Saatcıoğlu, "Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında Kamu Düzeni Müdahalesi," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 38, no. 1 (Eylül 2018): 151.

⁹¹ Hatice Özdemir-Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar," içinde *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü-Tunçağıl (Ankara: Adaleti 2018), 65.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 29 vd.

bulunmaktadır. Ancak konumuz açısından bu bağın doğuracağı en önemli sonuç, bu bağın aynı zamanda devletle kişi arasındaki hukuki bağı kurduğudur. Dolayısıyla bu noktada hükme doğrudan uygulanan kural işlevi katıp katılmadığı değerlendirilmelidir.

Yukarıda işaret ettiğimiz üzere, Türk vatandaşlık bağının kurulmasında soy bağı esasına ayrı bir önem verilmiş ve bu esas Anayasal güvenceyle teminat altına alınmıştır. Bununla birlikte gerek Anayasada gerekse TVK'da anne ile çocuk arasında bir soy bağının kurulmasından bahsedilmemekte, sadece Türk annenin çocuğunun da Türk olacağı belirtilmektedir. Esasında Anayasal çerçevede baba açısından da hukuki bağ vurgusu yapılmadığı görülse de TVK m. 7/3'te baba bakımından vatandaşlığın kazanılmasında hukuki bağdan ayrıca bahsedilir. İşin mahiyeti gereği, anne ile çocuk arasında yine hukuki bağ kurulmalıdır ki neticesinde vatandaşlığın izafesi sağlansın. Burada aksine bir yaklaşım kabul edilemez. Ancak bu hukuki bağ vurgusunun yalnızca TVK m. 7/3'te baba tarafından yapılmasından, anne ile çocuk arasındaki hukuki bağın münhasıran TMK m. 282/1'e göre belirleneceğini, diğer bir deyişle maddenin formüle edilmesinde TMK m. 282/1'in doğrudan uygulanan kural olduğu sonucunu çıkarmanın mümkün olduğunun kanaatindeyiz. Esasında vatandaşlık hukukuna ilişkin temel eserlerde, yabancılık unsurunun varlığı halinde neden TMK m. 282/1 hükmünün uygulanacağı değerlendirilmeden bu sonuca gidildiği de görülmektedir⁹³.

Kanaatimizce TMK m. 282/1'e doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu gösteren bir diğer önemli gerekçe, vatandaşlık bağının temelinde yatmaktadır. Vatandaşlık bağı, devletle kişi arasındaki hukuki ve siyasi bağı ifade ettiğinden, devletle kişi arasındaki bu bağın soy bağı esasıyla kurulduğu hallerde (bu esasın öncülü niteliğindeki Türk vatandaşı anne ile soy bağının kurulmasında), devletin doğrudan insan unsuruna ilişkin bir hüküm getirilmektedir. Bu nedenle dolaylı olarak bu hükmün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi fikrimizce ileri sürülebilir. Buna karşın bu gerekçe, çocuğu doğuran kadının ancak Türk vatandaşı olması halinde bu politikayı yansıtacağını belirttiğinden kuralı tek yanlılaştırmaktadır. Bu yüzden sadece bu gerekçenin kabulü halinde "tek taraflı bir doğrudan uygulanan kuraldan"⁹⁴ söz edilir.

⁹³ Bkz. dpn. 35.

⁹⁴ Tespit edebildiğimiz kadarıyla doktrinde "tek taraflı doğrudan uygulanan kural" terimi daha önce kullanılmamıştır. Doktrinde doğrudan uygulanan kuralların "tek taraflı

Böyle bir kabulde ortaya çıkan sonuç ise, taşıyıcı annenin Türk vatandaşı olduğu hallerde, bu kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edileceğidir. Dolayısıyla yabancı hukukun müstakbel ebeveyn ile soy bağının kurulmasına imkan veren düzenlemesine hiç gidilmeyecektir. Esas sorun, TMK'daki bu kuralı “iki yanlı” hale getirebilmenin mümkün olup olmadığıdır. Kuralın iki yanlı haline gelmesi halinde, sadece doğumu yapan kişinin Türk vatandaşı olduğu hallerde değil, aynı zamanda bu kişinin yabancı olduğu hallerde de uygulanabileceği ileri sürülecektir.

Türk hukukunda heterolog dölleme ve dolayısıyla taşıyıcı annelik açıkça yasaklanmıştır. Uzunca bir süre heterolog döllemeye ilişkin yasak yönetmelik düzeyinde kalmıştır. Ancak taşıyıcı anneliğe ilişkin tartışmaların başlamasının ardından ve bu yasağın yönetmelik hükmüyle getirilmesine ilişkin getirilen eleştiriler⁹⁵, kanun koyucuyu beklenilenden hızlı bir şekilde harekete geçirmesine neden olmuştur. Nitekim yakın zamanda taşıyıcı annelik kanun düzeyinde yasaklanmıştır⁹⁶. Bu yasak ile amacın, çocuğu doğuran kadın ile genetik anne arasında yapılabilecek olası bir ayrımın engellenmesi olduğu belirtilmiştir⁹⁷. Diğer bir deyişle, bu işlemin tıbbi olarak mümkün olması, işleme hukuken sonuç bağlanması anlamına gelmeyecektir. Düzenlemeler dikkate alındığında yasağın sadece özel hukuk boyutuyla değil aynı zamanda ceza ve idare hukuku boyutuyla da ele alındığı görülmektedir⁹⁸. Kanun koyucunun soy bağının anne ile kurulmasında, doğum olayı harici bir prensibin kabul edilmesine tahammülü yoktur. Ayrıca aşağıda da üstünde duracağımız üzere, iç hukukumuzda anne bakımından soy bağının kurulması veya iptaline ilişkin uyumsuzlukları çözmek için getirilmiş bir yetki kuralı dahi bulunmamaktadır⁹⁹. Zira Türk hukukunda anne bakımından soy bağının reddi veya annelik davası gibi bir dava bulunmamaktadır. İç hukuktaki düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, inşai nitelik taşıyan böyle

kanunlar ihtilafı kuralı” niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 51. Buna karşın nitelendirmemiz, bu sınıflandırmadan farklı bir duruma işaret etmeyi amaçlamaktadır. Geniş bir uygulama alanı bulan bir kuralın, devletin yalnızca belirli durumlarla sınırlı olarak vazgeçilmez politikasını yansıtması halinde, yine aynı kural belirli durumlar için uygulanacağından “kapsamı daraltılmış bir doğrudan uygulanan kural”dan bahsedilebileceğinin fikrindeyiz.

⁹⁵ Erol, *Yapay Dölleme*, 83.

⁹⁶ Bkz. dpn. 3.

⁹⁷ Zengin, “Taşıyıcı Annelik,” 28.

⁹⁸ Bkz. dpn. 44 ve 45.

⁹⁹ Bkz. Aşağıda IV, B.

bir davanın açılmasına imkan dahi verilmediği görülmektedir. Sonuç olarak, anne ile soy bağına yalnızca doğum ile kurulabileceğini gösteren bu düzenlemeler, bu kuralın vazgeçilmez bir devlet politikasını yansıttığını göstermektedir. Açıklanan gerekçelerle kanaatimiz, TMK m. 282/1'deki kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğudur^{100, 101}.

¹⁰⁰ Yasağın yönetmelik kapsamında alındığı dönemde doktrinde buradan hareketle kuralın "mahkemelerce" doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Buna karşın yazarın bu görüşte olup olmadığı net değildir. Bkz. Şensöz-Malkoç, "Uluslararası Taşiyıcı Annelik," 30-31, 42. Ayrıca yazarın soy bağı meselesinden ziyade taşiyıcı annelik sözleşmesine uygulanacak hukuku incelendiği, bu yüzden konuya daha geniş açıdan baktığı (tarafların yükümlülükleri, tazminat talepleri gibi) belirtilmelidir. Nitekim taşiyıcı annelik sözleşmesinin ahlaka aykırılığını değerlendirdiği başlıkta yazar, kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesi gerektiğini savunmuştur: Şensöz-Malkoç, "Uluslararası Taşiyıcı Annelik," 35, dph. 54. Bu dönemde yönetmelik hükmünü doğrudan uygulanan kural kabul eden Özenç ise, taşiyıcı annelik sözleşmelerinin bu sebepten ötürü geçersiz olduğunu ileri sürmüştü; buna karşın soy bağına kurulması meselesinde yazar, kurala bu kuvveti bahsetmemiştir. Bkz. Zeynep Özenç, "Velayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 1 (Şubat 2018): 36-37. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da yönetmelik hükmüne dayanıldığı ve bu yönetmelik hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu da ifade edilmiştir: İlyas Gölcüklü, "Milletlerarası Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* no. 1 (Haziran 2021): 846, dph. 47. Bizim görüşümüzün *Gölcüklü*'nün görüşünden farklılaşan noktası, biz ilgili yönetmelik ve kanun hükümlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda, bu kuralların TMK m. 282/1'i doğrudan uygulanan kural haline getirdiğinin kanaatindeyiz. Tek başına bir yönetmelik hükmüne doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesine mesafeli yaklaşmaktayız. Zira temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması Anayasamızın açık bir hükmü iken, bu noktada eleştirilebilecek bir yönetmelik kuralına (Bkz. Erol, *Yapay Döllenme*, 83; Hakeri, "Yapay Döllenme," 109; Zengin, "Taşiyıcı Annelik," 55.) kanunlarda düzenlenen diğer emredici kurallardan daha kuvvetli bir etkinin tanınmamasının kanaatindeyiz.

¹⁰¹ Milletlerarası özel hukukun karşılaştırmalı hukuktaki önde gelen hocalarının, konunun doğrudan uygulanan kural yerine kamu düzeni kapsamında ele alınmasını önerdikleri ve buna gerekçe olarak; hukuk kurallarının tıptaki gelişmeleri hemen takip etmeyerek, bu gelişmelerin toplumsal ve aile hayatında doğuracağı etkilerin değerlendirilmesinden çok sonrasında değiştirildiğini veya ilk kez düzenlenmesi olduğu aktarılmaktadır: Şensöz-Malkoç, "Uluslararası Taşiyıcı Annelik," 31. Bu değerlendirmenin bir dilekten ziyade hukuki zemine oturması bazı Avrupa ülkelerinde mümkün olabilir. Zira pek çok Avrupa ülkesinde gönüllü veya para karşılığı taşiyıcı anneliğin hukuka aykırı olduğu kabul edilse de bu fiile karşı herhangi bir yaptırımın

Burada ayrıca belirtilmelidir ki, bir doğrudan uygulanan kural bu kuvvetini, bu kuralların aksine bir işlemin yurt dışında yapılıp yapılamayacağından almamaktadır. Böyle bir yorum, doğrudan uygulanan kuralların bu kuvvetini *forum* hukukundan değil de yabancı hukuklardan aldığı gibi bir sonuca götürür. Oysa doğrudan uygulanan kurallar nitelikleri gereği iç hukuk kuralları olup¹⁰², önemleri nedeniyle yabancılık unsurlu ilişkilere de uygulanır. Dolayısıyla kurala verilen bu etkide yabancı hukuktaki farklı yaklaşımlar, dikkate alınabilecek bir unsur olmamalıdır.

*Baran-Çelik*¹⁰³, Türk hukukundaki taşıyıcı anneliğe ilişkin yasak getiren bu kuralları, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmemektedir. Yazar doktrinde bu yöndeki değerlendirmelerin bulunduğuna işaret etmekte, bazı devletlerin bu işlemi yasaklamaması sebebiyle, kişilerin yurt dışında bu işlemi gerçekleştirebildiklerini ve bu yüzden Türk hukukundaki yasakların, bu işlemin yapılmasına engel olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla yazara göre soy bağının kurulması yine de mümkün olacaktır. Yazarın açıklamalarından hem yasak getiren kuralları hem de TMK m. 282/1'i doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmediği ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda da işaret edildiği üzere, fikrimizce yasakların esas amacı, bu işlemlerin tıbbi olarak mümkün olmasına rağmen buna hukuki bir sonuç bağlamamaktır. Böylece genetik anne ile çocuğu doğuran anne ayrımının yapılmasına engel olunmuştur. Dolayısıyla soy bağının kurulmasında işlemin ülke içinde veya dışında gerçekleşmesi önem arz etmemektedir. Nitekim aynı kabul, yasaklara rağmen ülke içinde yapılan yabancılık unsurlu doğumlarda da gündeme gelebilir ki kanun koyucu buna da engel olmuştur.

Sonuç olarak, buradaki görüşümüzle yukarıda yaptığımız pek çok değerlendirmeyi de esasında geçersiz kıldığımız için adeta kendi içinde çeliştirdiğimiz haklı olarak iddia edilebilir¹⁰⁴. Zira bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde, kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmez ve bunun sonucunda, uygulanacak bir yabancı hukuktan ve bu hukukun Türk hukukunda doğurabileceği etkilerin Türk kamu düzeninin

düzenlenmediği belirtilmektedir. Bkz. Yakuppur, "Taşıyıcı Annelik," 276-277. Buna karşın hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler ışığında kanaatimiz, bu temenninin Türk hukukunda bir zemine yerleştiremeyeceği yönündedir.

¹⁰² Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 93.

¹⁰³ Baran-Çelik, *Soybağının Kurulması*, 91-92.

¹⁰⁴ Diğer bir deyişle *George Orwell*'in "çift düşün"ünü yansıttığımız kabul edilebilir. Bkz. *George Orwell, 1984* (İstanbul: Can Sanat Yayınları, 2015), 59.

süzgeciinden geçirilmesinden bahsedilemez¹⁰⁵. Ancak Türk hukukundaki bu kuralı doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmemiz, diğer yazarlarca ve bu yazarlardan etkilenen yargı organlarınca kabul görmeyebilir veya kanun koyucunun ileride heterolog döllemeye ilişkin farklı yaklaşımlar benimsemesi bu görüşümüzü dayanaksız hale getirebilir. İşte bu noktada soy bağının kurulmasında kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulacağından, yukarıda yapmış olduğumuz değerlendirmelerin önem kazanacağını düşünüyörüz. Pek tabii TMK m. 282/1'in doğrudan uygulanan kural niteliği, müstakbel ebeveynin evlat edinme yoluyla bu bağı kurmasında engel bir hal oluşturmayacaktır. Kuralın bu şekilde nitelendirilmesinin milletlerarası usul hukuku bakımından sonuçları ise aşağıda incelenecektir.

IV. TAŞIYICI ANNELİĞİN MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BOYUTU

A. Genel Olarak

Taşıyıcı anneliğin Türk kanunlar ihtilafı hukuku boyutunda tartışılabilmesi için öncelikle söz konusu uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin yetkisi kapsamında olması gerekir. Dolayısıyla konunun milletlerarası usul hukuku boyutunun ilk halkasını özellikle müstakbel Türk vatandaşı anne ile çocuk arasındaki bu bağı kurmada yetkili bir Türk mahkemesinin araştırılması oluşturur.

Müstakbel Türk vatandaşı kadın ebeveyn ile çocuk arasındaki soy bağının kurulabilmesine ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer hal, çocuğun dünyaya geldiği ülkede hazırlanan doğum belgesinde, müstakbel kadın ebeveynin "anne" olarak gösterilmesidir. Zira böyle bir durumda Türk vatandaşı kadının, doğum belgesine dayanarak çocuğun kendi nüfusuna tescil edilmesini isteyebilir. Bu kapsamda bu belgeye dayanılarak nüfus kütüğünde bir işlemin yapılıp yapılamayacağı çocuğun Türk vatandaşı kabul edilip edilmeyeceği ile yakından ilgilidir. Bir diğer durum ise, yabancı bir mahkeme tarafından, müstakbel ebeveyn ile çocuk arasındaki soy bağının kurulduğuna ilişkin karar alınmasıdır. Yabancı belgeler ile yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda etki doğurup doğuramayacağı meseleleri milletlerarası usul hukukunun kapsamı alanına girdiğinden artık meseleye kanunlar ihtilafı

¹⁰⁵ Doğrudan uygulanı kurallar bu niteliği sebebiyle ilk ve asli etkisi olumlu etkiyken, olumsuz etki dolaylı olarak kendisini gösterir. Bkz. Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 32.

hukukundan ayrı bir şekilde bakmak ve bu kapsamda değerlendirmede bulunmak gerekecektir. Biz de aşağıda bu durumları inceleyeceğiz.

B. Milletlerarası Yetki

Yukarıda incelediğimiz taşıyıcı anneliğin kanunlar ihtilafı hukuku boyutunun devreye girebilmesi için, her şeyden önce bu davanın Türkiye’de görülebileceği yetkili bir Türk mahkemesi bulunmalıdır. Dolayısıyla soy bağına ilişkin açılacak davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayini konumuz açısından önemlidir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40-47’de düzenlenmiştir. Düzenlemeler kapsamında belirtilmesi gereken ilk durum, iç hukuktaki yetki kuralları, aynı zamanda milletlerarası yetkinin tayininde de geçerli kılınmıştır (MÖHUK m. 40). İlgili maddenin devamı ise bazı özel durumlar için özel milletlerarası yetki kuralları getirilmiştir. Konumuz açısından değerlendirilmesi gereken yetki kuralları, MÖHUK m. 40, 41 ve 42’dir. Zira diğer maddeler; mirastan (m. 43), iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden (m. 44-45-46) kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yetki kuralları getirmektedir. Bu yüzden soy bağına ilişkin kurulması veya iptali ile ilgili bir davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, m. 40, 41 ve 42 uyarınca değerlendirilmelidir.

MÖHUK m. 40, iç hukukun yetki kuralları uyarınca yetkili kılınan mahkemelere, aynı zamanda yabancılik unsurlu ilişkiler açısından da yetki bahsetmiştir. Bu kapsamda soy bağına ilişkin kurulmasına ilişkin TMK’da yer alan yetki kuralı¹⁰⁶, aynı zamanda yabancılik unsurlu ilişkiler açısından da geçerli olacaktır. Bununla birlikte TMK’nın yetkiye ilişkin ilgili hükümleri incelendiğinde, anne ile soy bağına ilişkin sadece doğumla kurulacağına faraziyesinden hareket edildiği görülmektedir. Bu yüzden buradaki yetki kuralının kapsamına sadece baba ile çocuk arasındaki soy bağına ilişkin kurulmasına ve iptaline ilişkin hükümler girmektedir. Dolayısıyla müstakbel annenin çocukla kendi arasındaki soy bağına ilişkin kurulması için açtığı bir davada TMK hükümleri uyarınca Türk mahkemelerinin bir yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁷. Diğer bir ifadeyle hukukumuzda anne bakımından soy

¹⁰⁶ TMK m. 283: “Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılır.”

¹⁰⁷ Karş. Urgan-Çalışkan, “Bırakınız Taşısınlar,” 501.

bağının reddi veya “annelik davası” bulunmadığından¹⁰⁸, TMK hükümleri uyarınca bu yönde bir yetki tesisi mümkün olmaz^{109, 110}.

Doktrinde bu etkiyi sağlayabilecek bir hukuki yolun TMK ile olmasa da 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu¹¹¹ (NHK) ile sağlanabileceği iddia edilmiştir¹¹². İlgili hükme göre nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme talepleri, ilgilinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde görülecektir (NHK m. 36/1-a). Buna karşın taşıyıcı annenin yabancı olduğu durumlarda NHK’nın bu etkiyi sağlaması pek mümkün gözükmemektedir. Bilindiği üzere nüfus kütüğüne tescil edilecek kişiler kural olarak Türk vatandaşlarıdır¹¹³. Bu nedenle nüfus kütüğünde anne gözüken kişinin aslında anne olmadığına iddiasına dayanılarak NHK m. 36 uyarınca açılacak düzeltme davası da kural olarak taşıyıcı annenin Türk vatandaşı olması halinde mümkündür. Burada bir düzeltmeden bahsedildiği için, henüz bir sicile kaydedilmiş çocuğun da bu kapsama alınması mümkün gözükmemektedir¹¹⁴. Zaten çocukların nüfusa

¹⁰⁸ Uyanık-Çavuşoğlu, “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı,” 319; Ungan-Çalışkan, “Bırakınız Taşısınlar,” 501.

¹⁰⁹ Anne bakımından da soy bağının reddi davası ile “annelik davasının” ve yine anneye çocuğu tanıma imkanının getirilmesi yönünde bkz. Erol, *Yapay Döllenme*, 190 vd.

¹¹⁰ Hukukumuzda, -babanın çocuğunu tanıması hariç- soy bağına ilişkin meseleler çekişmeli yargı işi olarak kabul edilmektedir. Bu davalarda mutlaka davalı bir taraf bulunmaktadır (TMK m. 286 ve 301/2). Dolayısıyla anne olduğuna iddia eden kişi, TMK’da bu yönde bir düzenlemenin yokluğuna dayanarak, meselenin çekişmesiz yargı işi olduğunu ileri sürmesi, bu kapsamda HMK m. 382 uyarınca oturduğu yer mahkemesinden talepte bulunması fikrimizce mümkün değildir. Zira talebin konusu, bir başkasının anne olmadığına iddiası olduğundan, talep “çekişmeli” yargı işi olarak kabul edilmelidir. Karş. Hikmet Bilgin, *Medeni Usul Hukuku Açısından Babalık Davası* (Ankara: Yetkin, 2022), 22.

¹¹¹ RG, 29.04.2006, S. 26153.

¹¹² Ungan-Çalışkan, “Bırakınız Taşısınlar,” 501.

¹¹³ Türk vatandaşlarından ayrıca NHK m. 8 ve 8/A kapsamındaki yabancılar için de ayrı bir kütük tutulmaktadır.

¹¹⁴ *Acabey*, bu halde anneliğin tespiti yönünde bir davanın açılabilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş kabul edilirse, Türk vatandaşı müstakbel anne bu davada, çocuğun annesinin doğuran kadının değil, kendisinin olduğunun “tespit” edilmesini talep edecektir. Bkz. *Acabey*, *Soybağı*, 225. NHK m. 36’dan farklı olarak, yetkinin tayini genel yetkili mahkeme ile tesis edileceğinden, davalının yerleşim yeri mahkemesinin bulunmaması halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tayin edilmeyecektir. Meğerki yetki ilk itirazında bulunulmuş olsun (HMK m. 19/2). Gerek bu ihtimalde gerekse NHK kapsamında açılacak bir davanın, hukuken “soy bağının reddi” veya “annelik davası” niteliğinde olmadığı vurgulanmalıdır. Zira böyle bir

kaydı için bir mahkeme kararına -kural olarak- ihtiyaç bulunmamaktadır¹¹⁵ (NHK m. 15). Maddenin kapsamına girdiği hallerde davacının (Türk vatandaşı müstakbel annenin) Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesinin milletlerarası yetkisi de bulunur¹¹⁶.

Türkiye'de taşıyıcı anneliğin yasak olması sebebiyle buna ilişkin yetki kurallarının getirilmemiş olması doğaldır. Bu kapsamda NHK m. 36 uyarınca açılan dava da esasında bu bağın kurulması amacından ziyade nüfus kayıtlarının düzeltilmesi amacına hizmet etmektedir. Nitekim bu yaklaşım, davanın nitelendirilmesinde de kendisini gösterir. Yargıtay bu davayı soy bağının kurulması veya iptali davası olarak değil, “anneliğin tespiti davası” şeklinde nitelendirir¹¹⁷.

NHK m. 36'ya göre açılan davanın “anneliğin tespiti” niteliğinde olduğu kabul edildiği ölçüde¹¹⁸, MÖHUK m. 40 kapsamında müstakbel anne ile çocuk arasında soy bağının kurulmasına ilişkin yetkili bir mahkeme

davanın inşai niteliği haiz olduğu aşıkardır (bkz. dpn. 118). Önerilen çözümler, Türkiye'de böyle bir davanın açılabilceğini ileri sürmekten ziyade, benzer hukuki sonuca farklı bir dava ile ulaşılabilmeyi amaçlamaktadır. Buna karşın mahkemenin çocuğun annesinin kim olduğunun tespitinde, çocuğu doğurmanın kim olduğunu tespitinden hareket edecek olması nedeniyle istenilen sonuca bu yolla da ulaşmak mümkün olmayabilir. Ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. III. C. 2.

¹¹⁵ Yabancı doğum belgesine göre bu bildirim sonuc doğurup doğuramayacağı aşağıda incelenecektir.

¹¹⁶ “Davanın tarafı yabancıdır. Yabancı unsur ihtiva eden davalarda Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder. (5718 sayılı MÖHUK m. 40) İç hukuk, bir davada yer itibarıyla hangi mahkemeyi (veya mahkemeleri) yetkili göstermiş ise bu mahkeme, o davada milletlerarası yetkiye de sahiptir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36. maddesinin 1/a bendinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının düzeltmeyi isteyen şahısların yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli mahkemede açılacağı hükme bağlanmıştır.”: Y. 20. HD, E.2017/8713, K.2018/418, 17.06.2019, (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁷ “Görüldüğü gibi çocuk ile ana arasında soybağı doğum ile kendiliğinden kurulmaktadır. Çünkü çocuğu doğuran kadın anadır. Ancak somut olayımızda olduğu gibi ana olup olmadığı noktasında kuşku varsa analığın tespiti davası açılabilir. Nitekim eldeki davada hukuki nitelik olarak bu şekilde açılmıştır.”: Y. 8. HD, E.2017/8713, K.2018/418, 15.01.2018, (www.lexpera.com.tr); “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kendiliğinden kurulacağından ve tesisi için herhangi bir hükme gerek bulunmadığından, çocuğun annesi ile soybağı ilişkisinin kurulması değil, çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti dava konusu edilebilir.”: Y. 8. HD, E.2017/6876, K.2018/1861, 08.02.2018, (www.legalbank.net).

¹¹⁸ Zira soy bağının kurulması ve iptali tespit niteliğinde olmayıp inşai niteliktedir.

bulunmamaktadır¹¹⁹.¹²⁰ Buna karşın MÖHUK m. 41 ve 42’de Türklerin ve yabancıların kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ayrıca düzenlenmiştir. MÖHUK m. 41’in düzenlemesi dikkate alındığında, Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda mutlaka yetkili bir Türk mahkemesini hazır bulundurulduğu görülmektedir. Yabancıların kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıkların düzenlendiği MÖHUK m. 42’de ise aynı yaklaşımın gösterilmemesi doğaldır. Çalışmamızın konusu Türk vatandaşı müstakbel anne ile taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuk arasındaki soy bağının kurulmasına odaklandığından, cevap aranması gereken esas sorun, bu davanın MÖHUK m. 41’in kapsamına dahil olup olmadığıdır. Buna karşın davanın münhasıran yabancıların kişi haline ilişkin olduğu durumlarda, MÖHUK m. 42’ye göre bir yetkinin tayin edilemeyeceğini de belirtelim. Zira ilgili hükmün kapsamına yalnızca; vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılmadan kaynaklanan davalar girmektedir.

MÖHUK m. 41’in uygulama alanının tespiti için nelerin kişi hallerine girdiğinin belirlenmesi gerekir. Doktrinde kişi hallerinin kapsamına şahsın ve aile hukukuna ilişkin meselelerin girdiği belirtilmektedir¹²¹. Nitekim hukuki (dar) anlamda soy bağı, çocuğun anne ve babasıyla olan ilişkisini ifade eder¹²². Bu bağın kurulmasıyla birlikte gerek çocuk gerek anne bakımından şahsın ve

¹¹⁹ Yargıtay’ın NHK m. 36’daki yetki kuralını kesin yetkili mahkeme olarak kabul etmesi sebebiyle, yetki ilk itirazının yapılmadığından hareketle, bir başka mahkemenin yetkili kabul edilmesi mümkün değildir. Bkz. Y. 20. HD, E.2020/429, K.2020/1074, 27.07.2020, (www.lexpera.com.tr). Yine kesin yetkinin kabulü, davanın genel yetkili mahkemede (HMK m. 6 ve 9) açılmasını da engellemektedir. Esasında aksinin kabulü halinde de yetkinin tayin edilmesi mümkün olmayabilir. Zira müstakbel ebeveynlerin bu işlemi gerçekleştirmek amacıyla gittikleri ülkede anlaştıkları taşıyıcı annenin, Türkiye’de bir yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunması zor bir ihtimaldir.

¹²⁰ HMK m. 382/2-(5)’te kişisel durum sicillerinin düzeltilmesi bir çekişmesiz yargı işi olarak belirtilse de bendin kapsamına, ad, soyad, cinsiyet, doğum tarihi ve dini durum bilgilerinin girdiği kabul edilmektedir. Nüfus kütüğündeki kaydın düzeltilmesiyle birlikte, mirasçılık ve soy bağına ilişkin haklar etkilenmektedir. Bu yüzden bu hüküm uyarınca yetki tayininin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Bilgin, *Babalık Davası*, 21-22. Yargıtay ise, ada ilişkin meseleleri de dahil ederek NHK m. 36/1’deki yetki kuralını, kesin yetki kuralı olarak kabul etmektedir. Bkz. Y. 20. HD, E.2020/429, K.2020/1074, 27.07.2020, (www.lexpera.com.tr).

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rifat Erten, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)* (Ankara: Yetkin, 2017), 101 vd.

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Acabey, *Soybağı*, 5 vd.

aile hukukuna ilişkin pek çok hukuki sonuç ortaya çıkar. Dolayısıyla soy bağının kurulmasının ve iptalinin MÖHUK m. 41'in kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹²³. Madde kapsamında milletlerarası yetkinin tayin edilebilmesi için davanın, davalı veya davacı konumundaki Türk vatandaşının kişi haline etki edebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla burada davanın tarafı, milletlerarası yetkinin tayininde dikkate alınmaz¹²⁴.

MÖHUK m. 41'in yapısı incelendiğinde kuralın, “*kendi kendine yeten müstakil bir yetki kuralı*”¹²⁵ olduğu görülmektedir. Dolayısıyla MÖHUK m. 40'ın ayrıca değerlendirilmesine aslında gerek kalmaz¹²⁶. Buna karşın MÖHUK m. 41'in ilk basamağında iç hukuktaki yetki kurallarına yapılan gönderme nedeniyle, yukarıdaki açıklamalarımız etkisini burada da sürdürmektedir. Bu yüzden çoğu zaman ilk basamağa göre bir yetki tayini mümkün olmayacaktır¹²⁷.

Bu noktada çocuğun -babadan veya taşıyıcı anneden- Türk vatandaşlığını kazanamadığı hallerde, bu hüküm uyarınca bir yetki tayininin yapılıp yapılmayacağı sorgulanabilir. Buna karşın belirtildiği üzere soy bağının şahsın hukukuna ilişkin sonuçları yalnızca çocuk bakımından değil, soy

¹²³ Erten, *Türklerin Kişi Halleri*, 143.

¹²⁴ Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (Ankara: Adalet, 2020), 80; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 63; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 256.

¹²⁵ Erten, *Türklerin Kişi Halleri*, 171.

¹²⁶ Bununla birlikte nüfus kaydının düzeltilmesi davasının aslında çekişmesiz yargı işi olduğu ve MÖHUK m. 41'in kapsamına da bu türden taleplerin girmediği kabul edilirse, artık yetkinin tayini münhasıran MÖHUK m. 40 uyarınca tespit edilecektir. Bkz. Erten, *Türklerin Kişi Halleri*, 149. İlk durum için çocuğun başka birinin siciline kaydedildiği ileri sürüldüğünden uyuşmazlığın çekişmeli olduğu kabul edilmektedir. Bu yüzden yargılama “tespit davası” niteliğini taşımaktadır. Bkz. Acabey, *Soybağı*, 118; Seda Öktem-Çevik, “Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* (Cevdet Yavuz’a Armağan) 22, no. 3 (Aralık 2016): 2110, 2221; Bilgin, *Babalık Davası*, 22. İkinci durum için ise hakim görüşü, m. 41'in kapsamına çekişmesiz yargı işlerinin de girdiği yönündedir. Bu yönde bkz. Mine Tan-Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 33, no. 1 (2013): 174-175; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 257; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 610. Aksi yönde bkz. Erten, *Türklerin Kişi Halleri*, 116-117.

¹²⁷ Bkz. dpn. 119.

bağının kurulma ihtimali bulunan müstakbel ebeveynleri de kapsamaktadır. Bu yüzden müstakbel veya taşıyıcı annenin Türk vatandaşı olması halinde, mutlaka milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi bulunur¹²⁸. Artık işlemde yabancılık unsuru bulunduğundan açılan davanın niteliği, NHK m. 36'daki gibi anneliğin tespiti davası olmayıp, inşai nitelikteki annelik davası veya soy bağının reddi davası olacaktır.

C. Soy Bağının Kurulmasına veya Tespitine İlişkin Verilen Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk Hukukunda Etki Doğurması

Türk hukukunda yabancı bir kararın doğrudan hüküm ve sonuç doğurmasının şartları, kural olarak MÖHUK m. 50 vd.'da düzenlenmiştir. Yabancı bir kararın Türk hukukunda etki doğurabilmesi için yapılması gereken bu talep, ilgili hükmün niteliğine göre bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu kapsamda Türkiye'de sonuç doğurması istenilen hüküm tespit veya inşai nitelikte olması halinde "tanımadan"; eda niteliği taşıması halinde "tenfizden" bahsedilir¹²⁹. Tanıma ile yabancı karar milli bir karar haline geldiğinden, bu karar artık kesin hüküm kuvvetine de kavuşur (MÖHUK m. 58/1)¹³⁰. Her eda kararı içinde bir tespiti de barındırdığından, aynı tanıma kararında olduğu gibi tenfiz kararı da yabancı karara kesin hüküm kuvvetini bahşeder; ancak tanımadan farklı olarak tenfiz kararı ayrıca, kararın ilgili organlarca icra edilebilmesini de sağlar¹³¹. Ayrıca belirtelim ki tanıma ve tenfiz davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi özel olarak düzenlenmiştir. Bu tür davalarda yetkili bir Türk mahkemesi mutlaka bulunmaktadır (MÖHUK m. 51/2).

Tanıma ve tenfizin şartları, karşılıklılık şartı hariç aynı şartlara tabi tutulmuştur (MÖHUK m. 58/1). Nitekim yabancı bir makamca verilmiş olan soy bağının kurulmasına ilişkin verilen karar, inşai nitelikte olacağından¹³², bu

¹²⁸ Karş. "Çocuk veya babadan/kocadan en az birinin Türk vatandaşı olması kaydıyla, bunlar arasındaki soybağının kurulması veya kaldırılmasına ilişkin bir dava için Türkiye'de milletlerarası yetkili bir mahkemenin tayin edilememesi gibi bir durum veya ihtimal söz konusu değildir.": Erten, *Türklerin Kişi Halleri*, 145. Meğerki yabancı bir ülkede açılmış bir dava bulunmuş olsun. Zira "yetkinin tayininde" davanın yabancı bir ülke mahkemesinde açılmaması aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, *Türklerin Kişi Halleri*, 212 vd.

¹²⁹ Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 174; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 719.

¹³⁰ Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (İstanbul: Beta, 2020), 2.

¹³¹ Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 173.

¹³² Veya zaten kurulmuş olan soy bağının mahkemece tespiti halinde, kararın niteliği tespit niteliğinde olacağından

kararın tenfizinden değil tanınmasından söz edilir. Dolayısıyla bu etkinin tanınabilmesi, ilgili devlet ile Türkiye arasında bir karşılıklılığın bulunup bulunmadığına bağlı olmayacaktır. Bu kapsamda tanıma kararın verilebilmesi, m. 54/1’de belirtilen diğer şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

Müstakbel anneyle çocuk arasında soy bağıını kuran yabancı kararın tanınması talep edildiğinde karşımıza çıkabilmesi en mümkün tanıma engeli, kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırılığıdır. Bu şart aşağıda ayrıca incelenecek olmakla birlikte, verilen kararın mutlaka mahkemece verilmiş bir karar olması ve ayrıca kararın kesinleşmesi de gerekmektedir (MÖHUK m. 50/1). Dolayısıyla kesinleşmemiş veya idari makamca verilen kararlar bu niteliği taşımadığından, tanıma talebi kamu düzeni değerlendirilmesine gerek kalmadan reddedilecektir.

1. Kamu Düzenine Aykırılık

Kanunlar ihtilafı hukuku bakımından incelediğimiz kamu düzeni müdahalesinin özel bir görünümü, kendisini milletlerarası usul hukukunda da gösterir. Bu kapsamda yabancı mahkeme kararının tanınması halinde bu kararın hüküm fıkrasının Türk hukukunda doğurabileceği etkiler, Türk kamu düzenini açıkça ihlal eder nitelikte olduğuna kanaat getirilmekteyse, bu kararın tanınmayacağı belirtilmiştir (MÖHUK m. 54/1-c).

Bu noktada ilk değinilmesi gereken, kanunlar ihtilafı hukukundaki kamu düzeni müdahalesiyle (MÖHUK m. 5), yabancı kararın tanınabilme şartı olarak getirilen kamu düzeni engeli arasında bir farklılığın bulunup bulunmadığıdır. Temel farklılık, kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun uygulanması ihtimalinde devreye girerken, tanımadaki (ve tenfizdeki) kamu düzeni, yabancı kararın Türk hukukunda doğurabileceği etkilerle ilgilenmektedir¹³³. Her ikisinde de olumsuz etkinin devreye girebilmesi¹³⁴ bu aykırılığın “açıkça” olmasına bağlı tutularak istisnai niteliği vurgulanmaktadır¹³⁵.

¹³³ Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 758; Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 209-210.

¹³⁴ Tanıma ve tenfizde kamu düzeninin yalnızca olumsuz etkisinden söz edilirken, kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeninin olumlu etki de göstermesi mümkündür: Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 303.

¹³⁵ Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 208.

Tanımaya ve tenfizde geçerli olan revizyon yasağı (içeriği tetkik yasağı)¹³⁶, uyuşmazlığın nasıl çözüldüğünü¹³⁷, uyuşmazlığa hangi maddi hukuk kuralının uygulandığını, bu kuralın doğru uygulanıp uygulanmadığı gibi meselelerin incelemesini yasaklamaktadır. Nitekim doktrinde kamu düzenine aykırılığın tespitinde revizyon yasağına işaret edilmekte ve kamu düzenine aykırılığın yalnızca “hüküm” fıkrası kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir¹³⁸. Gerçekten MÖHUK’a bakıldığında, revizyon yasağını belirtir şekilde¹³⁹; tanıma kararının yalnızca sayılan şartlar dahilinde verileceği ve ayrıca kamu düzenine aykırılığın değerlendirilmesinde kararın yalnızca hüküm fıkrasına bakılacağı belirtilmiştir (MÖHUK m. 54/1). Bu görüş kabul gördüğü takdirde tanıma ve tenfizdeki kamu düzeni müdahalesinin, kanunlar ihtilafı hukukundaki kamu düzenine kıyasla tahammül seviyesinin daha yüksek olduğu sonucu çıkaracaktır¹⁴⁰.

Doktrinde ifade edilen ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise¹⁴¹, kimi hallerde kamu düzenine aykırılığın tespiti, kararın yalnızca hüküm

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemile Demir-Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (Ankara: Seçkin, 2001), 74-76.

¹³⁷ Örneğin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmadığı

¹³⁸ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 532; Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 758; Ebru Şensöz-Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 383; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 745, 748; Gizem Ersen-Perçin, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (İstanbul: Onikilevha 2023), 207.

¹³⁹ Açık bir düzenleme bulunmasa da MÖHUK m. 50 ve 54’ten revizyon yasağının kabul edildiğinin anlaşıldığı yönünde bkz. Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 293-294. Revizyon yasağının MÖHUK m. 55/2 ile kabul edildiği yönünde bkz. Ekşi, *Tanıma ve Tenfiz*, 314; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 652; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 117.

¹⁴⁰ Bu yönde bkz. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 534; Ersen-Perçin, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 206. Sadece hüküm fıkrasının dikkate alınmaması gerektiğini savunan aksi görüşte olan bazı yazarlar, yine de aynı sonuca varmaktadır. Bkz. Demir-Gökyayla, *Kamu Düzeni*, 190; Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 213. Buna karşın kanunlar ihtilafı hukukundaki kamu düzeni, uygulanacak hukukun yabancı hukuk olma ihtimalinde devreye gireceğinden, tanıma ve tenfizdeki kamu düzeninin daha geniş (usul hukuku kurallarını da kapsamına alması sebebiyle) bir uygulama alanına sahip olduğu ifade edilmiştir: Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 533.

¹⁴¹ Demir-Gökyayla, *Kamu Düzeni*, 77; Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 211; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 696; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 135; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 294; Doğa Irgız, “Yabancı Mahkeme Kararlarının

fıkrasına bakılarak çıkarmak mümkün olmaz¹⁴². Dolayısıyla kararın kamu düzenine aykırılığının tespiti için hükmün esasına girilmesi işin mahiyeti gereğidir. Bu durum revizyon yasağının da ihlali anlama gelmez. Zira revizyon yasağı, yabancı kararın tüm yönleriyle incelenmesini anlamına gelmektedir¹⁴³. Oysa burada çok sınırlı bir inceleme söz konusudur. Sonuç olarak her somut olayın özelliğine göre revizyon yasağının ölçüsü değişecektir¹⁴⁴. Özellikle davalı tarafın itirazları, bu ölçünün belirlenmesinde etkili olacaktır.

Belirtildiği üzere, her iki kamu düzeni müdahalesi arasındaki farklılık değerlerde olmayıp yöntemdedir. Aksine yorum, Türkiye’de açılmış olsaydı kamu düzeni müdahalesi sebebiyle uygulanmayacak ve bu sebeple hükme esas teşkil etmeyecek olan yabancı hukuk kuralına; dava sırf yabancı ülkede açıldığı için etki tanınabileceği gibi çelişkili bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bu yüzden hükme esas teşkil eden maddi hukuk kuralı “dar bir yorumla” incelenmelidir¹⁴⁵.

Bu kapsamda taşıyıcı annelik gibi kamu düzeni değerlerinin adeta birbirleriyle yarış halinde olduğu bir meselede, hakimin yalnızca yabancı kararın hüküm fıkrasından bu değerlendirmeyi yapması kanaatimizce mümkün değildir. Aksi halde örneğin hüküm fıkrasında sadece soy bağının kurulduğunun belirtilmesi ile kamu düzeni müdahalesinin hiçbir şekilde devreye girmeyeceğinin, buna karşın sırf hüküm fıkrasında taşıyıcı annelikten bahsedildiği için kamu düzeni değerlendirmesinin yapılarak kararın tanınmasının engellenebileceği sonucu çıkacaktır. Bu ise birbirleriyle çelişkili olan kararların ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Oysa milletlerarası özel hukukun genel menfaatlerinden olan “iç karar/düzen ahengi”¹⁴⁶ sadece kanunlar ihtilafı kuralları için değil, aynı zamanda milletlerarası usul hukuku kapsamında da dikkate alınması gereken bir değerdir.

Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılığın Revizyon Yasağı Kapsamında İncelenmesi” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2023), 132.

¹⁴² Bu yönde verilen bazı örnekler için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 696.

¹⁴³ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 696-697.

¹⁴⁴ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 294.

¹⁴⁵ Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 212.

¹⁴⁶ Bkz. Çelikel ve Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 37-39; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 60.

Yukarıda da açıkladığımız üzere hakim yapacağı bu değerlendirmede somut olayın şartlarını dikkate almalıdır. Yoksa sadece çocuğun yüksek menfaatinin zikredilmesiyle talebi doğrudan kabul etmemeli; aynı şekilde yapılan işlemin Türk genel adap ve ahlak anlayışına veya soy bağının kurulmasına ilişkin Türk hukukunda kabul edilen temel ilkelere aykırı olduğunu ileri sürerek talebi doğrudan reddetmemelidir. Kamu düzeni müdahalesinin devreye girip girmeyeceği, somut olaydaki şartların, bu değerlerden hangisine daha çok ağırlık kattığı ile yakından ilgilidir. Ancak bu değerlendirmenin ardından kamu düzeninin olumsuz etkisinin devreye gireceği söylenebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu değerlerin ağırlıklarının eşit veya yakın olması halinde çocuğun yüksek menfaati öncelenebilir.

Bu noktada hakimin kamu düzenine aykırılığı değerlendirirken dikkate alabileceği durumlar; taşıyıcı anneliğin türleri ve özellikle Türk vatandaşı kadının aynı zamanda “genetik anne olup olmadığı”¹⁴⁷, soy bağının kurulmadığı ihtimalinde “çocuğun vatansız duruma düşüp düşmeyeceği”¹⁴⁸, “Türkiye ile ilgi bağı”¹⁴⁹ taraflar arasında evlat edinme yoluyla bu bağın zaten kurulup kurulamayacağıdır¹⁵⁰. Yabancı mahkemeden alınan bu nitelikteki kararların etkisi noktasında Türk doktrininin soy bağının kurulabilmesinden yana bir tutum sergilediği görülmektedir¹⁵¹. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) içtihatlarının da etkisiyle¹⁵², taşıyıcı anneliği

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Ankara: Adalet, 2019), 818.

¹⁴⁸ Aynı yönde bkz. Baran-Çelik, *Soybağının Kurulması*, 92.

¹⁴⁹ Yazar taşıyıcı anne ve müstakbel ebeveynin yabancı olduğu durumlarda, tanınması talep edilen velayet kararlarının kabul edilebileceğini belirtir: Gölcüklü, “Taşiyıcı Annelik,” 860.

¹⁵⁰ Bu noktada bağın zaten evlat edinme yoluyla kurulabileceği kabul edilebiliyorsa, bu durumun bağın soy bağı ile kurulmasına engel teşkil etmeyeceğini aksine kuvvetlendireceğinin kanaatindeyiz. Her ne kadar özel hukuk boyutuyla çocuğun menfaatinin büyük ölçüde zedelenmeyeceği iddia edilebilse de konunun kamu hukuku boyutunda durum farklılaşmaktadır. Zira çocuğun evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanması mutlak değildir. Daha detaylı açıklamalar için bkz. Yukarıda III, C, 1.

¹⁵¹ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 536; Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi* (İstanbul: Onikilevha, 2019), 68-69; Yasan-Tepetaş, “Kamu Düzeni,” 1250. Aksi yönde bkz. Ağaoğlu, “Taşiyıcı Annelik,” 466.

¹⁵² AİHM tarafından verilen kararlar ışığında taşıyıcı anneliğin incelendiği çalışmalar için bkz. Yasan-Tepetaş, “Kamu Düzeni,” 1219-1262; Işıl S. Tekdoğan-Bahçıvancı,

yasaklayan devlet mahkemelerinin önüne gelen tanıma taleplerinde, kamu düzeninin tahammül seviyesinde bir artmanın meydana geldiği görülmektedir¹⁵³. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne¹⁵⁴ (AİHS) taraf olması sebebiyle, kamu düzeni engeli sebebiyle tanınmayan yabancı kararın, AİHS m. 8'in ihlaline sebebiyet verebileceği belirtilmektedir¹⁵⁵.

2. Bir Tanıma (ve Tenfiz) Engeli Olarak (?) Doğrudan Uygulanan Kurallar

MÖHUK'ta yabancı bir kararın Türk hukukunda etki doğurabilmesinin bir şartı olarak, bu kararın Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralına aykırı olmamasının gerekliliğini belirten bir engel düzenlenmemiştir. Yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere, kanaatimizce TMK m. 282/1 hükmü, Türk hukukunun doğrudan uygulanan bir kuralıdır. Dolayısıyla bu kurala aykırı şekilde, müstakbel Türk anne ile çocuk arasında soy bağına kuran yabancı bir mahkeme kararının, Türk hukukunda kabul edilen bu kurala aykırılık teşkil etmesine dayanarak tanıma talebinin reddedilip reddedilemeyeceği sorunu karşımıza çıkar¹⁵⁶.

“Taşiyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme,” içinde *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, ed. Süheyla Suzan Gökalp-Alica ve Necdet Basa (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019), 747-763.

¹⁵³ Gölcüklü, “Taşiyıcı Annelik,” 847. İlgili kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Parlak-Börü, “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç,” 75 vd.; Yasan-Tepetaş, “Kamu Düzeni,” 1224 vd.; Baran-Çelik, *Soybağının Kurulması*, 203 vd.

¹⁵⁴ RG, 19.03.1954, S. 8662.

¹⁵⁵ Bu kapsamda *Arslan* biyolojik bağın varlığı halinde çocuğun menfaatini esas alınmasını ve yabancı kararın kamu düzeni engelini devreye sokularak etki doğurmasının engellenmesinin AİHS m. 8'in ihlali anlamına gelebileceğini belirtmektedir: Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Etkisi*, 818. Benzer yönde *Tekdoğan-Bahçivancı*, eğer bir biyolojik bağ bulunmaktaysa AİHM kararlarının, müstakbel ebeveynle çocuk arasında kurulan hukuki bağın üye devletlerce de tanınması zorunluluğunu getirdiğini ifade etmektedir: Tekdoğan-Bahçivancı, “Taşiyıcı Annelik,” 759. AİHM'in vermiş olduğu kararlara çizilen “Avrupa kamu düzeninin” Türk hukukunun kamu düzenini de kapsadığı yönünde bkz. Yasan-Tepetaş, “Kamu Düzeni,” 1251.

¹⁵⁶ İlginçtir ki, doktrinde çok da irdelenmeyen bu konuya ilişkin bazı (açık veya zımni) değerlendirmelere, taşiyıcı annelik konusu özelinde rastlamak mümkün olmuştur. Buna karşın aşağıda aktarılacak görüşlerden hiçbiri, bir doğrudan uygulanan kurala

Öncelikle doktrinde, doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni müdahalesinin daha çok kanunlar ihtilafı hukuku boyutunda incelendiği, konunun tanıma ve tenfizdeki boyutunun ise çok sınırlı bir şekilde incelendiği belirtilmelidir. Yapılan değerlendirmelerden ilkinde göre¹⁵⁷, MÖHUK'ta yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfizinde doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir engelden bahsedilmese de bu kurallara aykırılık teşkil eden yabancı bir kararın zaten Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği, bu yüzden Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralına aykırılığın bir tanıma ve tenfiz engeli teşkil edeceği ileri sürülmüştür.

Konuyu tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde ilk kez değerlendiren *Özdemir-Kocasakal* ise, şu tespitlerde bulunmaktadır¹⁵⁸: Yabancı bir mahkeme kararının bu kapsamda değerlendirilmesi bakımından kritik nokta, revizyon yasağının var olup olmadığıdır. Eğer tanıma ve tenfiz prosedüründe yabancı unsurlu bir uyumsuzluk tüm unsurlarıyla incelenecekse, uyumsuzluğun çözümünde *forum* hukukunun uygulanmayan doğrudan uygulanan kuralı, bu kapsamda bir tanıma ve tenfiz engeli oluşturacaktır. Buna karşın revizyon yasağının kabul edildiği sistemlerde mesele farklı bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Bu kapsamda doğrudan uygulanan kurala aykırı olmama şartı açıkça bir tanıma ve tenfiz engeli olarak belirtilmedikçe, yabancı kararda *forum* hukukunun doğrudan uygulanan kuralına aykırı şekilde çözülen bir uyumsuzluk, “tek başına” tanıma ve tenfiz engeli oluşturmayacaktır. Artık bir doğrudan uygulanan kuralın “diğer şartların kapsamına girdiği ölçüde”, tanıma ve tenfiz engelinden bahsedilebilir. Bu noktada Türk hukukundaki tanıma ve tenfiz şartlarını değerlendiren yazar, dikkate alınabilecek tek yasal dayanağın, “kamu düzenine aykırı olmama” şartının olduğunu belirtmektedir¹⁵⁹.

aykırılığın neden bir tanıma ve tenfiz engeli oluşturmayacağı konusunda açık bir gerekçe sunmamaktadır. Aşağıda bkz. dpn. 165.

¹⁵⁷ Demir-Gökyayla, *Kamu Düzeni*, 280. Benzer yönde bkz. Özkan ve Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, 195; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 438. Yazarın bu net ifadesine rağmen, konuyu değerlendirirken özel hukuka ilişkin doğrudan uygulanan kuralların devreye girebilmesi için, somut olayın ülkeyle olan sıkı bağlantısına işaret ettiğini de belirtelim: Demir-Gökyayla, *Kamu Düzeni*, 279.

¹⁵⁸ Bkz. Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 51.

¹⁵⁹ “Ancak, bunun için, yabancı mahkeme kararı ile ihlal edilen doğrudan uygulanan kurallar, Türk hukukunun kamu düzenine ilişkin bir ilkesini yansıtmalı veya yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi halinde ortaya çıkan sonuç, Türk

Esasında doğrudan uygulanan kurallar, kuralın kapsamı alanına aldığı konularda devletin üstün menfaatini yansıtan kurallar olduğundan, bu kuralların da geniş anlamda kamu düzenine ilişkin kurallar olduğundan şüphe yoktur¹⁶⁰. Dolayısıyla “çoğu zaman” bu kurallara aykırılığın zaten kamu düzeni müdahalesine takılacağı haklı olarak iddia edilebilir. Buna karşın bu demek değildir ki, Türk hukukunun her doğrudan uygulanan kurallarına aykırılık teşkil eden yabancı karar, aynı zamanda Türk kamu düzenine de aykırılık teşkil eder. Böyle bir yorumun kabulü, doğrudan uygulanan kural ile kamu düzeni müdahalesini gerektirecek hallerin kapsamında bir farklılık olmadığı gibi bir sonuca götürmektedir. Oysa bugün için doktrinde genel kabul gören, her iki müdahalenin yöntemi ve içeriklerinin belirlenmesinde farklı esasların benimsendiği ve bazen içerikleri örtüşebilse de aynı olmadığıdır¹⁶¹.

Nitekim doktrinde doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni müdahalesinin arasındaki ilişkiye yönelik yapılan açıklamalarda vurgulanan ortak ifade, doğrudan uygulanan kuralın uygulanması için, konuya uygulanabilecek yabancı hukuk kuralının Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurmasına bağlı olmadığıdır¹⁶². Meseleye diğer yönden bakıldığında, bir

kamu düzenine açıkça aykırı olmalıdır.”: Özdemir-Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, 51.

¹⁶⁰ Özdemir-Kocasakal, “Doğrudan Uygulanan Kurallar,” 65.

¹⁶¹ Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 23. “ (...) temel değerlerin dikkate alınmaları durumunda “kamu düzeni müdahalesi”nin; kuralların içerik ve amaç yönlerinden dikkate alınmaları durumunda ise “doğrudan uygulanan kurallar”ın etki alanı kazanacağı ifade edilmektedir”: Saatcıoğlu, “Kamu Düzeni,” 151.

¹⁶² “Bu noktada belirtelim ki hem iç hukuk hem de dış hukuk ihtilafları itibarıyla emredici nitelik taşıyan doğrudan uygulanan kuralların yabancı unsurlu ihtilaflarda uygulanması, yabancı hukuk kuralının Türk kamu düzenine aykırılığı şartına bağlı değildir.”: Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 93; “Forum doğrudan uygulanan kuralları ile düzenlenen bir konuda yabancı bir kanunun uygulanmasının engellenmesi, onun kamu düzenine aykırılığının değil, bizzat doğrudan uygulanan kuralın uygulanmasını gerektiren zorunluluklardan kaynaklanır”: Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, 22. “Doğrudan uygulanan kurallar; belirli bir olayda ortaya çıkabilecek sonuçtan bağımsız olarak, her ne olursa olsun uygulanır.”: Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 188. Aksi yönde bkz. “Forum devletin belirli hükümlerini doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmek bu kurallara aykırı yabancı hukukun kamu düzeni gerekçesiyle uygulanmayacağını söylemenin diğer bir yoludur.”: Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 139.

maddi hukuk kuralının değiştirilmesiyle doğrudan uygulanan kural ortadan kaldırılabılır; ancak bu kuralın kaldırılmasına rağmen kamu düzeni değerlerinde aynı anlayış devam etmekteyse kamu düzeni müdahalesi devreye girecektir¹⁶³. Bu görüşler iki müdahale yöntemi arasındaki farklılığın sadece yöntem farklılığından ibaret olmadığını gösterir niteliktedir.

Doktrinde doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni müdahalesine ilişkin belirtilen bu farklılıklar kanaatimizce konunun sadece kanunlar ihtilafı hukuku boyutunda değil, aynı zamanda yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında ve tenfizinde de kendisini göstermektedir. Bu kapsamda her doğrudan uygulanan kurala aykırı şekilde çözüm getiren yabancı mahkeme kararı, sırf bu sebepten ötürü tanıma ve tenfiz engeli taşımamalıdır. *Özdemir-Kocasakal*'ın da belirttiği üzere, bu kurala aykırılığın kamu düzeni müdahalesini devreye sokabilmesi için, aynı zamanda bu aykırılığın “açıkça” kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurması gerekir. Pek tabii her iki müdahalenin içeriklerinin pek çok noktada kesişmesi, çoğu zaman bu müdahalenin devreye girmesini sağlayacaktır. Ancak burada tanıma ve tenfiz engelinin gerekçesi doğrudan uygulanan kurala aykırılık değil kamu düzenine aykırılık olacaktır.

Kanunlar ihtilafı hukukunda yasal bir hükme ihtiyaç duymaksızın müdahale gücü bulunan doğrudan uygulanan kuralların¹⁶⁴, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde neden bu güce sahip olmadığının temelinde, revizyon yasağının bulunduğu önemle hatırlatılmalıdır. Uyuşmazlığın tüm yönleriyle değerlendirildiği bir davada Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralına etki tanınması zorunludur. Ancak tanıma ve tenfiz davasında hakim meseleyi tüm yönleriyle incelememektedir. Uyuşmazlık, revizyon yasağı kapsamında sadece belirli ölçüde incelenmektedir. Revizyon yasağının “sınırlı olan” ölçüsünün genişlemesi ancak kamu düzeni engeli sebebiyle mümkün olabilir ki bu durumda yine mesele tüm yönleriyle ele alınmaz. O zaman kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyecek doğrudan uygulanan bir kurala aykırılık, tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul edilmemelidir.

Varılan sonuçları konumuz açısından değerlendirecek olursak, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirdiğimiz TMK m. 282/1 hükmüne aykırı olarak, müstakbel Türk vatandaşı anne ile çocuk arasında yabancı mahkemece

¹⁶³ Karş. Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 139-140.

¹⁶⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13.

kurulan soy bağı, tek başına bir tanıma engeli teşkil etmeyecektir¹⁶⁵. Yukarıda da belirtildiği üzere MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kuralların bir tanıma ve tenfiz engeli kapsamına alınmaması, meseleyi kamu düzeni müdahalesi kapsamında değerlendirilmesini gerektirir. İşaret ettiğimiz üzere bu engel halin bulunup bulunmadığı, hakimin kamu düzeni değerlerini tartması ile varabileceği bir sonuçtur. Varılan sonuç, kamu düzeni değerlerinden çocuğun yüksek menfaatinin öncelenmesini gerektiriyorsa, artık doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirdiğimiz kuralın, bir tanıma engeli teşkil etmeyeceğinin kanaatindeyiz.

D. Yabancı Ülkeden Alınan Doğum Belgesi

Konunun milletlerarası usul hukuku boyutunun son halkası, yurt dışında yabancı taşıyıcı annenin yapmış olduğu doğumun ardından düzenlenen doğum belgesinde, anne olarak gösterilen kişinin Türk vatandaşı kadının

¹⁶⁵ *Yasan-Tepetaş*, TBK m. 27'nin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilse dahi bir tenfiz engeli oluşturmayacağını bildirmiştir. Yazar bu görüşünü, çocuğun menfaatinin toplum menfaatinin üstün tutulmasıyla ilişkilendirmiştir. bkz. *Yasan-Tepetaş*, "Kamu Düzeni," 1250. Buna karşın sunulan bu gerekçe, herhangi bir doğrudan uygulanan kurala aykırılığın neden bir tanıma ve tenfiz engeli oluşturmayacağı sorusuna cevap vermemektedir.

Belirtildiği üzere *Gölcüklü*, taşıyıcı anneliği yasaklayan yönetmelik hükümlerini doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmiştir: *Gölcüklü*, "Taşyıcı Annelik," 846, dpn. 47. Ayrıca yukarıda bkz. dpn. 100. Buna karşın yazar, "doğrudan uygulanan kural" olarak nitelendirdiği bu kuralın, bir tanıma ve tenfiz engeli teşkil edip etmeyeceği konusunda açık bir değerlendirme yapmamıştır. Aslında yazar makalesinin "Yabancı Taşyıcı Annelik Kararları ve Kamu Düzeni İlişkisi" başlığında, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirdiği yönetmelik hükümlerini yeniden zikretmiştir. Ancak yazar bu sefer ifadesini daha yumuşatmış ve kuralların sadece "emredici nitelikte" olduğundan bahsetmiştir. Buradan hareketle, Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılığın tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğinden tanıma ve tenfiz talebinin doğrudan reddedilmemesi gerektiği yönünde kanaat bildirmiştir. Bkz. *Gölcüklü*, "Taşyıcı Annelik," 859. Bu kapsamda yazarın bizim görüşümüze paralel bir yaklaşım benimsediği, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen bir kurala rağmen yabancı kararın tanınmasının mümkün olduğunu en azından "zımni olarak" belirttiği sonucuna varılabilir.

Başka bir meselede değerlendirmede bulunan *Erkan*, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralına aykırı bir çözüm getiren yabancı kararı, tek başına tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul etmemiştir. Bkz. Mustafa Erkan "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 1 (Haziran 2012): 45-46.

olmasıdır. Meselenin uygulamaya dönük olan noktalarından birisi de buradadır. Zira sınır ötesi taşıyıcı anneliğe başvuracak müstakbel ebeveynlerin, ileride kendi ülkelerinde hukuki bir ihtilaf yaratmamak adına, tercihlerini böyle bir kolaylığın sağlandığı ülkeden yana kullanmaları mümkündür. Bu sayede Türk vatandaşı müstakbel anne, “doğumu kendi yapmış gibi” çocuğu kendi nüfusuna kaydettirmek için başvuruda bulunabilir.

Milletlerarası hukuk, çocuğun menfaati gereği, doğumundan hemen sonra devlet nezdinde tutulan bir sicile kaydının yapılması gerekliliğini vurgulamaktadır (ÇHS m. 7/1). Zira bu kayıt ile çocuk, vatandaşlık statüsünün tanıdığı haklardan yararlanır¹⁶⁶. Esasında bu kayıt, kural olarak çocuğun anne veya babasının vatandaşlığında bulunduğu devletin siciline yapılacak olsa da devletler, kendi ülkelerinde bulunan bazı yabancılar için de bu türden siciller tutmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti de milletlerarası hukukun getirmiş olduğu bu yükümlülüğe¹⁶⁷ sıkı sıkıya bağlı kalmakta ve doğumdan hemen sonra kendi vatandaşlarının çocuklarını, nüfus kütüğüne kaydını yapmaktadır.

Nitekim bu işlemlerin hızlıca yapılabilmesi adına, yurt dışında gerçekleşen doğumlarda ebeveynlerin Türkiye’ye gelmelerine gerek olmadan, bu bildirim yurt dışındaki Türk temsilcilikleri aracılığıyla yapabilmelerine; Türkiye’de gerçekleşen doğumlar açısından ise nüfus müdürlüğüne dahi gidilmeden, bildirim doğrudan doğumu gerçekleştiren sağlık kurumuna yapabilmelerine imkan tanınmıştır (NHK m. 15/1).

Türkiye’de gerçekleştirilen doğumlarda, doğum belgesinde doğumu yapan kadının anne olarak gösterilmesi sebebiyle irdelenmesi gereken durum, yurt dışında gerçekleşen doğumlardır. Kanunda 30 gün içerisinde bu bildirim yapılmasının gerektiği ve bildirimde bulunulurken dayanak belge olarak “resmi belge veya raporun” sunulmasından bahsedilmiştir (NHK m. 15/1 ve 6). Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹⁶⁸ (NHK Yön.) m. 41’de yurt dışında gerçekleşen doğumlarla ilgili daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Burada doğum bildiriminde dayanak belge olarak sunulabilecek resmi belgeler sayılmıştır.

¹⁶⁶ Örneğin çocuğun Türkiye’ye gelmesi için herhangi bir vize veya vize muafiyetine geçen bir belgeye ihtiyacı olmaz.

¹⁶⁷ Feriha Bilge Tanrıbilir, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Türkiye’de Yerleşmiş Olan Yabancıların “Türk Vatandaşı Eşinden Olan Çocuklarına” Getirdiği (YÇİHK m. 8/a) İstisnai Çalışma İzni Alma Yükümlülüğü Üzerine Bazı Tespitler,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 44.

¹⁶⁸ RG, 23.11.2006, S. 26335.

İlk olarak nasıl ki Türkiye’de sadece Türk vatandaşları için nüfus kayıtları tutulmuyorsa¹⁶⁹, aynı şekilde yabancı bir devlet de ülkesinde bulunan yabancılar için nüfus kaydı tutabilir. Yine kişinin çifte vatandaşlığa sahip olması halinde her iki devlette de nüfus kaydı bulunabilecektir. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin kapsamına giren Türk vatandaşı kişi, doğumu ilgili idari makama bildirmiş ve idari makam da kendisine bir belge vermişse, bu resmi belgeye istinaden Türk dış temsilciliğine doğum bildiriminde bulunabilir. Doğumun bildirilebilmesinde dayanak belge olarak kullanılacak bir diğer resmi belge, sağlık kurumlarının¹⁷⁰ sorumlu yöneticisinden alınacak “doğum belgesidir”.

Belirtilmesi gereken, yabancı resmi belgelerin Türk hukukunda doğrudan bu niteliği taşımadığıdır. Gerek yabancı devletin nüfus kaydının sunulmasıyla gerekse yetkili sağlık kurumundan alınan doğum belgesinin Türk hukukunda resmi bir belge niteliği taşıyabilmesi için, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya o ülkede bulunan Türk konsolosluk makamının bu belgeyi onaylaması gerekir [6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁷¹ (HMK) m. 224/1]¹⁷². Doğum bildiriminin dış temsilcilikte yapılması, yabancı resmi belgenin de bu aşamada onaylanmasını sağlar.

Yönetmelikte resmi belgeye dayanılmaksızın, doğum olayının sözlü olarak yapılabilmesine de imkan tanınmıştır. Ancak bunun için her iki usule göre de resmi bir belgenin alınması mümkün olmaması gerekmektedir (TVK Yön m. 41). Buna karşın, İçişleri Bakanlığınca 08.10.2021 tarihinde yayımlanan “Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklama”da¹⁷³ (Açıklama) sözlü bildirim kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Açıklamada zikredilen resmi belgeler haricinde, genetik bağı gösterir tıbbi rapor ibrazıyla da doğum bildirimini yapılabileceği açıklanmıştır. Dolayısıyla yurt dışındaki doğumlar sonucunda çocuğun nüfusa kaydı artık, aranan niteliklere sahip bir belgenin sunulması ile de mümkündür.

¹⁶⁹ Bkz. NHK m. 8 ve m. 8/A

¹⁷⁰ Doğumun sağlık kurumu yerine ceza ve tutukevlerinde gerçekleşmesi halinde bu kurumun sorumlu yöneticisinde belge alınacaktır.

¹⁷¹ RG, 04.02.2011, S. 27836.

¹⁷² Buna karşın milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır (HMK m. 224/2 ve MÖHUK m. 1/2).

¹⁷³ Bkz. T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, *Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklama 8.10.2021*, erişildi 9 Aralık, 2023, https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/081021-tarihli-nufus_mevzuatinin_uygulanmasına_iliskin_aciklamalar.pdf.

Yukarıdaki düzenlemeler, yurt dışında gerçekleşen doğumların bildirilme usulünü göstermektedir. Dolayısıyla yurt dışında yabancı taşıyıcı anneden doğan çocuğun, Türk vatandaşı müstakbel ebeveyne bağlı olarak nüfusa kaydedilmesi mümkün olabilir. Zira aranan belgelerde annenin Türk vatandaşı olduğunun gösterilmesi çocuğun Türk nüfus kütüğüne kaydı için yeterlidir. Dahası Açıklama ile bu belgeler haricinde genetik bağı gösterir tıbbi raporun sunulmasına da imkan verilmiştir. Biz bu son ihtimalin, sözlü bildirim yerine geçtiği için ancak ilk iki usule göre bir resmi belgenin alınmaması halinde gündeme gelebileceğinin kanaatindeyiz. Aksi bir uygulama söz konusuysa, doğum belgesinde anne olarak gösterilmeyen Türk vatandaşı kadının, “hiç suyu bulandırmadan” genetik bağı ispat eden tıbbi raporu sunması söz konusu olacaktır. Bu durumda yabancı taşıyıcı anneden doğan çocukların Türk nüfus kütüğüne kaydı kolaylaşacaktır.

Eğer idare, genetik bağı gösteren tıbbi raporu, bizim anladığımız gibi sözlü bildirim halinin yerine geçtiği şekilde uyguluyorsa, o zaman çocukların sadece bu belgeye göre nüfus kütüğüne kaydı ihtimali azalacaktır. Bu ihtimalde asıl önemli olan, resmi belgede kimin anne olarak gösterildiğidir.

Resmi belgede taşıyıcı annenin belirtilmediği ve sadece Türk vatandaşı kadının anne olarak gösterildiği hallerde, bu belgenin sunulmasıyla kuvvetle muhtemel çocuk Türk nüfus kütüğüne kaydedilecektir. Buna karşın çocuğu doğuran kişinin, Türk vatandaşı kadının olmadığı bu belgeden anlaşılabiliriyorsa, artık bu kaydın yapılıp yapılmayacağı şüphelidir. Açıklama raporu dikkate alındığında buna olumsuz bir cevap verileceği, diğer bir deyişle bildirimle rağmen çocuğun nüfus kütüğüne kaydının yapılmasından kaçınılacağı sonucu çıkmaktadır. NHK ve Yönetmeliğe paralel şekilde Açıklamada, bir çocuğun Türk vatandaşı kadına bağlı olarak nüfusa kaydedilebilmesi için, bu kişinin aynı zamanda çocuğu doğuran kişi de olması gerektiği sonucuna varılmaktadır¹⁷⁴.

¹⁷⁴ “Çocuğun herhangi bir sebeple kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadının nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması, çocuk ile bu kadın arasında soybağı ilişkisi kurulduğu anlamına gelmez. Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğum ile kendiliğinden kurulacağından, anne yönünden soybağı tesisi amacıyla değil, sadece çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti amacıyla dava açılabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik olarak açılacak dava, nüfus kaydının düzeltilmesi davasıdır.”: T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, *Açıklama*, 10.

Farklı olarak, gerekli prosedürlerin tamamlanmasından sonra “resmi belge” niteliği taşıyan bir belgede, çocuğu doğuranın Türk vatandaşı kadın olmadığına anlaşılmasına rağmen, Türk nüfus kütüğünde bir kayıt yapılması gerektiği de düşünülebilir. Zira NHK’da dayanak belgenin resmi bir belge olabileceğinin belirtilmesi sebebiyle (NHK m. 3/1-ğ) artık bu belgede Türk vatandaşı kadının anne olarak gösterilmesinin yeterli olacağı iddia edilebilir. Dolayısıyla bu yorumun kabulünde çocuk nüfusa işlenecektir; ancak sonrasında Cumhuriyet savcısına yapılacak bildirimle nüfus kütüğünün düzeltilmesi davası açılacaktır (NHK m. 36).

Bizim kanaatimize göre, yabancı resmi belgeden çocuğun açıkça yabancı bir kadından doğduğu anlaşılıyorsa, çocuğun nüfus kütüğüne kaydı yapılmamalıdır¹⁷⁵. Zira çocuğun Türkiye’deki nüfus kütüğüne kaydedilmesinde resmi belgenin dayanak belge olarak aranması ile bu belgenin bu kaydı gerçekleştirmeye yarar bir ispat gücüne sahip olması birbirinden farklı meselelerdir¹⁷⁶. Diğer bir ifadeyle yabancı resmi belgenin (yabancı nüfus kaydı belgesi, doğum belgesi) Türk hukukunda da bu vasfı taşıması, çocuğun annesinin de bu kadın olduğu sonucunu doğurmaz. Yabancı resmi belgeye “resmilik” vasfını *lex causae* katacaksa da bu belgelerin ispat gücünü *lex fori* belirlemektedir¹⁷⁷. Konumuz açısından yabancı resmi belgenin ispat gücünü, NHK ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelik göstermektedir. Açıklandığı üzere, Türk nüfusuna anne olarak işlenebilecek kişi, çocuğu doğuran kadındır. Çocuğu doğuran kadının anne olmadığına kabulü ise mahkemece verilmesi gereken bir karara bağlıdır. Bu durum ise yukarıda incelenmiştir.

Her halde nüfus kütüğüne kaydedilen çocuğun bu kayıtla Türk vatandaşlığını kazanmadığı vurgulanmalıdır. Soy bağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, kanun hükmü gereği kendiliğinden gerçekleşir. Dolayısıyla, çocuk ile Türk vatandaşı kadın arasında soy bağının kurulup kurulmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu soruya ilişkin gerekli açıklamalar

¹⁷⁵ “Buna mukabil; taşıyıcı annelik ... olayında, doğum yeri hukukuna göre biyolojik anadan doğan çocuğun, bir mahkemenin müdahalesi olmaksızın, kanun gereği genetik ananın çocuğu olarak nüfusa kaydedildiğini gösteren nüfus kayıt belgesi, ne tanımaya ehil bir belgedir ne de soybağını hukuken belirleyici bir etkiye sahiptir.”: Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 536.

¹⁷⁶ Karş. Mine Tan-Dehmen, “Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2012), 175.

¹⁷⁷ Tan-Dehmen, “İspat Gücü,” 173.

yukarıda yapılmıştır. Türk vatandaşı kadın ile çocuk arasındaki bağın kurulamadığı halde çocuk nüfusa kaydedilmişse, artık kanuni şartlar oluşmadan verilmiş tespit niteliğinde bulunan bir karar vardır. Vatandaşlığın da tespiti niteliğini taşıyan bu karar, TVK m. 40 gereği herhangi bir süreye bağlı kalmadan ve yine idarenin de takdirine bağlı olmadan geri alınması gereken bir karardır¹⁷⁸.

İleride çocuğu doğuran kadının aslında Türk vatandaşı kadın olmadığına tespiti ve akabinde de MÖHUK hükümleri uyarınca müstakbel ebeveynle çocuk arasındaki soy bağının kurulamamasının vatandaşlığın istikrarı prensibine aykırılık teşkil edeceğinden şüphe yoktur. Bu yüzden taşıyıcı anneliğin yasal olduğu devletlerde bulunan dış temsilciliklerin, buldukları ülkelerdeki doğum belgelerinin veya nüfus kayıtlarının nasıl düzenlendiği, bir diğer deyişle çocuğu doğuranın değil de müstakbel ebeveynin bu belgede anne olarak gösterilip gösterilemeyeceğinin mümkün olup olmadığı konusunda araştırma yapmaları, eğer mümkünse bu belgeler haricinde ek bazı belgelerin de talep edilmesinin ileride doğabilecek ihtilafların önüne geçilmesi bakımından yararlı olacağına kanaatindeyiz.

Son olarak, Meşru Olmayan Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine Ait Sözleşme¹⁷⁹, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun annesi ile soy

¹⁷⁸ TVK m. 31’de Türk vatandaşlığa alınma kararının iptali düzenlenmiştir. Soy bağı yoluyla vatandaşlığın kazanılması kanun gereği kendiliğinden gerçekleştiği için, burada inşai nitelikte verilmiş bir karar söz konusu değildir. Vatandaşlığa alınma kararından bahsedilemeyeceğinden bu kararın iptali de söz konusu olmaz. Bu yüzden çocuğun madde kapsamına girmediğinin kanaatindeyiz. Karş. Güngör, *Tabiiyet*, 79, dpn. 274. Ayrıca aşağıda bkz. dpn. 190. Aksi bir yorumda dahi madde, iptal kararının alınabilmesi için “ilgilinin” yalan beyanı veya vatandaşlığa alınma kararına tesir eden önemli hususları gizlemesini aramıştır. Her ne kadar doğum belgesinde çocuğu doğuran kadının gizlenmesi böyle bir tespit kararının alınmasında etkili olacaksa da burada ilgilinin çocuk olmasından ötürü, üçüncü bir kişilerin sunduğu belgelere dayanarak çocuğun vatandaşlığının iptali de söz konusu olmayacaktır.

¹⁷⁹ RG, 11.10.1965, S. 12123. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. “Convention (No.6) on the Establishment of Maternal Descent of Natural Children,” Commission Internationale de L’état Civil, erişildi 14 Ocak, 2024, https://www.ciecl.org/ConventionsPDFEN/Conv_EN_06.pdf. Kişi Halleri Komisyonu, komisyona üye devletler arasında kişi halleri ve aile hukukuna ilişkin meselelerde kanunlar ihtilafı hukuku ile maddi hukuk alanında yeknesaklık sağlamayı hedeflemekte ve zikredilen sözleşme de maddi hukukun yeknesaklaştırılmasına yönelik yegane sözleşmedir. Bkz. Hatice Özdemir-Kocasakal, “Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Aile

bağının kurulmasına ilişkin maddi milletlerarası özel hukuk kuralı getirmektedir. İlgili hükme göre doğum belgesinde anne olarak gösterilen kadın, çocuğun annesi olarak kabul edilecektir (Sözleşme m. 1)¹⁸⁰. Bu hükümden hareketle, doğum belgesinde taşıyıcı annenin değil de müstakbel Türk vatandaşı kadının anne olarak gösterilmesi halinde, çocuk ile soy bağının kurulabileceği iddia edilebilir. Sözleşmenin *erga omnes* niteliği tartışmalı olsa da¹⁸¹, en azından doğum belgesinde anne olarak gösterilen kişinin Türk vatandaşı olması, sözleşmenin uygulanması bakımından yeterli olacaktır. Böylece Türk vatandaşı kadın, doğrudan sözleşmeye dayanabilecektir.

Pek tabii sözleşmenin evlilik dışı doğan çocuklara ilişkin bir hüküm getirmesi sebebiyle, en azından doğum belgesinde anne olarak gözüken kişinin evli olmaması gerekir. Sözleşmeye göre annenin doğum belgesinde gösterilen kadın olduğu kabulünden hareketle, taşıyıcı annenin medeni durumunun, sözleşmenin uygulanması açısından bir etkide bulunmayacağını fikrindeyiz. Dolayısıyla müstakbel Türk vatandaşı kadın ebeveynin evli olması halinde, sözleşmeye göre soy bağının kurulduğu iddiasında bulunulamayacaktır. Bu yüzden esas incelenmesi gereken, müstakbel Türk vatandaşı kadın ebeveynin evli olmaması halinde sözleşmenin uygulanabilip uygulanamayacağıdır.

Sözleşmenin amacı, o dönemde komisyona üye devletler arasında, evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelen çocuk ile anne arasındaki soy bağının kurulmasında benimsenen farklı prensiplerin ortadan kaldırılmasıdır. Benimsenen farklı prensipler ise, sözleşmenin akdedildiği tarih de dikkate alındığında, çocuğun taşıyıcı anne ile müstakbel kadın ebeveyn arasında soy bağının kurulmasına ilişkin kabul edilen farklı prensipler değildir. Farklı prensipler ile kastedilen, üye devletlerden bazılarının çocuk ile anne

Hukukuna İlişkin Anlaşmalar,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) no. 1 (Nisan 2011): 563-564, 573.

¹⁸⁰ Sözleşme m. 1: “*Bir şahıs gayrimeşru çocuğun doğum ilmühaberinde onun anası olarak gösterilmiş ise, ana bakımından nesep bu şekilde taayyün eder. Bununla beraber bu nesebe itiraz olunabilir.*”

¹⁸¹ Sözleşmenin uygulanmasının çocuğun veya doğum belgesinde anne olarak gösterilen kişinin, sözleşen devletin vatandaşlığına sahip olmasına bağlı olmadığı yönünde bkz. Özdemir-Kocasakal, “Uluslararası Kişi Halleri,” 573; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 180. Sözleşmenin ilk maddesinin uygulanması için, annenin sözleşen devlet vatandaşı olmasına gerek olmadığı yönünde ayrıca bkz. Aysel Çelikel, *Devletler Hususi Hukukunda Nesep İlişkileri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 137.

arasındaki soy bağının kurulabilmesi için ayrıca tanıma beyanı aramasıyken, diğer üye devletlerde ise böyle bir beyanın aranmamasıdır¹⁸². Dolayısıyla doğum belgesinde anne olarak gösterilen kişi, bu faraziyede yine çocuğu doğuran kadın olmakla birlikte, tabii bağın hukuki etki doğurmasında tanıma beyanının aranmaması amaçlanmıştır¹⁸³. Sözleşmenin ve ilgili maddenin amacı değerlendirildiğinde, lafzi yorumdan hareketle bir sonuca gidilemeyeceğinin kanaatindeyiz¹⁸⁴. Nitekim getirilen kural aynı zamanda bir karine niteliğini taşımaktadır. Zira doğum belgesinde gösterilen kişiyle çocuk arasındaki soy bağının kurulmasına itiraz edilebileceği belirtilmiştir (Sözleşme m. 1/c.2). Sözleşmenin amacı dikkate alındığında buradaki itirazın konusunu, doğum belgesinde gösterilen kişinin, esasında çocuğu doğuran kadın olmadığı yönünde anlaşılmalıdır¹⁸⁵.

V. TAŞIYICI ANNELİĞİN VATANDAŞLIK HUKUKU BOYUTU

A. Doğum Yeri Esası

Türk iç hukukunda taşıyıcı anneliğin yasaklanması sebebiyle çalışmamız, sınır ötesi taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocukların Türk vatandaşlığına odaklanmaktadır. Bununla birlikte bu doğumun Türkiye’de

¹⁸² Çelikel, *Nesep İlişkileri*, 137; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 180.

¹⁸³ Bu sonuca komisyon raporlarından da ulaşmak mümkündür. Bkz. “*Hukukumuzda ana bakımından tanıma müessesesi olmadığı ve Medeni Kanunumuzun 290 nci maddesi ile «Nesebi sahih olmıyan çocuğun anam doğuran kadındır.» Hükmü ile ana prensip belirtildiğine göre bizim vatandaşlarımızı ilgilendirmiyen ve mevzuatımıza aykırı bir hüküm ve değişiklik getirmiyen bu sözleşmenin onaylanması amacıyla bu kanun tasarısı hazırlanmıştır.*”: T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, *Meşru Olmıyan Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine Ait Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri, Adalet ve Dışişleri komisyonları raporları (1/552)*, erişildi 14 Ocak, 2024, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c034/mm__01034039s0771.pdf.

¹⁸⁴ Nitekim sözleşmenin birinci maddesinde, “doğum belgesinden anne gözükken kişi”den bahsedilse de doktrinde bu ifadenin yorumunda lafza bağlı kalınmamıştır. *Tiryakioğlu* ifadeyi, “çocuğu doğurduğunu söyleyen kişi”, *Akıncı/Demir-Gökyayla* ise, “doğum belgesinde doğuran kadın” olarak aktarmıştır. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar* (Ankara: Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, 2000), 47; Akıncı ve Demir-Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku*, 134.

¹⁸⁵ Bu yönde ayrıca bkz. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 275.

gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin, gerekli tıbbi işlemler yurt dışında gerçekleşmiştir; ancak müstakbel ebeveynler doğumun Türkiye’de gerçekleşmesini isteyebilirler yahut getirilen yasaklara rağmen gerekli işlemler hem Türkiye’de gerçekleşmiş hem de doğum Türkiye’de gerçekleşmiş olabilir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, doğumun Türkiye’de gerçekleşmiş olması sırf bu sebepten ötürü çocuğa Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Zira Türk hukukunda doğum yeri esası, vatansızlığı önleme amacına hizmet etmektedir. Türk hukukunda vatansızlık¹⁸⁶ ile kastedilen kişinin hukuken vatansız olmasıdır¹⁸⁷. Dolayısıyla Türkiye’de taşıyıcı anneden doğan bir çocuk, ancak soy bağı yoluyla anne ve/veya babasından herhangi bir vatandaşlık kazanamamışsa Türk vatandaşlığını kazanabilecektir.

Doğum yeri esası ile vatandaşlığın kazanılması, soy bağı esasıyla vatandaşlığın kazanılmasının aksine, çocuğun taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelip gelmediği ile ilgilenmemektedir. Buna karşın ülkelerin taşıyıcı anneliğe olan farklı yaklaşımları “çaresel *ius soli*” düzenlemelerinin daha sıklıkla devreye girmesine sebebiyet verebilir. Bu kapsamda, yabancı bir devletin soy bağı esasıyla vatandaşlığın izafesinde doğum olayı yerine genetik bağa öncelik vermesi, çocuğun taşıyıcı anneden vatandaşlık iktisap edememesi sonucunu doğurabilir. Eğer çocuk başka bir yolla da yabancı devletin vatandaşlığını doğum anında iktisap edemiyorsa (vatansız kalıyorsa) doğumun Türkiye’de gerçekleşmesi, çocuğun doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığını kazanmasını sağlayacaktır (TVK m. 8). Meğerki soy bağı, Türk vatandaşı ebeveynle kurulmuş olsun¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Vatansızlık kavramı, hukuki vatansızlık (*de jure*) ve fiili vatansızlık (*de facto*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hukuki vatansızlık, kişinin hukuken hiçbir devletle vatandaşlık bağına sahip olmadığını belirtirken; fiili vatansızlıkta kişinin aslında hukuken vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu bir devlet bulunmakta buna karşın kişi bu bağ ile bağlı olduğu devletin hukuki korumasından çeşitli sebeplerden ötürü faydalanamamaktadır. Bkz. Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Vatandaşlık*, 187; Batır, *Vatandaşlık*, 221.

¹⁸⁷ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na (YUKK) göre vatansız kişi, “hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişiyi” ifade eder. Bkz. RG, 11.04.2013, S. 28615.

¹⁸⁸ Zira bu ihtimalde soy bağı esası doğum anından itibaren hüküm doğuracağından, aslında çocuk doğum anında vatansız duruma hiç düşmemiş olacaktır. Bu yüzden Türk vatandaşlığı *ius soli* ile değil, *ius sanguinis* ile kazanılmış olacaktır.

B. Soy Bağı Esası

Taşıyıcı annenin yabancı, Türk vatandaşı müstakbel ebeveynin ise Türk vatandaşı olduğu durumlarda çocuğun Türk vatandaşlığını soy bağı yoluyla müstakbel anneden kazanabilmesi, bu bağı müstakbel anneyle kurulabilmesine bağlıdır. Yukarıda açıkladığımız üzere mevcut düzenlemeler ışığında kanaatimiz, bunun ancak yabancı bir mahkemeden alınabilecek bir kararla mümkün olduğudur. Zira Türk hukukundaki düzenlemeler bir bütün olarak dikkate alındığında, TMK m. 282/1 hükmünün mevcut durumda kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasını bertaraf edici bir niteliği haiz olduğunu kabul etmekteyiz.

Pek tabii çocuğun soy bağı esasıyla Türk vatandaşlığını biyolojik babasından kazanması da mümkündür. Dolayısıyla çocuğun, müstakbel Türk vatandaşı kadın ebeveyn ile bu bağı kurup kuramayacağından bağımsız olarak, Türk vatandaşlığını soy bağı esasıyla babasından kazanacaktır. Bu durumda biyolojik babanın, hukuken baba olarak gözükmemesi söz konusudur. Buna karşın bu bağ somut olayın şartlarına göre tanıma, soy bağına reddi veya babalık davasıyla kurulabilir. Bu bağı kurulmasıyla çocuk doğum anından itibaren Türk vatandaşı olacaktır. Dolayısıyla idarenin buna ilişkin vereceği karar inşai değil bildirici niteliktedir¹⁸⁹.

Belirtelim ki biyolojik babanın da yabancı olduğu hallerde, biyolojik babayla kurulan soy bağı, Türk vatandaşlığının geri alınmasına neden olabilir. Örneğin yabancı taşıyıcı annenin evli olduğu ve eşinin de Türk vatandaşı olduğu varsayımında, babalık karinesinin uygulanması halinde çocuğun bu kişiden Türk vatandaşlığını kazandığı kabul edilecektir. Ancak ileride bu bağ iptal edilirse, daha öncesinde çocuğun Türk vatandaşı olduğunu belirten karar geri alınacaktır¹⁹⁰.

Biyolojik baba doğum anında Türk vatandaşı ancak çocukla soy bağına kurulduğu anda yabancıysa, çocuğun Türk vatandaşlığını soy bağı esasıyla kazanıp kazanamayacağı konusu tartışmalıdır. Yönetmelik bu halde babayla soy bağına kurulduğu anı dikkate almıştır (TVK Yön. m. 7/4). *Güngör*, Yönetmelik hükmünün işin mahiyeti gereği yerinde olduğunu ileri sürmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁹ Güngör, *Tabiiyet*, 72.

¹⁹⁰ TVK m. 40'ta vatandaşlığın kazanılmasına "ilişkin" kararlardan bahsedildiği için hükmün kapsamında sadece inşai değil, aynı zamanda tespit niteliği taşıyan idari kararlar da girmektedir. Bkz. Güngör, *Tabiiyet*, 241. Ayrıca yukarıda bkz. dpn. 178.

¹⁹¹ Güngör, *Tabiiyet*, 72, dpn. 245.

Kanaatimizce ilgili yönetmelik hükmü hem kanuna hem de soy bağı yoluyla kazanılan vatandaşlıkta kabul edilen temel esaslara aykırılık teşkil etmektedir¹⁹². Bilindiği üzere soy bağı yoluyla kazanılan vatandaşlıkta dikkate alınan an doğum anıdır. Doğum anı hem vatandaşlığın kazanılmasında hem de kaybında dikkate alınması gereken bir andır. Aksi bir yorum, doğum anını vatandaşlığın “kaybı” halinde dikkate alınmasını; vatandaşlığın “kazanılması” noktasında ise dikkate alınmaması sonunu doğurur. Böyle bir çelişkili halin yaratılmasında, kanunilik ilkesi ile soy bağı esasının prensipleri çerçevesinde haklı bir karşılığı bulunmamaktadır.

Bu ihtimal ile örneğin, soy bağının iptaliyle verilen karar geçmişe etki ederek, çocuğun Türk vatandaşlığını esasında hiç kazanmadığı sonucu doğacak (TVK m. 40)¹⁹³; ancak aynı zamansal etki bu sefer, Türk vatandaşlığının kazanılmasında dikkate alınmayacaktır. Nitekim doktrinde, soy bağı esasıyla vatandaşlığın kazanılmasının incelendiği başka bir meselede, benzer bir yaklaşım kabul görmektedir. Söz konusu mesele, soy bağının kurulduğu anda çocuğun ergin olması halidir. Bu noktada yazarlar, doğum anının dikkate alınacağını kabul etmekte ve bu yüzden ergin olan çocuğun iradesinin aranmayacağını belirtmektedirler¹⁹⁴. Bu kapsamda, aynı vatandaşlığın kaybında olduğu gibi vatandaşlığın kazanıldığı anın tayininde de somut olaya göre farklı bir anın belirlenmesi yerine, sadece doğum anının dikkate alınması gerektiği fikrindeyiz. Sonuç olarak, Türk vatandaşı biyolojik baba ile soy bağının kurulması halinde, babanın doğum anındaki Türk vatandaşlığı, çocuğa olan vatandaşlığın izafesinde yeterli olmalıdır.

¹⁹² Aynı yönde bkz. Mehmet Polat Kalafatoğlu, “Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri,” *Public and Private International Law Bulletin* 41, no. 2 (2021): 527.

¹⁹³ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Vatandaşlık*, 47; Güngör, *Tabiiyet*, 72.

¹⁹⁴ Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Vatandaşlık*, 47; Kalafatoğlu, “Soybağı Esası,” 525. Soy bağı esasının doğum anının başlangıcından hüküm ifade edeceğinden hareketle, bu yolla vatandaşlığın kazanılmasında kişinin ergin veya küçük olmasına bağlı olarak bir sınırlandırma getirilemeyeceğini belirten Güngör’ün de bu görüşte olduğunu kabul etmekteyiz. Nitekim yazar aksi görüşü, “geçmişte ileri sürülen bir görüş” olarak nitelendirmiştir. Bkz. Güngör, *Tabiiyet*, 61, 70, dnp. 250. Aksi yönde bkz. Belgesay, *Türk Vatandaşlığı Hukuku Şerhi*, 13. Olması gereken hukuk açısından ergin kişinin iradesinin aranmasının daha yerinde bir düzenleme olacağı yönünde bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 71.

C. Evlat Edinilme

Yabancı taşıyıcı anneden doğan çocuğun, soy bağı esasıyla müstakbel Türk vatandaşı anneden veya babadan Türk vatandaşlığını kazanamamış olması halinde¹⁹⁵, çocuk ile hukuki bağ kurmak isteyen müstakbel ebeveynlerin başvuracakları yegane yol evlat edinmedir. Türkiye’de evlat edinme ancak mahkeme kararıyla kurulabilecek bir ilişkidir (TMK 315). Dolayısıyla müstakbel ebeveynlerin Türkiye’de bu ilişkiyi kurmak istemeleri halinde, çocuğun dava anındaki statüsü uyuşmazlığa yabancılık unsuru katacaktır. MÖHUK’ta evlat edinmeye ilişkin özel bir düzenleme yer aldığından (MÖHUK m. 18), bu ilişkinin kurulabilmesinde aranan şartlara MÖHUK m. 16 hükmü uygulanmayacaktır.

MÖHUK m. 18’e göre evlat edinme işleminin gerçekleşebilmesi için aranan şartlar, tarafların evlat edinme anındaki (karar anı) milli hukukuna tabi tutulmuştur. Müstakbel ebeveynlerden birinin Türk vatandaşı olması durumunda, “evlat edinen açısından” Türk maddi hukukundaki şartlar uygulanacaktır¹⁹⁶. Çocuk açısından aranan şartlar bakımından kendi milli hukuku uygulanacak olsa da çocuk vatansız statüsündeysen, MÖHUK m. 4/1-a uyarınca ikame bağlama noktası tayin edilecektir.

Pek tabii çocuk ile müstakbel ebeveyn arasındaki bu bağ yabancı bir ülkede, “idari” veya adli makamca da kurulabilir. Buna karşın bu hükmün Türkiye’de etki doğurabilmesi için kararın tanınması gerekir¹⁹⁷. Gerek yurt dışındaki bir karara dayanarak gerekse doğrudan Türkiye’de gerçekleşen evlat edinme ile kurulan soy bağının, çocuğun Türk vatandaşlığını kendiliğinden

¹⁹⁵ Örneğin müstakbel babanın aynı zamanda genetik açıdan da baba olmaması ve milletlerarası özel hukuk problemleri ışığında bu bağın müstakbel babayla kurulamaması.

¹⁹⁶ Bkz. yukarıda dnp. 86.

¹⁹⁷ Evlat edinmeye ilişkin yabancı kararların Türk hukukunda tanınması için özel bir düzenleme NHK m. 30/2’de yer almaktadır. İlgili hüküm, yabancı evlat edinme kararların tanınmasında mutlaka adli makamca verilmiş bir karar aramadığından MÖHUK’tan önemli bir farklılık içermektedir. Bkz. Akıncı ve Demir-Gökyayla, 143; Sercan Ecemiş, “MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 1 (Mayıs 2020): 374-378. Yine yabancı devletlerde gerçekleşen evlat edinme işlemlerinin “doğrudan tanınması” milletlerarası sözleşme hükümleri uyarınca mümkündür: Ebru Şensöz, “Türkiye’nin Tarafı Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (10. Yıla Armağan) 11, no. 22 (2012): 402-403.

kazanmasını sağlamayacağı önemle belirtilmelidir. Zira TVK m. 17’de düzenlenen evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, yetkili makam yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının bir türüdür¹⁹⁸. Bu kapsamda yetkili makam olan İçişleri Bakanlığı’nın sırf çocuğu taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelmesi sebebiyle işlemin konusunu, “milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hal olarak” görmesi ve reddetmesi, idari yargıda iptal edilebilse de TVK m. 10/2’nin idareye sağlamış olduğu geniş takdir yetkisi, çocuğun Türk vatandaşlığına alınmasında engel teşkil edebilir. İdarenin bu talebi olumlu sonuçlandırması halinde, çocuk karar tarihinden itibaren Türk vatandaşı kabul edilecektir¹⁹⁹.

SONUÇ

Taşıyıcı annelik, Türk hukukunda yapılması yasaklı bir işlemdir. Türk hukukundaki bu yasak, taşıyıcı annelik yoluyla yurt dışında bu işlemin gerçekleştirilmesine engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla Türk vatandaşı bir kadının bu yolla anne olmak istemesi halinde, bu çocuğa soy bağı esasıyla Türk vatandaşlığının kazandırılıp kazandırılmayacağına tespiti önemlidir. Çocuğun bu yolla vatandaşlık kazanabilmesi, anne olarak çocuğu doğuran yabancı kadın yerine, müstakbel Türk vatandaşı kadının kabul edilmesine bağlıdır. İşlemin yurt dışında gerçekleşmesi, taşıyıcı annenin yabancı olması veya doğumun yurt dışında gerçekleşmesi, somut olaya yabancılik unsuru katan başlıca unsurlardır. Dolayısıyla bu kabulün yapılıp yapılamayacağına tespitinde kanunlar ihtilafı hukuku boyutu önem kazanmaktadır. Pek tabii böyle bir tespit yabancı bir mahkeme kararıyla yapılmış olabilir. Ancak bu kararın Türk hukukunda doğrudan hüküm ve sonuç doğurabilmesi, tanıma kararının alınmasına bağlı olacağından bu sefer de milletlerarası usul hukuku önem kazanacaktır. Bir diğer ifadeyle, konunun vatandaşlık hukuku bakımından doğuracağı sonuçlar, milletlerarası özel hukukun diğer alt alanlarındaki bu sorunların çözülmesine bağlıdır. Yukarıda incelendiği üzere bu soruya olumlu bir cevap verilmesi, kamu düzeni ile yakından ilişkilidir.

Türk iç hukukunda kanun koyucunun taşıyıcı anneliğe ilişkin bu yaklaşımı bir hukuk politikasıdır ve her hukuk kuralının altında yatan temel

¹⁹⁸ Bkz. yukarıda dpn. 87.

¹⁹⁹ Aybay, Özbek ve Ersen-Perçin, *Vatandaşlık*, 146; Doğan, Yılmaz ve Ayhan-İzmirli, *Vatandaşlık*, 107; Aygül, “Evlat Edinme,” 72; Güngör, *Tabiiyet*, 170. Vatandaşlığın mahkeme kararından itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı yönündeki aksi görüş için bkz. Nomer, *Vatandaşlık*, 109.

kural da kamu düzenini sağlamaktır. Buna karşın kamu düzenine ilişkin bu anlayış, konunun milletlerarası özel hukuk boyutunda değişebilmektedir. Çalışmamız kapsamında da taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuk ile Türk vatandaşı müstakbel anne arasında bir soy bağının kurulup kurulamayacağı meselesi, milletlerarası özel hukukun kendine özgü kamu düzeni anlayışı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Çalışmamız göstermektedir ki, kamu düzeninden sayılan değerler arasında bir çatışma hali mümkün olabilir. Bir yandan kamu düzeni değerlerinden olan; Türk genel adap ve ahlak anlayışı veya Türk hukukunun soy bağının kurulmasına ilişkin kabul ettiği temel prensipler; diğer yandan yine Türk kamu düzeninin bir diğer değeri olan çocuğun yüksek yararı ilkesi söz konusudur. Bu değerlerden birinin tercihi nedeniyle, aslında kamu düzenine aykırılıktan hiç kaçınılamayacağı iddia edilebilir. Zira birinin tercihi ile diğeri dışlanmaktadır. Buna karşın çocuğun yüksek menfaati ilkesi, sadece ulusal kamu düzeninin bir değeri değildir. Bu ilke aynı zamanda milletlerarası kamu düzeninin bir değeridir. Bugün için pek çok milletlerarası sözleşmede çocuğun yüksek menfaati ilkesinden bahsedilmekte, bu ilkeyi yansıtan sözleşmeler, milletlerarası alanda en çok kabul gören sözleşmelerin başında gelmişlerdir. İşte çocuğun yüksek menfaatinin gözetilmesinin sadece ulusal nitelikte bir değer olmaması, bu değere bir önceliğin verilmesini kanaatimizce sağlar niteliktedir. Ancak bu değere bir öncelik verilebilmesi için, en azından birbiriyle çelişen değerlerin ağırlıklarının eşit veya yakın olması gereklidir. Bu ise ancak somut olay değerlendirmesinin yapılmasıyla mümkündür.

Bu kapsamda değerlere verilecek ağırlıkların tayininde; taşıyıcı anneliğin türü ve özellikle Türk vatandaşı ebeveyn ile çocuk arasında genetik bir bağın olup olmaması, soy bağının kurulmaması halinde çocuğun vatansız statüsüne düşüp düşmeyeceği, doğumdan sonra taşıyıcı annenin çocuğu sahiplenmek isteyip istememesi, somut uyumsuzluğun ülkeyle olan ilgi düzeyi²⁰⁰, müstakbel ebeveyn ile çocuk arasında evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla bu bağın zaten kurulup kurulamayacağı önem teşkil edebilir.

Yapmış olduğumuz bu tespitler kamu düzeni müdahalesinin hem kanunlar ihtilafı hem de yabancı mahkeme kararının tanınması boyutunda geçerlidir. Zira her iki halde de kamu düzenine aykırılık, yabancı hukuk

²⁰⁰ Örneğin uzun yıllar boyu yurt dışında yaşayan çocuğun, Türk vatandaşı kadının ölümü üzerine Türkiye'deki mallar için mirasçılığını ileri sürmesi hali ile Türkiye'de yaşayan müstakbel ebeveynin doğumdan hemen sonra bunu ileri sürmesi.

kuralının doğrudan veya dolaylı olarak etki doğurmasına engel bir haldir. Buna karşın Türk hukukunda anne ile soy bağının doğumla kurulacağını belirten TMK m. 282/1 hükmünün “doğrudan uygulanan bir kural” olarak kabul edilip edilemeyeceğinin her iki alanda da farklı sonuçları bulunmaktadır. Eğer bu hükmü doğrudan uygulanan kural olarak kabul edersek, artık kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeyecek, bu yüzden de kamu düzeni müdahalesinin devreye girip girmemesi noktasında değerlerin ağırlıklarının belirlenmesi gerekmeyecektir. Buna karşın bu kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabulü, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında tek başına bir tanıma engeli oluşturmayacaktır. Zira MÖHUK’ta Türk hukukunun doğrudan uygulanan bir kuralına aykırılık, tanıma (ve tenfiz) engeli olarak görülmemiştir. Dolayısıyla Türk hukukunun doğrudan uygulanan bir kuralına aykırı olarak hüküm kuran yabancı kararın tanınmasının engellenmesi, ancak bu aykırılığın kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde mümkündür. Bu durumda yabancı kararın tanınmasının engellenmesi, doğrudan uygulanan kurala aykırılık değil, kamu düzenine aykırılık oluşturacaktır.

Bilindiği üzere kanunlar ihtilafı hukukunda doğrudan uygulanan kurallar bu gücünü, MÖHUK m. 6’dan değil, bizzat kendisinden almaktadır.²⁰¹ Dolayısıyla ayrı bir hükme ihtiyaç duyulmazken kanunlar ihtilafı hukukunda uygulama alanı bulan bu kuralın tanıma ve tenfiz aşamasında neden dikkate alınamayacağına şüphe ile bakılabilir. Doğrudan uygulanan kuralın bu farklılaşan etkisinin temelinde, revizyon yasağının kabul edilmesi yatmaktadır. Türk hukukunda da kabul edilen revizyon yasağı gereği Türk hakimi, somut uyuşmazlığı bir bütün olarak değerlendirmemekte, sadece kanunda aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemektedir. İşte burada bir engel hal olarak belirtilmeyen Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralına aykırılık tek başına bir tanıma ve tenfiz engeli oluşturmayacaktır.

Yukarıda detaylıca açıkladığımız üzere kanaatimiz, TMK m. 282/1 hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğudur. Kuralı doğrudan uygulana kural olarak nitelendirmemizdeki dayanaklarda önemli değişiklikler yapılmadığı sürece, Türkiye’de açılacak soy bağının kurulması veya reddi davasında kanunlar ihtilafı kuralına hiç başvurulmadan bir sonuca gidileceğini düşünmekteyiz. Diğer yandan yabancı mahkeme kararının tanınmasında

²⁰¹ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 46.

doğrudan uygulanan kurala aykırılığın tek başına bir tanıma engeli teşkil etmeyecek olması sebebiyle, bu kurala aykırılığın kamu düzeni müdahalesini gerektirmediği durumda müstakbel Türk vatandaşı kadın ile çocuk arasında soy bağı kurulabilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, TMK m. 282/1'in doğrudan uygulanan kural olma niteliği çocuk ile Türk vatandaşı kadın arasında soy bağının hiçbir şekilde kurulamayacağı anlamını taşımaz. Doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirdiğimiz bu kural yalnızca MÖHUK m. 16'nın devreye girmesini engelleyecektir. Dolayısıyla yabancı çocuk ile Türk vatandaşı kadın arasındaki soy bağı MÖHUK m. 18 uyarınca evlat edinme yoluyla kurulabilir.

Sonuç olarak, babanın yabancı olduğu hallerde çocuğun Türk vatandaşı kadına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmesi, ancak aralarında bir soy bağının kurulabilmesine bağlıdır ve mevcut düzenlemeler ışığında bunun ancak yabancı bir mahkemedен alınan kararın ardından mümkün olacağını kanaatindeyiz. Pek tabii çocuğun evlat edinilmesi halinde, çocuk TVK m. 17 uyarınca Türk vatandaşlığına alınabilir. Ancak iki durum arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Soy bağının evlat edinme yoluyla kurulması halinde çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesi, yetkili makamın vereceği karara bağlıdır.

Devletlerin taşıyıcı anneliğe ilişkin yasaklayıcı yaklaşımları, vatansızlığı engellemek amacıyla getirilen doğum yeri esasının daha çok uygulanabilme ihtimalini arttırmaktadır. Bu yasaklar sebebiyle çocuk herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanamaz ise, doğumun Türkiye'de gerçekleşmesi, çocuğun Türk vatandaşlığını doğum yeri esasıyla kazanmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Acabey, Beşir. *Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*. İzmir: Güncel, 2002.
- Ağaoğlu, Cahit. “Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşiyıcı Annelik ile Taşiyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu.” *Public and Private International Law Bulletin* (Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 40, no. 1, (Haziran 2020): 437-480.
- Akıncı, Ziya ve Cemile Demir-Gökyayla. *Milletlerarası Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Alibaba, Arzu. *Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları*. Ankara: Turhan, 2021.
- Arslan, İlyas. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*. Ankara: Adalet, 2019.
- Aybay, Rona ve Esra Dardağan. *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2008.
- Aybay, Rona, Nimet Özbek ve Gizem Ersen-Perçin. *Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.
- Aygül, Musa. “Evlat Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 99 (Mart-Nisan 2012): 45-80.
- Balkar-Bozkurt, Süheyla. “Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan C. II) no. 2 (Nisan 2014): 795-861.
- Baran-Çelik, Neşe. *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Batır, Kerem. *Uluslararası Hukukta Vatandaşlık*. Ankara: Adalet, 2018.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Türk Vatandaşlığı Kanunu Şerhi*. İstanbul: Sanayii Nefise Matbaası, 1929.
- Bilgin, Hikmet. *Medeni Usul Hukuku Açısından Babalık Davası*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Commission Internationale de L’état Civil. “Convention (No.6) on the Establishment of Maternal Descent of Natural Children.” Erişildi 14 Ocak, 2024, https://www.ciec1.org/ConventionsPDFEN/Conv_EN_06.pdf.
- Cuddy, Alice ve Sertaç Aktan. “Türkiye’de ve Avrupa’da Taşiyıcı Annelik Nasıl Uygulanıyor?.” *Euronews*, 14 Eylül 2018, <https://tr.euronews.com/2018/09/14/turkiye-ve-avrupa-da-tasiyici-annelik-nasil-uygulaniyor>.

- Çağlayan-Aygün, Gözde. *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlat Edinme ve Sonuçları*. Ankara: Yetkin 2021.
- Çelikel, Aysel. *Devletler Hususi Hukukunda Nesep İlişkileri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2021.
- Dardağan-Kibar, Esra. "Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) no. 1 (Nisan 2011): 541-560.
- Demir-Gökyayla, Cemile. *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni*. Ankara: Seçkin, 2001.
- Deomampo, Daisy. "Defining Parents, Making Citizens: Nationality and Citizenship in Transnational Surrogacy." *Medical Anthropology* 34, no. 1 (2015): 210-225.
- Doğan, Vahit, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan-İzmirli. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Rehber, 2023.
- Doğan, Vahit, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan-İzmirli. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Savaş, 2023.
- Dörr, Bianka. "Taşıyıcı Annelik ve Embriyo Bağışı." Çeviren Merve Ürem. *Tıp Hukuku Dergisi* 4, no. 8 (Ekim 2015): 193-211.
- Ecemiş, Sercan. "MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 1 (Mayıs 2020): 357-395.
- Ecemiş, Sercan. "Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 1 (Mayıs 2023): 229-266.
- Ekşi, Nuray. *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. İstanbul: Beta, 2020.
- Ekşi, Nuray. "Mahkeme Kararlarında Sınırışan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar." *Public and Private International Law Bulletin* 36, no. 2 (Aralık 2016): 1-51.
- Erdem, B. Bahadır. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Beta, 2022.
- Ergüneş, Seda. "Yapay Döllenme." *İçinde Sağlık Hukuku Makaleleri II*, Ed. İstanbul Barosu Yayın Kurulu, 167-178. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012.
- Erkan, Mustafa. "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 1 (Haziran 2012): 11-51.
- Erol, Yasemin. *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*. Ankara: Yetkin, 2012.

- Ersen-Perçin, Gizem. *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*. İstanbul: Onikilevha, 2023.
- Erten, Rifat. *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*. Ankara: Yetkin, 2017.
- Göger, Erdoğan. *Türk Tabiiyet Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Gölcüklü, İlyas. "Milletlerarası Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* no. 1 (Haziran 2021): 835-865.
- Güngör, Gülin. *Tabiiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Güngör, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Güven, Pelin. "Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması – Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Konunun Değerlendirilmesi." İçinde *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008)*, Ed. Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Banu Şit, 119-140. Ankara: Yetkin, 2018.
- Hakeri, Hakan. "Türk Hukukunda Yapay Döllenme." *Tıp Hukuku Dergisi* 4, no. 8 (Ekim 2015): 103-128.
- Helvacı, Serap ve Murat Topuz. *Geçmişten Günümüze Özdeyişlerle Hukukun Kadim İlkeleri*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Irgız, Doğa. "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılığın Revizyon Yasağı Kapsamında İncelenmesi." Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2023.
- Kalafatoğlu, Mehmet Polat. "Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri." *Public and Private International Law Bulletin* 41, no. 2 (Aralık 2021): 517-557.
- Metin, Sevtap. "Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşiyıcı Annelik." İçinde *Sağlık Hukuku Makaleleri II*, Ed. İstanbul Barosu Yayın Kurulu, 7-55. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012.
- Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2020.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.
- Odman, Tevfik M. *Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku*. Mersin: Çağ Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Orwell, George. *1984*. İstanbul: Can Sanat Yayınları, 2015.
- Ökçün, Gündüz. *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni*. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997.

- Öktem-Çevik, Seda. “Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* (Cevdet Yavuz’a Armağan) 22, no. 3 (Aralık 2016): 2105-2130.
- Özdemir, Hayrunnisa ve Ahmet Cemal Ruhi. *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*. İzmir: Onikilevha, 2016.
- Özdemir-Kocasakal, Hatice. *Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Özdemir-Kocasakal, Hatice. “Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) no. 1 (Nisan 2011): 561-607.
- Özdemir-Kocasakal, Hatice. “Doğrudan Uygulanan Kurallar.” *İçinde 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü-Tunçağıl, 48-95. Ankara: Adalet, 2018.
- Özel, Sibel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Onikilevha, 2023.
- Özgenç, Zeynep. “Velayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 1 (Şubat 2018): 3-47.
- Özkan, Işıl ve Uğur Tütüncübaşı. *Uluslararası Usul Hukuku*. Ankara: Adalet, 2020.
- Özsunay, Ergun. “Taşiyıcı Annelikte İlgili Hukuksal Sorunlar.” *Güncel Hukuk Dergisi* 8, no. 44 (Ağustos 2007): 28-29.
- Parlak-Börü, Şafak. “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler.” *Public and Private International Law Bulletin* 39, no. 1 (Haziran 2019): 63-110.
- Ruhi, Ahmet Cemal. *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi*. İstanbul: Onikilevha, 2019.
- Saatçioğlu, Onur Can. “Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında Kamu Düzeni Müdahalesi.” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 38, no. 1 (Eylül 2018): 147-189.
- “Sadece 2 Günle Hayatları Karardı! Anne Hapiste Çocuk Ortada Yok!” *Haber61*, 15 Ekim, 2015, <https://www.haber61.net/yasam/sadece-2-gunle-hayatleri-karardi-anne-hapiste-cocuk-ortada-yok-h241937.html>.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2005.

- Sirmen, Kazım Sedat. "Toprak Esası (Ius Soli) Prensibi, Uygulanması ve AİHM'nin Yaklaşımı." İçinde *Avrupa ve Uluslararası Göç Hukuku*, Ed. Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik ve Elçin Aktan, 467-482. Ankara: Yetkin 2022.
- Sizer, Merve. *Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 2023.
- Şensöz, Ebru. "Türkiye'nin Tarafı Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (10. Yıla Armağan) 11, no. 22 (2012): 389-444.
- Şensöz-Malkoç, Ebru. "Uluslararası Taşınıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, no. 2 (2015): 13-49.
- Şensöz-Malkoç, Ebru. *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Tan-Dehmen, Mine. "Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü." Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2012.
- Tan-Dehmen, Mine. "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 33, no. 1 (2013): 169-211.
- Tarıbilir, Feriha Bilge. "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Türkiye'de Yerleşmiş Olan Yabancıların "Türk Vatandaşı Eşinden Olan Çocuklarına" Getirdiği (YÇİHK m. 8/a) İstisnai Çalışma İzni Alma Yükümlülüğü Üzerine Bazı Tespitler." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 37-65.
- Tarman, Zeynep Derya. *Milletlerarası Özel Hukuk Kısa Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat, 2023.
- T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, *Meşru Olmayan Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine Ait Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri, Adalet ve Dışişleri komisyonları raporları* (1/552), erişildi 14 Ocak, 2024, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c034/mm__01034039ss0771.pdf.
- T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü. *Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklama 8.10.2021*. Erişildi 9 Aralık, 2023, https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/081021-tarihli-nufus_mevzuatinin_uygulanmasına_iliskin_aciklamalar.pdf.

- Tekdoğan-Bahçivan, Işıl S. *Milletlerarası Özel Hukukun (Kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukuku bağlamında) İnsan Hakları ile Dönüşümü?*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Tekdoğan-Bahçivancı, Işıl S. “Taşiyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme.” İçinde *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, Ed. Süheyla Suzan Gökalp-Alıca ve Necdet Basa, 747-763. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019.
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Tiryakioğlu, Bilgin. *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*. Ankara: Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, 2000.
- Turgut, Cemile. *Yapay Döllenne Taşiyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar*. İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Turhan, Turgut ve Feriha Bilge Tanrıbilir. *Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2017.
- Uluocak, Nihal. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz, 1989.
- Ungan-Çalışkan Hazal. “Bırakınız Taşısınlar: Taşiyıcı Anneliğe Güncel Bir Bakış.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1 (Mart 2016): 489-510.
- United Nations Children’s Fund. “Convention on the Rights of the Child.” Erişildi 2 Aralık, 2023, <https://www.unicef.org/turkiye/en/convention-rights-child>.
- United Nations Children’s Fund. “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme.” Erişildi 2 Aralık, 2023, <https://www.unicef.org/turkiye/çocuk-haklarına-dair-sözleşme>.
- U.S. Embassy in Georgia. *Message for U.S. Citizens: New Law Banning Surrogacy Planned in Georgia*. Erişildi 3 Aralık, 2023, <https://ge.usembassy.gov/message-for-u-s-citizens-new-law-banning-surrogacy-planned-in-georgia/#:~:text=The%20Georgian%20government%20has%20announced,will%20be%20a%20criminal%20offense>.
- Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer. “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişisine Uygulanacak Hukuk Sorunu.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (Aralık-Ocak 2008): 315-322.
- Ünsal, Hande. “Doğum Anında Vatandaşlığın Kazanılmasında Ius Soli Esası.” *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 2 (Aralık 2023): 517-579.
- Ünver, Yener. “Ceza Hukuku Açısından Taşiyıcı Annelik.” *Tıp Hukuku Dergisi* 4, no. 8 (Ekim 2015): 291-341.

Yakuppur, Sendi. “İleri Teknoloji Kullanarak Gerçekleştirilen Taşıyıcı Annelik.” İçinde *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Cilt 1*, Ed. Zeynep Özlem Üskül-Engin, 273-298. İstanbul: Onikilevha, 2019.

Yasan-Tepetaş, Candan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 177-178 (Mayıs-Haziran 2019): 1219-1262.

Yıldırım, Hilal. “Yasa Dışı Kazanç: Taşıyıcı Annelik.” *TRT Haber*, 9 Eylül, 2022, <https://www.trthaber.com/haber/turkiye/yasa-disi-kazanc-tasiyici-annelik-707656.html>.

Zengin, Zeynep Gamze. “Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2022.

KISALTMALAR CETVELİ

Açıklama	: Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklama
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
ÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
dpn.	: dipnot
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Karş.	: Karşılaştırmamız
m.	: madde
MÖHUK	: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NHK	: 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHK Yön.	: Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
no.	: Sayı numarası
ODSANHK	: 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TVK	: 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu
TVK Yön.	: Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YUKK	: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

DİJİTAL ÜRÜNLERİN EŞYA NİTELİĞİNE DİSİPLİNLERARASI BİR BAKIŞ

*An Interdisciplinary Perspective on the Property
Character of Digital Products*

Cannur ERCAN*
Gökhan ÜNLEN**

Öz

Dijital ürün olarak ifade edebileceğimiz dijital içerik ve dijital hizmetler yaşamımızın, artık neredeyse her günümüzün bir parçasıdır. Öyle olmakla beraber hukukumuzda henüz bunlara ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. AB ülkelerindeki yasalaşma süreci ise oldukça yenidir. Doktrinde ZECH'in bilginin varlık düzeyindeki sınıflandırması dijital ürüne uygulanarak; dijital ürünün varlık düzeyindeki semantik, sentaktik ve (olası) fiziksel varlığı gereği üçlü bir yapıyı bünyesinde barındırabileceğine dikkat çekilmelidir. Dijital ürünlerin bu anlamda kendine özgülüğü, bunlara gerek pozitif hukuk (*de lege lata*) gerek olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından uygulanabilecek hükümlerin belirlenebilmesinde bazı güçlükleri beraberinde getirmektedir. Çalışmada dijital ürünün hukuki niteliği perspektifinden eşya niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmelerin Telif Hukuku ve Sözleşmeler Hukuku ile ilişkilendirilerek ele alınması amaçlanmaktadır. Dijital ürünün üzerinde vücut bularak fiziksel dünyada varlık kazandığı eşya ile ilişkisi çalışmanın odak noktasını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijital ürün, yapısal özelliği, eşya niteliği, sözleşmeler hukuku, telif hukuku

Makalenin Geliş Tarihi: 22.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 26.05.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: cannurcatakli@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1870-0510.

** Arş. Gör., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: gokhanunlen@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7523-2074.

Abstract

Digital content and digital services, which we can refer to as digital products, are now a part of our lives, almost every day. Nevertheless, there is no legal regulation regarding these in our law yet. The legalization process in EU countries is quite new. In the doctrine, by applying ZECH's classification of information at the level of existence to the digital product, it should be pointed out that the digital product may embody a triple structure due to its semantic, syntactic and (possible) physical existence at the level of existence. The uniqueness of digital products in this sense brings some difficulties in determining the provisions that can be applied to them in terms of both positive law (de lege lata) and the law that should be (de lege feranda). In this study, it is aimed to address the evaluations regarding whether the digital product has the characteristics of goods from the perspective of its legal nature by associating it with Copyright Law and Contracts Law. The focus of the study is the relationship between the digital product and the goods on which it is embodied and in which it comes into existence in the physical world.

Keywords: Digital product, structural feature, property nature, contracts law, copyright law

GİRİŞ

Klasik anlamda ürün olarak kabul edilen varlıkların günümüzde, dijitalleşme süreci karşısında paylarına düşeni aldıkları görülmektedir. Dijitalleşen dünyada klasik, fiziksel varlığı haiz ürünler¹ artık karşımıza “akıllanmış” olarak çıkmaktadır. “Akıllanmış” süpürge, telefon, araba ya da saat gibi ürünler bunlardan sadece bazılarıdır². Ancak “akıllanma” süreci yazılımların sadece bir cisim üzerinde vücuda kavuşmasıyla değil; bunlar

¹ Ürün sorumluluğu hukukunun uygulanabilirliği açısından fiziksel varlığın gerekip gerekmediği yönündeki tartışmalar hakkında bkz. aşağıda dn. 72.

² AB Hukukunda başkaca bir eşyanın içerisinde entegre edilmiş dijital içerik, bir diğer ifadeyle “dijital unsurlu mallar (*Waren mit digitalen Elemente*)” 2019/771 sayılı AB Mal Satım Direktifi ile düzenlenmiştir. Resital 13, 14, 15; Art. 2/V, b Mal Satım Direktifi. Richtlinie EU 2019/771 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20 Mai 2019 über bestimmte Vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32019L0771> (son erişim: 23.02.2024).

cismani varlığa bürünmeksizin örn. bulut bilişimde veriler depolanarak da desteklenebilecektir. Bu sürecin bir diğer getirisi, fiziksel olarak günlük yaşamlarımızda varlığına alıştığımız kitaplar ile cd, dvd ve plaklarla hayatımızda yer edinen kitap, müzik ve film gibi eserlerin artık dijital dünyaya taşınmasıdır. Söz konusu süreç, adı geçen ürünlerin fiziksel varlığının mülkiyetini/zilyetliğini edinmekten uzaklaşarak artık dijital dünyada bunlara erişimin gerek veri akışı gerek bilgisayar ya da telefonların belleklerine indirilmek suretiyle sağlanarak ihtiyacın karşılanmasına evrilmiştir³. Hal böyle iken dijitalleşen dünyanın objeleri⁴ ve onların hukuku da yeni ihtiyaçlar çerçevesinde şekillenmeye muhtaçtır. Teknolojik ve teknik bakımından söz konusu gelişmeler, eşyanın kendisi ile dijital ürün arasındaki ilişkinin açıklanması ihtiyacını gündeme getirmektedir. Özellikle dijital ürünün eser niteliği taşıdığı hallerde eserin üzerinde cisimlendiği eşyanın (veri taşıyıcısının) hukuku ile telif hakkı sahiplerinin menfaatleri birbiriyle çatışabilmekte; her ikisinin tabi olduğu hükümlerin birbirinden dikkatle ayrılması gerekmektedir. Marka, patent gibi Sınai Mülkiyet Hukukunun koruma alanıyla dijital ürünün kesişmesi halinde de benzer bir durum söz konusudur. Dijital dünyanın konu ile ilgili bir diğer özelliği, dijital ürünlerin başkaca bir materyal ile ilişkilendirilmeksizin de bulut bilişim ya da bilgisayarın belleğinde varlığını sürdürebilmesidir. Çalışmanın amacı, dijital ürünün hukuki niteliğinin açıklanarak disiplinler arası bir yaklaşım ortaya konulmasıdır. Dijital ürünlere uygulanabilecek hükümlere ilişkin detaylı değerlendirmeler kapsam dışı bırakılmıştır.

I. ÜRÜN VE DİJİTAL ÜRÜN KAVRAMLARI

A. Genel Olarak

Dijital dünyadaki söz konusu gelişmelerle bazı hukuki kavramların yeniden tanımlanması ihtiyacı doğmaktadır. Ürün kavramı da bunlardan biridir. Bu kavram bizi bir yönüyle Ürün Sorumluluğu Hukuku alanına götürmektedir. Bunun nedeni ürün kavramının burada tanımlanması ile kavramın AB Hukukunda Ürünlere İlişkin Sorumluluk Direktifi Öneri

³ Stephan Ramming ve Holger Nohr, “Das Urheberrecht im digitalen Wandel: Ein neuer Versuch des Interessensausgleichs auf europäischer Ebene,” *Hochschule der Medien* (2016): 4.

⁴ Dijital ürünün yeni bir hak objesi (*Rechtsobjekt*) olarak görülüp görülemeyeceği hakkında bkz. aşağıda dn. 33.

metninde dijital perspektiften yeniden ele alınması ihtiyacının doğmuş olmasıdır.

Kişilerin ihtiyaç duydukları tüm ürünleri kendilerinin üretmeleri mümkün olmadığından özellikle sanayileşme ile birlikte toplumda iş bölümünün geliştiği; bunun hukuki sorumluluk bakımından bazı yeni yaklaşım ve yasal düzenlemeleri de kaçınılmaz olarak beraberinde getirdiği görülmektedir. Ürün Sorumluluğu Hukuku bir tarafta üretici(ler zinciri), diğer tarafta üretim faaliyetlerinin sonucundan yararlanan kişiler gözetilerek; öz itibarıyla üründen yararlanan kişilerin bunlardan zarar görmesi halinde kime/kimlere baş vurabileceği etrafında şekillenmektedir⁵. İnceleme konumuzun kapsamı ürün sorumluluğu ekseninde belirlenmemekle birlikte AB hukukundaki yeni yaklaşımlar ve düzenleme önerileri dolayısıyla “dijital ürünün” kavram itibarıyla Ürün Sorumluluğu Hukuku ile bağlantısına kısaca dikkat çekilmelidir⁶.

Aşağıda ayrıca AB 2019/770 ve 2019/771 sayılı Direktiflerdeki dijital ürün ve dijital hizmet kavramlarına; bunları iç hukukuna “dijital ürün” üst başlığı ile alan Alman Hukuku düzenlemesine dikkat çekilerek bunlara ilişkin bilgilere yer verilecektir.

B. Ürün ve Dijital Ürün

Ürün kavramının tanımına iç hukukumuzda 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda⁷ yer verilmiştir. Buna göre ürün “*her türlü madde, müstahzar veya eşya*” olarak tanımlanmaktadır (ÜGTDK m. 3).

⁵ Tuba Akçura Karaman, *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 10 vd.; İnan Deniz Dinç, *Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 53 vd.

⁶ Ürün sorumluluğu hukukunun önemi ve buradaki sorumluluk sülheleri hakkında bkz. İlyas Sağlam, *7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’na Göre Üreticinin Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 34 vd., 90 vd.; M. Murat İnceoğlu, “Ürün Sorumluluğunda Sorumlular,” içinde *Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 82 vd. Tüketici hukuku ve ürün sorumluluğunun birbirinden farklı alanlar olduğu; birbirinden ayrılan ve kesişen yönleri hakkında bilgi için bkz. Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 152 vd.; Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 24 vd.

⁷ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, RG, 12.03.2020, S. 31066.

Tanım kapsamındaki ve kanunun yürürlüğe girdiği 5 Mart 2021 tarihi itibarıyla piyasaya arz edilen ürünler bakımından ÜGTDK hükümleri uygulanacaktır (m. 2/I). İlgili düzenlemede ürün tanımı, mehz düzenleme olarak gösterilen Ürün Sorumluluğu Direktifinde yer alan tanımdan farklılaşmaktadır⁸. Nitekim söz konusu direktifin ilgili maddesi uyarınca ürün “*herhangi bir taşınır veya taşınmaz dahil edilenleri de kapsayacak biçimde taşınırlar*” olarak kaleme alınmıştır. Yanı sıra elektrik de ürün kapsamındadır (AB 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi Art. 2)⁹.

Yukarıda değindiğimiz dijitalleşme süreci AB Sorumluluk Hukukuna, 28.9.2022 tarihli [COM (2022) 495 final; 2022/0302 (COD)] Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Hatalı Ürünlere İlişkin Sorumluluk Direktifi Önerisinde ürün kavramının dijitalleşme süreci dikkate alınarak genişletilmesi ve dijital içeriğin de artık “ürün” kapsamına dahil edilmesi yönündeki ihtiyacın kaleme alınması ile yansımıştır¹⁰. Öneri metninde ürün, “*başka bir taşınır ya da taşınmaz öğeye entegre edilmiş olsa dahi bütün taşınabilir öğeleri ifade etmektedir. Elektrik, dijital üretim dosyaları ve yazılım(in) da bu kapsamda*” olduğu kaleme alınmıştır (Art. 4/Nr. 1 Öneri metni).

Öneri metninde yazılımların yanı sıra dijital üretim dosyaları (*digitale Bauunterlage; digital manufacturing files*) ile bağlantılı hizmetler (*verbundene Dienste; related service*) de Öneri metninin uygulama alanına dahil edilerek Art. 4’te “tanımlar” başlığı altında kaleme alınmıştır.

“Dijital üretim dosyaları” kavramı ürün sorumluluğu alanında yeni bir kavram olarak göze çarpmaktadır. “*Bir taşınırın dijital şablonu veya dijital*

⁸ ÜGTDK m. 6’nın gerekçesinde mehz olarak gösterilen AB 85/374 sayılı Direktif. Üye Devletlerin Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kanun, İkincil Düzenleme ve İdari Kurallarının Yaklaştırılması Hakkında 25 Temmuz 1985 Tarihli Konsey Direktifi <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374> (son erişim: 25.02.2024).

⁹ Direktif düzenlemesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Duncan Fairgrieve et al., “Product Liability Directive,” içinde *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies (Principles of European Tort Law)*, ed. Piotr Machnikowski (Cambridge: Intersentia, 2016), 40; Çiğdem Kırcı, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007), 183, dn. 812; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu*, 67 vd.; Emrah Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 15 vd.; Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 128 vd.

¹⁰ Öneri metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0495> (son erişim: 25.02.2024).

versiyonu” olarak tanımlanan dijital üretim dosyaları (Öneri metni Art. 4, Nr. 2), esasında üç boyutlu yazıcılar gibi teknolojik gelişmeler sonucunda meydana gelen düzenleme boşluğunu gidermek amacıyla ürün kapsamına alınmıştır¹¹. Üç boyutlu yazıcılardan sivil kullanımdan askeri kullanım alanlarına kadar birçok alanda faydalanılmaktadır¹². Bu teknoloji ile meydana getirilen ürünlerdeki hatanın kaynağı da ürünün dijital şablonundan/versiyonundan kaynaklanabileceğinden buna ilişkin yeni düzenleme önerisine çalışmada kısaca yer verilmiştir.

Öneri metninde kaleme alınan bir diğer kavram, bağlantılı hizmettir. Bağlantılı hizmet, *“herhangi bir ürünle bütünleşmiş ya da ürünle bağlantısı olan ve yokluğu halinde o ürünün bir veya birden çok işlevini yerine getirememesine yol açan dijital hizmet”* şeklinde tanımlanmıştır (Öneri metni Art. 4, nr. 4). Diğer taraftan Öneri’nin ara parçayı tanımlayan düzenlemesinden bağlantılı hizmetlerin, ilgili ürünün üreticisi tarafından veya onun kontrolünde ürünle bütünleştirildiği ya da bağlantı kurulduğu durumda ara parça (bileşen) olarak kabul edileceği anlaşılmaktadır (Öneri metni Art. 4, nr. 3). Bu çerçevede belirtilen şartları taşıması halinde bir dijital hizmet niteliğinde olan bağlantılı hizmet de Öneri metninin uygulama alanına dahildir.

Ürün Sorumluluğu Direktif ve Öneri metninin konumuzla ilgisi, ürün tanımı ile Öneride yeni bir düzenleme tavsiyesi olarak yazılımların ve yine dijital ürün kapsamında yer alan dijital hizmetlerin ürün sorumluluğu anlamında ürün kapsamına alınmasıdır. Öneri metninin ilgili kısımlarına, Önerinin yasalaşmasıyla artık dijital ürünlerin de AB hukukunda Ürün Sorumluluğu Hukukuna dahil edileceği ve inceleme konumuz bakımından “dijital ürün” nitelendirmesiyle olan bağlantısına dikkat çekilmesi amacıyla yer verilmiştir.

¹¹ Gerhard Wagner, “Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect-,” *Journal of European Tort Law* 13, 3 (Ocak 2023): 201; Shu Li ve Beatrice Schütte, “The Proposal for a Revised Product Liability Directive: The Emperor’s New Clothes?,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 0, 0 (Aralık 2023): 5; Gitta Veldt, “The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive,” *Journal of European Consumer and Market Law* 12, 1 (2023): 26.

¹² Silah üretilmesine ilişkin bir örnek için bkz. “3D Printed Guns Found in Scotland for First Time”, <https://www.bbc.com/news/articles/c3gy2835zq1o> (son erişim: 25.02.2024).

İlgili Direktif önerisinin yasalaşması halinde bunun anlamı şudur: Artık AB kapsamında dijital ürün üreticisi/sağlayıcısı/sunucusu ürün sorumluluğundan nasibini alacak; bir başka deyişle dijital ürün, kişilerin mal ve can güvenliğine zarar verirse ürün sorumluluğu hukukunca ilgili kişilere başvurulabilecektir. Günümüzün teknolojik gelişmeleri karşısında sorumluluk hukukunda bu yönde bir değişikliğe gidilmesi, şüphesiz dijital ürün ile doğrudan/dolaylı temasa geçen ve bu nedenle zarara uğrayan kişileri koruması bakımından önemli bir ihtiyacı karşılamaya yöneliktir¹³.

İç hukukumuzda (ÜGTDK'da) ise Öneri metninin aksine yazılımları ürün olarak kabul eden açık bir düzenleme halihazırda bulunmamaktadır. Buna karşılık ÜGTDK'daki ürün tanımında yer alan yazılımların ürün sorumluluğu anlamında eşya kavramının kapsamına dahil edilip edilemeyeceği doktrinde tartışma konusudur¹⁴.

C. Dijital Ürün Kavramı

Söz konusu teknolojik gelişmelerin AB tüketici hukukundaki yansıması 2019/770 (kısaca: “Dijital İçerik ve Dijital Hizmet Direktifi” *Digital Content Directive, Digitale Inhalte Richtlinie*)¹⁵ ve 2019/771 sayılı (kısaca: “Mal Satım Direktifi”, *Sales of Goods Directive, Warenkaufrichtlinie*) direktiflerdir. Her iki direktif de dijitalleşme karşısında AB iç pazarında tüketici-tacir arasında dengenin sağlanarak, hukuki güvenliğin korunması amacına hizmet etmek üzere kaleme alınmıştır¹⁶. 2019/771 sayılı Mal Satım Direktifi ile akıllı buzdolabı, akıllı telefon olarak örneklerini ifade edebileceğimiz dijital unsurlu malların teslim ve satımına ilişkin düzenlemeler getirilirken (Art. 3/II Mal Satım Direktifi); Dijital İçerik Direktifinde sözleşme tipine ilişkin bir sınır çizilmemiş, dahası buna ilişkin nitelendirmeler iç hukuka bırakılmıştır (Resital 17 Dijital İçerik Direktifi). Direktifte sözleşmenin konusu, Mal Satım Direktifinden farklı olarak dijital içeriğin sürekli olarak kullanıma sunulması

¹³ Ürün sorumluluğu hukuku ile izlenmek istenen amaç için bkz. Kırca, *Ürün Sorumluluğu*, 1 vd.; Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu*, 5 vd.

¹⁴ Bkz. aşağıda dn. 72.

¹⁵ Richtlinie (EU) 2019/770 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20 Mai 2019 über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770> (son erişim: 23.02.2024).

Çalışmanın devamında “Dijital İçerik Direktifi” olarak anılacaktır.

¹⁶ AB 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifi Art. 1; Resital 1–8 ve AB 2019/771 sayılı Mal Satım Direktifi Art. 1; Resital 1–8.

(*dauerhafte Bereitstellung*)¹⁷, dijital içeriğe geçici olarak erişim sağlanması (*vorübergehende Zugangsverschaffung/Bereitstellung*) ile dijital hizmetlerin sunulması (*zur Verfügung stellung/Bereitstellung digitaler Dienstleistung*)” olarak ifade edilmektedir (Resital 56, Art. 3; Art. 5/II Dijital İçerik Direktifi)¹⁸.

Direktiflere ilişkin detaylı değerlendirmeler çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak çalışma konumuz açısından özellikle 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifindeki dijital içerik kavramı önem arz etmektedir. Direktif uyarınca dijital içerik, “*dijital biçimde üretilen ve sağlanan veriler*” olarak tanımlanmaktadır (Art. 2/I Dijital içerik Direktifi)¹⁹. Bilgisayar programları açısından benzer bir düzenlemeye iç hukukumuzda Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde yer verilmiştir²⁰. Yönetmelik uyarınca dijital içerik “*bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital içerikte sunulan her türlü veriyi*” ifade etmektedir [Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 4/a].

Dijital hizmet ise 2019/770 sayılı Dijital İçerik Direktifinde “*tüketicilerin dijital biçimde veri oluşturmasına, işlemesine, depolamasına veya veriye erişmesine imkân tanıyan hizmet*” [Art. 2/II (a)] ile “*tüketici ya da söz konusu hizmetin diğer kullanıcıları tarafından yüklenen ya da oluşturulan dijital formdaki verilerin paylaşılmasına*” veya “*herhangi bir*

¹⁷ Dijital içeriğin bedel karşılığında süresiz olarak sağlanması satış (benzeri) olarak nitelendirilmektedir (“*kaufähnliche Konstellation*”). Satış sözleşmesi ile eser sahipliğinden doğan telif haklarının ilişkisi hakkında bkz. Matthias Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” *ZVgLRWiss* 118 (2019): 211; Johann Kindl, “Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung,” içinde *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Europäisches Privatrecht* 54, ed. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell ve Beate Gsell (Baden: Baden, 2018), 71. Ayrıca bkz. aşağıda III. C. 5 başlığı altındaki açıklamalar ve BGB § 453/I’e ilişkin değerlendirmeler.

¹⁸ Ayrıca bkz. Leonid Nebessow, “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien,” *LR* (2020): 254; Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 210.

¹⁹ “... *digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden*” Art. 2/Nr. 6 Dijital İçerik Direktifi). Dijital içeriğin benzer yönde tanımları için ayrıca bkz. 2019/771 sayılı AB Mal Satım Direktifi Art. 2/VI; AB 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Direktifi Resital 19; Art. 2/XI <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083> (son erişim: 23.02.2024).

²⁰ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, RG, 27.11.2014, S. 29188.

şekilde etkileşimine olanak tanıyan hizmet” şeklinde tanımlanmıştır [Art. 2/II (b)]. Direktif kapsamında dijital hizmetlere örnek olarak bulut bilişim ortamında hizmet olarak yazılım (*software-as-a-service*) şeklinde sunulan oyunlar verilebilir. Burada Dropbox gibi bulut barındırma hizmetleri, Facebook, Whatsapp, Instagram, LinkedIn gibi sosyal medya ya da Spotify gibi ses ya da Netflix örneğindeki gibi video akışı (*streaming*) ya da Gmail, Google docs gibi servis uygulamaları olarak yazılımlar gibi belirli kullanım şekilleriyle dijital hizmet olarak karşılaşılabilmektedir (Ayrıca bkz. Resital 19 Dijital İçerik Direktifi).

Söz konusu direktiflerde her ne kadar dijital içerik ve hizmetler düzenlense de dijital ürün kavramı açıkça ifade edilmemiştir. Bu kavrama Dijital İçerik ve Dijital Hizmet Direktifi’ni iç hukukuna aktaran Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) §§ 327 vd. düzenlemeleri ile yer verildiği görülmektedir. Burada dijital ürün, dijital içerik ve dijital hizmetleri içeren bir üst kavram olarak ele alınmaktadır²¹.

II. HAKKIN KONUSU OLARAK DİJİTAL ÜRÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Dijital Ürünün Yapısal Özellikleri

Dijital içerik, verilerden oluşmakta ve veriler de bilgiyi ifade etmektedir. Dijital ürünün hukuki niteliğine ilişkin isabetli çıkarımlar, ancak onun varlık düzeyinde kendisini nasıl gösterdiği incelenerek yapılabilecektir. Doktrinde ZECH, bilgi kavramını üç farklı düzeydeki alt ayrımlarıyla ele almaktadır. Bunlar bilginin semantik düzeyi (*semantische Ebene*), sözdizimsel düzeyi (*syntaktische Ebene*) ve varlık sahasındaki yapısal düzeyi (*strukturelle Information*) olarak ifade edilebilecektir. Bilginin semantik düzeyi, onun anlam içeriğidir (*Bedeutungsebene, content layer*). Bu nedenle ifade kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılabilir²². Bilginin sözdizimsel düzeyi, bir dizi karakter ve bunların birbirleriyle olan ilişkileri tarafından belirlenen bilgiyi

²¹ Alman Medeni Kanunu §§ 327 BGB vd. hükümlerinde 2a başlığı (Titel 2a) altında “Dijital Ürünler Hakkındaki Sözleşmeler (*Verträge über digitale Produkte*)” düzenlenmektedir. Alt başlık 1 ise (Untertitel 1) “Dijital Ürünler Hakkındaki Tüketici Sözleşmelerini (*Verbraucherverträge über digitale Produkte*)” düzenlemektedir. Dijital İçerik Direktifi hükümleri, Alman Medeni Kanunun §§ 327 BGB vd. hükümleri ile 1.1.2022 tarihi itibarıyla Alman iç hukukunda yerini almıştır.

²² Herbert Zech, *Information als Schutzgegenstand* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), 35 vd., özellikle 37 vd.

ifade etmektedir (*Zeichenebene, code layer*). Somut bir belge ya da kitaptan bağımsız olarak dilsel bakımdan kodlanmış bir metin buna örnek gösterilebilecektir²³. Bir başka deyişle bilginin sentaktik düzeyi, onun bir veri taşıyıcısından bağımsız olarak istenen sayıda kopyalanmaya elverişliliğini ifade eder. Bilginin kendisidir (“*Datei an sich*”)²⁴. Öte yandan varlığından bahsedebilmek için en az bir defa cismani bir varlığa bürünmüş olmalıdır²⁵. Bu aşama da bilginin yapısal düzeyini; fiziksel varlığı bulunan belirli bir taşıyıcıda (taşınır bellek, usb, plak, kaset ya da kitap gibi) vücuda kavuşmuş olmasını ifade etmektedir (*die, auf einem Datenräger verkörperte Daten; physical layer*). Dijital içerik de bilginin değindiğimiz üç farklı varlık düzeyi dikkate alınarak daha iyi anlaşılabilir. Dahası söz konusu üçlü ayrım, hukukun hangi sahasında bulunduğumuza, hangi hukuk kurallarının uygulanabileceğine dair yönümüzü tespit etmemize yarayacaktır. Böylece örneğin edim konusu olarak dijital içeriğin karşı tarafa sunulmasını borçlanan kişinin, verinin indirilmesi (*download*) imkânının yanı sıra dijital içerik hakkında ayrıca bir lisans hakkı tanınmasını (*Nutzungsrecht*) taahhüt edip etmediği meselesi de cevaplanabilecektir²⁶. Yine aynı üçlü ayrım dikkate alınarak dijital içerik kavramının işlevsel eşdeğerliği bakımından eşya kavramı ile farkı ortaya konulabilecektir²⁷.

ZECH’in üç farklı düzeyde ele aldığı bilgi kavramı, dijital ürünlere uygulandığında karşılaşılabilecek sonuç aşağıdaki gibidir:

²³ Carl Jakob Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB* (Berlin: Duncker&Humblot, 2019), 32.

²⁴ Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 33.

²⁵ “*Bilginin sentaktik (sözdizimsel) varlığı somut olarak bir cisim üzerinde varlık kazanmaya bağlı değildir.. İstenildiği zaman çoğaltılabilir. Böylece ilgili taşıyıcıdan bağımsız hale gelir. Bu yönüyle bilginin semantik (anlamsal) varlığına benzemektedir. Bununla beraber sentaktik (sözdizimsel) bilginin, yalnızca en az bir defa bir cisimle yapısal bilgi olarak mevcudiyeti halinde varlığından bahsedilir (... Syntaktische Information ist nicht von der konkreten Verkörperung abhängig... Sie kann beliebig vervielfältigt werden, wodurch sie unabhängig vom jeweiligen Träger wird. Darin ähnelt sie der semantischen Information. Allerdings existiert syntaktische Information nur, wenn zumindest eine Verkörperung als strukturelle Information existiert...)*” Zech, *Information als Schutzgegenstand*, 40.

²⁶ Michael Grünberger, “Verträge über digitale Güter,” *AcP* 218 (2018): 231.

²⁷ Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 204–205.

Dijital ürünün

- Semantik düzeyi, Fikri Mülkiyet Hukukunun sunduğu münhasır yetkiye,
- Sentaktik düzeyi Fikri Mülkiyet Hukuku alanında yararlanma, lisans haklarına,
- Varlık sahasındaki yapısal (*strukturell*) düzeyi ise Eşya Hukukunun düzenleme alanına işaret etmektedir²⁸.

Dijital içerik ve dijital hizmet kavramlarında başvurduğumuz Dijital İçerik Direktifi de bunların semantik düzeydeki varlığı için Eşya Hukukundan değil; kopyaları üzerindeki, bilginin sentaktik düzeyindeki yararlanma ve lisans haklarından bahsetmektedir²⁹. Bu meselenin ortaya konulabilmesi, Fikri Mülkiyet Hukukunun hak sahibine sunduğu mutlak ve münhasır yetkilerin, Eşya Hukukundaki malik, mülkiyet ve zilyetlik kavramlarından ayrılarak anlaşılmasını gerektirmektedir³⁰.

Dijital ürünün özelliği gereği birbiriyle etkileşim halinde olan yukarıda değindiğimiz varlık dünyasındaki üçlü yapısal ayırım, Eşya Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin yapılması gereken çıkarımların yanı sıra Borçlar Hukuku açısından da tarafların kararlaştırdıkları borç ve haklarının içeriğinin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Kullanıcı ve sunucu arasındaki tüketici sözleşmeleri ya da sunucu ile telif hakkı sahipleri arasındaki lisans sözleşmesinden doğan hak ve borçlar bu açıdan örnek olarak verilebilecektir³¹.

Söz konusu üç farklı düzeyin, dijital ürünün tabi olacağı yasal rejimde birbiriyle etkileşim halinde olabileceği dikkate alınarak doktrinde dijital ürünün üçlü yapısının etkileşimi sonucunda ortaya çıkan aynı, münhasır ve sözleşmesel hakları bir araya getiren hibrit bir hak objesi (*ein zwischengeschaltetes hybrides Rechtsobjekt*) olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir³².

²⁸ Nebessow, “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien,” 256, Rn. 6.

²⁹ Karşılaştırınız (krş). Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 203 vd.

³⁰ Eser sahipliğinin zilyetlik ve mülkiyet hakkından farkları hakkında bkz. Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 124 vd.

³¹ Bkz. aşağıda dn. 60.

³² Mariette Auer, “Digitale Leistungen,” *ZfPW* (2019): 130, 138 f. (Nebessow, 256, dn. 6’dan naklen. Aktarılan metinde Fikri Mülkiyet Hukukunun hak sahibine tanıdığı

B. Yapısal Özelliğinin Hukuki Açıdan Yol Açtığı Güçlükler

Sözleşmeler hukuku dogmatığı, elle tutulur, gözle görülür mallar, eşyalar etrafında şekillenmiştir. Satış sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, ödünç sözleşmesi, kira sözleşmesi örnekleri düşünüldüğünde bunların konusunu hep taşınır ya da taşınmaz eşyalar oluşturmaktadır. Yanı sıra alacak hakkı gibi ekonomik değer taşıyan bazı haklar da sözleşmelere konu edilebilmektedir. Klasik hukuk dogmatığının esas itibariyle eşya etrafında şekillenmesi tarihsel süreç açısından oldukça tabiidir. Eşyanın yanı sıra gayrimaddi malların hukuki işlemlere konu edilebilmesi ile doğal güç ya da elektrige eşya vasfı atfedilmesi ise görece sonraki ihtiyaçlar ve/veya teknolojik gelişmelerin bir sonucu olup bir yönüyle ekonomik yaşamın ihtiyaçlarına cevap vermek üzere düzenlenmiştir. Ancak dijital dünyanın objeleri, bunlardan epey farklıdır³³. Teknolojik ve dijital gelişmelerin çeşitli hukuki ihtiyaçları doğurması da oldukça yenidir. Dolayısıyla dijital ürünün aslında alışık olmadığımız özellikleri, hukuki çıkarımlar ve olası yeni düzenlemeler açısından dogmatik bazı güçlükleri beraberinde getirmektedir. Daha açık bir ifadeyle dijital dünyanın objeleri, klasik hukuk sistemlerinin aksine artık sadece bir materyal, eşya değil ya bundan tamamen bağımsız ya da eşya ile entegre olarak karşılaşılan (“akıllı” teknolojik aletler, akıllı televizyonlar, akıllı buzdolapları, akıllı araçlar vb.) dijital ürünlerdir. Örneğin satım sözleşmelerinin mübadele ilişkileri dolayısıyla tarafların hak ve borçlarını, ayıba karşı tekeffül hükümlerini vb. hakkın konusu (objesi) bakımından belirlemek dijital dünyadakine kıyasla çok daha kolaydır. Oysa dijital alanda sözleşmenin konusunu dahi tam olarak neyin oluşturduğunu belirlemek güçleşmektedir. Dijital İçerik Direktifindeki “*dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmeleri*”

mutlak ve münhasır yetkiler yine nr. 6’da vurgulanmış olup Auer’in dijital ürünün hibrit niteliğine ilişkin görüşü verilirken sadece aynı ve sözleşmesel haklar özelinde dijital ürünün hibrit yapısına dikkat çekilmiştir).

³³ Ayrıca belirtmek gerekir ki doktrinde “dijital içerik” kavramının klasik hukuk dogmatığı bakımından eşya, (gayrimaddi) mal veya haklar gibi üzerinde hukuki anlamda hakimiyet kurulmaya elverişli hak objelerinin yanında yeni bir kategori olarak görülüp görülemeyeceği hakkında kritik için bkz. Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 200 vd.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Grünberger, “Verträge über digitale Güter,” 231; krş. Martin Schmidt-Kessel, “Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz,” *K&R* 7–8 (2014): 477; Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme, “Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel Teil 2,” *GPR* 2 (2016): 55.

nitelendirmesinden yola çıkarak sözleşmenin konusunu dijital ürünün kendisinin oluşturduğunu söylemek meseleyi çözmekte; aksine grifletmektedir³⁴. Sözleşmeler Hukuku dogmatikinde sözleşmenin niteliği, ona konu eşyaya göre belirlenmemektedir³⁵. Bu bakımdan sözleşmeye niteliğini veren, örn. masa değil; onun kiralanması, satılması ya da ödünç verilmesidir. Bu nedenle sözleşmenin konusunu dijital ürünün oluşturduğu bir tek sözleşme tipinden bahsetmek mümkün değildir³⁶. Sözleşmenin tipine ilişkin Dijital İçerik Direktifinde açık bir düzenlemeden kaçınılarak mesele üye devletlerin iç hukukuna bırakılmışsa da Direktifte “dijital içeriğin sürekli ya da geçici olarak sunulması ile dijital hizmetlere erişim sağlanması/sunulması” ayrımlarına yer verilmiştir. Böylece borca aykırılık hükümleri sunmanın şekline göre (*nach Art der Bereitstellung*) belirlenecektir. “Dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmeleri” nitelendirmesinin kendisi ile olmasa da tarafların edim davranışlarına ilişkin farklılık dolayısıyla (*Leistungshandlungsbezogene Differenzierung*) ilgili sözleşme tipinin belirlenmesinde rol oynayacaktır³⁷.

Dijital ürünün dogmatik bakımdan sözleşme tipleri içerisinde değerlendirilebilmesinin önündeki zorluklardan biri değindiğimiz üzere dogmatik sebeplerdir. Ancak söz konusu güçlüğün birden fazla sebebi bulunmaktadır. Bir önceki başlık altında değindiğimiz dijital ürünün yapısal özellikleri de bunlardan biridir. Yine bununla bağlantılı olarak bir diğeri, taraflarca kurulmak istenen sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin

³⁴ Frank Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” içinde *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft*, ed. Caspar Behme et al. (München: Nomos, 2016), 265 vd., 269–270.

³⁵ Bu yönüyle kritik için bkz. Florian Faust, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag* <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1376130/26847040/1455040340113/Faust+Digitale+Wirtschaft+-+Analoges+Recht+Gutachten+fur+den+71.+DJT.PDF> (son erişim: 01.04.2024), 5. Raporda “otomobil sözleşmeleri” nitelendirmesi örneği verilmektedir. Sözleşmenin tipini belirleyen otomobil değil; onun kiralanması, satılması, onarılması ya da garajda muhafaza edilmesidir (bkz. 5).

³⁶ Kindl, “Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung,” 67.

³⁷ Nebessow, “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien,” 252, nr. 3; Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 191, 202, 210 vd. Ayrıca aşağıda III. C. 4 başlığı altındaki açıklamalar.

zorluğudur. Uygulamada dijital ürünün çeşitliliği ve farklı işlem modelleri dolayısıyla sözleşmelerin içeriğinde ve sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşullarında da çeşitlilik bakımından epey geniş bir yelpaze ile karşılaşılmaktadır³⁸. Meselelerin çözülmesinde ilke olarak izlenen ilk adım dijital ürünün bir sözleşme temelinde karşı tarafa sunulacağı; bir başka deyişle Sözleşmeler Hukuku alanında bulunulduğu; ikinci adım ise ayıba karşı tekeffül hükümleriyle bağlantı kurulması bakımından iç hukukta uyum sürecinde getirilecek düzenlemelerin belirlenmesidir. İç hukukta AB Dijital İçerik Direktifine uyum çabalarında devletlerce böyle bir yaklaşım gözetilmesinin nedeni, Direktifte getirilen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin zorunlu olarak Sözleşmeler Hukuku temelli bir ilişkiye dayanmasıdır³⁹. Öte yandan dijital ticari dünyada tarafların menfaatlerinin en elverişli şekilde düzenlenmesine Sözleşmeler Hukuku hizmet etmektedir⁴⁰. Bu görüş, şüphesiz Dijital İçerik Direktifi ile de desteklenebilecektir. Direktif hükümleri, Sözleşmeler Hukuku ekseninde hazırlanmıştır⁴¹.

³⁸ Sözleşmelerin niteliği veya nitelendirilmesine yönelik yaklaşımlar da sözleşmenin içeriğine göre oldukça geniş bir çeşitlilikle karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Axel Metzger, “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?,” *JZ* (2019): 577 vd., 579 – 580; Franziska Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” *ZEuP* (2016): 360 vd.; Sebastian Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” içinde *Immaterialgüter und Digitalisierung– Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber-und Medienrecht*, ed. Moritz Hennemann ve Andreas Sattler (Freiburg: Nomos, 2017), 124 vd. Dijital ürünlere ilişkin hangi içerik ve kapsamdaki sözleşmenin sözleşme tipleri bakımından nasıl nitelendirilebileceği yönünde görüşler hakkında ayrıca bkz. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 115 vd.; konu hakkında Alman Federal Mahkemesi, BGH kararları bunlara yönelik eleştiriler hakkında bkz. Stefan Kirn ve Claus D. Müller-Hengstenberg, “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?,” *NJW* (2017): 434 vd.; Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme, “Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel Teil 2,” 60 vd.

³⁹ Johannes W. Flume ve Peter Ponedner, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” *RDİ* (2024): 36, Rn. 3.

⁴⁰ Eşya Hukukunun düzenleme alanının bu bakımdan ihtiyacı karşılamakta yetersiz kaldığı yönünde bkz. aşağıda dn. 129.

⁴¹ Wendland, “Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa,” 118, 196 vd.; Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten

Dijital ürünün yapısal özelliklerinin getirdiği bir başka güçlük, her zaman olmasa da çoğunlukla bunun eser niteliği taşımasından ya da Sınai Mülkiyet Kanunu hükümlerince korunmasından kaynaklanmaktadır (Hukumumuzda FSEK m. 1/B, a, m. 13 vd., m. 48 vd.; Sınai Mülkiyet Kanunu m. 1, m. 11 vd., m. 22 – 24). Eşya Hukuku, Telif Hukukuna ilişkin değerlendirmeler ayrı bir başlığı hak etmektedir. Sınai mülkiyete ilişkin detaylı değerlendirmeler çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

C. Telif Hukuku – Eşya Hukuku İlişkisi

Gayrı maddi mallar hukuku, aslında Eşya Hukuku ile bir anlamda paralel bir tarihsel gelişim süreci göstermiştir. Günümüzde hala Telif Hukuku ve Sınai Mülkiyet Hukuku da içerir şekilde “Fikri Mülkiyet Hukuku” olarak adlandırılması tam olarak bu tarihsel sürecin bir kanıtıdır. Bu alanın hak sahibine sunduğu mutlak ve münhasır yetkiler, tıpkı eşya üzerinde hak sahibine tanınan mutlak ve münhasır yetkileri anımsatmaktadır. Nitekim tarihsel süreçte fikri hakkın niteliğini açıklamaya çalışan görüşlerden fikri mülkiyet teorisi de hakkın bu yönünü esas almaktadır⁴².

Öncelikle eser sahipliği ile eşya üzerinde hak sahipliği, hakkın kazanılması noktasında çıkış itibariyle birbirinden oldukça farklıdır⁴³. Eşya üzerindeki aynı hak aslen ya da devren⁴⁴; kapsam olarak sınırlı aynı haklar ya da bunlardan en kapsamlısı olarak mülkiyet hakkı niteliğinde kazanılabilir (MK m. 683; kapsamı hakkında ayrıca m. 684 vd.; m. 794 vd.; m. 826 vd.). Oysa eser sahipliği, eser niteliğinde bir fikir ürünü meydana getirmekle kanun gereği, başkaca bir şey yapılmasına gerek olmaksızın *ipso iure* kazanılır⁴⁵. Bu

im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” 261. Martin Schmidt-Kessel, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme, “Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1,” *GPR* 1 (2016): 6–7.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Christian Grün, *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts* (Bern: Verlag Stämpfli, 1979), 61.

⁴³ Mülkiyet hakkının kazanılması ile eser sahipliğinin kazanılması arasındaki farklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 127–128.

⁴⁴ Mülkiyetin kazanılması hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 34 vd., nr. 127 vd.

⁴⁵ Eser meydana getirme, maddi fiil niteliğindedir. Bu nedenle eser sahipliği statüsü kazanmak için ayırt etme gücünün varlığı dahi aranmaz. Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Ankara: Sevinç Yayınları, 1982), 90; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 87; Ateş, *Fikri Hukukta Eser*

nedenle fikri hak, eser niteliği taşıyan soyut değerler meydana getirmekle yasa gereği *ipso iure* tanınmaktadır⁴⁶ (“*Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir.*” FSEK m. 8/I). Eser sahipliğinin kazanılmasında sınai haklardan farklı olarak tescil dahi aranmaz⁴⁷. Aslen ve devren kazanım türü, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda da kaleme alınmış olmakla beraber burada bambaşka bir anlama sahiptir. FSEK uyarınca aslen kazanım, hakkın aslı (membra) olarak görülen eser sahibi veya mirasçılarında mali hakkın kendisi ya da kullanımının (lisans, yasa ifadesiyle “ruhsat” FSEK m. 48/II; m. 49/I ruhsat) kazanılmasını ifade etmektedir (FSEK m. 48/I, II). Devren kazanım ise hakkın eser sahibi ya da mirasçılarında kazanandan kazanılmasıdır (FSEK m. 49).

“*Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” ifade eder (FSEK m. 1/B, a). Öyleyse nitelikli fikri çaba olarak ifade edebileceğimiz “eser” esasa ve şekle ilişkin iki unsur taşımaktadır. Bunlardan ilki, yasada sayılan dört kategoriden birine dahil olma (ilim ve edebiyat eserleri; musiki eserleri; güzel sanat eserleri; sinema eserleri, FSEK m. 2–5)⁴⁸; ikinci ise eserin, sahibinin hususiyetini taşımasıdır⁴⁹.

Eşya Hukuku ve Telif Hukukunun her ikisi de hak sahibine sundukları hak ve yetkiler bakımından pozitif ve negatif yönleri içerisinde barındırmaktadır. Tıpkı eşya üzerindeki aynı hak sahipliğinin tanıdığı mutlak haklar gibi Fikri Mülkiyet hukukundaki hak sülheleri de kendilerine tanınan hakları kullanma konusunda, hakkın ileri sürülebileceği çevre bakımından

Sahipliği, 65, 68 vd.; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), § 12, Nr. 13 vd.

⁴⁶ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 12, Nr. 13.

⁴⁷ Telif Hukuku alanında tescilin açıklayıcı fonksiyonu vardır. Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 61. FSEK m. 13/III uyarınca “*Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahiplerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi maksadıyla, sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar. Aynı maksatla, ser sahiplerinin talebi üzerine, bu Kanun kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescili yapılabilir; mali haklara ilişkin yararlanma yetkileri de kayıt altına alınabilir...*” Söz konusu düzenleme Telif Hukuku alanında tescilin açıklayıcı fonksiyonunu ortaya koymaktadır.

⁴⁸ Söz konusu dört kategori sınırlı sayı (*numerus clausus*) olmakla beraber bunların içeriği genişletilebilir. Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 55.

⁴⁹ Hususiyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 52 vd.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 10, Nr. 6 vd.

mutlak ve yalnızca hak sahiplerinin kullanabileceği bazı münhasır yetkileri haizdir. Bu, hakların pozitif yönünü ifade etmektedir. Üçüncü kişilerin olası müdahalelerini menetme konusunda da her iki kategorideki hak sahipleri negatif (menedici) yetkileri haizdir⁵⁰. Ancak söz konusu pozitif ve negatif yönlerin içeriği her iki hak kategorisi bakımından farklılaşmaktadır⁵¹. Telif hakkı sahibine tanınan mutlak ve münhasır yetkiler, mali ve manevi haklardan yararlanma; bunları sözleşmelere konu edebilme; üçüncü kişilere ruhsat (basit ya da tam lisans) tanıyarak finansal açıdan eserden faydalanma imkanlarıdır. Mülkiyet hakkı ise kullanma, yararlanma ve tasarruf etme (tüketme) yetkilerini içermektedir (MK m. 683). Mülkiyet hakkı eşya üzerinde kurulmaya elverişli iken eser, “eşyadan bağımsız ve soyut bir değerdir”⁵². Bir başka deyişle nitelikli fikir ürünü olarak eser, üzerinde vücut bulduğu, fiziksel dünyada varlık kazandığı kitap, kaset, plak vb. eşyalardan ayrı bir hukuki varlığa sahiptir⁵³. FSEK m. 57 hükmü de bunu destekler niteliktedir. Hüküm uyarınca “*Asıl ve çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça fikri hakların devrini ihtiva etmez*” (FSEK m. 57/I). Eşya üzerinde şekillenme, fikir ürünü olarak eserin tekrarlanabilmesi ve başkalarına aktarılabilmesinde bir araç işlevi görmektedir. Ancak fikir ürününün eser niteliği taşıyabilmesi, dış dünyaya en azından eser vasfı anlaşılır şekilde taslak olarak yansımış olmasını gerekli kılar. Bu bakımdan “*nutuk ya da müzikal bir motifin geliştirme çalışmaları da ...bu halleriyle dahi gerekli ferdileşme mevcut ise*” eser niteliği taşırlar⁵⁴. Dış dünyaya hiç aktarılmamış, sadece zihinde düşünce olarak bulunan fikirler eser olarak korunmazlar. Aynı şekilde Kanunda 07.06.1995 tarihli değişiklikle bilgisayar programları ilim ve edebiyat eseri olarak korunmakla beraber bunların “*arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir*

⁵⁰ Ansgar Ohly, “Zuweisung von Daten immaterialgüterrechtliche Lösungen,” içinde *Eigentum in der digitalen Gesellschaft*, ed. Franz Hofman, Benjamin Raue ve Herbert Zech (Tübingen: Mohr Siebeck, 2022), 136.

⁵¹ Eşya hukukundaki aynı haklar hakkın içeriğine göre (ya sadece) kullanma ve/veya yararlanma; mülkiyet hakkında ise bunlara ilaveten tasarruf etme yetkilerini içermektedir. Telif Hukukunda ise hakkın pozitif boyutunun içeriğini mali ve manevi haklar ile bunlardan yararlanma imkânları oluşturmaktadır. Aynı şekilde menedici yetkiler hakkında krş. FSEK m. 13 vd.; 20 vd.; m. 50 vd.; MK m. 683. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 30.

⁵² Haimo Schack, *Urheber-und Urhebervertragsrecht* (Mohr Siebeck, 2017), § 2, Nr. 34; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 1, Nr. 11.

⁵³ Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 60–61; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 25-26.

⁵⁴ Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 90–91.

bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkelerin” eser sayılmayacağı kalemeye alınmıştır (FSEK m. 2/II). Ancak “bir sonraki aşamada (bilgisayar) program(ı) sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları” da eser sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla yasaca telif korumasına tabidirler (FSEK m. 2/I, nr. 1).

Eşya Hukuku ve Telif Hukuku bakımından her iki hak kategorisinin birbirinden farklılaşan en önemli yönlerinden bir diğeri, eser sahibinin manevi dünyasından neşet etmesi dolayısıyla eseri üzerinde kendisine tanınan manevi haklarıdır (FSEK m. 14 vd.). Eser sahibinin manevi hakları eserin umuma arzı (kamuya sunulması), eserde adın belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını menetme ve eser sahibinin malın malik ve zilyetlerine karşı olan eserin aslına erişim hakları olmak üzere dört kategoriden oluşmaktadır (FSEK m. 14–19). Hirsch’in önemli katkılarıyla hazırlanan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda hâkim olan eser sahipliği teorisi uyarınca mali ve manevi hakları içeren eser sahipliği, eserin, sahibi ile olan sıkı bağı dolayısıyla bir bütün olarak devredilemez. Ancak mali haklar devre veya ruhsat (lisans) tanınmaya elverişlidirler (FSEK m. 48 vd.) Öz itibarıyla söylenecek olursa eşya üzerindeki aynı haklar ile eser sahipliğinden doğan haklar daha iyi anlaşılabilmesi için birbiriyle karşılaştırılarak açıklanabilecek olsa da her ikisinin de birbirinden oldukça farklı dinamikleri bulunmaktadır. Biri diğeri kapsamaz.

Son olarak dijital ürünlere özgü bir özellik, bunların sentaktik düzeydeki varlıklarının eşyadan farklı olarak eskimelerine, yıpranmalarına engel teşkil etmesi; böylece sorunsuz bir şekilde sınırsız olarak kopyalanmalarının elverişli hale gelmesidir. Aynı dijital ürün sayısız kere sözleşmelere konu edilerek ondan ekonomik bakımdan menfaat sağlamaya elverişlidir. Meselenin bu yönü özellikle yayma hakkının tükenmesi ilkesi dolayısıyla Telif Hukuku bakımından ciddi bir önem arz etmektedir⁵⁵.

D. Telif Hukuku – Dijital Ürün İlişkisi

Dijital ürünün Telif Hukuku ile ilişkisi, ilk bakışta inceleme konumuzla bağlantısız gibi gözükse de aslında tam tersidir.

Bir dijital platform ya da uygulama üzerinden yararlanılmaya sunulan (çoğunlukla veri akışı, *streaming* şeklinde) filmler, müzikler eser niteliği taşımaları bakımından sıklıkla karşılaşılan örneklerdir. Veri bankaları da aynı

⁵⁵ Bkz. aşağıda dn. 112, 113.

şekilde telif korumasına tabidirler⁵⁶. Dijital ürünün semantik anlamda varlık düzeyi Telif Hukukunu da içeren üst başlıkla Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin münhasır hak ve yetkileri ifade etmektedir. Öyleyse dijital ürün hakkında tarafların (çoğunlukla tacir – tüketici, *Business to Consumer, B2C sözleşmeler*; ya da tacir – tacir, *Business to Business, B2B*)⁵⁷ yapmak istedikleri sözleşme çoğunlukla Telif Hukukunda hak sahiplerinin menfaatleri ile kesişecektir. Olası hak çatışmalarının önünde geçebilmek için dijital ürün sunucusunun (tacirin) dijital ürüne ilişkin yapacağı sözleşme öncesinde telif hakkı sahipleriyle bir lisans sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Bunun bir sonucu, sözleşmesel bir zincir oluşması dolayısıyla dijital ürüne ilişkin sözleşmelerde birden fazla süje ile karşılaşılmasıdır. Dijital içerik sunucusu tacirin eser vasfı bulunan dijital üründen ticari yaşamda yararlanabilmesi, hak sahiplerinin iznine bağlıdır. Direktif ifadesiyle “dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmeleri” olarak ifade edilen sözleşmelerin Telif Hukukuyla söz konusu yakın ilişkisi yadsınamaz niteliktedir. Oysa Dijital İçerik Direktifinde açıkça Telif Hukukuna ilişkin değerlendirmelerin kapsam dışı bırakıldığı kaleme alınmıştır (Resital 20, son tümce; Art. 3, Nr. 9 DURL)⁵⁸. Bu yönde bir düzenleme tercihi, dijital ürünün sözleşmeye konu edilmesi halinde Telif Hukuku ile ilişkisinin bulunmadığı yönünde değil; Dijital İçerik ve Dijital Hizmet Direktifinde bu alana ayrıca müdahale edilmek istenmediği şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁹.

⁵⁶ Hukukumuzda 1995 yılı 4110 sayılı Kanunla FSEK m. 6’ya eklenen 11. bent uyarınca: “Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları (Ancak burada sağlanan koruma veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez) ...bu kanuna göre eser sayılır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, “Veri Tabanlarının Hukuki Koruması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, 1 (Haziran 2006): 57 vd.

⁵⁷ Nitekim Dijital İçerik Direktifi de AB dijital iç pazarında işlem güvenliğini sağlamak üzere tüketici-tacir sözleşmelerini düzenlemektedir. Bu anlamda Tüketici Hukuku alanında düzenlemeler içermektedir. Dijital İçerik Direktifi Art. 1; Resital 1–8.

⁵⁸ Üçüncü kişilerin hakları bakımından krş. Art. 10 DURL. Hüküm uyarınca “Üçüncü kişilerin haklarının-özellikle fikri mülkiyet haklarının-ihlalinden kaynaklanan kısıtlama m. 7 ve m. 8 kapsamında dijital içerik veya dijital hizmetin kullanımını engeller veya sınırlarsa üye devletler, tüketicinin sözleşmeye aykırılık halinde m. 14’teki haklara sahip olduğunu temin eder; meğerki bu durumlarda milli hukuk dijital içeriğin hazırlanması veya dijital hizmet sözleşmelerinde hükümsüzlük veya sözleşmenin kaldırılmasını öngörmüş olsun.” Telif hakkı sahipleri de bu anlamda üçüncü kişilerdir.

⁵⁹ Ayrıca bkz. AB İç Pazarında Çevrimiçi İçerik Hizmetlerinin Sınır Ötesi Taşınabilirliklerine İlişkin 14.06.2017 tarih ve 2017/1128 sayılı Avrupa Parlamentosu

Dijital ürünün Telif Hukuku ile kesişen alanına özgü değerlendirmeler göstermektedir ki buradaki çoğunlukla tüketici-tacir (ya da tacir – tacir) arasındaki sözleşmelerin akıbeti, taraflarca sözleşmede arzu edilen sonuca ulaşılabilmesi bakımından çoğunlukla lisans temelli bir başka sözleşmenin varlığına muhtaçtır. Buna bağlı olarak bir diğer zorluk ise karşılaşılabilecek hak süjelerinin fazlalığı ile ilgilidir⁶⁰. Aynı sebeptendir ki uygulamada hem telif sahiplerinin haklarına hanel gelmemesi hem tarafların sözleşmeyle arzu edilen hukuki sonuca erişebilmeleri bakımından farklı lisanslama modelleri ile karşılaşılmaktadır⁶¹. Lisanslama modelleri çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından meseleye bütüncül bir perspektif sunacak içerikte değinilmesi yeterli görülmüştür. Fakat burada kısaca belirtmek gerekir ki hâkim görüş uyarınca bilgisayar programının şahsi ve belirli bir kullanıma yönelik olması nedeniyle telif hakkı sınırlamalarına tabi olduğu kapsamda telif hakkı sahipleri ile mali haklardan yararlanmaya ilişkin bir lisans sözleşmesi yapılmasının gerekmeyeceği kabul görmektedir⁶². Ancak her hâlükârda bu kapsamı aşan bir kullanım, telif hakkı sahiplerinin iznine tabidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Direktif ifadesiyle dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin “dijital içeriğin tüketiciye tacir tarafından sunulması ya da bunun vaad edilmesi (“... *dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder dessen Bereitstellung zusagt ...*”, Art. 3/I Dijital İçerik Direktifi) çoğu kere Telif Hukukunca kullanım hakkı, lisans tanınması yönünde anlaşılacaksa da dijital ürünlere ilişkin bu sözleşmeler, Telif Hukuku içerisine dahil edilerek sınıflandırılmaya elverişli değildirlir⁶³. Tüketiciye eser niteliği taşıyan dijital ürünün (dijital içerik veya hizmetin) sunulması, bu kapsamda fiilen kullanım hakkının tanınabilmesi için tacirin

Konsey Direktifi-Avrupa Ekonomik Alanı ile İlgili Metin Resital 4, Resital 8 özellikle bkz. Resital 9.

⁶⁰ Burada çoğunlukla üçlü bir ilişki ile karşılaşılabilecektir: Telif hakkı sahibi, üçüncü şahıs olarak dijital içerik sunucusu/tacir (platform işleticisi, yazılım satıcısı gibi) ve son kullanıcı (tüketici). Flume ve Ponedder, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” 37, Rn. 6.

⁶¹ Dijital ürüne ilişkin lisanslama modelleri hakkında bkz. Flume ve Ponedder, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” 37, Rn. 8 vd.

⁶² Thomas Dreier ve Gernot Schulze, Kommentar zum UrhG (C.H. Beck, 2009), § 69d Rn. 2, 6 (Heinz Diegmann ve Wolfgang Kuntz, “Praxisfragen bei Onlinespielen,” *NJW* 63, 9 (2010): 561, 562’den naklen). Alman hukukunda bkz. §§ 44a, Nr. 2, 53, Abs. 1, S. 1, 69d Abs. 1 UrhG.

⁶³ Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” 260.

buna ilişkin hukuken yetkilendirilmiş, telif hakkı sahiplerince lisans tanınmış olması gereklidir. Fakat tüketici-tacir arasındaki sözleşme ile karşı tarafa her zaman lisans tanınması gerekmeyebilir. Ancak yine de dijital içeriğin sunulmasıyla (*Bereitstellung*) kullanımı (yetkisi) karşı tarafa verilmiş olur. Söz konusu kullanım yetkisi, her zaman lisans verilmesi anlamı taşımaz. Hemen yukarıda değinildiği üzere eser sahibinin hakları bazı durumlarda sınırlamalara tabidir. Bu kapsamda kalan kullanımlar için hak sahiplerinin izni aranmaz⁶⁴. Bu içerikte bir sözleşme de Telif Hukuku değil; Sözleşmeler Hukuku, Direktif kapsamında tüketici sözleşmeleri kriterlerine tabidir⁶⁵. Öte yandan dijital ürüne ilişkin bu yönde bir vaatte bulunan kimse (tacir) eser niteliği taşıyan dijital ürüne ilişkin lisans hakkı bulunmadığından vaadini (borçlandırıcı işlemin gereğini) yerine getiremezse borca aykırılığın gereği Telif Hukukuna göre değil Sözleşmeler Hukukuna (yine Direktif kapsamında tüketici sözleşmeleri) göre belirlenir (Direktifin düzenleme alanı bakımından bkz. Art. 13, 14 Dijital İçerik Direktifi). Eser sahibi (daha geniş ifadeyle telif hakkı sahipleri) – dijital ürün sunucusu ile kullanıcı arasındaki üçlü ilişki ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

III. EŞYA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DİJİTAL ÜRÜN

A. Genel Olarak

Eşya kavramına doğa bilimlerinde ya da günlük hayatta verilen anlam ile hukuken verilen anlam birbirinden farklıdır. Eşyanın taşınması gereken kriterler sosyal ve ekonomik yaşamın ihtiyaçlarına uygun olarak hukuken belirlenmektedir. Bu nedenle günlük hayatta evrende yer kaplayan şeyler eşya kabul edilse de bunlar hukuken her zaman eşya niteliği taşımayabilir. Eşyanın vasıflarına ilişkin düzenlemeler nihayetinde bir norm hükmüdür⁶⁶. Dolayısıyla

⁶⁴ Telif hakkı, kamu düzeni düşüncesi FSEK (m. 30/II), genel menfaat düşüncesi (FSEK m. 31, 32/III, 33, 34/I, III, 35, 37), özel menfaat düşüncesi (FSEK m. 38/I, III, IV) ve nitelikten doğan sınırlamalar (FSEK m. 40) gibi sınırlandırmalara tabidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 103; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, § 14, Nr. 127 vd.

⁶⁵ Krş. Rosenkranz, “Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre,” 260.

⁶⁶ Aynı gerekçeyi eşya kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürerek görüşünü destekleyen yazar için bkz. Christiane Wendehorst, “EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff,” içinde *Münchener Kommentar zum BGB* (C.H. Beck, 2021), Rn. 272–273.

hukuki anlamda eşyanın unsurlarını belirleyebilmek için pozitif hukuk kurallarındaki düzenlemelere bakılmalıdır. Hukukumuzda eşya tanımına ayrıca yer verilmeyerek kavramının içeriğinin belirlenmesi öğretiyeye ve içtihatlarla bırakılmıştır⁶⁷. Öğretide de bir şeyin hukuken eşya olarak tespiti noktasında çeşitli unsurlara göre hareket edilmektedir. Aynı hakların objesini eşya oluşturduğundan hukuki anlamda eşyanın unsurlarının, aynı hakların özelliklerinin de dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda bir şeyin eşya niteliği taşıyabilmesi için doktrinde aranan unsurlar: Maddi (cismani) bir varlığa sahip olma, belirlilik, üzerinde hakimiyet kurulabilir olma, kişilik dışılık ve tartışmalı olmakla birlikte söz konusu şeyin ekonomik bir değere sahip olmasıdır.

B. Eşyanın Unsurları Bakımından

Bir şeyin hukuki anlamda eşya niteliği taşıyabilmesi için ilk unsur, onun maddi bir varlığa (cismanilik) sahip olmasıdır⁶⁹. Maddi varlıktan kasıt, bir şeyin boşlukta yer kaplamasıdır⁷⁰. Dolayısıyla alacak hakları, kişilik hakları ya da fikri ve sınai haklar bu özellikte olmadıklarından eşya değildirler⁷¹. Her ne kadar hukuki anlamda eşyanın bir unsuru maddi varlığa sahip olmak ise de istisnai hallerde maddi varlığı bulunmayan şeyler de kanun koyucu tarafından eşya ile bir tutularak aynı hak konusu yapılmıştır. Örneğin edinilmeye elverişli olduğu halde taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dahil olmayan doğal güçler taşınır mülkiyetinin konusu olabilirken (TMK m. 762); bağımsız ve sürekli haklar da tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmiş olmak kaydıyla taşınmaz mülkiyetine konu edilebilmektedir (TMK m. 704).

Eşyanın unsurlarından “maddi bir varlığa sahip olma” dijital ürünlerin eşya olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında belirleyici olmaktadır⁷². Bu

⁶⁷ Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2023), 16; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 87.

⁶⁸ Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 7; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2018), 26.

⁶⁹ Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 4; Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Legem Yayınevi, 2023), 6; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 16; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 7.

⁷⁰ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 4.

⁷¹ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 4.

⁷² Dijital ürünün maddi bir varlığa sahip olup olmaması bakımından değerlendirmeler yazılımlar özelinde, öğretide yazılımların “ürün” niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin

unsurun belirleyici olmasının nedeni, hemen aşağıda değinilecek olan diğer unsurların dijital ürünlerde çoğunlukla zaten bulunmasıdır.

bazı görüşlerde de ele alınmaktadır. Ürün sorumluluğu hukukunda önem arz eden bu tartışma, çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla beraber burada savunulan görüşlerden biri yazılımın bir cisimde vücut kazandığı halde taşınır eşya niteliği kazandığını ifade etmektedir. Konumuzla kesiştiğinden görüşlere yer verilmek ihtiyacı doğmuştur. Bu görüşlerin bir kısmı, yazılımların (dijital ürünün) fiziksel bir materyal üzerinde şekle bürünmesinin aranıp aranmaması doğrultusunda ikiye ayrılmaktadır. Yazılımların gayrimaddi mal niteliği taşıdığı tartışmasızdır. (Gayrimaddi mallar hakkında bilgi için bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 26; Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 24; Erhan Kanışlı, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, 3 (2020): 1432; Kırca, *Ürün Sorumluluğu*, 192. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5 vd.). Bu doğrultuda bir görüş, ancak maddi bir varlık üzerinde cisimleşen yazılımları ÜGTDK’da sadece fiziksel varlığı haiz olanların ürün niteliği kabul gördüğünden sadece bunların ürün kabul edilebileceği yönündedir. Bkz. Cemre Polat, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 181. Bu halde gayri maddi mal ile üzerinde cisimleştiği maddi varlık bir bütün haline gelir ve bu bütün, taşınır bir eşya olarak üründür (Kanışlı, “Üreticinin Sorumluluğu,” 1433; Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu*, 61; Aydos, *Ürün Sorumluluğu*, 137; Gökçe Kurtulan Güner, “Dijital Çağda Ürün Sorumluluğuna İlişkin Bazı Meseleler,” içinde *Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 243; Fulya Erlüle, “Yapımcının Sorumluluğu,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, 4 (2008): 315-316; Kırca, *Ürün Sorumluluğu*, 193-195). Aksi yöndeki görüş uyarınca bir materyal üzerinde cisimleşmiş olmasa da yazılımlar ürün kabul edilmelidir. Yazarlar farklı gerekçelerle bu sonuca ulaşmaktadırlar. Yazılımların cismani varlığa bürünüp bürünmemesinden bağımsız olarak, bu yönde bir ayrıma gerek olmadığı, eşyalarla benzer zararları meydana getirmeye elverişli olduklarından yazılımların ürün olarak kabul edilmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kanışlı, “Üreticinin Sorumluluğu,” 1434; Candan Yasan Tepetaş, *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 54. Bu yönde bir kabulün, kanunun yeni ihtiyaçlara cevap vermesi bakımından daha isabetli olacağı hakkında ayrıca bkz. Yasan Tepetaş, *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk*, 54). Nihayet son görüş yine maddi bir varlıkta cisimleşmeden bağımsız olarak, yazılımlar hakkında bunların zarara yol açma ihtimalleri ve zarar gören kişilerin yazılımın üretimindeki kusuru ispatlamalarının mümkün olup olmadığına bakılarak karar verilmesi gerektiği yönündedir. (Bkz. Yeşim M. Atamer ve Gökçe Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, 2 (2021): 556).

Dijital ürünün kendisi, şüphesiz bir materyal vasıtasıyla vücuda bürünmedikçe maddi bir varlığı haiz değildir. Bir başka deyişle dijital içerik ne zaman ki bir taşıyıcı bellek, cd gibi bir materyal ile fiziksel bir varlığa kavuşur; ancak o zaman fiziksel bir varlığının bulunduğu bahsedilebilir. Yine de fikri hak konusu olarak örn. müzik eseri eşya niteliğini haiz değildir; fakat bunun üzerinde cisimleştiği maddi taşıyıcı (CD, taşınır bellek vb.) bir eşyadır⁷³. Öyleyse burada hukuki çıkarımlarda bulunurken dijital ürün bir eşya vasıtasıyla şekle bürünse dahi söz konusu eşyanın hukukunun başka; dijital içeriğin tabi olacağı hukuki rejimin başka olacağı gözden kaçırılmamalıdır⁷⁴. Ancak doktrinde bazı görüşler dijital ürünün, özellikle yazılımların cd, taşınır bellek veya bilgisayar belleği gibi cisimlere kaydedilmek suretiyle eşya niteliği kazanacağı yönündedir⁷⁵. Aşağıda ilgili görüşlere ve bunlara getirilen eleştirilere, dijital ürüne eşya vasfı tanıyan görüşler incelenirken yer verilecektir. Bu başlık altında dijital ürünün eşya niteliği taşıyıp taşımadığı meselesinin önündeki en kritik unsurun maddi bir varlığa sahip olması, cismanilik unsuru olduğuna dikkat çekilmelidir. Aşağıda ele alınacak meseleler de bunun etrafında şekillenmektedir.

Bir şeyin eşya olarak nitelendirilmesi için aranan bir diğer özellik, sınırlarının belirlenmiş olmasıdır. Bu özellik sayesinde söz konusu şey, bağımsız bir varlık halini alabilecektir. Aksine bir deyişle uzay ya da denizlerdeki sular, maddi varlıkları bulunsa da diğer unsurlar yanında belirlilik unsurunu taşımadığından eşya değildirler. Belirli ve bağımsız bir bütün halini alabilme, eşyanın halihazırdaki durumundan kaynaklanabileceği gibi dış bir müdahale sonucunda da gerçekleşebilir⁷⁶. İlkine doğadaki hayvanlar, ikincisine bir denizden alınan suyun şişeye koyulması örnek olarak gösterilebilecektir⁷⁷.

Dijital ürünler bakımından eşyanın belirli olma unsuru, teknolojinin içinde bulunduğu seviye gözetilerek incelenmelidir. Bu doğrultuda dijital ürünlerin, dijital bir formda bulunmaları onların birbirinden ayırt edilemeyeceği anlamına gelmez. Aksine bunlar özellikleri, nitelikleri vb. çerçevesinde farklılaşarak bağımsız bir hale gelmektedir⁷⁸. Dolayısıyla dijital ürünlerin eşyanın belirlilik unsurunu sağladığını söylemek mümkündür.

⁷³ Akipeş, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 29; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 89.

⁷⁴ Bkz. yukarıda II. C ve D başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷⁵ Bkz. aşağıda III. C. 1 başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁶ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 17; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 89.

⁷⁷ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 17.

⁷⁸ Bilgisayar programlarında kullanılan verilerin birbirinden ayırt edilmesi için kullanılan “değişkenler” için bkz. “Veri Tipleri ve Değişkenler”,

Hukuki anlamda eşyanın bir diğer unsuru, şey üzerinde fiili ve hukuki hakimiyetin kurulabiliyor olmasıdır. Bu anlamda hakimiyet, fiili ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fiili hakimiyet, bir şeyin insan iradesine tâbi olup olmamasına göre belirlenir⁷⁹. Söz gelimi şu an için gezegenler, yıldızlar gibi uzay cisimleri üzerinde hakimiyet kurulabilecek nitelikte değildirler. Diğer taraftan okyanuslar ya da ırmaklardaki sular da sınırlarının belirlenemezliği nedeniyle fiili hakimiyet altına alınamazlar⁸⁰. Öte yandan bir şeyin hakimiyet altına alınabilmesi, hukuken de elverişli olmalıdır. Hukuki hakimiyetten kasıt hukuk düzeni tarafından bir şeyin edinilebilmesine izin verilmesi; hukuk düzeninin buna olumlu sonuç bağlamasıdır⁸¹. Örneğin cismani bir varlığa sahip olup sınırları belli olsa da insan vücudu üzerinde hukuki hakimiyet kurulması emredici hukuk kuralları ve ahlaki nedenlerle mümkün değildir.

Dijital ürünlerin üzerinde hakimiyet kurulabilmesi bakımından herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu bakımdan bir yazılımın, bulunduğu ortamın maddi bir taşıyıcı ya da bulut sistemi olması fark etmeksizin bireysel amaçlı kullanımı mümkün olduğu gibi bunun satışı, kiralanması ya da lisanslanması da mümkündür. Dolayısıyla dijital ürünler fiili hakimiyet altına alınabilir. Bir başka deyişle bunlar insan iradesine tâbidir. Hukuk düzeni de buradaki insan davranışına olumlu sonuç bağlamakta; eser niteliği taşımak kaydıyla örneğin bilgisayar programını meydana getiren kişiye eser sahipliği statüsü tanıyarak onun eseriyle olan hukuki bağını korumaktadır (FSEK m. 1/B, a, b; m. 2/Nr. 1; FSEK m. 13/I)⁸².

Eşyanın bir diğer unsuru, üzerinde hakimiyet kurulabilen ve sınırları belirli olan maddi varlığın aynı zamanda kişilik dışı nitelik taşımasıdır. Aynı hakların sahibi kişilerdir. Bunların konusunun (eşya) ise kişilik dışı olması

<https://www.baskent.edu.tr/~tkaracay/etudio/ders/prg/java/ch05/dataTypes.htm> (son erişim: 01.03.2024).

⁷⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 28.

⁸⁰ Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 18.

⁸¹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 28.

⁸² FSEK m. 13/I uyarınca “*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür.*” Eserin, sahibi ile arasındaki hukuki bağının Telif Hukukunca korunduğu, Alman Fikri Haklar Kanun § 11/I’de daha açık ifade edilmektedir. İlgili düzenleme uyarınca “*Telif Hukuku, eser sahibinin eseriyle manevi ve kişisel ilişkisini ve eserini kullanımını korur (Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes),*” § 11/I UrhG.

gerekir⁸³. Dolayısıyla insan vücudu ile organlarının aynı hak konusu olması, bir başka deyişle eşya kabul edilmesi bunların kişilik haklarına dahil olmaları sebebiyle söz konusu olamaz⁸⁴. Bununla birlikte insan vücudundan ayrıldıktan sonra eşya niteliğinde olan varlıklar da bulunmaktadır⁸⁵. Dijital ürünlerin kişilik dışı olma unsurunu sağladığına şüphe bulunmamaktadır.

Son olarak öğretilerde bir şeyin hukuki anlamda eşya kabul edilebilmesi için ekonomik bir değere sahip olmasının gerekip gerekmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre maddi varlığa sahip bir şey, para ile ölçülebilen bir değere sahip olmasa bile diğer unsurların varlığı halinde eşya kabul edilmelidir⁸⁶. Buna göre bir ihtiyaca cevap veren ancak parasal değeri bulunmayan aile hatıraları gibi şeyler de eşyadır⁸⁷. Aksi yöndeki görüş uyarınca, diğer dört unsurun yanı sıra bunlara ilaveten ekonomik değeri haiz olma şartı da aranmalıdır⁸⁸. Bir başka deyişle eşyanın diğer dört unsurunu taşıyan bir varlığın ayrıca ekonomik bir değeri de bulunmalıdır. Ekonomik değer, maddi ya da manevi herhangi bir ihtiyacı karşılamayı içermektedir⁸⁹. Aynı hak konusu eşya üzerinde hukuki menfaat, malvarlığına ya da şahıs varlığına yönelik olabilir⁹⁰. Öyleyse dijital ürünler de bu unsuru taşımaktadır. Nitekim günümüzde hayatın neredeyse her alanında kullanılan dijital ürünler çok çeşitli ihtiyaçlara cevap vermektedirler. Nvidia teknoloji şirketi, piyasa değerinin ulaştığı seviye bakımından dijital ürünlerin taşıdığı ekonomik potansiyeli ortaya koyan örneklerden sadece bir tanesidir⁹¹.

⁸³ Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 29.

⁸⁴ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 5; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 90; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10.

⁸⁵ İnsan vücudundan ayrıldıktan sonra doku ve organların eşya niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10 vd. Ayrıca bkz. Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 124 vd.

⁸⁶ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 28-29.

⁸⁷ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 29.

⁸⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 5-6, nr. 19; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 74 (Yazarlar tarafından eşyanın unsurları olarak kişilik dışılık, ekonomik bir değeri olan tanımlanabilir ve belirli maddi varlığa sahip olma ile bu varlığın edinmeye elverişli olması sayılmıştır).

⁸⁹ Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Benzer yönde ve ekonomi biliminde “ekonomik değer”, “değer”, “fayda” gibi kavramların anlamları için ayrıca bkz. Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 35 ve 31 vd.

⁹⁰ Antalya ve Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 75.

⁹¹ Bir teknoloji şirketi olan Nvidia'nın piyasa değeri (1,97 trilyon dolar), 11 ülke hariç diğer ülkelerin gayrisafi milli hasıllarını aşmıştır. Bkz. “Nvidia is Now Worth More

Dijital ürünün eşya niteliği taşıyıp taşımadığı meselesi, onun, hakkın konusu olarak taşıdığı hukuki niteliğe ilişkin değerlendirmeler üzerinden bir perspektifle tekrar ele alınmalıdır.

C. Dijital Ürüne Eşya Niteliği Atfeden Görüşler

1. Yazılımların Bilgisayara İndirilmekle Cismani Varlık Kazandığını Savunan Görüş

Görüş uyarınca yazılımın kendi işlevselliği bakımından kullanılabilmesi, zorunlu olarak bilgisayarda fiziksel bir varlığını gerektirmektedir. Dijital ürün olarak yazılımın bilgisayarın belleğine, veri taşıyıcısına kaydedilerek fiziksel bir varlık kazandığı yönündeki yaklaşım bu görüşün temel gerekçesini oluşturmaktadır⁹². Böylece taşıyıcının eşya niteliği, yazılımı da kapsayacak şekilde genişlemiş olur⁹³. BGH kararlarında bir taşıyıcıda cisimleşen standart yazılımları taşınır eşya olarak nitelendirilerek sözleşme içeriğine göre bunlara ilişkin işlemlere kira ya da satım hukukunun uygulandığı görülmektedir⁹⁴. Değindiği üzere bu görüş doktrinde de savunulmaktadır⁹⁵.

than the GDP of Every Country Except these 11”, https://www.marketwatch.com/story/nvidia-is-now-worth-more-than-the-gdp-of-every-country-except-these-few-d58a3508?utm_source=ground.news&utm_medium=referral (son erişim: 01.03.2024). Belirtmek gerekir ki Uluslararası Para Fonu'nun (IMF) verilerine göre hazırlanan listede (Nvidia'nın da sıralamada yer aldığı) Türkiye 1,34 trilyon dolarlık gayrisafi milli hasılası ile 18. sırada yer almıştır.

⁹² Uygulama hizmeti sağlanması sözleşmesine yazılımın, sunucunun serverine kaydedilmekle § 90 BGB anlamında eşya olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. BGH, NJW 2007, 2394.

⁹³ Jochen Marly, “§ 90,” içinde *BGB Kommentar, Band 1 Allgemeiner Teil I*, ed. Hans Theodor Soergel (2000), Rn. 3 (Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, dn. 116'dan naklen). Yazılımlara eşya niteliği tanıyan görüşler hakkında ayrıca bkz. BGH, NJW 2007, 2394; krş. Diegmann ve Wolfgang “Praxisfragen bei Onlinespielen,” 561.

⁹⁴ BGH, NJW 2007, 2394; BGHZ 143, 307 [309] = BGH, NJW 2000, 1415; BGHZ 109, 97 [100 f.]; aynı yönde M. Michael König, “Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung,” *NJW* (1990): 1584; BGHZ 102, 135 [144] = NJW 1988, 406; BGH, NJW 1997, 2043; NJW 1993, 2436 [2437 f.]; BGH, NJW 1990, 3011; NJW 1984, 2938; NJW-RR 1986, 219; İsviçre Federal Mahkemesi ile krş. BGE 124 III 456, 459.

⁹⁵ Bkz. M. Michael König, “Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf,” *NJW* (1993): 3121.

Söz konusu görüş yazılımın sadece fiziksel düzeyine (*strukturelle Ebene*) odaklanmakta; semantik ve sentaktik düzeyini göz ardı etmektedir. Görüş getirilen eleştiri, bilgisayar programları ister bir taşıyıcı ister bilgisayar belleğine kaydedilmiş olsun programın kendisinin elle tutulur bir cismani varlık kazanmayacağı yönündedir. Kitap ya da CD veya disklerle karşılaştırıldığında da benzer bir sonuca ulaşılabileceği; bunların eşya niteliği, kitabın ya da cd veya diskin materyalinde olup içerisindeki fikir ürününün, eşyanın hukukundan farklılaşacağına dikkat çekilmektedir. Bunlardan yararlanılması için zorunlu olarak bir materyal içerisinde şekle bürünmeleri gerekse dahi veri, bilgi ya da yazılımların kendisi, bilgisayar programları eşyaya dönüşmezler; eşya niteliği taşımazlar⁹⁶. Aksi halde dijital ürünün eşya üzerinde vücuda kavuşmakla eşyanın ve dijital içeriğin özellikle eser niteliği taşıdığı hallerde tabi olacakları hukuki rejim birbirine karıştırılabilecektir⁹⁷. Görüş getirilen eleştirilerden bir diğeri, her zaman yazılım ve donanımın iç içe olmayacağı; bulut bilişim (*cloud computing*) sistemleri örneğinde görüşün gerekçesini yitireceğidir⁹⁸. Ayrıca yazılımları veri taşıyıcısının, bilgisayar belleğinin eşya vasfına dahil edilmesinin eşya nitelendirmesinde belirleyici bir kriter olup olmadığı; bir başka malın eşya niteliği üzerinden bir diğerine eşya vasfı atfetmenin doğru olmadığı görüşe getirilen eleştirilerdendir⁹⁹. Son olarak Alman hukuku bakımından eşyayı düzenleyen § 90 BGB “*Yasa anlamında eşya sadece fiziksel (maddi) varlığı bulunan şeylerdir*”¹⁰⁰ hükmü nedeniyle eşyanın dar yorumlanması gerektiği kabul görmektedir.

Eşya Hukuku bakımından istisnai hallerde, bir veri taşıyıcısı içerisinde vücut bulan bir tek bilgisayar programı ya da dijital ürün için bunun, söz konusu taşıyıcının bütünleyici parçası olduğu; bu nedenle tabi olduğu eşyanın hukuki akıbetine bağlılığı (*nicht Sonderrechtsfähig*) dolayısıyla (ilgili kopyasının) onunla beraber devredilebileceği savunulabilecekse de teknolojik

⁹⁶ BGH, NJW 2016, 1094, Rn. 20. Helmut Redeker, “Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?,” *NJW* (1992): 1739.

⁹⁷ Aynı gerekçe ile eleştiriye açık, basılı kitabın eşya niteliği kazandığı yönünde bkz. BGH NJW 2007. Kararda bilgisayar programının bir veri taşıyıcısında vücuda kavuşmakla tıpkı basılı bir kitap gibi olduğu; kitabın da bilgi taşıyıcısı olan kâğıt için değil yaratıcı fikrin ürünü olan içeriği için edinildiği; ancak yine de eşya vasfını kaybetmediği ifade edilmektedir. Bkz. BGH, NJW 2007, 2395.

⁹⁸ Stefan Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien* (Berlin: Duncker & Humblot, 2018), 73 vd.

⁹⁹ Haller, “Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB,” 57.

¹⁰⁰ “*Sachen im Sinne dieses Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.*” (§ 90 BGB).

gelişmeler dikkate alındığında bu örneğin karşılaşılabirliğinin gittikçe azaldığı ileri sürülmektedir. İlâveten bu halde dijital içeriğin bütünleyici parça olup olmadığı çoğu zaman şüphe götürür niteliktedir. Dijital ürün veri taşıyıcısından alındığında taşıyıcının işlevselliğinin azalması ya da yitirilmesi söz konusu olmayacağından söz konusu nitelendirmenin çoğunlukla bu engele takılacağı savunulabilecektir¹⁰¹. Dijital ürün, tabii olduğu eşyadan ayrı bir hukuki statüye sahiptir (*sonderrechtsfähig*)¹⁰². Sadece veri taşıyıcısının eşya niteliğinin bulunduğu; bunun içerisindeki fikir ürününün eşya niteliği taşımayacağı; Telif Hukuku hükümlerince korunması gerektiği (başkaca bir hukuki ihtiyaç kalmadığından) giderek ağırlık kazanan görüştür¹⁰³. Dijital ürünün eser niteliği taşımadığı hallerde dahi kendisi eşya niteliği taşımaz; veri mülkiyeti ya da veri zilyetliği söz konusu değildir¹⁰⁴. Kişisel veri niteliği taşıyorsa buna ilişkin hukuki rejime tabi olacaktır. Bilgisayar programları, elektronik ya da sesli kitaplar gibi başkaca veri ve bilgilerin de ticari yaklaşım (*Verkehrsauffassung*) uyarınca eşya niteliğinin bulunmadığı kabul görmektedir¹⁰⁵. Buna karşın doktrinde yazılım (bilgisayar programları bakımından) ağırlık görüşün, bilgisayar programlarının taşıyıcıda cismani varlık kazanması halinde eşya niteliği taşıyacağı yönünde olduğuna değinilerek buna getirilen eleştirilere yer verilmektedir¹⁰⁶. Aksi yönde ağırlıklı olarak giderek artan eğilim, sadece veri taşıyıcısının eşya niteliği taşıyacağı;

¹⁰¹ Yazılımın çok istisnai bazı hallerde veri taşıyıcısının bütünleyici parçası olabileceği; fakat gelecekte bu çıkarıma zaten ihtiyaç kalmayacağı yönünde örnekler ve bilgi için bkz. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 52. Sonuç olarak yazılımın eşya niteliği taşımadığı, eşya hukukunca devredilemeyeceği, bütünleyici parça ya da eklenti vasfının bulunmadığı yönünde bkz. David Bomhard ve Fabian Eichmeier, “Das digitale Trennungsprinzip – Smarte Geräte im Asset Deal,” *RDi* 8 (2021): 395–396, özellikle 396, Rn. 17.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 51 vd.

¹⁰³ Bkz. Jörg Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2017), “Daten und Informationen, Software, E-Books, Bitcoins usw,” içinde *BeckOK*, ed. Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth, Rn. 26; Christina Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” içinde *Münchener Kommentar zum BGB* (C. H. Beck Verlag, 2021), Rn. 25; BGH NJW 2016, 1094 Rn. 20.

¹⁰⁴ Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25.

¹⁰⁵ Jörg Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, “E-Books und Ähnliches,” içinde *BeckOK*, ed. Wolfgang Hau W ve Poseck R, nr. 27.

¹⁰⁶ Bkz. Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, “E-Books und Ähnliches,” Rn. 28.

içerisindeki eser niteliği taşıyan dijital ürünün Telif Hukukunca korunan bir gayrimaddi mal olarak kalacağı yönündedir¹⁰⁷.

Anılan gerekçelerle karşı görüş uyarınca yazılımlar, bilgisayar programları, elektronik kitaplar gibi eser niteliği taşıyan taşınır olarak genel olarak bilgi ve verilerin eşya niteliği bulunmamaktadır¹⁰⁸. Bunların zorunlu olarak herhangi bir taşıyıcıya ya da bilgisayara indirilmek suretiyle belleğe kaydedilmiş olmaları da sonucu değiştirmemektedir¹⁰⁹. Yine de cismani varlıkları bulunmaz¹¹⁰. Aynı sonuç, eser niteliğindeki bilgisayar programlarının zaten Telif Hukuku kapsamında korunması ile de desteklenebilecektir¹¹¹.

Söz konusu hukuki meseleler hakkında Avrupa Birliği Adalet Divanının (*Europäische Gerichtshof, EuGH*) 2012 tarihli *UsedSoft* kararı dijital ürünün sentaktik ve fiziksel varlık düzeyini birbirinden ayırarak dijital tükenme ilkesine hükmetmesi yönünden, inceleme konumuz bakımından bu perspektifle anılmaya değerdir. *UsedSoft/Oracle* kararında mahkeme, bir bilgisayar programının internet aracılığı ile onu devralan tarafından kendi veri taşıyıcısına indirildiği hallerde yayma hakkının tükendiğini¹¹², “kullanılmış” bilgisayar programının yeniden satımına Telif Hukuku hükümlerince engel olunamayacağına hükmetmiştir. Tükenme ilkesi, eser sahibinin mali haklarından yayma hakkına ilişkindir. İlke uyarınca bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satım veya başkaca bir şekilde ilk satış ve dağıtımından sonraki satışlar, telif ihlali oluşturmaz. Böylece ikinci el piyasasının önü açılmaktadır. Dolayısıyla akla ilk olarak bir cisim üzerinde somutlaşan, fiziki bir varlığı bulunan kitap, kaset, plak, cd veya dvd gibi eser nüshaları gelecekse de ABAD, *UsedSoft* kararının gerekçesini 2009/24/AT Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair AB Direktifi (kısaca: Bilgisayar Programları Direktifi, *Computer Programs Directive*) m. 4/II’de

¹⁰⁷ Bilgi için bkz. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25.

¹⁰⁸ Azınlıktaki karşı görüş için bkz. König, “Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf,” 3121; BGH NJW 1993, 2436, 2437 vd.

¹⁰⁹ BGH, NJW 2016, 1094, Rn. 20.

¹¹⁰ Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” 382. Elektronik veri ve bilgisayar programları hakkında ayrıca bkz. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25.

¹¹¹ Görüş için bkz. Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2017), “Daten und Informationen, Software, E-Books, Bitcoins usw,” Rn. 25.

¹¹² Tükenme ilkesi için bkz. 2001/29/AT Telif Hakları Direktifi Art. 4/II, 2006/115/AT Kiralama ve Ödünç Verme Hakkı Direktifi Art. 9/II; hukukumuzda FSEK m. 23/II, 3.

düzenlenen yasma hakkının tükenme ilkesi ile açıklayarak fiziksel varlığı bulunan eser nüshalarının yanı sıra dijital ürün olarak bilgisayar programlarında da tükenme ilkesinin önünü açmıştır¹¹³. Meselenin konumuz bakımından önemi, dijital ürünün sentaktik, bilgi düzeyindeki varlığının fiziksel bir materyalden bağımsız olarak değerlendirilmesidir. Kararda tükenme ilkesi, bilgisayara indirilmek suretiyle yararlanılan bilgisayar programlarının sentantik varlık düzeyine ilişkindir. Bir başka deyişle kararda (klasik anlamdaki) tükenme ilkesi eserin fiziksel varlık düzeyinden ayrılarak sentantik bilgi düzeyine taşınmaktadır. Bu bakımdan karar, yazılımların bilgisayara indirilmekle cismani varlık kazandığını savunan görüşe karşıt gerekçe oluşturmaktadır¹¹⁴. Eşya niteliği dijital üründe değil; sadece onun üzerinde cismani varlık kazandığı eşyada kalmaktadır¹¹⁵.

2. Dijital Verileri Dar Anlamda Değerlendirip Verinin Kodlanması Dolayısıyla Eşya Niteliği Taşıdığını Savunan Görüş

Konuyu dijital veriler bağlamında ele alan görüş uyarınca dijital verilerin en önemli unsuru bilginin birler ve sıfırlarla rakamsal kodlanması, bu anlamda bilginin sentaktik varlığı ile bir veri taşıyıcısına kodlanması halinde yapısal (*strukturell*) varlığıdır. Bu nedenle “dijital veri” kavramı bakımından bilginin içeriği önem taşımamaktadır¹¹⁶. Dar anlamda dijital verilerin herhangi bir

¹¹³ Bilgisayar Programları Direktifi Art. 4/II uyarınca tükenme ilkesinin söz konusu olabilmesi için “program kopyasının hak sahibi tarafından ilk satımı” gerekmektedir. Bu alanda dijital tükenme ilkesi olarak ifade edebileceğimiz ilke, bilgisayar programlarının aksine elektronik kitaplarda kabul görmemiştir (Bilgisayar programları hakkında bkz. UsedSoft Kararı, 2019, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-128/11>) (son erişim: 01.04.2024). Böylece dijital tükenme ilkesine ilişkin UsedSoft kararının diğer dijital ürünlere de uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin dijital kitaplar açısından önü kapatılmıştır. Elektronik kitaplar hakkında Tom Kabinet kararı için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-263/18>. (Son erişim: 01.04.2024). Tom Kabinet kararı öncesinde 2012 tarihli Used Soft kararının diğer dijital ürünlere de uygulanabilirliği hakkında bkz. Jochen Marly ve Anna-Lena Wirz, “Die Weiterverarbeitung digitaler Güter,” *EuZW* 16 (2017): 19.

¹¹⁴ Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 59 vd.

¹¹⁵ Farklı yönde fakat bu bakımdan aynı gerekçeyi savunan görüş için bkz. Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*, 34 vd.; Wendehorst, “EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff,” Rn. 272–273.

¹¹⁶ Martin Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” *SJZ-RSJ* 10 (2016): 247.

taşıyıcıda veya donatıda “bits” ve “bayt” şeklinde varlıkları bulunmaktadır. Bunlar, fiziksel varlığı bulunan veri taşıyıcısında ya da sanal ortamda, bulut bilişimde depolanması halinde aralarında bir fark bulunmaksızın “*maddi olarak gerçek olurlar yani fizikleşirler*”¹¹⁷.

Görüş uyarınca bilginin semantik (anlamsal) varlığı dijital verilerin eşya olarak nitelendirilmesinde arka planda kalmakta; dijital verinin kodlanmış, sentaktik varlık düzeyi esas alınarak onun eşya niteliği taşıdığı ve Eşya Hukukunun mülkiyet, zilyetlik gibi hükümlerinin dar anlamda dijital veriye uygulanmasının mümkün olduğu yönünde çıkarımlarda bulunmaktadır¹¹⁸. Dijital veriler eşyanın diğer unsurlarını da taşımaktadır¹¹⁹.

Dijital verilerin kendi başlarına (*per se, von selbst*) Fikri Mülkiyet Hukuku anlamında gayri maddi mal olmadığı; tabiatı gereği kodlama ve kayıtlardan (*Kodierung und Speicherung*) oluştuğu ve içeriğinin açık olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda, görüşte içeriğini Fikri Mülkiyet Hukukunca (dar anlamda Telif Hukukunca) korunmaya değer dijital ses veya müzik dosyaları, fotoğraflar gayrimaddi mallar oluşturabileceği gibi her verinin telif korumasına tabi olmayacağına dikkat çekilmektedir¹²⁰. Fakat dijital içerik Telif Hukuku ya da Kişisel Verilerin Korunması Hukuku uyarınca yasal korumaya tabi ise o zaman ilgili hukuk alanının dijital verinin önüne geçeceği belirtilmektedir¹²¹.

¹¹⁷ O. Gökhan Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, 2 Özel Sayı (2023): 1219. “Dijital veriler görüldüğü üzere teknik yapısı gereği sabitlenerek fiziksel varlık kazanırlar. Söz konusu teknik imkanlar gereği fizikleşme ve dijital verinin bir taşınıra kaydedilmesi suretiyle Eşya Hukuku ile arasındaki köprü kurulmuş olur. (*Digitale Daten müssen wie aufgezeigt technisch bedingt fixiert und damit verkörpert werden. Diese technische Möglichkeit der Verkörperung und Speicherung von digitalen Daten auf einem Datenträger ist die Brücke zum Sachenrecht*)” Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 248, dn. 30 ve 31. Ayrıntılı bilgi için bkz. 248 vd.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten,” *SJZ-RS/J* 11 (2016): 265 vd.

¹¹⁹ Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1218 vd.; Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 247 vd.

¹²⁰ Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 247. Aynı yönde bkz. Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1216.

¹²¹ “*Dijital veriler üzerindeki mülkiyet esasen sınırsızdır. Ancak dijital verinin içeriği (semantik varlığı) telif korumasına tabi ise Telif Hukuku hükümleri lex specialis olarak*

Son olarak ifade etmek gerekir ki görüş uyarınca eşya niteliğinin maddi (cismani) varlığının bulunması gereği istisna kabul etmez bir koşul değildir. Doğal güçler fiziksel bir varlığa sahip olmasa dahi yasaca eşya olarak kabul edilmiştir (MK m. 762). MK m. 762 uyarınca “*Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*” olarak tanımlanmaktadır. Buna istinaden “*hakim(in)... kanunda bir amaçsal istisna boşluk olduğunu kabul ederek maddi (fiziksel) olmayan dijital veriyi de istisna niteliğinde bir eşya olduğunu kabul edebileceği yani objektif amaçsal yorumla amaçsal tamamlayacağı*” ifade edilmektedir¹²². Son olarak eşya kavramına Türk kanun koyucusu tarafından bir tanım getirilmemesi, kavramın dinamik olmasına, içinde bulunulan zaman ve şartlara uygun olarak anlaşılmasına imkân tanıdığı gerekçeleri ile de görüş desteklenerek¹²³ olması gereken hukuk (*de lege feranda*) açısından TMK m. 762 hükmüne taşınır mülkiyetinin konusu olacak şekilde dijital verilerin eklenmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁴.

3. Eşya Kavramını Geniş Yorumlayan Görüş

Bir diğer görüş, bir önceki başlık altında değindiğimiz § 90 BGB hükmünü geniş yorumlayarak dijital ürünlerin (yazılımların) de bu hükümdeki eşya niteliği taşıyan mallar arasına dahil edilmesini savunmaktadır. Buna göre eşyalar (*Sachen*) ve fiziksel -varlığı bulunan-şeyler (*körperliche Gegenstände*) ikiye ayrılarak değerlendirilmelidir. Fiziksel varlığı bulunan şeyler de görüş uyarınca geniş anlamda eşyadırlar. Her eşya fiziksel maldır; fakat her fiziksel varlığı bulunan şey, eşya olarak değerlendirilmemelidir. Görüş uyarınca nelerin fiziksel varlığı bulunan şeylere (*körperliche Gegenstände*) dahil olacağı doğa bilimlerinin konusudur. Buna karşın hangi fiziksel varlığı bulunan şeylerin eşya niteliği taşıyacağı ticari bakışa göre (*Verkehrsanschauung*) belirlenmelidir¹²⁵. Eşya nitelendirmesi için literatürde

öne geçer.” Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten,” 273.

¹²² Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1220. İsviçre hukukunda aynı görüş için bkz. Eckert, “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache,” 248.

¹²³ Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1217; Antalya – Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 57; Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 5.

¹²⁴ Bkz. Antalya, “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya,” 1220-1221.

¹²⁵ Ayrıca krş. Jochen Marly, *Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung* (München: C. H. Beck, 2018), Rn. 712..

§ 90 BGB uyarınca eşyada kümülatif olarak bulunması gerektiği şeklinde anlaşılan unsurların aksine bu görüş, bazı kriterleri esas alarak ticari bakışa göre hangi fiziki varlığı bulunan şeylerin eşya niteliği taşıyacağını açıklamaya çalışmaktadır. Böylece şey üzerinde hakimiyet kurulabilmesi, hukuki işlemlere konu edilebilmesi en önemli kriterlerdendir. Sonuç olarak bu kriterler genel ifadesiyle bilgi, verileri, yazılımları da (içeren dijital ürünlere taşındığında) bunların yapısal (*strukturell*) anlamda bilgiler olduğu ve varlıklarının sadece zihinde bulunmaktan ibaret olmadığı çıkarımına ulaşmaktadır. Üzerinde hakimiyet kurulabilmeleri, hukuki işlemlere konu edilebilmeleri ve sınırlanabilmeleri dolayısıyla görüş uyarınca, veri ve bilgiler de § 90 BGB hükmü kapsamında değerlendirilmelidir¹²⁶. Bu görüş kabul edilecek olursa eşya vasfı Eşya Hukuku ilkelerine göre değil, ticari bakışa göre belirlenecektir¹²⁷.

4. Dijital Ürünün Eşya Vasfına İlişkin Ara Değerlendirme

Eşya hukukunun temelindeki düşünce, kişilerin eşya üzerindeki aynı hakları ya da zilyetliklerine bağlanan hukuki sonuçlar ile söz konusu aynı haklardan mutlak ve münhasıran yararlanma yetkilerinin kapsamı ile bunların devredilebilirlikleri etrafında şekillenmektedir. Mutlak hak niteliğindeki aynı hakların üçüncü kişilerce “görülebilme ve bilinebilmesi; varlığının, devrinin ve sona ermesinin kamuya açık olarak izlenebilmesi” sebepleriyle eşyaya ilişkin yapılabilecek işlemler sınırlı sayıda öngörülmüştür¹²⁸. Yasada belirtilenlerden ibarettir (*numerus clausus*). Dijital ürünün eşya vasfı taşımaması nedeniyle Eşya Hukuku hükümlerine tabi olamayacağı çıkarımının, bir başka perspektifle sağlanması şu şekilde yapılabilecektir: Eşya hukukunun sınırlı sayıdaki işlemlerinin, doktrinde dijital ekonominin ihtiyaçlarını karşılamak ve buradaki menfaat dengesini sağlamak bakımından yetersiz kaldığı ifade edilmektedir¹²⁹. Günümüz dijital dünyasının kaçınılmaz

¹²⁶ Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*, 34 vd., 66 vd., 76 vd.

¹²⁷ Öte yandan yazar, bu görüşe ilişkin açıklamalar doğrultusunda mülkiyetin devrine ilişkin §§ 929 BGB vd. hükümlerinin, bilgisayara indirilerek elde edilen veriler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin gündeme geleceğine de dikkat çekmektedir. Bkz. Bucher, *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*, 85 vd., 88 vd.

¹²⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 34 vd., nr. 127 vd.

¹²⁹ Flume ve Ponedner, “Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte,” 38, Rn. 12; krş. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,”

bir getirisi olan dijital ekonomide tarafların klasik düzenden farklı olarak eşyanın mübadelesine değil dijital ürünün içeriğine ulaşmaya ilişkin bir menfaatleri bulunmaktadır. Cd, dvd ya da eşya hukuku rejimine tabi başkaca cisimler vasıtasıyla dijital içeriğe ulaşılması, yerini artık çok büyük bir ağırlıkla dijital platformlara, uygulamalara (*Applications*) ya da internet sayfası üzerinden verinin indirilmesi yoluyla erişime bırakmıştır. Her iki olasılıkta dijital içeriğe erişimin sağlanması (*Zugang*), içeriğin kullanıcıya sunulması (*Bereitstellung*) veya dijital hizmetten yararlanılması başlı başına edim konusunu oluşturmaktadır (Resital 56, Art. 3; krş. Art. 5/II DURL). Hatta bir eşya üzerinde cisimleşmiş dijital içeriğin ticari yaşama konu edilmesi halinde dahi ulaşılmak istenenin dijital içeriğe ilişkin menfaat (müziğin dinlenmesi, filmin izlenmesi, bilgisayar oyununun oynanması vb.) olduğu; dolayısıyla dijital içeriğin değerinin yanında eşyanın ekonomik değerinin oldukça minimal kaldığı, dijital içeriğe ulaşılmasında aracı bir fonksiyon gördüğü; bu nedenle sözleşmenin konusunu dijital içeriğin kendisinin oluşturduğu çıkarımlarının isabetli olduğunu düşünüyoruz¹³⁰. Bu bakımdan cismani varlığı bulunan veri taşıyıcısı, sözleşmeye karakteristiğini vermeyen, yan edim niteliğinde kalmaktadır¹³¹. Öte yandan dijital ürünün ticari yaşama konu edilebilmesi, zorunlu olarak bir eşya ile bağlantılı bulunmasını da gerektirmemektedir¹³².

Dijital ürünün üzerinde cisimlendiği eşyadan bağımsız olarak bizatihi kendisinin eşya niteliği taşımadığı; bir başka deyişle bir materyal içerisine kaydedilmekle eşyaya dönüşmediği, ayrıca Eşya Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukukuna yönelik karşılaştırmalı çıkarımlarla da desteklenebilecektir. Eşya üzerindeki aynı haklar, hak sahibine aynı nitelikte mutlak bazı hak ve yetkiler

123 vd., dn. 11'deki yazarlar. Haller, *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*, 70–71.

¹³⁰ Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 129 ve dn. 50'deki yazarlar; BGH NJW (1988), 407 vd.

¹³¹ Krş. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25. “...Dijital ürün bir taşıyıcıda bulunduğu müddetçe bu tipik olarak sadece içeriğin bırakılması amacı için bir araçtır. (*Soweit sich digitale Inhalte auf einem Datenträger befinden, ist dieser typischerweise nur Mittel zum Zweck der Überlassung*)” [GesmannNuässl ve Kanert *BB* (2022): 1603, 1604 vd. Fritzsche, “BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, “E-Books und Ähnliches,” § 90 a'dan naklen].

¹³² Dijital ürünlerin eşya ile bağlantısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Maximilian Mayer ve Christina Möllnitz, “Gewährleistung für “smarte” Produkte nach Umsetzung der digitale Inhalte und Warenkaufrichtlinien,” *RDi* (2021): 333; Helmut Redeker, *IT Recht* (München: C.H. Beck, 2023), *Digitale Produkte als Sache*, Rn. 768, 769.

sunar. Mülkiyet hakkı da aynı haklardandır ve hak sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri (kullanma, yararlanma, tüketme) tanır. Bu haklar dış etkenlerle başkalarının müdahale ve tahrip edilmeye elverişli olduğundan mülkiyeti ve zilyetliği koruyucu davalarla korunmaktadır¹³³. Oysa yaratıcı fikrin ürünü olarak gayri maddi mallar Fikri Mülkiyet Hukuku üst başlığında Telif Hukuku ve Sınai Mülkiyet Hukukunca korunmaktadırlar. Bunların maliki olmaz. Bir başka deyişle eser meydana getirmekle onu meydana getiren *ipso iure* “eser sahibi” olur (FSEK m. 1/B. Eser sahibine tanınan hak ve yetkiler için bkz. manevi ve mali haklar için FSEK m. 13 vd.; m. 20 vd. Hukuki işlemlere ilişkin bkz. FSEK m. 48 vd.). Bir eserin çoğaltılmış nüshalarının ya da yağlıboya tabloları, heykeller gibi güzel sanat eserlerinde materyalle arasındaki sıkı bağdan dolayı bunların materyalinin, eşyanın maliki olabilir. Ancak söz konusu nüshalar üzerinde mülkiyet hakkı kazanmış olmak malike, eserin bizatihi kendisine yönelik FSEK’te tanınan mali ve manevi haklara ilişkin herhangi bir yetki sunmaz. Dahası eserin çoğaltılmış materyalinin sahibi, eser sahibinin haklarına uygun hareket etmek zorundadır. Eseri tahrip edemez; adını değiştiremez, eser sahibi (ya da diğer telif hakkı sahiplerince bkz. FSEK m. 16) kendisine lisans hakkı (yasa ifadesiyle “ruhsat” FSEK m. 48/II; m. 49/I) tanımadığı müddetçe çoğaltamaz, işleyemez, yayma ya da umuma iletim haklarını kullanamaz. Bu anlamda eser niteliği taşıyan dijital ürün özelinde de eser sahibi ile dijital kopyanın üzerinde cisimlendiği materyalin malikinin hakları çatışabilir de.

Bir cismani varlık üzerinde şekillenmekle dijital ürün ne eşyanın hukukuna tabi olur ne de aynı zamanda eser niteliği taşıyorsa eşyanın maliki semantik düzeydeki dijital içerik üzerinde söz sahibi olur. Bu nedenle Fikri Mülkiyet Hukukunca korunmaya değer niteliği haiz fikir ürünleri bakımından dijital ürünün kendisine bu alana özgü hükümler uygulanmalı; üzerinde cisimlendiği materyal ise eşyanın hukukuna tabi olarak değerlendirilmelidir.

Yaratıcı bir çaba bulunmadığından Telif Hukuku ya da geniş anlamda Fikri Mülkiyet Hukuku korumasından yararlanamayacak sanal mallar (*virtuelle Güter*) bakımından da *sui generis* bir gayri maddi mallar hukuku öneren görüşler mevcuttur¹³⁴. Ayrıca dijital içeriğin kendisi Fikri Mülkiyet Hukuku korumasının dışında kalıp da başkaca veri ya da kişisel bilgiler

¹³³ Eser sahipliğinin, zilyetlik ve mülkiyet hakkı ile farklılıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, 124 vd.

¹³⁴ Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” 382.

içeriyor olabilir. İki hakkında son yıllarda veri mülkiyeti (*Dateneigentum*) kavramı dile getirilmektedir¹³⁵. Burada da öz itibariyle mülkiyet benzeri (*eigentumsähnliches Recht*) bir hak savunulmaktadır¹³⁶. Ayrıca 13.12.2023 tarihi itibariyle yürürlüğe giren AB 2023/2854 sayılı Direktif (kısaca *Data Act*) ile hem tacirler arası (*Business to Business, B2B*) hem tüketici ile tacirler (*Business to Consumer, B2C*) arasındaki verilere erişim ve bunlardan yararlanma haklarına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir¹³⁷. Dijital içeriğin kişisel veriler içermesi halinde tabi olacağı rejim ise kişisel verilerin korunması hukukudur. AB 2023/2854 sayılı Direktif sonrasında bunun AB Genel Veri Koruma Tüzüğü, EU-DSGVO [EU (2016/679) – *Datenschutz-Grundverordnung*] ile uygulama alanları ayrı bir inceleme konusudur¹³⁸.

¹³⁵ Veri mülkiyeti (*Dateneigentum*) hakkında görüşler için bkz. Karl Heinz Fezer, “Dateneigentum – Theorie des imaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten,” *MMR* (2017): 3 vd.; Thomas Hoeren, “Datenbesitz statt Dateneigentum – Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten,” *MMR* (2019): 5 vd. Alman Hukukunda hâkim görüşe göre verilerin § 90 BGB uyarınca eşya niteliği taşımadığı yönünde bkz. Wendehorst, “EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff,” Rn. 272.

¹³⁶ Ayrıca Alman Ceza Kanunu § 303a StGB’ye istinaden sanal mallar (*virtuelle Güter*) hakkında tasarrufla bulunma yetkisi dolayısıyla mülkiyet benzeri bir hak olarak anlaşılmalı ve veri taşıyıcısının, bir başka deyişle eşyanın hukukuna tabi olmaları gerektiği; öyleyse Eşya hukukunca veri taşıyıcısının sahibinin verilerin de sahibi olduğu yönünde bkz. Boehm, “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten,” Rn. 384; ayrıntılı bilgi ve başkaca gerekçeler için bkz. Walter Stree ve Bernd Hecker, “§§ 303–305a,” içinde *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder (C.H. Beck, 2014), Rn. 3; Brunhild Wieck-Noodt, “Vor § 303, §§ 303–305a *Datenveränderung*,” içinde *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (C.H. Beck, 2014), Rn. 3. “Verilerin Değiştirilmesi (*Datenveränderung*)” başlıklı StGB § 303a hükmü uyarınca verileri hukuka aykırı olarak silen, saklayan ya da kullanılamaz hale getiren ya da değiştiren kişilerin iki yıla kadar hapis ya da para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmektedir (StGB § 303a/I).

¹³⁷ Verordnung EU 2023/2854 des europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie EU 2020/1828 (Datenverordnung). Direktif metni için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854 (son erişim: 01.04.2024).

¹³⁸ Krş. Stephanie Richter, “Vereinbarkeit des Entwurfs zum Data Act und DS-GVO – Der schmale Grad zwischen Schutz personenbezogener Daten und Datenkommerzialisierung,” *MMR* (2023): 163 vd.

Dijital ürünün korunmasına imkân tanıyan başkaca yasal düzenlemeler olduğu müddetçe gayri maddi mallara eşya niteliği atfedilerek bunların Eşya Hukuku hükümlerine tabi tutulmasına ihtiyaç bulunmadığı kanısındayız. Ayrıca bunlar Fikri Mülkiyet Hukuku alanında hukuki işlemlere konu edilebilir; ekonomik kazanç sağlanmaya elverişlidirler (örn. FSEK m. 48 vd.; Sınai Mülkiyet Kanunu m. 24). Ancak başkaca gerekçelerle Eşya Hukuku hükümlerinin uygulanması ihtiyacının bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Sözleşmeler Hukuku hükümlerinin uygulanabilirliği bu bakımdan dikkate değer bir meseledir.

5. Borçlar Hukuku Hükümlerinin Uygulanabilirliği Bakımından

Yukarıda açıklandığı üzere dijital ürüne eşya niteliği tanıyan görüş ve gerekçeler eleştiriye açık olup dijital ürünün üç farklı düzeydeki (semantik, sentaktik ve bir cisim üzerinde vücuda kavuşmakla fiziksel) varlığı, onun eşya nitelendirilmesine tabi kılınarak bu alandaki hükümlerin dijital ürüne uygulanabilmesi kanaatimizce dijital ürünün diğer yönlerinin göz ardı edileceği ve eşya hukukunun mülkiyet, zilyetlik ve bunlara bağlanan hukuki sonuçlar gibi hükümlerinin dijital ürünün bizatihi kendisine (üzerinde cisimlendiği eşyaya değil) uygulanması sonucunu beraberinde getireceğinden bunun yol açacağı güçlükler nedeniyle dikkatle yaklaşılması gereken bir çözümdür. Fakat dijital ürüne eşya vasfı atfedilmesinin getireceği hukuki sonuçlardan biri de meselenin Borçlar Hukuku, daha net bir ifadeyle Sözleşmeler Hukukuna bakan yönüdür. Tüketici sözleşmesine konu dijital ürünler bakımından düzenlemeler getiren Dijital İçerik Direktifinde de yukarıda dikkat çektiğimiz üzere Direktif, Sözleşmeler Hukuku ekseninde hazırlanmıştır¹³⁹. Bilgisayar programları, müzik ya da filmler gibi dijital ürünün geçici ya da süreli kullanımının hangi sözleşme tipinin unsurlarını taşıdığı, dolayısıyla hangi hükümlerin uygulanabileceğinin tespiti, tarafların dijital ürüne ilişkin kararlaştırdığı içeriğe göre yapılabilecektir¹⁴⁰. Öyleyse ticari yaşamın ihtiyaçlarının çeşitliliği karşısında dijital ürünlere ilişkin ihtiyacın Sözleşmeler Hukukunun sunduğu irade serbestisi kapsamında giderilmesi Eşya Hukuku hükümlerine kıyasen oldukça elverişlidir. İlaveten dijital ürüne eşya vasfı atfedilirse ikinci adım, Eşya Hukuku hükümlerinin ona uygulanabilmesi olacaktır. Buna ilişkin çekinceler yukarıda kaleme

¹³⁹ Bkz. yukarıda dn. 41.

¹⁴⁰ Bkz. yukarıda dn. 36, 37 ve 38.

alınmıştır¹⁴¹. Söz konusu tespitler ışığında dijital ürünün içeriğine yönelik menfaatin sağlanmasının, ancak sözleşme serbestisi dolayısıyla tip ve içeriği düzenleme konusunda taraflara kapsamlı bir hareket kabiliyeti sunan Borçlar Hukukunca karşılanabileceği; böylece tarafların, ihtiyaçları doğrultusunda oldukça farklı edimleri sözleşmenin konusu yapabilecekleri çıkarımı yanlış olmayacaktır. Sözleşmeler Hukukunun bir diğer getirisi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesidir. Dijital İçerik Direktifi de bu doğrultuda kaleme alınmıştır.

Öte yandan dijital ürünün eşya vasfı taşımadığı sonucuna varılması, özellikle iç hukukumuz bakımından bazı çekinceleri beraberinde getirebilecektir. Söz konusu çekinceler, dijital ürünün eşya niteliğine ilişkin tespitlerin Sözleşmeler Hukukuna ilişkin çıkarımların bundan etkilenebileceği endişesine ilişkindir. Bunun nedeni satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi gibi akla ilk gelecek klasik sözleşme tiplerinin konusunu taşınır ya da taşınmaz eşya ile bazı hakların oluşturmasıdır. Aşağıda bazı sözleşme tipleri bakımından Alman Hukukundaki yaklaşıma hukukumuzdaki düzenlemelerle karşılaştırılarak kısaca yer verilecek; hukukumuz bakımından dijital ürünlerin eşya olarak nitelendirilmesine ihtiyaç bulunup bulunmadığı bir de Sözleşmeler Hukuku perspektifinden değerlendirilmeye çalışılacaktır. Buradaki mesele bilgisayar programları, müzik dosyaları ya da başkaca verilerin sürekli ya da geçici olarak kullanımının bırakılmasının eşyanın varlığını gerektiren sözleşme tipleri bakımından nitelendirilebilirliğinin belirlenmesidir. Dijital ürüne ilişkin olası varyasyonlarla karşılaşılabilecek sözleşme çeşitliliğine ilişkin detaylı değerlendirmeler çalışmanın kapsamı dışındadır. Ayrıca edim karşılığı olarak kişisel verilerin paylaşılmasına ilişkin değerlendirmeler de bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır¹⁴².

Bir yazılımın ivaz karşılığı süresiz olarak bırakılması, satım sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹⁴³. Burada yazılımın cd gibi bir taşıyıcı vasıtasıyla

¹⁴¹ Yukarıda II. C başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁴² Lena Mischau, "Daten als "Gegenleistung" im neuen Verbrauchervertragsrecht," *ZEuP* (2020): 335 vd.; Philipp Hacker, "Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht," *ZfPW* (2019): 148 vd.

¹⁴³ "Satım sözleşmesine karakteristiğini veren unsurlar bir hukuki statünün semen (bedel) karşılığında nihai olarak sağlanmasıdır (... *endgültige Verschaffung einer Rechtsposition gegen Entgelt*...)." Bunların yazılımlara ilişkin olarak bir taşıyıcı vasıtası ile devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pech, "Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte," 129 vd. ve dn. 48; Thomas Hoeren,

veya doğrudan internet üzerinden indirilmesi arasında bir fark bulunmadığına dikkat çekilmektedir. Satım sözleşmesinin konusu, dijital içeriğin kendisidir. Veri taşıyıcısı kural olarak dijital içeriğin yanında oldukça minimal bir ekonomik değere sahiptir ve dijital içeriğe ilişkin kararlaştırılan menfaatin karşı tarafa sağlanmasında sadece aracı bir fonksiyonu bulunmaktadır. Dijital içerik, veri taşıyıcısının içerisinde yer almakla eşya niteliği kazanmaz¹⁴⁴. Alman Hukukunda satım sözleşmesi bakımından § 453/I BGB düzenlemesi karşısında artık dijital ürüne ilişkin sözleşmelerin, sözleşme tipleri ve bununla bağlantılı olarak uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi için zorunlu olarak bir eşya tasnifine tabi tutulması ihtiyacı bulunmadığı dile getirilmektedir¹⁴⁵. “Hak satımı ve dijital içeriğe ilişkin tüketici sözleşmeleri” başlığını taşıyan § 453/I BGB hükmü uyarınca “eşyanın satımına ilişkin hükümler uygun düşüğü ölçüde hak ve diğer şeylerin satımında da uygulanır.”¹⁴⁶ Söz konusu düzenleme öncesinde dijital ürünlere satım sözleşmesi hükümlerinin, dolayısıyla ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için dijital ürünün eşya olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bir çözüme artık ihtiyaç bulunmadığı kabul görmektedir¹⁴⁷. Ancak satış sözleşmesine ilişkin değerlendirmeler, aşağıda dijital ürünlere ilişkin olası diğer sözleşme tipleri

“Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4 November 1987,” *RDV* 3 (1988): 115.

¹⁴⁴ Gerekeçler hakkında bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 129.

¹⁴⁵ 1.1.2002 tarihli Borçlar Hukuku Reformu ile (*Schuldrechtsreform*) Alman kanun koyucusu tarafından § 453 Abs. 1 hükmündeki değişiklikle satım sözleşmelerinin konusunun “başkaca şeyler (*sonstige Gegenstände*)” de olabileceği düzenlenirken özellikle yazılımlar göz önünde bulundurulmuştur. “... şirketlerin veya şirket bölümlerinin, serbest çalışma uygulamalarının, elektrik ve merkezi ısıtmanın, (korunmayan) buluşların, teknik bilgi birikiminin, yazılımın, reklam fikirlerinin vb. değerlendirilmek üzere devredilmesi için geçerlidir...” Bkz. BT-Drs. 14/6040, 242, zu Abs. 1 <https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf> (son erişim: 01.04.2024). Veriler de farklı görünüm şekilleri ile sözleşmelerin konusudur ve bunlar da “başkaca şeyler (*sonstige Gegenstände*)” kapsamında değerlendirilmelidir. Bilgi için bkz. Stresemann, “§ 90 BGB Begriff der Sache,” Rn. 25; Christopher Peschel ve Sebastian Rockstroh, “Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste,” *MMR* (2014): 576.

¹⁴⁶ § 453 *Rechtskauf; Verbrauchervertrag über den Kauf digitaler Inhalte – (I) Die Vorschriften über den Kauf von Sachen finden auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.* (§ 453/I, 1 BGB).

¹⁴⁷ Bkz. Bomhard ve Eichmeier, “Das digitale Trennungsprinzip – Smarte Geräte im Asset Deal,” Rn. 396, nr. 16. Ayrıca krş. BGB §§ 327 vd.

konu bakımından değerlendirildikten sonra hukukumuzdaki düzenlemelerle tekrar ele alınmalıdır.

Dijital içeriğin bir defalık bir ivaz karşılığında sürekli kullanıma bırakılmaksızın; içeriğe ivaz karşılığı bir veri taşıyıcısı vasıtasıyla ya da internet üzerinden veri paketinin indirilmesi suretiyle belirli bir süre erişim sağlanması, bir başka deyişle içerikten geçici yararlanma imkânının sunulması halinde taraflar arasındaki sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde kira sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir¹⁴⁸. Yazılımların kullanılmasına ilişkin sözleşmelerin kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, satım sözleşmesinin aksine edime konu objenin, burada dijital içeriğin, eşya olarak nitelendirmesini gerektirmemektedir. Kira sözleşmesi nitelendirmesi için eşya üzerinde zilyetliğin; dolayısıyla bilgisayar programlarının vücut bulduğu eşyanın kendisinin değil, içerisindeki programın kullanımının karşı tarafa bırakılması gerekmektedir. Bir veri taşıyıcısı ile dijital ürüne erişimin sağlanabildiği hallerde dahi yazılımın kendisi kolaylıkla kopyalanmaya elverişli olduğundan kira sözleşmesi gereği veri taşıyıcısının süre bitiminde iadesinden vazgeçilmekte; hatta bu çoğunlukla örtülü olarak kararlaştırılmaktadır¹⁴⁹. Bu halde de dijital ürün, veri taşıyıcısının hukukuna tabi olmamakta; sözleşmenin konusunu veri taşıyıcısının değil, içeriğinin geçici olarak bedel karşılığı kullanılması (içeriğe erişilmesi) oluşturmaktadır. Programa doğrudan internetten erişilebildiği hallerde de aynı sonuç benimsenmeye elverişlidir. Böylece sonuç olarak dijital içeriğe belirli süre ve ivaz karşılığı erişilebilmesi için zorunlu olarak zilyetliğin karşı tarafa bırakılması gerekmediğine; tarafların bu yöndeki kararlaştırmalarının kira

¹⁴⁸ Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 131 vd. Yazar bu durumda kira ya da ürün kirası sözleşmelerinin gündeme gelebileceğini (ürün kirası görüşü için bkz. Schmidt ve Kessel, “Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz,” 475, 479); ancak görüş olarak kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bunun nedeni, ürün kirasında ürünlerin adı kiradaki gibi “kullanımının” değil ürünlerden tüketim anlamında (*Genuss der Früchte*) yararlanılmasıdır. Ürün kirasında, hasılat veren bir mal ya da hakkın kullanımı söz konusudur. Bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 132. Kira sözleşmesi hükümlerinin taraf çıkarlarını korumak bakımından elverişliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 132 vd. Dijital ürüne internet üzerinden veri paketi indirilmek suretiyle erişilmesi halinde de kira sözleşmesi hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği hakkında bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 137.

¹⁴⁹ Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 132.

sözleşmesi olarak nitelendirilmesine bir engel bulunmadığına dikkat çekilmektedir¹⁵⁰. Aynı sonucun hukukumuzda da kabul edilmesine bir engel bulunmamaktadır¹⁵¹. Bu nedenle kira sözleşmesine ilişkin nitelendirmeler bakımından dijital ürünlerin zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerekmemektedir.

Dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerde tarafların sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca çeşitli varyasyonlarla kararlaştırabilecekleri edimler, dijital içeriğin tarafların ihtiyaç veya talepleri doğrultusunda hizmet veya eser sözleşmesi olarak da nitelendirilebilecektir. Ayrıca her zaman bir tek sözleşme tipine ilişkin nitelendirme yeterli gelmeyecek; dijital ürünlere ilişkin sözleşmeler bileşik bir sözleşme olarak kira, eser ya da hizmet sözleşmelerine ilişkin unsurları da içerebilecektir¹⁵².

Eser ve hizmet sözleşmeleri hükümlerinin dijital ürünlere uygulanabilirliği bakımından öncelikle belirtmek gerekir ki her iki sözleşme tipi ile de ivaz karşılığında belirli bir faaliyetin yerine getirilmesini amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle bu sözleşmeler, iş görme amacı güden

¹⁵⁰ Görüşler hakkında bkz. Senat, NJW-RR 1993, 178; Senat, NJW 2002, 3322 [3323]; BGH, NJW-RR 1989, 589.

¹⁵¹ Hukukumuzda kira sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Ankara: Adalet Yayınları, 2021), 357 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 193 vd.

¹⁵² Eser ve hizmet sözleşmeleri hakkındaki görüşler için bkz. Pech, “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte,” 140. Bu duruma yargı kararlarında konu olmuş bir örnek, uygulama servis sağlayıcısı (*application provider Verträge, ASP Verträge*) sözleşmeleridir. ASP sözleşmelerinin karakteristik edimini, yazılımın belirli bir süre online kullanımının oluşturması dolayısıyla sözleşme tipi kira sözleşmesi olarak ifade edilmekte; Alman mahkemesi burada bir eşyanın zilyetliğinin bırakılmasını aramamaktadır. Bkz. BHG, NJW 2007, 2394; Kirn ve Müller-Hengstenberg, “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?,” 435. Veri güvenliği, yardım hattı hizmetleri gibi yan edimlere ise sözleşmenin bütününe uygun düştüğü müddetçe her bir bölümüne kendisine uygulanacak sözleşme tipine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği hükmüne bağlanmıştır (BGHZ 63, 306 [309 vd.] = NJW 1975, 305; Senat, NJW 2002, 1336, 1337). ASP sözleşmelerinde ağırlık basan sözleşme tipine ilişkin kritik için ve ayrıca sözleşme tipine ilişkin nitelendirmelerde dijital ürünün BGB § 90 anlamında eşya niteliği taşıması gerekmediği yönündeki çıkarım için bkz. Kirn ve Müller-Hengstenberg, “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?,” 435.

sözleşmelerdendir¹⁵³. Ancak hizmet sözleşmesinde bir faaliyetin yerine getirilmesi dolayısıyla bir süreç borçlanılırken; eser sözleşmesinde bir sonuç vaad edilmekte, karşı tarafın edime ilişkin menfaati ancak bir sonuç ortaya konularak sağlanabilmektedir.

İnceleme konumuz kapsamında bu başlık altında dijital ürünlerin eşya niteliğinin sözleşme tiplerine ilişkin nitelendirmelere etkisi incelendiğinden eser ve hizmet sözleşmelerine ilişkin değerlendirmeler aslında kapsam dışı kalmaktadır. Eser sözleşmesinde, sözleşme konusunun zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerekmemektedir. Eser sözleşmelerinde eser, taşınmaz ya da arza bağlı olmayan taşınırları kapsadığı gibi hâkim görüş uyarınca emek ürünü olup da maddi bir varlığı bulunmayan sonuçları da kapsamaktadır¹⁵⁴. Bu bakımdan bir konser verilmesi, inşaat projesinin çizilmesi, inceleme konumuzla bağlantılı olarak bir bilgisayar programının hazırlanması gibi maddi sonuç niteliği taşımayan edimler de eser sözleşmesine konu edilebilmeye elverişlidirler¹⁵⁵. Hizmet sözleşmesinde ise işçinin borçları işin görülmesi etrafında (işin özenle görülmesi, talimatlara uygun davranma gibi) şekillenmektedir¹⁵⁶. Dolayısıyla dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin eser ya da hizmet sözleşmelerinin unsurlarını taşımaları halinde bu yönde nitelendirilmelerine bir engel bulunmamaktadır. Bir başka deyişle dijital ürünün bu sözleşme tiplerine ilişkin nitelendirmeler bakımından zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerekmediğinden dijital ürüne eşya niteliği tanımaya yönelik bir ihtiyaç, bunlar bakımından bulunmamaktadır. Uygulamada dijital ürünlere yönelik karşılaşılabilecek bir diğer sözleşme tipi lisans sözleşmesidir. Yukarıda da değinildiği üzere lisans sözleşmeleri (FSEK m. 48/II, m. 49/I'deki ifadesiyle "ruhsat") eser sahibinin eserinden finansal bakımdan yararlanmasını olanaklı kılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere

¹⁵³ Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt V, m. 393-646* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 1324 vd.; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 745 vd.; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri Cilt II* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 1 vd.

¹⁵⁴ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 765; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 333.

¹⁵⁵ Bilgi için ayrıca bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 765.

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 745 vd.; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, 1069 vd.; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2021), 481 vd.

ilişkin nitelendirmeler bakımından da dijital ürünün eşya niteliği taşıması gerekmemektedir. Aynı nedenle bu başlık altındaki değerlendirmelerin dışında bırakılmıştır.

Sonuç olarak dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere kira, eser, lisans, hizmet sözleşmelerine ilişkin nitelendirmelere bir engel bulunmamakta; bu sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için dijital ürünün eşya niteliği taşıması gerekmemektedir. Ancak satış sözleşmesine ilişkin iç hukukumuzdaki hükümler ayrıca değerlendirilmelidir. Hukukumuzda satım sözleşmesinin konusunu taşınır ile taşınmaz eşyalar oluşturmaktadır (BK m. 207 vd.). Hüküm uyarınca “*satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” (BK m. 207/1). Ayrıca doğal güçler de satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler (MK m. 762). Hükümdeki “... *satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme ...*” ifadeleri, satım sözleşmesinin konusunun zorunlu olarak eşya niteliği taşıması gerektiği izlenimi uyandırmaktadır. Doğal güçlere bu nitelik, yasa gereği zaten tanınmıştır (MK m. 762). Alacak hakkı ya da sınırlı ayni hakların da satış sözleşmesine konu edilebilmelerine bir engel bulunmamaktadır¹⁵⁷. Ancak Alman hukukundan farklı olarak “*eşyanın satımına ilişkin hükümler(in) uygun düştüğü ölçüde hak ve diğer şeylerin satımında da*” uygulanabileceğine yönelik 453/I BGB hükmü gibi bir düzenleme hukukumuzda bulunmadığından Alman doktrinindeki, dijital ürünlere satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilirliği yönündeki çıkarımlar hukukumuzda kolaylıkla benimsenemeyecektir. Dolayısıyla kanaatimizce hukukumuzda ilk izlenim, dijital ürünlere satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için onların eşya niteliğinin bulunması gerektiği yönündedir. Satış sözleşmesinin temlik borcu doğuran bir sözleşme olması da ilk bakışta bu bilgiyi destekler niteliktedir¹⁵⁸. Ancak BK m. 207’deki “satılan” kavramı, doktrin ve mahkeme kararlarında geniş yorumlanmakta; satılan mal kavramı sadece taşınır veya taşınmazları değil, cismani bir varlığa sahip olmasa dahi parasal değeri

¹⁵⁷ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 20–21.

¹⁵⁸ Satış sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 52 vd.; Haluk Nami Nomer ve Baki İlkay Engin, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 50 vd.; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV, m. 207-392* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 27 vd.; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 25 vd.

bulunan bütün hakları da kapsamaktadır¹⁵⁹. Bu doğrultuda telefon idaresince özgülünen telefonun kullanım hakkı¹⁶⁰ ile bir işin nasıl yapılacağına dair teknik bilgiler (know-how), ticari sırlar, bir haber¹⁶¹, bir ticaret ünvanı ya da işletme adının satışa konu edilmesine bir engel bulunmamaktadır¹⁶². Dijital ürünlerin de parasal bir değer taşımaları itibariyle satış sözleşmesine konu edilebilen fakat cismani bir varlığı bulunmayan diğer malvarlığına konu değerler gibi satış sözleşmesine konu edilebilmeleri yönündeki bir yaklaşımın gerek doktrin gerek mahkeme kararları ile çelişki yaratmayacağı kanaatindeyiz¹⁶³. Bu perspektifle ve yukarıda değindiğimiz gerekçelerle sözleşme tiplerine ilişkin nitelendirmeler bakımından da dijital ürüne eşya niteliği tanınmasının gerekmediği kanaatindeyiz. Fakat dikkat çekmek gerekir ki dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere halihazırda hükümleri uygulanabilecek sözleşme tipleri, bunlara uygun düştükleri ölçüde uygulanabileceklerinden geçici bir çözüm sunacaktır. Dijital ürünlere ilişkin güncelleme yükümlülükleri ya da kişisel verilerin karşı edim oluşturabilmesi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin dijital ürünlerin yapısal özellikleri dikkate alındığında yetersiz kalabileceği vb. gibi gerekçeler, dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere özgü bazı yasal düzenlemeler getirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. AB hukukunu takiben üye devletlerin iç hukuklarında izlediği yasalastırma çalışmaları çok yakın bir gelecekte iç hukukumuzda da yansımalarını bulacaktır. Bu kapsamda getirilecek düzenlemelerde de kanaatimizce çözümün dijital ürünlere eşya niteliğinin tanınarak eşya kavramının genişletilmesinde değil Sözleşmeler Hukukunda aranması gerektiği kanısındayız. Bu tarihe kadar dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin sözleşme tipi bakımından nitelendirilmesi ve bunların hükümlerinin uygulanabilmesi

¹⁵⁹ “... bu malın mutlaka maddi, cismani varlığı olan bir mal olması şart değildir.” Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 78.

¹⁶⁰ Y. 13. HD, E. 2510, K. 3784, 14.5.1981 (YKD. 1981, C. 7, S. 10, 1314). Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 55, dn. 170’ten naklen.

¹⁶¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*, 79.

¹⁶² Bilgi için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 55; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*, 79; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*, 22; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 33.

¹⁶³ Eser niteliği taşıyan dijital ürünlerde sonraki satımların mümkün olup olmadığı (dijital) tükenme ilkesine göre belirlenecektir. Tükenme ilkesi hakkında bkz. yukarıda dn. 112, 113’teki açıklamalar.

için dijital ürünlere eşya niteliği tanınması gerekmekte; Borçlar Kanununun halihazırdaki sözleşme tiplerine ilişkin hükümleri geçici bir çözüm sunmaktadır.

SONUÇ

Dijital ürün olarak ifade edebileceğimiz dijital içerik ve dijital hizmetler, klasik hukuk dogmatığı bakımından alışık olmadığımız, kendine özgü bir yapısı bulunan ve Eşya Hukuku, Telif Hukuku ve Sözleşmeler Hukuku perspektiflerinden kavrayabileceğimiz yönleri bulunan hak objeleridir. İnceleme konumuz dijital ürünün eşya ile ilişkisi ekseninde kaleme alınmış olup dijital ürünün eşya niteliğinin bulunup bulunmadığı; üzerinde cismani varlığa büründüğü veri taşıyıcısının (ya da klasik anlamda kitap, plak gibi eşyanın) hukukuna tabi olup olmayacağı meseleleri üzerinde durulmuştur. Dijital ürün – eşya ilişkisi ayrıca Telif Hukukuna ilişkin değerlendirmeleri kaçınılmaz kılmaktadır. Çalışmanın bu kısmında dijital içeriğin eşyanın hukukuna tabi olmadığı; ayrıca Eşya Hukuku hükümleri bakımından eşya kavramının genişletilerek dijital ürünlerin buraya dahil edilmesi yerine dijital ürünlere ilişkin hukuki meselelerin Sözleşmeler Hukuku ekseninde çözülebileceği kanısına varılmıştır. Dijital ürünlere eşya niteliği tanınması meselesi bir de Sözleşmeler Hukuku bakımından, özellikle belirli bir sözleşme tipine ilişkin nitelendirme yapılabilmesi için bunların eşya niteliğinin bulunması gerekip gerekmediği yaklaşımıyla kaleme alınmıştır. Burada da varılan sonuç, Dijital İçerik Direktifi ifadesiyle dijital içerik ve dijital hizmet sözleşmelerine ilişkin tarafların kararlaştırdıkları edimlere göre belirlenecek sözleşme tipi ister satış, kira ister eser ya da hizmet veya lisans sözleşmesi olsun dijital ürünün zorunlu olarak eşya nitelendirmesine ihtiyaç bulunmadığı yönündedir. Çalışmada, kısa vadede sözleşme tipleri bakımından iç hukukumuzdaki düzenlemeler günü kurtaracaksa da çok yakın bir gelecekte dijital ürünlere ilişkin yasal düzenlemelerin kaçınılmaz olduğuna dikkat çekilmiştir.

IV. KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Akçura Karaman, Tuba. *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- Aksoy Dursun, Sanem. *Eşya Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Antalya, Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku Cilt IV/1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Antalya, O. Gökhan. “Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, 2 Özel Sayı (2023): 1208-1222.
- Atamer, Yeşim M. ve Gökçe Kurtulan Güner. “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, 2 (2021): 543-588.
- Ateş, Mustafa. “Veri Tabanlarının Hukuki Koruması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, 1 (Haziran 2006): 47-84.
- Ateş, Mustafa. *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*. Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Aydos, Oğuz Sadık. *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Yayınları, 1982.
- Boehm, Franziska. “Herausforderung von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten.” *ZEuP* (2016): 358-387.
- Bomhard, David ve Fabian Eichmeier. “Das digitale Trennungsprinzip – Smarte Geräte im Asset Deal.” *RDi* (2021): 393-400.
- Brunhild Wieck-Noodt. “Vor § 303, §§ 303–305a.” *İçinde Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 303a StGB Datenveränderung*, C.H. Beck, 2014.
- Bucher, Stefan. *Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online Handel mit E-Books, Musik und Filmdateien*. Berlin: Duncker & Humblot, 2018.

- Diegmann, Heinz ve Wolfgang Kuntz. "Praxisfragen bei Onlinespielen." *NJW* 63, 9 (2010): 561-566.
- Dinç, İnan Deniz. *Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Eckert, Martin. "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten." *SJZ-RSJ* 11 (2016): 265-274.
- Eckert, Martin. "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache." *SJZ-RSJ* 10 (2016): 245-249.
- Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV, m. 207-392*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Eren, Fikret ve Ünsal Dönmez. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt V, m. 393-646*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Erlüle, Fulya. "Yapımcının Sorumluluğu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 14, 4 (2008): 303-340.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Fairgrieve, Duncan, et al. "Product Liability Directive." İçinde *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies (Principles of European Tort Law)*, Ed. Piotr Machnikowski, 17-108. Cambridge: Intersentia, 2016.
- Faust, Florian. *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71 Deutschen Juristentag*. Essen: C.H. Beck, 2016.
- Fezer, Karl Heinz. "Dateneigentum – Theorie des imaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten." *MMR* (2017): 3-5.
- Flume, Johannes W. ve Peter Ponedr. "Zur mehrpersonalen Rechtsarchitektur digitaler Produkte." *RDi* (2024): 35-39.
- Fritzsche, Jörg. "BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2017), "Daten und Informationen, Software, E-Books, Bitcoins usw." İçinde *BeckOK*, Ed. Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth.
- Fritzsche, Jörg. "BGB § 90 Begriff der Sache, (1.2.2024), Software, "E-Books und Ähnliches." İçinde *BeckOK*, Ed. Wolfgang Hau W ve Poseck R.
- Grün, Christian. *Die zeitliche Schranke des Urheberrechts*. Bern: Verlag Stämpfli, 1979.

- Grünberger, Michael. “Verträge über digitale Güter.” *AcP* 218 (2018): 213-296.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Hacker, Philipp. “Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht.” *ZfPW* (2019): 148-197.
- Haller, Carl Jakob. *Digitale Inhalte als Herausforderung für das BGB*. Berlin: Duncker&Humblot, 2019.
- Havuççu, Ayşe. *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Helmut Redeker. *IT Recht*. München: C.H. Beck, 2023, Digitale Produkte als Sache.
- Hoeren, Thomas. “Datenbesitz statt Dateneigentum – Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten.” *MMR* (2019): 5-8.
- Hoeren, Thomas. “Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4 November 1987.” *RDV* 3 (1988): 115-120.
- İnceoğlu, M. Murat. “Ürün Sorumluluğunda Sorumlular.” İçinde *Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, Ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, 81-92. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Johann Kindl. “Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung.” İçinde *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Europäisches Privatrecht 54*, Ed. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell ve Beate Gsell, 63-81. Baden: Baden, 2018.
- Kanışlı, Erhan. “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu.” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, 3 (2020): 1413-1468.
- Kırca, Çiğdem. *Ürün Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Kirn, Stefan ve Claus D. Müller-Hengstenberg. “Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?.” *NJW* (2017): 433-438.
- König, M. Michael. “Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf.” *NJW* (1993): 3121-3123.
- König, M. Michael. “Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung.” *NJW* (1990): 1584-1585.
- Kulaklı, Emrah. *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

- Kurtulan Güner, Gökçe. “Dijital Çağda Ürün Sorumluluğuna İlişkin Bazı Meseleler.” *İçinde Ürün Sorumluluğu Sorumluluk Hukuku Konferansları – I*, Ed. Yeşim M. Atamer ve Başak Baysal, 239-261. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Li, Shu ve Beatrice Schutte. “The Proposal for a Revised Product Liability Directive: The Emperor’s New Clothes?.” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 0, 0 (Aralık 2023): 1-24.
- Marly, Jochen ve Anna-Lena Wirz. “Die Weiterverarbeitung digitaler Güter.” *EuZW* 16 (2017): 16-19.
- Marly, Jochen. *Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung*. München: C. H. Beck, 2018.
- Mayer, Maximilian ve Christine Möllnitz. “Gewährleistung für “smarte” Produkte nach Umsetzung der digitale Inhalte und Warenkaufrichtlinien.” *RDi* (2021): 333-340.
- Metzger, Axel. “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?.” *JZ* (2019): 577-586.
- Mischau, Lena. “Daten als „Gegenleistung” im neuen Verbrauchervertragsrecht.” *ZEuP* (2020): 335-365.
- Nebessow, Leonid. “Wo bleibt der Vertrag für digitale Produkte?, Systemumwerfungen durch den Rechtsrahmen der Richtlinien.” *LR* (2020): 253-261.
- Nomer, Haluk Nami ve Baki İlkay Engin. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Nomer, Halük Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Ohly, Ansgar. “Zuweisung von Daten immaterialgüterrechtliche Lösungen.” *İçinde Eigentum in der digitalen Gesellschaft*, Ed. Franz Hofman, Benjamin Raue ve Herbert Zech, 135-149. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.
- Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Öztan, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Pech, Sebastian. “Vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Inhalte.” *İçinde Immaterialgüter und Digitalisierung– Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber-und Medienrecht*, Ed. Moritz Hennemann ve Andreas Sattler, 121-144. Freiburg: Nomos, 2017.

- Peschel, Christopher ve Sebastian Rockstroh. "Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste." *MMR* (2014): 571-576.
- Polat, Cemre. *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ramming, Stephan ve Holger Nohr. "Das Urheberrecht im digitalen Wandel: Ein neuer Versuch des Interessensausgleichs auf europäischer Ebene." *Hochschule der Medien* (2016): 1-9.
- Redeker, Helmut. "Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?." *NJW* (1992): 1739-1740.
- Richter, Stephanie. "Vereinbarkeit des Entwurfs zum Data Act und DS-GVO – Der schmale Grad zwischen Schutz personenbezogener Daten und Datenkommerzialisierung." *MMR* (2023): 163-168.
- Rosenkranz, Frank. "Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre." İçinde *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft*, Ed. Caspar Behme et al., 235-270. München: Nomos, 2016.
- Sağlam, İlyas. *7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na Göre Üreticinin Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Schack, Haimo. *Urheber-und Urhebervertragsrecht*. Mohr Siebeck, 2017.
- Schmidt-Kessel, Martin, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme. "Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1." *GPR* 1 (2016): 2-8.
- Schmidt-Kessel, Martin, Katharina Erler, Anna Grimm ve Malte Kramme. "Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel Teil 2." *GPR* 2 (2016): 54-71.
- Schmidt-Kessel, Martin. "Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz." *K&R* Heft 7 – 8 (2014): 475-483.
- Sirmen, Lâle. *Eşya Hukuku*. Ankara: Legem Yayınevi, 2023.
- Stresemann, Christina. "§ 90 BGB Begriff der Sache." İçinde *Münchener Kommentar zum BGB*. München: C. H. Beck Verlag, 2021.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.

Veldt, Gitta. "The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up? An Analysis of the Draft Product Liability Directive." *Journal of European Consumer and Market Law* 12, 1 (2023): 24-31.

Wagner, Gerhard. "Liability Rules For The Digital Age – Aiming For The Brussels Effect-." *Journal of European Tort Law* 13, 3 (Ocak 2023): 191-243.

Walter Stree ve Bernd Hecker. "§§ 303–305a *Datenveränderung*." İçinde *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder. C.H. Beck, 2014.

Wendehorst, Christiane. "EBGB Art. 43 – Rechte an einer Sache, Weiter Sachbegriff." İçinde *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck, 2021.

Wendland, Matthias. "Sonderprivatrecht für digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa." *ZVglRWiss* 118 (2019): 191-230.

Yasan Tepetaş, Candan. *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2021.

Zech, Herbert. *Information als Schutzgegenstand*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİBİN GERİ ALINMASI VE İCRA HUKUKU BAKIMINDAN YARATTIĞI BAZI SORUNLAR

Withdrawal of Execution Through Confiscation Method and Some Issues Arising in Enforcement Law within the Framework of Judicial Decisions

Nurbanu ERZURUMLU IŞIK*
Cansu KORKMAZ**

Öz

Maddî hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde alacağına kavuşamayan alacaklının alacağını elde edebilmek için devletin cebri icra organlarına başvurabilmesi mümkündür. Para ve teminat alacakları bakımından kabul edilen genel haciz yolu ile takip, ilamsız icranın bir türü olup uygulamada sıklıkla başvuru yapılan takip yollarından birisidir. Genel haciz yolu ile takibe başvuru alacaklının tasarrufunda olup, söz konusu takibe devam etmek ya da takibi sona erdirmek bakımından da yine alacaklının tasarruf yetkisi bulunmaktadır. Alacaklı başlatmış olduğu takibe, alacağın takip devam ederken ödenmesinde olduğu gibi, herhangi bir sebeple devam etmek istemeyebilir. Alacaklının takibe devam etmeyeceği yönündeki beyanının ne şekilde anlaşılması gerektiği ve bunun maddî hukuk ve usûl hukuku açısından meydana getirdiği hüküm ve sonuçlar yönünden yerleşik bir uygulamadan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Bu çalışma ile hem alacaklının takibi geri almaya ilişkin beyanının hukukî niteliği hem de bunun

Makalenin Geliş Tarihi: 22.12.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 07.07.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: n.erzurumlu.isik@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1359-2378.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: cansukorkmaz001@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3362-1703.

hukuken ortaya çıkardığı ve uygulamada sorun teşkil eden bazı sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede özellikle derdestlik, Şikâyet, itirazın iptali, menfi tespit davası, ihalenin feshi gibi hususlarda yargı kararları da dikkate alınarak değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Genel haciz yoluyla takip, takibin geri alınması, takipten vazgeçme, takipten feragat, geri almanın sonuçları.

Abstract

A creditor who cannot obtain their debt in accordance with the rules prescribed by substantive law may apply to the state's compulsory execution authorities to collect their debt. Ordinary execution proceedings provided for monetary and secured credits, is one of non-judicial execution common in practice. To start the process of ordinary execution, as well as to continue or to terminate it is within the disposition of creditor. Just as in the case that the debt is paid during the execution process, the creditor may not proceed with the ongoing execution for some reason. There is not established rule about how the declaration of a creditor on the withdrawal of the execution proceedings should be interpreted and what its consequences could be. This study focuses on both the legal nature of the creditor's declaration of withdrawal of execution proceedings and some of its legal consequences, which leads to some problems in practice. In this context, has been examined, particularly considering judicial decisions on matters such as pendency, complaint, lawsuit for annulment of objections, lawsuit for negative declaration, termination of the tender.

Keywords: Ordinary execution proceedings, withdrawal of execution proceedings, waiver of execution proceedings, renunciation of execution proceedings, consequences of withdrawing execution proceedings

GİRİŞ

İcra hukukunda geçerli olan ilkelerden biri, tasarruf ilkesidir. Bu ilkenin gereği olarak, alacaklı alacağının tamamı veya bir kısmı için borçluya karşı icra takibi başlatabilir. Alacaklı, sadece takibin başlatılmasında değil, takibin yürütülmesi ve sona erdirilmesi bakımından da tasarruf yetkisine sahiptir¹.

¹ Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Ankara: Adalet, 2009), 72; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 24.

Bunun sonucu olarak, takibin başlamasından sonra borcun haricen ödenmesi veya borçlu ile anlaşma yapılması gibi sair sebeplerle genel haciz yoluyla takip geri alınabilir².

Alacaklının takibin sonlandırılmasına dair iradesi, şimdilik veya alacak hakkını da kapsayacak şekilde takibin sona ermesi yönünde olabilir. Alacaklının beyanına ilişkin nitelendirme, takibin sonlandırılmasından sonra borçluya karşı yeniden takip başlatılmasının mümkün olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi bakımından önem arz eder. Bunun yanında, takibin geri alınması hem maddî hukuk hem de takip hukuku bakımından birtakım sonuçlar doğurur. Ancak yargı kararları dikkate alındığında, icra takibinin geri alınmasının hukukî sonuçları yönünden uygulama birliğinden söz edilememektedir. Bu nedenle, icra takibinin geri alınması kavramı ile takibi geri alma beyanının hüküm ve sonuçları üzerinde durulması gerekir. Nitekim bu çalışmada da icra takibinin geri alınması beyanının hukukî niteliği ile geri alma beyanının usûlü ve sınırları ele alınarak takibi geri almanın hem maddî hukuka hem de takip hukukuna dair uygulamada soruna yol açan bazı sonuçları öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

I. GENEL OLARAK İCRA TAKİBİNİN GERİ ALINMASI

A. Kavram

Özel hukuktan kaynaklanan alacakların devlet organları yardımı ile icrasını konu edinen cebrî icra hukukunda, esas itibarıyla maddî hukuktaki tasarruf hakkından kaynaklı olarak tasarruf ilkesi geçerlidir³. Bireylerin hak

² İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982), 289; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (İstanbul: Nesil, 2000), 176; Özekes, *İlkeler*, 72; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (İstanbul: Adalet, 2013), 207-208; M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 7; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 183; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 122; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 65.

³ Jürgen Stamm, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2007), 110; Özekes, *İlkeler*, 72; Hans Friedhelm Gaul, Eberhard Schilken, Ekkehard Becker Eberhard ve Panajotta Lakkis, *Zwangsvollstreckungsrecht* (München: C. H. Beck, 2010), § 5 para. 74-76; Heinz Thomas ve Hans Putzo, *Zivilprozessordnung* (München: C. H. Beck, 2021), ZPO §

arama özgürlüğünün yargılama hukukuna bir yansıması olarak kabul edilen⁴ tasarruf ilkesi, genel olarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin prosedürün başlatılması, uyuşmazlık konusunun belirlenmesi ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi hususunda taraflara tanınan yetkiyi ifade eder⁵. İcra takibinde -İcra ve İflâs Kanunu'nun 113'üncü maddesinde yer alan ve kıymeti süratle düşen ya da muhafazası masraflı olan hacizli malların icra memurunca re'sen satışına izin veren düzenlemede olduğu gibi istisnaî hâller dışında- kural olarak, tasarruf ilkesi geçerlidir. Bu bağlamda, alacaklının takibe devam etmek istememesi ve takibi geri alması söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle alacaklı, tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak takip talebinden vazgeçebilir⁶.

İcra takibinin geri alınmasına ilişkin açık bir düzenleme ne İcra ve İflâs Kanunu'nda ne de ilgili diğer mevzuatta yer almaktadır. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 143'üncü maddesinin son fıkrasında, alacaklının icra takibini geri alması hâlinde aciz vesikasının sicilden terkin edileceği; 264'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında alacaklının takipten vazgeçmesi üzerine ihtiyatî haczin hükümsüz kalacağı; 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 23'üncü maddesinde ise icra takibinden vazgeçilmesi hâlinde takipten vazgeçildiği aşamaya göre değişen oranda tahsil harcının alınacağı düzenlenmiştir. Anılan hükümlerden, kanun koyucunun icra takibinin geri alınmasına cevaz verdiği anlaşılmaktadır.

Kanun'da takibin geri alınması ya da takipten vazgeçme ifadeleri tercih edilmişken yargı kararlarında kimi zaman feragat kavramına da rastlanmaktadır⁷. Ancak söz konusu kavram, takip alacaklısının esas hakkı

704 Vorb VI, VII para. 30; Richard Zöller, *Zivilprozessordnung Kommentar* (Köln: Dr. Otto Schmidt, 2022), ZPO § 704 para 19.

⁴ Nedim Meriç, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Ankara: Yetkin, 2011), 53.

⁵ Özekes, *İlkeler*, 71. Medenî yargılama hukukunda tasarruf ilkesi hakkında ayrıca bkz. Meriç, *Tasarruf İlkesi*, 53-54.

⁶ Walter Gerhardt, *Vollstreckungsrecht* (Berlin: De Gruyter, 1982), 30; Gaul, Schilken, Becker Eberhard ve Lakkis, *Zwangsvollstreckungsrecht*, § 26 para. 14; Hans Brox ve Wolf-Dietrich Walker, *Zwangs-vollstreckungsrecht* (München: Vahlen, 2021), 127; Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (München: Vahlen, 2023), ZPO § 753 para. 14; Beck'scher Online Kommentar, *Zivilprozessordnung* (München: C. H. Beck, 2023), ZPO § 753 para. 13; Zöller ve Seibel, *Zivilprozessordnung*, ZPO § 704 para 19, § 753 para. 13; Kudret Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Davanın Geri Alınması* (Ankara: Yetkin, 2016), 525-526.

⁷ Y. 12. HD, E. 1991/11509, K. 1992/4534, 09.04.1992; Y. 19. HD, E. 2005/6928, K. 2005/11632, 25.11.2005; Y. 12. HD, E. 2007/5007, K. 2007/7600, 17.04.2007; Y. 12.

sona erdirmeksizin takip talebini geri alabileceği durumları ifade etmek için kullanılmaktadır⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123'üncü maddesinde düzenlenen davanın geri alınması; öğretide, davacının hakkın takibinden şimdilik vazgeçerek esas hakkı sona erdirmeksizin derdest davayı sona erdirmesi olarak tanımlanmıştır⁹. Her ne kadar davanın geri alınmasından farklı olsa da icra takibinin geri alınmasında da hakkın takibinden şimdilik vazgeçme söz konusudur ve bu talep esas haktan feragati içermemektedir. Bu çerçevede İcra ve İflâs Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmasa da takibin geri alınması, esas haktan feragat edilmeksizin derdest bir takibin şimdilik sona erdirilmesi olarak tanımlanabilir.

Feragat ise bir hakkın kısmen ya da tamamen sona erdirilmesine ilişkin tasarrufî nitelikteki bir hukukî işlemdir¹⁰. Maddî hukukta alacak hakkından feragat, tek taraflı bir irade beyanı ile mümkün değildir. Taraflar arasındaki borç ilişkisinin iradî olarak sona erdirilmesi, akdedilecek bir ibra sözleşmesini zorunlu kılar¹¹. İcra ve İflâs Kanunu'nun yukarıda zikredilen hükümleri

HD, E. 2010/15898, K. 2010/27896, 29.11.2010; Y. 13. HD, E. 2012/12293, K. 2013/15488, 07.06.2013; Y. 19. HD, E. 2015/2224, K. 2015/16938, 15.12.2015; YHGK, E. 2017/2524, K. 2018/1668, 08.11.2018; Ankara BAM 19. HD, E. 2018/3154, K. 2020/703, 12.03.2020; Van BAM 2. HD, E. 2020/24, K. 2020/37, 29.01.2020, (www.lexpera.com.tr).

⁸ Takipten feragat kavramının, takibin esas hakkı sona erdirmeksizin geri alınması yönünde yorumlandığı bir Yargıtay kararı için bkz. "...*Dava konusu olayda davacı Banka tarafından hakkın özünden değil, sadece takipten feragat edildiği anlaşılmakta olup, takipten feragat, asıl haktan da feragat anlamında değildir. Başka bir ifade ile, takipten feragate rağmen esas hak, hukuki varlığını korumaya devam ettiği için, alacaklı, alacağının tahsili için dava veya yeniden icra takibi yoluna başvurabilir. Nitekim, bu halde, borçlu hakkında daha önce başlatılan takip, "takipten feragat" nedeniyle sona erdiğinden, ortada mükerrer bir takip söz konusu olmadığı gibi, böyle bir durumda alacağın tahsili için borçlu hakkında yeniden takip yapılmasını önleyen bir yasa hükmü de mevcut değildir. Bu nedenle mahkemenin, "davalı hakkında daha önce başlatılan takipten feragat edilmiş olması nedeniyle, yeniden aynı kişi hakkında takip yapılamayacağı"na ilişkin aksi yöndeki kabulü ve gerekçesinde de isabet bulunmamaktadır.*", Y. 13. HD, E. 2010/906, K. 2010/7067, 25.05.2010, (www.lexpera.com.tr).

⁹ Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 50.

¹⁰ Vedat Buz, *Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin, 2005), 413-414.

¹¹ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, 415.

dikkate alındığında ise kanun koyucunun alacaklının tek taraflı iradesi ile sonuç doğuran bir işlemi düzenlediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, feragatin aksine icra takibinin geri alınmasında esas hak varlığını koruduğundan, alacaklının borçluya karşı aynı alacak için tekrar takip başlatması mümkündür¹². O hâlde, icra takibinin geri alınması hem kavram hem de hukukî sonucu itibariyle takipten feragat edilmesi kurumundan farklıdır. Vazgeçme ise hukuk sistemimiz açısından hukukî sonuçları ile öngörülen teknik bir kavram değildir. Ayrıca inceleme konusu işlem, hukukî sonuçları itibari ile davanın geri alınmasına benzemektedir. Bu nedenle her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nda vazgeçme kavramına yer verilse de çalışma kapsamında takibin geri alınması kavramı tercih edilmiştir.

B. İcra Takibinin Geri Alınması Usûlü

1. İcra Takibinin Geri Alınmasında Taraflar

İcra takibinin geri alınmasını takip alacaklısı talep edebilir. İcra takiplerinde takip arkadaşlığının kabul edilmesi nedeni ile takibin geri alınması bakımından da alacaklı veya borçlu tarafta takip arkadaşlığı olup olmadığının gözetilmesi gerekir. Nitekim takibin geri alınmasının, takip arkadaşı olan kişilere karşı başlatılan icra takibini nasıl etkileyeceği, yargı kararlarına da konu olmaktadır¹³.

¹² Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar SchKG* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014), SchKG Art. 8a para. 29; Thomas Rauscher, Peter Wax, Joachim Wenzel ve Hans-Joachim Heßler, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band II* (München: C. H. Beck, 2020), ZPO § 753, para. 43; Johann Kindl ve Caroline Meller-Hannich, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung* (Baden-Baden: Nomos, 2021), ZPO § 753 para. 9; Ulrici, *BeckOK ZPO*, ZPO § 753 para. 13; Zöllner ve Seibel, *Zivilprozessordnung*, ZPO § 753 para. 13; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 65.

¹³ "...Nakliyat ve Ticaret Limited Şirketi namına açılmış açılacak tüm krediler nedeniyle bilcümle borçlu hesaplarından herhangi bir sebepten dolayı bankaya karşı doğmuş ve doğacak tüm borçları ile asaleten ve kefaleten doğmuş ve doğacak borçlarının ipotek ile teminat altına alındığı anlaşılmaktadır. Borçlu... Nakliyat ve Ticaret Limited Şirketi'nin,... Endüstriyel ... Ltd. Şti.'nin kullandığı kredi ile ilgili sözleşmede müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla imzası bulunduğu ve kefalet borcu da ipotek kapsamında olduğundan, alacaklının söz konusu kefalet alacağını talep etmesinde yasaya uymayan bir yön yoktur. Kefalet borcu... Nakliyat ve Ticaret Limited Şirketi'ne ait olup,... Endüstriyel ... Ltd. Şti., lehine ipotek verilen asıl borçlu değildir. Bu nedenle bu şirketin de takipte borçlu gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklı tarafından bu şirket yönünden takipten feragat edilmesinin takibe etkisi

İcra takibinin geri alınmasının usûlüne dair değerlendirme yapılırken alacaklılar ile borçlular arasında ihtiyarî ve zorunlu takip arkadaşlığı bulunup bulunmadığı yönünden ayırım yapılması gerekir. Alacaklılar arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunduğu hâllerde, söz konusu alacak hakkı üzerinde tüm alacaklılar hep birlikte tasarruf yetkisini haizdir¹⁴. Takibin geri alınması alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanılmasını gerektirdiğinden, takibin başlangıcında olduğu gibi sona erdirilmesinde de tüm takip arkadaşlarının birlikte hareket etmesi gerekir. Diğer bir ifade ile alacaklılar arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunduğu hâllerde, takip arkadaşlarının biri ya da birkaçının talebi üzerine takibin geri alınması mümkün değildir¹⁵.

Alacaklılar arasında ihtiyarî takip arkadaşlığının bulunduğu hâllerde ise esasen bu kişiler ayrı ayrı takip talebinde bulunabilecekleri gibi maddî hukukun tanıdığı yetki nedeni ile birlikte de hareket edebilirler¹⁶. Bu durumda, alacaklı sayısı kadar takip mevcut olduğu için her bir alacaklının taraf takip işlemlerini tek başına yapması mümkündür¹⁷. Dolayısıyla takibin alacaklı tarafında ihtiyarî takip arkadaşlığının bulunduğu durumlarda, alacaklılardan birisi ya da birkaçı takibin geri alınmasını talep ederse takip talepte bulunan alacaklılar yönünden sona erer¹⁸.

Borçlular arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunduğu hâllerde ise alacaklının takibi geri almasının sonuçları tüm zorunlu takip arkadaşları bakımından geçerlidir¹⁹. Örneğin, takip sırasında borçlunun ölümü hâlinde

olmayıp, bu nedenle takibin iptaline karar verilmesi doğru değildir.", Y. 12. HD, E. 2020/2546, K. 2020/4016, 08.06.2020. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2020/2441, K. 2020/4032, 08.06.2020; Adana BAM 10. HD, E. 2020/1577, K. 2020/1357, 30.09.2020, (www.lexpera.com.tr).

¹⁴ Alacaklılar arasında zorunlu takip arkadaşlığı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Buse Dişel, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı* (İstanbul: On İki Levha, 2014), 83 vd., 139 vd.

¹⁵ Davanın geri alınması bakımından aynı yönde bkz. Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 261-262.

¹⁶ Dişel, *Takip Arkadaşlığı*, 125.

¹⁷ Dişel, *Takip Arkadaşlığı*, 169.

¹⁸ Davanın geri alınması bakımından aynı yönde bkz. Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 266-267.

¹⁹ Zorunlu takip arkadaşlarından birine karşı takibin geri alınması diğerine karşı devam edilmesi hâlinde, yapılan ihalenin yok hükmünde olduğuna dair bkz. "...İİK.nun 149. madde hükmüne göre, icra takibinin asıl kredi borçlusu (lehine ipotek verilen) hakkında açılması ve yürütülmesi asıldır. Ancak takip sonunda üçüncü kişinin taşınmazının paraya çevrilmesi söz konusu olduğundan, o kişi hakkında da takip

İcra ve İflâs Kanunu'nun 53'üncü maddesi gereğince takibe terekeye karşı devam edilmesinde, terekenin tüzel kişiliği bulunmadığından, borçlu tarafta zorunlu dava arkadaşlığının meydana geleceği kabul edilmektedir²⁰. Bu durumda, alacaklının takibi geri alması tüm mirasçılar bakımından sonuç doğurur. Takibin borçlu tarafında ihtiyarî takip arkadaşlığının bulunduğu durumlarda ise takip borçlularından biri bakımından takip talebi geri alınsa dahi icra takibi diğerleri yönünden devam eder. Adî şirket ortakları ve miras ortaklarına karşı para borcundan dolayı başlatılan icra takiplerinde durum böyledir.

Borçlu tarafta ihtiyarî takip arkadaşlığının bulunduğu hâllerde, borçlu sayısı kadar takip vardır²¹. Bunun sonucu olarak gerek takibin devam ettirilmesi gerekse takibin sona erdirilmesi yönünden takipler ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu durumda takibin yalnızca borçlulardan birisi bakımından geri alınması hâlinde diğer borçlulara karşı takibe devam edilir.

Müteselsil alacaklılığın ya da borçluluğun mevcut olduğu durumlarda Harçlar Kanunu'nun 23'üncü maddesi ile düzenlenen harç bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Müteselsil borçlulukta takip borçlularının tamamının tek bir borçtan sorumlu olması (TBK m. 162), müteselsil alacaklılıkta ise tek bir alacağın bulunması (TBK m. 169) söz konusudur. Bu durumda her bir takip arkadaşı bakımından alacağın tamamı üzerinden ayrı ayrı tahsil harcı alınmaması gerekir²².

yapılması ve devam edilmesi gerekir. Şu hale göre ipotek veren üçüncü kişi ile asıl borçlu arasında zorunlu takip arkadaşlığı vardır. Bu husus mahkemece re'sen göz önünde bulundurulmalıdır. Takibe asıl borçlu ve ipotek veren şikayetçi aleyhinde başlanmasına rağmen alacaklı tarafından 29.01.2013 tarihli taleple asıl borçlu hakkındaki takipten vazgeçildiği, bu durumda şikayetçi hakkında takibe devam edilmesi ve taşınmazın satışı mümkün olmadığından, yapılan ihale de yok hükmündedir.", Y. 12. HD, E. 2014/17171, K. 2014/21928, 22.09.2014, (www.legalbank.net).

²⁰ Dişel, *Takip Arkadaşlığı*, 99.

²¹ Dişel, *Takip Arkadaşlığı*, 179.

²² Dava arkadaşlığı bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. İbrahim Ermenek, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması* (Ankara: Yetkin, 2014), 270; Ömer Faruk Saçar, *Medenî Usûl Hukukunda İhtiyarî Dava Arkadaşlığı* (Ankara: Yetkin, 2022), 262-263. Borçlular arasında ihtiyarî takip arkadaşlığı bulunması durumunda, alacaklının borcu tahsil edip etmemesine göre ayırım yapan, alacaklı borcu haricen tahsil etmişse diğer borçlular yönünden de borcun sona ermesi sebebiyle tahsil harcının alınacağını, haricen tahsil olmaksızın takipten vazgeçilmesi

İcra takibinin geri alınması beyanı bütün takibin sona erdirilmesine ilişkin olabileceği gibi takibin kısmen sona erdirilmesine de yönelik olabilir²³. Bu bağlamda, icra takibinin geri alınması beyanı açık ve anlaşılır olmalıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nda takip konusu alacağın sınırlandırılması düzenlenmemiş olmakla birlikte, tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak alacaklı takip talebine konu olan alacak miktarını sınırlandırabilir. Nitekim takibin başlatılmasında olduğu gibi alacaklı alacağının tamamı için takibe devam etmeye zorlanamaz. Bunun yanında, icra harç ve giderlerinin miktarı ve takip masraflarının borçludan alınmadığı durumlar dikkate alındığında, takip konusu alacak sınırlandırılarak takibin kısmen geri alınmasında alacaklının menfaati bulunmaktadır. Ayrıca takip geri alındığı ölçüde ortadan kalkacağından, takibin kısmen geri alınmasında borçlunun da menfaati vardır.

2. İcra Takibinin Geri Alınmasına Dair Talepte Bulunulması

İcra takibinin geri alınmasına ilişkin Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmadığından, geri alma usûlü de genel kurallardan hareketle belirlenmelidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 8'inci maddesinde icra dairelerine yöneltilen talepler bakımından tutanak düzenlenmesi, sözlü taleplerin bu tutanağa geçirilerek tutanağın altının ilgililer ve icra memurlarınca imzalanması gerektiği; 8/A maddesinde ise icra dairelerinin her türlü iş ve işleminin UYAP vasıtası ile de gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden hareketle genel haciz yoluyla takipte, alacak hakkını sona erdirmeksizin takipten vazgeçmek isteyen alacaklı, icra takibinin geri alınmasına dair talebini yazılı şekilde veya tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak icra dairesine yönlendirmelidir²⁴. Alacaklı icra takibinin geri alınması beyanını yetkili icra dairesine veya bu icra dairesine gönderilmek üzere başka bir yer icra dairesine iletebilir. Alacaklının UYAP sistemi üzerinden icra takibinin geri alınmasına dair beyanda bulunması da mümkündür.

Uygulamada, asilin icra takibinin geri alınması beyanında bulunması hâlinde, ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 154/3, ç hükmü gerekçe

hâlinde ise tahsil harcının alınamayacağını belirten görüş için bkz. Enver Karmış, "İcra ve İflâs Kanunu Işığında Harçlar Yasasının Uygulanması," *Legal Hukuk Dergisi* 2 (2003): 344-345.

²³ Gaul, Schilken, Becker Eberhard ve Lakkis, *Zwangsvollstreckungsrecht*, § 26 para. 14; Musielak, Voit ve Lackmann, *Zivilprozessordnung*, ZPO § 753 para 14; Zöllner ve Seibel, *Zivilprozessordnung*, ZPO § 753 para. 13. Takip konusu olan alacağın her zaman azaltılabileceği yönünde bkz. Üstündağ, *İcra*, 90.

²⁴ Postacıoğlu, *İcra*, 289.

gösterilerek tutanağa “*beyanı okundu imzası alındı*” şeklinde şerh de düşülmektedir²⁵. Yine Yargıtay tarafından verilen bir kararda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 154’üncü maddesinin kıyasen uygulanması gerekçesi ile bu beyanın hüküm ve sonuç doğurması için beyanın alacaklıya okunması ve okunduğunun tutanağa şerh düşülmesi gerektiği belirtilmekte, bunun bir geçerlilik şekli olduğu kabul edilmektedir²⁶. Ancak ilgili karar incelendiğinde, somut olayda takipten feragatin söz konusu olduğu ve feragatin meydana getirdiği hukukî sonuçlar nedeni ile bu şekilde bir usûlün belirlendiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, İcra ve İflâs Kanunu’nda icra takibinin geri alınmasına dair açık düzenlemenin olmaması ve takibi geri alma beyanının geçerliliği bakımından herhangi bir şartın öngörülmemesi sebebiyle Kanun’daki genel kuralların uygulanması gerekir. Anılan kurallarda bu yöndeki bir uygulamaya temel teşkil edecek bir düzenleme yer almadığı için alacaklının geri alma beyanında imzasının bulunması ve bu beyanın icra dairesine yöneltilmesi yeterlidir. Geri alma beyanının esas hakkı sona erdirmemesi ve bu nedenle feragat beyanı gibi değerlendirilmediği dikkate alındığında söz konusu uygulamanın geri alma beyanı yönünden geçerlilik şekli olarak kabul edilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

İcra takibinin geri alınması beyanından, esas hakkı sona erdirmeksizin icra hukuku anlamında alacağın takibinden vazgeçildiği iradesinin anlaşılması gerekir. Zira bu husus, takibin geri alınmasının hukukî sonuçları itibarıyla

²⁵ Ali Tat, *Uygulamada İcra ve İflâs Hukuku Harç Rehberi* (Ankara: Adalet, 2022), 64.

²⁶ “...HMK.nun “Tutanak” başlıklı 154.maddesinin 3.fıkrası; “Aşağıdaki hususlar mutlak olarak tutanağa yazılır” hükmünü içermekte olup, fıkranın (ç).bendinde; “Beyanda bulunana okunmak ve imzası alınmak kaydı ile ikrar, yeminin edası, davanın geri alınmasına muvafakat, davadan feragat, davayı kabule ilişkin beyanlar ile sulh müzakereleri ile sonucu.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. İcra hukukunda da kıyasen uygulanması gereken bu hükme göre, feragat dair beyanın feragat edene okunması ve okunduğunun tutanağa yazılması zorunludur. Feragatin doğurduğu hukuki sonuçlar gözönüne alındığında, feragat beyanında bulunan taraf, ancak hangi hukuki sonuçlar doğuracağını bildiği veya en azından bilmesi gerektiği ölçüde onunla bağlı tutulabilir. Şikayet konusu olayda alacaklı asilin takip alacağından feragat ilişkin beyanı icra müdürlüğüne 12.5.2010 tarihli tutanağa bağlanmış ise de, bu tutanakta feragat beyanının alacaklıya okunarak imza ettirildiği yazılı değildir. Bu husus HMK.nun 154 (Eski HUMK.nun 151).maddesi uyarınca geçerlilik şartı olduğundan, alacaklının takip alacağından feragat beyanı hüküm ve sonuç doğurmaz. Mahkemece istemin kabulü yerine evrak üzerinde inceleme yapılarak şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2011/4933, K. 2011/21270, 01.11.2011, (www.legalbank.net).

önem arz eder. Nitekim yargı kararlarında, icra takibinin geri alınmasından sonra tekrar borçluya karşı aynı alacak için takip başlatılması hâlinde, takipten feragat edildiği için tekrar icra takibi yapılamayacağı gerekçesiyle şikâyet yoluna başvurulduğu ve alacaklının söz konusu beyanının esas haktan da feragati içerip içermediğinin tartışıldığı görülmektedir²⁷. Uygulamada sadece icra takibinin sona erdirilmesi amacı taşıyan geri alma beyanlarında, tereddüte mahal vermemek için “*alacak hakkım saklı kalmak kaydıyla*”, “*yeniden takip yapma hakkımı saklı tutarak*”, “*icra takip hakkımdan şimdilik vazgeçiyorum*” gibi ifadelerle yer verilmektedir. Bu ifadelerin, icra takibinden vazgeçme veya icra takibini geri alma beyanının şarta bağlandığı şeklinde yorumlandığı ve talebin icra dairesince reddedildiği durumlar da söz konusu olmaktadır²⁸. Kanaatimizce alacaklının “feragat”, “vazgeçme” ya da “geri alma” ifadelerini içeren beyanının, icra dairesince her hâlükârda ilgili harcın ödenmesi üzerine dikkate alınması gerekir. Alacaklının esas haktan da feragat edip etmediği bu aşamada değil, sonradan borçluya karşı tekrar aynı alacak için takip başlatılması hâlinde incelenmelidir. Bu doğrultuda, borçluya karşı yeniden takip başlatılması durumunda, hakkın sona erdiği kanaatinde olan borçlunun borca itiraz etmesi gerekir.

İcra takibinin geri alınması için borçlunun rızasının gerekli olup olmadığına dair İcra ve İflâs Kanunu’nda bir düzenleme olmamakla birlikte, öğretide genel olarak alacaklının tek taraflı irade beyanının yeterli olduğu ve borçlunun rızasının gerekmediği kabul edilmektedir²⁹. Bu konuda dile

²⁷ Y. 13. HD, E. 2010/906, K. 2010/7067, 25.05.2010; Y. 13. HD, E. 2011/80, K. 2011/834, 25.01.2011; Y. 8. HD, E. 2014/27083, K. 2016/15101, 07.11.2016; İstanbul BAM 16. HD, E. 2017/4865, K. 2018/2637, 07.12.2018, (www.lexpera.com.tr); Y. 13. HD, E. 2012/12293, K. 2013/15488, 07.06.2013, (www.legalbank.net).

²⁸ “...Alacak haklarım saklı kalmak kaydıyla ve yeniden icra takibi yapma hakkımı saklı tutarak icra takip hakkımdan şimdilik feragat ediyorum” şeklinde beyanda bulunmuş olup, söz konusu bu beyan, hakkın özünden feragat niteliğinde değildir. Esas haktan feragatın açık bir şekilde yapılması gerekli olduğundan, hakkın özünden değil, sadece takipten feragat edildiği anlaşılmaktadır. Takipten feragat rağmen, esas hak, hukuki varlığını korumaya devam ettiğinden, alacaklı, alacağının tahsili için dava veya yeniden icra takibi yoluna başvurabilir. (Aynı yönde HGK’nun ... tarihli kararı) Bu nedenle yapılan feragatın şartlı yapıldığından söz edilemez. Alacaklı tarafça takip hakkından feragat edildiğinden İcra Müdürlüğü’nün bu talebi ret kararı doğru değildir. O halde, Mahkemece şikâyetin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 8. HD, E. 2014/27083, K. 2016/15101, 07.11.2016, (www.lexpera.com.tr).

²⁹ Necmettin M. Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (İstanbul: Filiz, 1980), 193; Friedrich Stein ve Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* Band VII

getirilen görüş, İcra ve İflâs Kanunu'nun 264'üncü maddesinin dördüncü fıkrasındaki hükme dayanmaktadır³⁰. Başka bir görüşe göre ise dava açılması ile takip başlatılmasının sonuçları birbirinden farklı olduğundan borçlunun rızası alınmaksızın icra takibinin geri alınmasından borçlunun rızası aranmaz³¹. Bu bağlamda, icra takibinin geri alınması bakımından davanın geri alınmasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 123'üncü maddesinin kıyasen uygulanamayacağı, bu konuda herhangi bir genel ya da özel atfın yer almadığı, dava niteliği bulunmayan takip usûlünde davalar için öngörülen kuralın uygulanamayacağı, davanın geri alınması bakımından davalının, sürekli dava tehdidi altında bulunması ihtimâlini kesin bir mahkeme kararı ile önleme hususunda bir menfaatinin olduğu ve kanun koyucunun da bu sebeple davalının rızasını aradığı, takip usûlü bakımından ise takip borçlusunun bu yönde herhangi bir menfaatinde söz edilemeyeceği, haklı biçimde ifade edilmektedir³².

İcra takibinin geri alınmasına cevaz verildiği anlaşılan İcra ve İflâs Kanunu'nun 143'üncü maddesinin son fıkrasındaki ve Kanun'un 264'üncü maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemelerden, borçlunun rızasına gerek olmaksızın icra takibinin geri alınabileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca Kanun'da alacaklının takibi devam ettirme yönündeki tasarruf yetkisini bu şartı öngörerek sınırlayan genel bir düzenlemenin olmaması da genel kabulü desteklemektedir. İcra takibinin geri alınmasından sonra borçluya karşı tekrar takip başlatılması sebebiyle yapılan şikâyet taleplerinin konu olduğu yargı kararlarında da isabetli olarak borçlunun rızası olmaksızın alacaklının takibi geri alabileceği hususuna yer verilmektedir³³.

(Tübingen: Mohr Siebeck, 2002), ZPO vor § 704 para. 76; İbrahim Aşık, *İcra Sözleşmeleri* (Ankara: Turhan, 2006), 31; Kuru, *İcra El Kitabı*, 208; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları* (Ankara: Adalet, 2017), 256; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 101; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 183; Thomas Rauscher, Peter Wax, Joachim Wenzel, Hans-Joachim Heßler, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band II* (München: C. H. Beck, 2020), ZPO § 753 para. 41; Utrici, *BeckOK ZPO*, ZPO § 753 para. 13; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 65.

³⁰ Muhammet Özekes, *İcra İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz* (Ankara: Seçkin, 1999), 196.

³¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 183; Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 329-330.

³² Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 529.

³³ "...Alacaklı yaptığı icra takibinden vazgeçebilir. Yeni takip talebini geri alabilir. İcra takibinden vazgeçme esas haktan feragat niteliğinde değildir. Bunun için borçlunun

İcra takibinin geri alınması için alacaklının talebinin ve Kanun'da öngörülen harcın yatırılmış olmasının yeterli olduğu söylenebilir de bu yetkinin sınırsız olduğunu kabul etmek mümkün değildir. İcra takibinin geri alınmasına ilişkin talebin sınırları bakımından genel hukuk ilkeleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda, önemli bir sınırı dürüstlük kuralı oluşturur³⁴. Zira dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel hukuk ilkeleri olarak icra hukukunda ve icra işlemlerinde de geçerlidir³⁵. Takibin geri alınmasından sonra tekrar takip başlatılması kural olarak hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez³⁶. Ancak sürekli olarak takibin geri alınarak yenilenmesi, bu şekilde borçlunun cebrî icra işlemleriyle karşı karşıya bırakılması ve alacağın elde edilmesi yerine borçluya zarar vermek amacıyla cebrî icraya başvurulması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir³⁷. Bu doğrultuda, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece icra takibinin geri alınması ve yenilenmesi tekrarlanabilir.

3. İcra Takibinin Geri Alınmasında Harcın Ödenmesi

İcra takibinin geri alınması hâlinde, alacaklının takip talebi üzerine icra dairesinin geri alma beyanına kadar verdiği hizmetin bir karşılığı olarak belirli bir oranda harç öngörülmüştür³⁸. Buna göre Harçlar Kanunu'nun 23'üncü

rızasına gerek yoktur. (Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 181) Harçlar Kanunu 23. maddesine göre, icra takibinden vazgeçmenin icra tutanağına yazılması için alacaklı bir harç ödemek zorundadır. ", Y. 12. HD, E. 2007/5007, K. 2007/7600, 17.04.2007. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 19. HD, E. 2018/3154, K. 2020/703, 12.03.2020 (www.lexpera.com.tr).

³⁴ Hans Fritzsche ve Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht Band I* (Zürich: Schulthess, 1984), 196; Rauscher, Wax, Wenzel ve Heßler, *MüKoZPO*, ZPO § 753 para. 43; Kindl, Meller-Hannich ve Sternal, *Zwangsvollstreckung*, ZPO § 753 para. 9; Ulrici, *BeckOK ZPO*, ZPO § 753 para. 13. Alacaklının tasarruf yetkisinin sınırlarından birinin dürüstlük kuralı olduğu yönünde bkz. Özeker, *İlkeler*, 75.

³⁵ Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İzmir: Ege Üniversitesi, 1973), 216 vd.; Ramazan Arslan, *Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara: Sevinç, 1989), 134; Stein ve Jonas, *Kommentar*, ZPO vor § 704 para. 45; Özeker, *İlkeler*, 87; Thomas, Putzo ve Seiler, *Zivilprozessordnung*, ZPO § 704 Vorb VIII para. 1072.

³⁶ Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Peter Hartmann, Monika Anders ve Burkhard Gehle, *Zivilprozessordnung* (München: C. H. Beck, 2020), ZPO § 704 para. 47; Kindl, Meller-Hannich ve Sternal, *Zwangsvollstreckung*, ZPO § 753 para. 9.

³⁷ Bunun gibi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden durumlarda alacaklının tekrar icra takibi başlatmayacağını bildirmesi şartıyla icra takibini geri alabileceği yönünde bkz. Rauscher, Wax, Wenzel ve Heßler, *MüKoZPO*, ZPO § 753 para. 43.

³⁸ Alacaklının geri alma beyanının takibe mi yoksa paraya çevirme talebi gibi takibin ilerlemesine amacına hizmet eden herhangi bir talebine mi ilişkin olduğunun tespiti,

maddesi uyarınca, icra takibinin geri alınması beyanının icra tutanağına kaydedilmesi için alacaklı tarafından uygulamada feragat veya vazgeçme harcı olarak da ifade edilen tahsil harcının ödenmesi gerekir³⁹. İcra takibi haczedilen malın paraya çevrilmesinden önce geri alınırsa tahsil harcının yarısı, bu aşamadan sonra icra takibi geri alındığı takdirde ise tahsil harcının tamamı ödenmelidir. Anılan hükümdeki “*her ne sebep ve suretle olursa olsun...*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, takibin geri alınması sebebi tahsil harcının ödenmesi bakımından önem teşkil etmez. Bu nedenle, sehven başlatılan takiplerin geri alınmasında dahi takibin aşamasına göre tahsil harcı alınır⁴⁰. Ancak ödeme emrinin tebliğ edilmesinden önce takibin geri alınmasında olduğu gibi harçtan muaf tutulan durumlar müstesnadır⁴¹.

alacaklıdan harç alınıp alınmayacağı yönünden önemlidir. Bu hususun konu edildiği bir Yargıtay kararı için bkz. “...492 Sayılı Harçlar Kanununun 23. maddesinde “*her ne sebep ve suretle olursa olsun icra takibinden vazgeçildiğinin zabıtnameye yazılması için vazgeçilen miktara ait tahsil harcının yarısı alınır.*” belirtildiği üzere alacaklının icra takibinde vazgeçmesi halinde bu vazgeçme işlemi harca tabiidir. Olayımızda alacaklı takipten vazgeçmeyip, takibe dayanak satışını talep ettiği ipotekli taşınmazın satış işleminde vazgeçtiğini beyan ettiğinden bu istek yukarıda belirtilen yasa maddesinde yazılı takipten vazgeçmeyi kapsamadığından harca tabi değildir.”, Y. 12. HD, E. 2006/10766, K. 2006/13188, 19.06.2006, (www.lexpera.com.tr).

³⁹ İcra takibinin geri alınması beyanı üzerine ödenecek harcın “*feragat harcı*” olarak nitelendirilmesi, takipten vazgeçme ve takipten feragat etme beyanlarının hukukî sonuçları arasındaki farklar ile Harçlar Kanunu’nun 23’üncü maddesinin lafzı dikkate alındığında kanaatimizce isabetli değildir. Söz konusu harcın feragat değil vazgeçme harcı olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Burak Pınar, *Yargı ve İcra Harçları* (Ankara: Adalet, 2009), 206.

⁴⁰ Bu hususa ilişkin olarak bkz. “...*Borçlular aleyhine ihtiyati hacze dayanan genel haciz yoluyla başlatılan takipte; alacaklı vekili tarafından, sehven tanzim edilen ihtarnamenin takibe dayanak yapıldığı borçlulardan... Üniversitesi’ne hesap kat ihtarnamesinin gönderilmediği belirtilerek, bahsi geçen borçlu ve kefilleri hakkında yeniden takip yapabilmek amacıyla başlatılmış olan takipten harç alınmaksızın vazgeçme taleplerinin reddine dair icra memuru işleminin iptali ve % 4,55 oranında alınan harcın iadesi istemi ile icra mahkemesine başvurulduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir... Ödeme emrinin tebliğinden sonra, ancak hacizden önce vazgeçme beyanında bulunduğu dikkate alınarak, alacaklıdan (492 Sayılı Harçlar Kanunu’nun 23. maddesi hükmü doğrultusunda) takip safhasına göre, ödeme halinde alınması gereken tahsil harcının yarısının, yani % 2,27 oranı üzerinden hesaplanan tahsil harcının alınması gerekirken, % 4,55 oranında tahsil harcı alınması usul ve yasaya aykırıdır.*”, Y. 12. HD, E. 2017/4900, K. 2017/10937, 19.09.2017, (www.lexpera.com.tr). Ayrıca bkz. Mesut Ertanhan, *Yargılama ve Takip Giderleri* (Ankara: Seçkin, 2023), 306; Yasin Köse, “İcra Takibinde Tahsil Harcı,” *Terazi Hukuk Dergisi*, 183 (Kasım 2021): 2221.

⁴¹ Tahsil harcının ödenmesine dair istisnalar için bkz. III, B, 6.

Uygulamada icra takibinin geri alınmasına dair beyanda bulunulmuş, ancak tahsil harcı ödenmemişse alacaklıdan on beş gün içinde harcın ödenmesi istenilmekte; bu süre içinde harcın ödenmemesi hâlinde, harç tahsil müzekkeresi yazılarak müteakip işlemlere harcın yatırılması hâlinde devam edilmektedir⁴². Takibin geri alınması beyanında alacaklı bulunduğu kural olarak onun tarafından tahsil harcının ödenmesi gerekir. Ancak tarafların sulh olması üzerine takibin geri alındığı kimi durumlarda, tahsil harcı borçlu tarafından da ödenmektedir. Bununla birlikte, tarafların sulh olmalarına rağmen harç ödeme yükümlülüğünden kaçınmak için icra takibinin geri alınmadığı ve işlem den kaldırılincaya kadar icra dosyasının açık bırakıldığı durumlarla da karşılaşılmaktadır⁴³.

4. İcra Takibinin Geri Alınmasında Süre

İcra ve İflâs Kanunu'nda takibin geri alınmasına ilişkin herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir. Harçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye göre ise haczedilen malın satılıp paraya çevrilmesinden sonra da takibin geri alınabilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın takibin geri alınmasını süre yönünden sınırlandırdığı kararları bulunmaktadır⁴⁴.

⁴² Tat, *Harç*, 61.

⁴³ "...Takip dosyasının incelenmesinde davacı tarafça anılan belge takip dosyasına ibraz edilmediği gibi, davacı tarafın takip dosyasına intikal etmiş bir vazgeçme beyanının da mevcut olmadığı ve Harçlar Kanununun 23 ncü maddesi uyarınca bir harç ödenmediği anlaşılmıştır. Her ne kadar alacaklının yaptığı icra takibinden vazgeçilmesi mümkün ve bunun için borçlunun rızası gerekli değil ise de, takip dışı bir feragat İcra Müdürlüğüne ulaşmadıkça sonuç doğurmaz. Bu itibarla mahkemece dava tarihi itibarıyla takibin halen geçerli olduğu ve her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre karara bağlanması gerektiği nazara alınarak, davacı iddiaları Dairemizin uyulan 18.10.2001 tarihli bozma ilamı doğrultusunda incelenerek neticesine göre bir karar verilmek gerekirken, anılan husus gözden uzak tutularak, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.", Y. 11. HD, E. 2002/10514, K. 2003/2323, 13.03.2003, (www.legalbank.net).

⁴⁴ Örneğin haciz aşamasında takibin geri alınamayacağı yönünde bkz. "...Dosya alacaklısının alacağı üzerine haciz konulmuş olması halinde, üzerine haciz konulan dosyada alacaklının tasarruf yetkisi sınırlanmış olduğundan; alacaklı yahut vekilince üzerine haciz konulan dosyaya haricen tahsil, feragat ve vazgeçme taleplerinde bulunulamayacaktır. Somut olayda, takip alacaklısı tarafından alacağın 28.03.2017 ve 01.06.2017 tarihlerinde iki ayrı işlemle devredildiği ancak ...2. İcra Müdürlüğü'nün

İcra takibinin geri alınabileceği süre yönünden doktrinde ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak bir görüşe göre icra takibinin geri alınması mevzuatta herhangi bir şarta bağlanmadığı için alacaklının takibi herhangi bir aşamada geri alması mümkündür⁴⁵. Diğer görüşe göre ihalenin icra edilmesinden sonra takibin geri alınması, alıcının hukukî durumu bakımından tereddüt yarattığı için bu aşamadan sonra takibin geri alınmaması gerekir⁴⁶.

Kanaatimizce, her ne kadar mevzuatta takibin geri alınmasına dair açık hüküm bulunmasa ve bu hususa dair alacaklının tasarruf yetkisini sınırlandıran bir düzenleme olmasa da takibin her aşamasında geri alabilmesi mümkün olmamalıdır. Alacaklının tasarruf yetkisine dayanarak ileri sürdüğü her talebi mutlak surette kabul edilmemeli ve cebrî icranın özelliği gereği bu talepler temel hakları ihlâl edip etmediği yönünden değerlendirilmelidir⁴⁷. Dürüstlük kuralının yanında temel haklar ve ilkeler, borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatleri de alacaklının tasarruf yetkisinin sınırını teşkil etmektedir⁴⁸. Bu bağlamda, takibin geri alınmasının hem borçlunun hem de üçüncü kişinin mülkiyet hakkı yönünden değerlendirilmesi ve bu yönüyle süre sınırının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

Borçlunun haczi kabil malvarlığına, takip konusu alacağın ödenmesine yetecek kadar müdahale edilebileceği kabul edilmekte, ancak borçlunun malvarlığına ve mülkiyet hakkına cebrî icra organları aracılığıyla yapılan bu müdahalenin geçerli ve kanunî bir sebebe dayanması gerektiği ifade

2012/8019 esas sayılı dosyasından dava konusu takip dosyasındaki alacağa 07.02.2017 tarihinde haciz konulduğu, bu haliyle alacağın temlikinin dosya alacağı üzerinde haciz varken yapıldığı görülmekle her ne kadar davalı alacaklı ile davacı borçlu arasında anlaşma yapılmış ise de davalı alacaklı ... tarafından dosya alacağının hacizli temlik alındığı, alacak üzerindeki hacizden haberdar olması gerektiği, davacı borçlu ile şifaen anlaşarak dosya alacağından ivazsız olarak ve kesin surette vazgeçemeyeceği, haczin devam ettiği anlaşılmaktadır. O halde, Bölge Adliye Mahkemesince istinaf isteminin esastan reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 12. HD, E. 2022/8458, K. 2023/1183, 27.02.2023, (www.lexpera.com.tr).

⁴⁵ Ingo Saenger, *Zivilprozessordnung* (Baden-Baden: Nomos, 2023), ZPO § 753 para. 9; Fritzsche ve Walder-Bohner, *Schuldbetreibung*, 196; Hunkeler, *SchKG*, Art. 8a para 29; Zöllner ve Seibel, *Zivilprozessordnung*, ZPO § 753 para. 13.

⁴⁶ Gaul, Schilken, Becker Eberhard ve Lakkis, *Zwangsvollstreckungsrecht*, § 26, para. 14.

⁴⁷ Özekes, *İlkeler*, 74.

⁴⁸ Özekes, *İlkeler*, 75.

edilmektedir⁴⁹. İcra takibinin her aşamada geri alınması ihtimâlinde, takibin varlığından söz edilememesine rağmen borçlunun mülkiyet hakkının cebrî icra yoluyla el değiştirmesi sonucuyla karşılaşılabilir. Nitekim hukuk sistemimizde paraya çevirme işlemine konu olan malvarlığı değeri üzerindeki mülkiyet hakkı ihalenin yapılması ile birlikte alıcıya geçmektedir (İİK m. 115/2)⁵⁰. Bu aşamadan sonra takibin geri alınması üzerine paraya çevirme işleminin ve ihalenin dayanağı olan icra takibinin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesi, ihalenin geçerliliğine dair tereddüt doğurmaktadır⁵¹. Takibin geri alınmasına rağmen ihalenin varlığının korunması, bir dayanak olmaksızın borçlunun mülkiyet hakkına cebrî icra yoluyla müdahale edilmesine ve söz konusu malvarlığı değerinden mahrum kalmasına sebebiyet vermektedir. Bu durumda, paraya çevirmeye ilişkin kanunî sınırlar dikkate alındığında haczedilen mal veya hakkın satış ve paylaşırma giderleri dışında değerinin yüzde ellisi oranında pey sürene ihale edilebilmesi mümkündür. Satış neticesinde icra veznesine giren bedelin, takibin geri alınması nedeni ile borçluya ödenmesi akla gelebilirse de değerinden daha düşük bir miktara satılan mal ya da hak nedeni ile borçlunun zarara uğraması ihtimalini bertaraf etmez. Dolayısıyla takibin hiç yapılmamış kabul edilmesi ile borçlunun malvarlığı değerinin cebrî icra yoluyla üçüncü kişiye geçmesi sonuçları birbiriyle bağdaşmamaktadır.

Takibin geri alınması sebebiyle ihalenin feshi ihtimâlinde ise alıcının cebrî icra yoluyla kazandığı ilgili malvarlığı değeri üzerindeki mülkiyet hakkına dair tereddüt hasıl olmaktadır. Hâlbuki cebrî icra uygulamasında borçlunun yanında, üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının da gözetilmesi

⁴⁹ Özkes, *İlkeler*, 184-185.

⁵⁰ İhale alıcısı mülkiyet hakkını ihale ile birlikte elde etmiş olmasına karşın, tescille kazanılan bir hakkın söz konusu olması hâlinde alıcı bu hak üzerindeki tasarruf yetkisine adına tescil işleminin gerçekleştirilmesi üzerine sahip olur. Cebrî icra yoluyla mülkiyetin ihaleyle birlikte kazanılacağına, tescile tâbi olan malvarlığı değeri üzerindeki hak sahipliği değişikliğine, tasarruf yetkisinin elde edilmesine ve tescilin niteliğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Berkin, *İcra*, 339; Ramazan Arslan, *İcra - İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1984), 51; Üstündağ, *İcra*, 275; Kuru, *İcra El Kitabı*, 697; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 317; Mine Erturgut, *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi* (Ankara: Yetkin, 2000), 126; Mert Namlı, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 506 vd.; Cansu Korkmaz, *Sınai Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (Ankara: Adalet, 2023), 240-242.

⁵¹ Takibin geri alınmasının ihalenin feshi bakımından değerlendirilmesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. II, B, 5.

gerekir⁵². Bu doğrultuda, ihalenin mevzuatta öngörülen belirli sebepler doğrultusunda feshedilebileceğine ve ihaleyle birlikte mülkiyet hakkının üçüncü kişiye geçmesine dair düzenlemelerin yanında, takibin geri alınması karşısında ihaleye katılan alıcının hukukî durumunun belirsiz olacağı ve üçüncü kişinin de cebri icra uygulamasından olumsuz etkileneceği hususları dikkate alınmalıdır.

Takibin başlatılmasından sonra ödeme emrinin gönderilmesi, ödeme emrine itiraz edilmişse bu itirazın bertaraf edilmesi üzerine haciz işleminin yapılması ve nihayet paraya çevirme aşamasına geçilmesi, belirli yollar tüketilerek borçlunun mülkiyet hakkına konu malvarlığının el değiştirebileceği aşamaya gelindiğini göstermektedir. Bu bağlamda, alacaklı alacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte, bunun sınırsız olmadığı, ihale alıcısının ve borçlunun mülkiyet hakkı ve ihalenin geçerliliği yönünden söz konusu sorunların doğacak olması sebebiyle borçluya ait mülkiyet hakkının alıcıya geçeceği an olan ihalenin yapılmasından sonra icra takibinin geri alınamaması gerektiği düşüncesi akla gelebilir. Bununla birlikte, 7343 sayılı Kanun ile öngörülen satış talebinin teklif vermeye başlanmasından itibaren geri alınamayacağına ve teklif verme süresinin bitimine kadar borcun ödenmesi hâlinde satışın durdurulacağına dair hükmün de burada dikkate alınması gerekir (İİK m. 115/5)⁵³. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucunun icra takibinin sürüncemede kalmaması için belirli bir

⁵² Özokes, *İlkeler*, 182, 186.

⁵³ Anılan hükümdeki satış talebinin teklif vermeye başlanmasına kadar geri alınamayacağı ifadesinin isabetli olmadığı, bu ifadenin birtakım tereddütlere yer verdiği ve açık artırmanın başlaması anı olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Kudret Aslan, “7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte Hacizli Malların Satış Talebi ve Satış Giderleri,” *SÜHFD* 31, 2 (2023): 841-843. İcra ve İflâs Kanunu’nda söz konusu değişiklik yapılmadan önce satış talebinin en son geri alınabileceği süre yönünden öğretide farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Artırmanın kamusal bir işlem olduğu, artırmaya başlanmasından sonra satış talebinin geri alınmasının bu işlemin niteliğine uygun düşmediği, bu nedenle artırmaya başlanmasına kadar satış talebinin geri alınabileceğini belirten görüş için bkz. Arslan, *İhale*, 124. İhalenin yapılmasından sonra satış talebinin geri alınamayacağı ancak artırma aşamasında bu talebin geri alınmasının mümkün olduğunu belirten görüş için bkz. Üstündağ, *İcra*, 239; Erturgut, *Menkul*, 79.

aşamadan sonra satış talebinin geri alınmasına cevaz vermediği kabul edilmektedir⁵⁴.

İcra ve İflâs Kanunu'nda geri alma zamanına ilişkin açık hüküm bulunmamasına ve Harçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye rağmen takibin geri alınmasının teklif verilmeye başlamasından sonraki bir aşamada mümkün olduğunu kabul etmek, kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil eder. Zira takibin geri alınması, takip hiç yapılmamış gibi sonuç doğurduğundan satış talebinin de ortadan kalkmasına ve bu şekilde Kanun'un dolanılmasına sebebiyet verir. Bu doğrultuda, gerek Kanun'un 115'inci maddede yer alan düzenleme gerekse de borçlunun ve üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunması ihtiyacı karşısında olması gereken hukuk bakımından, takibin geri alınmasının ancak ihalede teklif verilmeye başlanması anına kadar mümkün olması, bu aşamadan sonra takibin geri alınmayacağı kabulü yerinde olur. Ancak, Harçlar Kanunu'ndaki hüküm dikkate alındığında kanun koyucunun bu hususta bir düzenleme yapması gerekmektedir.

II. İCRA TAKİBİNİN GERİ ALINMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Maddî Hukuk Bakımından Sonuçları

İcra hukuku, maddî hukukun kişilere tanıdığı haklara ulaşılmasını ve bu hakların gerçekleştirilmesini amaçlar⁵⁵. Maddî hukukun sağladığı bir hakkın varlığı iddiası ile icra takibi başlatan alacaklının bu takibini herhangi bir sebeple geri almasının, bu hukuk alanında doğurduğu birtakım sonuçlar bulunmaktadır. İcra takibinin geri alınmasının maddî hukuk bakımından en önemli sonucu, esas hakkı sona erdirmemesidir. Zira icra takibinin geri alınmasında, esas haktan feragat değil, sadece icra hukuku anlamında tahsil talebinden vazgeçme söz konusudur. Alacaklının takibi sona erdirmesine yönelik beyanının takipten vazgeçme olarak yorumlandığı yargı kararlarında da icra takibinin geri alınmasının esas haktan feragat sonucunu doğurmayacağına yer verilmektedir⁵⁶.

⁵⁴ Serdar Kale, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış," <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>.

⁵⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 7.

⁵⁶ "...Kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuran, bağlı olduğu hakkın, tekrar davaya da bir icra takibine konu edilmesini engelleyen feragatin, tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkça yapılması zorunludur. Davalı avukatın icra dosyasına vermiş olduğu

İcra takibinin geri alınması hâlinde, uygulamada da takip talebiyle birlikte dosyaya sunulan senet aslı alacaklıya tekrar iade edilmektedir⁵⁷. Zira icra takibini geri alan alacaklının senede dayalı olarak yeniden takip yapabilmesi mümkündür.

İcra takibi başlatılmasının maddî hukuk bakımından bir sonucu, zamanaşımının kesilmesine ilişkindir. Nitekim alacaklının gerekli harçları ödeyerek takip talebinde bulunması ile birlikte, alacak hakkına ilişkin zamanaşımı kesilir (TBK m. 154/1, b. 2). Zamanaşımı, alacağın takibine dair her işlemle birlikte tekrar kesilir ve yeniden işlemeye başlar (TBK m. 156/1, m. 157/2). Zamanaşımının kesilmesi için takip talebinde bulunulması yeterli olup, borçluya ödeme emri gönderilmesi gerekli değildir⁵⁸. Buna göre takibin geri alınması hâlinde, zamanaşımının kesilmesi sonucunun ortadan kalkıp kalkmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide bir görüş takibin geri alınmasının, zamanaşımının kesilmesi sonucunu bertaraf etmeyeceği yönündedir⁵⁹.

24.10.2008 tarihli dilekçedeki "dosyadan feragat ettiğini" belirten açıklamanın ise, esas haktan feragat niteliğinde olduğunu kabule olanak yoktur. Söz konusu açıklamayla hakkın özünden değil, sadece takipten feragat edildiği anlaşılmaktadır. Takipten feragat rağmen esas hak, hukuki varlığını korumaya devam ettiğinden, alacaklı, alacağının tahsili için dava veya yeniden icra takibi yoluna başvurabilir.", Y. 13. HD, E. 2012/12293, K. 2013/15488, 07.06.2013, (www.legalbank.net). Aynı yönde bkz. Y. 19. HD, E. 2008/6152, K. 2009/2694, 03.04.2009; Y. 13. HD, E. 2010/906, K. 2010/7067, 25.05.2010; Y. 13. HD, E. 2011/80, K. 2011/834, 25.01.2011; Y. 8. HD, E. 2014/27083, K. 2016/15101, 07.11.2016; Ankara BAM 19. HD, E. 2018/3154, K. 2020/703, 12.03.2020; İstanbul BAM 16. HD, E. 2017/4865, K. 2018/2637, 07.12.2018, (www.lexpera.com.tr).

⁵⁷ Tat, *Harç*, 62. Aksi yönde bkz. "...Somut olayda, davalı asilin... İcra Müdürlüğü'ne hitaben vermiş olduğu 10.12.2010 tarihli feragat dilekçesinde dava konusu senede dayalı olarak davacı aleyhine girilen icra takibinden kayıtsız ve şartsız feragat edildiği belirtilmiş ve feragat nedeniyle dava konusu senedin davacıya iadesi talep edilmiştir. Dilekçe içeriğinden feragatin haktan feragat niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, davadan sonra gerçekleşen bu feragat nedeniyle davanın konusuz kaldığı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.", Y. 19. HD, E. 2015/2224, K. 2015/16938, 15.12.2015, (www.lexpera.com.tr).

⁵⁸ Berkin, *İcra*, 192; Postacıoğlu, *İcra*, 124; Üstündağ, *İcra*, 83; Kuru, *İcra El Kitabı*, 207; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 101; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 183.

⁵⁹ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları* (İstanbul: Vedat, 2010), 154. Alacaklının zamanaşımını kesen bir adli işlemde bulunmasından sonra talebini

Kanaatimizce, icra takibinin geri alınması hâlinde, takip talebinde bulunulmasıyla doğan hukukî sonuçlar ortadan kalktığı için zamanaşımının kesilmesi de hükümsüz hâle gelir. Nitekim icra takibinin geri alınması üzerine takip yapılmamış gibi kabul edilir⁶⁰. Bunun sonucu olarak, zamanaşımının kesilmesi etkisi de ortadan kalkar⁶¹. Bu husus, takibin kısmen geri alınması hâlinde takibin sona erdirildiği alacak kısmı bakımından geçerlidir. Alacaklı takip talebini geri alsa dahi zamanaşımının kesilmesi etkisinin devam ettiğinin kabulü, icra takibinin geri alınması kurumunun dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılmasına da yol açabilir. Bu doğrultuda, takibi devam ettirme iradesi olmaksızın sırf zamanaşımının kesilmesi için alacaklının takip talebinde bulunması ve eş zamanlı olarak takip talebini geri çekmesi ihtimâl dâhilindedir.

Alacaklı icra takibinin geri alınmasından sonra zamanaşımına uğrayan alacağı bakımından da borçluya karşı yeniden takip başlatabilir. Zamanaşımı, icra dairesi tarafından re'sen gözetilmesi gereken bir husus olmasa da borçlu yeniden başlatılan icra takibinde ödeme emrine itirazla alacağın zamanaşımına uğradığını ileri sürebilir⁶². Bu durumda, alacaklının alacak hakkına dair daha önce borçluya karşı takip başlattığını ve takibi geri alsa dahi zamanaşımının kesilmesi sonucunun korunduğunu savunamaması gerekir. Yargı kararlarında da takibin geri alınmasıyla birlikte zamanaşımının kesilmesi de dâhil olmak üzere takibin bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalktığı ve geri alınan takibin zamanaşımının kesilmesi bakımından dikkate

geri alması durumunda, zamanaşımı kesilmesi sonucunun korunacağı yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (İstanbul: Vedat, 2015), 595. Benzer şekilde, icra takibinin başlatıldığı icra dairesinin yetkisiz olması veya takip talebinde kanunî unsurların eksik olması sebebiyle, takibin iptal edilmesi hâlinde, zamanaşımının kesilmesi bakımından alacaklının iradesinin dikkate alınması gerektiği ve takibin iptalinin zamanaşımın kesilmesi sonucunu etkilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Nazlı Gören Ülkü, *İcra Hukukunda Ödeme Emri* (İstanbul: Arıkan, 2008), 93.

⁶⁰ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özokes, *İcra*, 101; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 122; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023), 99.

⁶¹ Benzer şekilde, davanın açılması ile zamanaşımının kesilmesine yönelik olarak meydana gelen sonucun davanın geri alınması hâlinde ortadan kalkacağı yönünde bkz. Aslan, *Geri Alma*, 401.

⁶² Baki Kuru, "İlâmsız İcra Zamanaşımının İleri Sürülmesi," *BATİDER* 13, 3-4 (1986): 91.

alınamayacağı belirtilmektedir⁶³. Bu yönüyle icra takibinin geri alınması, zamanaşımının kesilmesine dair sonuç bakımından önem teşkil eder.

Takip talebinde bulunmak, hakkın tâbi olduğu hak düşürücü sürenin korunmasını da sağlar⁶⁴. Ancak alacaklının icra takibini geri alması hâlinde, takip hiç yapılmamış gibi kabul edildiği için hak düşürücü süre de korunmamış sayılır⁶⁵. Bu nedenle, borçluya karşı yeniden takip başlatıldığında, hak düşürücü sürenin korunup korunmadığı hususu bakımından ilk takip tarihi dikkate alınmaz.

İcra takibi başlatılmasının bir sonucu olarak borçlunun iyiniyet iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkar⁶⁶. Bu sonucun doğabilmesi, takip talebi üzerine borçluya usûlüne uygun olarak ödeme emrinin tebliğ edilmesine bağlıdır. İcra takibinin geri alınmasıyla birlikte, takip hiç yapılmamış gibi kabul edilse de ödeme emrinin gönderilmesi üzerine doğan borçlunun iyiniyetinin ortadan kalkması sonucu korunmuş olur. Nitekim borçlu ödeme emri ile birlikte takibe konu olan borcun varlığını öğrenmiş olur ve böyle bir borcu bilmediğini veya bilebilecek durumda olmadığını ileri süremez. Buna karşılık, borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden icra takibi geri alınmışsa borçlunun, hakkında takip başlatıldığını bilmeyeceği varsayımından hareketle iyiniyetin ortadan kalkması sonucu doğmaz.

⁶³ “...Alacaklı vekilinin bu çek nedeniyle anılan dosyada “haktan feragat etmediği” sadece “takipten feragat ettiği” saptandığı için ve bu durumda Ankara 18.İcra Müdürlüğünün 1999/882 sayılı takibi bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkacağından T.T.K.’nin 662.maddesi gereğince anılan takiple zamanaşımının kesildiği ileri sürülemez.”, Y. 12. HD, E. 2003/28686, K. 2003/759, 23.01.2003, (www.lexpera.com.tr). Aynı yönde bkz. “...Somut olayda; alacaklı tarafından borçlular aleyhine 07.02.2013 tarihinde bonoya dayalı kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takibe başlanıldığı, alacaklı tarafından 02.06.2014 tarihinde takipten vazgeçilerek ve aynı gün bu kez kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe geçildiği görülmüştür. Borçlunun itirazı takibin kesinleşmesinden önceki döneme ilişkin olup takip dayanağı bononun vade tarihi 10.02.2011’dir. Vadeden itibaren 3 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra alacaklı 02.06.2014 tarihinde itiraza konu eldeki takibi başlatmıştır. Feragat edilen önceki takibin zamanaşımı yönünden sonuca etkisi bulunmamaktadır.”, Y. 12. HD, E. 2015/29508, K. 2015/29290, 24.11.2015, (www.legalbank.net).

⁶⁴ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 101; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 123.

⁶⁵ Benzer şekilde, davanın geri alınması hâlinde hak düşürücü sürenin korunmayacağı yönünde bkz. Aslan, *Geri Alma*, 403.

⁶⁶ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 102; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 123.

İcra takibi başlatılmasının maddî hukuk yönünden başka bir sonucu, borçlunun temerrüde düşürülmesidir. İhtar ile daha önce temerrüde düşürülmeyen borçlu, ödeme emrinin usûlüne uygun şekilde tebliğiyle birlikte temerrüde düşmüş sayılır⁶⁷. Bu doğrultuda icra takibinin geri alınması, borçlunun temerrüde düşmesi sonucunu bertaraf etmez. Zira borçlunun temerrüde düşürülmesi bakımından ödeme emri ihtar olarak kabul edilir ve borçlu ödeme emrinin tebliğ edilmesi üzerine borcun varlığı ile borcun ödenmesine yönelik talebi öğrenir⁶⁸. Bununla birlikte, borçlu icra takibini geri alma beyanıyla esas haktan feragat etmemekte, takibin sona erdirilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla icra takibi geri alınmış olsa dahi, ödeme emrinin tebliği üzerine doğan borçlunun temerrüde düşmesi sonucu varlığını korur.

B. Takip Hukuku Bakımından Bazı Sonuçları

1. İcra Takibinde Derdestlik Bakımından

Derdestlik genel olarak, açılmış ve hâlen görülmekte olan bir dava varken aynı taraflar arasında aynı sebeplere dayanılarak aynı konuda aynı ya da başka bir mahkemede yeni bir davanın açılması olarak tanımlanabilir⁶⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava şartlarını düzenleyen 114'üncü maddesinin birinci fıkrasının 1 bendinde “*aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması*” ifadesi ile anlatılmak istenen de budur.

İcra takibinde derdestlik ise mevcut bir icra takibine rağmen aynı alacaklının, aynı borçluya karşı, aynı konuda, aynı sebeplere dayanarak yeni

⁶⁷ Postacıoğlu, *İcra*, 136-137; Üstündağ, *İcra*, 94; Kuru, *İcra El Kitabı*, 207; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 102; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 183; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 123; Muşul, *İcra Hukuku Esasları*, 267; Gören Ülkü, *Ödeme Emri*, 94.

⁶⁸ Benzer şekilde dava dilekçesinin davalıya tebliğ ile ortaya çıkan temerrüt durumunun davanın geri alınması ile ortadan kalkmayacağı yönünde bkz. Aslan, *Geri Alma*, 407-408. Davanın açılmamış sayılması hâlinde benzer sonuç için bkz. Seda Özmmucu, “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi,” *İÜHFMLXX*, 2 (2012): 199.

⁶⁹ Baki Kuru, *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, Cilt I* (Ankara: Yetkin, 2020), 385-386; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt II* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 949; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (Ankara: Yetkin, 2021), 706; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 324; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2023), 321. Derdestlik itirazının şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı* (Ankara: Adalet, 2007), 43 vd.

bir takip başlatması hâlinde ortaya çıkar⁷⁰. Bununla birlikte icra hukukunda derdestlikle ilgili olarak, yargılamada olduğu gibi mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Derdestlik itirazı, özellikle takibin tarafları arasındaki menfaat dengesinin korunması, takip ekonomisi ile hukukî barış ve güvenliğe aykırı bir durumun ortaya çıkmaması bakımından önem arz eder⁷¹. Öğretide⁷² aynı alacağa karşı aynı sebeple yeni bir takip başlatılmasında korunmaya değer hukukî yararın bulunmadığı haklı olarak belirtilse de uygulamada derdestliğin bir itiraz mı yoksa şikâyet sebebi mi olduğu hususunda farklı kararlar yer almakta idi⁷³. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip edilen alacak için aynı zamanda kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile de takip yapılmasının mümkün olamayacağına ilişkin içtihadı birleştirme kararının gerekçe bölümünde, icra takipleri bakımından da derdestliğin kamu düzeni ile ilgili olduğu, aynı borçluya karşı aynı sebeple takip yapılmasında hukukî yarar bulunmadığı, derdestliğin icra memurunca re'sen dikkate alınması gerektiği, aksi hâlde bunun her zaman şikâyet konusu teşkil edebileceği belirtilmiştir⁷⁴. Bunun üzerine Yargıtay'ın 12'nci Hukuk Dairesi de içtihat değiştirerek derdestliğin takip şartı olarak kabul edilmesi gerektiğine ve aksi hâlde süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceğine karar vermiştir⁷⁵.

⁷⁰ Ayşe Kılınç, *İcra Takibinde Derdestlik* (Ankara: Yetkin, 2020), 27.

⁷¹ Kılınç, *Derdestlik*, 33-34.

⁷² Kılınç, *Derdestlik*, 38, 146; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 183; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 121. Benzer şekilde bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, 205.

⁷³ Derdestliğin borca itiraz niteliğinde olduğu yönünde örneğin bkz. “*Borçlunun mükerrerlik iddiası borca itiraz niteliğinde olup, takibin şekline göre bu itirazın İİK'nun 62. maddesi uyarınca icra dairesine yapılması gerekir. Başvurunun icra dairesi yerine icra mahkemesine yapılması füzuli bir talep olup sonuç doğurmaz.*”, Y. 12. HD, E. 2016/18076, K. 2017/9687, 21.06.2017, (www.karamercanhukuk.com). Ayrıca bkz. Y. 12. HD, E. 2015/30242, K. 2016/6941, 09.03.2016, (www.lexpera.com.tr). Derdestliğin şikâyet sebebi teşkil ettiği yönünde örneğin bkz. “*Alacaklının aynı ipotek senedi ve hesap kat ihtarnamelerine dayalı olarak daha önceden aynı borçlular hakkında takip yaptığı anlaşılmaktadır. HMK'nun 114. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendine göre de aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması durumu dava şartı olarak düzenlenmiştir. Mükerrer takip bulunması dava şartı (icra hukukunda takip şartı) olduğuna göre, mahkemece, borçlunun mükerrerlik itirazının bu nedenle kabulü gerekirken...*”, Y. 12. HD, E. 2015/13155, K. 2015/25994, 27.10.2015, (www.lexpera.com.tr).

⁷⁴ YİBBGK, E. 2021/2, K. 2023/1, 20.01.2023, RG, 16.07.2023, S. 32250.

⁷⁵ “*Borçlunun aynı alacağa istinaden iki ayrı takip yapılmasına dair mükerrerlik iddiası yönünden; Dairemizce, ilamsız icra takiplerinde mükerrerlik iddiası, borca itiraz*

İcra takibinde derdestliğin söz konusu olması için aranan koşullardan ilki, aynı taraflar arasında, aynı alacağa yönelik olarak başlatılmış bir takibin mevcudiyetidir⁷⁶. Diğer bir ifade ile bir alacağa ilişkin olarak mevcut bir icra takibi herhangi bir nedenle sona ermedikçe aynı alacağa ilişkin olarak aynı sebeple yeni bir takip başlatılması, derdestliğe sebebiyet verir. İlk takibin sona ermiş olması hâlinde ise yeni bir takip başlatılması, derdestlik açısından herhangi bir soruna yol açmaz. İlk takip, borcun ifa edilmesi ya da takibin iptali gibi bir nedenle sona erebilir⁷⁷. Bu çerçevede takibin hangi gerekçe ile sona erdiğinin önemi bulunmamaktadır⁷⁸. İcra takibinin alacaklı tarafından geri alınmasında da durum bu şekildedir⁷⁹. Diğer bir ifade ile alacaklının takip talebini geri alması hâlinde söz konusu takip sona ereceğinden aynı alacak için daha sonra yeni bir takip yapılması, kural olarak derdestliğe sebebiyet vermez. Yargı kararları da bu yöndedir⁸⁰. Bununla birlikte her ne kadar alacaklı takibe devam etmekten vazgeçmiş olsa da icra dairesine başvurarak takibini geri aldığını bildirmez ve Harçlar Kanunu gereğince ödemesi gereken harcı

niteliğinde görülerek, bu itirazın İİK'nın 62. maddesi gereğince icra dairesine yapılması gerektiğine dair görüş istikrarlı şekilde uygulanmış ise de, derdestliğin HMK'da dava şartı olarak düzenlenmesine ve bu hususun Yargıtay Büyük Genel Kurulunun içtihadı birleştirme kararı ile de benimsenmesine paralel olacak şekilde görüş değişikliğine gidilerek, icra takibinin ilamlı ya da ilamsız olduğuna bakılmaksızın, mükerrer takibin iptali talebinin, takip şartı olarak değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak icra mahkemesine şikayet yolu ile getirileceği, söz konusu şikayetin ise süresiz olarak ileri sürülebileceği...”, Y. 12. HD, E. 2022/9785, K. 2023/4352, 20.06.2023 (www.lexpera.com.tr).

⁷⁶ Kılınç, *Derdestlik*, 58 vd.

⁷⁷ Kılınç, *Derdestlik*, 63 vd.

⁷⁸ Kılınç, *Derdestlik*, 63.

⁷⁹ Kılınç, *Derdestlik*, 71.

⁸⁰ “Alacaklı vekilinin takipten vazgeçerek takibe konu bonoyu geri aldığına göre, o takip bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacağından aynı bonoya dayalı olarak yeniden kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlatmasına bir engel yoktur. Borçlu vekilinin bu yöne ilişkin şikayetin reddi ile sair şikayet ve itiraz nedenlerinin incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2007/5007, K. 2007/7600, 17.04.2007, (www.lexpera.com.tr). Bu yönde ayrıca bkz. Ankara BAM 19. HD, E. 2018/3154, K. 2020/703, 12.03.2020; Samsun BAM 4. HD, E. 2020/1545, K. 2020/2542, 27.10.2020, (www.lexpera.com.tr). İlk takipten vazgeçilmemiş olması nedeni ile aynı alacak için yapılan ikinci takibe yönelik olarak ileri sürülen derdestlik itirazının yerinde olduğu yönünde ayrıca bkz. Y. 12. HD, E. 2016/22996, K. 2017/13698, 06.11.2017; Y. 12. HD, E. 2004/13619, K. 2004/17917, 07.07.2004, (www.lexpera.com.tr).

ödemez ise dosya işlemde kaldırılrsa dahi takip derdest kalmaya devam eder. Zira İcra ve İflas Kanunu'nun 78'inci maddesinin dördüncü fıkrasında haciz talebinin kanunî müddet içinde yapılmaması ya da geri alınıp da yenilenmemesi hâlinde dosyanın işlemde kaldırılacağı düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 110'uncu maddesinde ise hacizli malın satışının kanunî müddet içinde istenmemesi ya da satış talebinin geri alınıp da yenilenmemesi hâlinde mal üzerindeki haczin kalkacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla takibin geri alınması gerekçesi ile süresi içinde haciz ya da satış talep edilmese dahi yalnızca takip dosyası işlemde kaldırılır. Ancak belirli bir süre içinde yenileme talebinde bulunulmaması üzerine takibin düşmesi gibi bir sonuç doğmaz⁸¹. Diğer bir ifade ile işlemde kaldırılan dosya hakkında alacaklının talebi ve yenileme harcının yatırılması üzerine her zaman takibe devam

⁸¹ Postacıoğlu ve Altay, *İcra*, 356-357; Kuru, *İcra El Kitabı*, 414; Kılınç, *Derdestlik*, 72-73; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 163; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 299; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 189; Yıldırım ve Deren Yıldırım, *İcra*, 166; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 129; Aşık, Oruç, Tok ve Saraç, *İcra*, 153. Ayrıca bkz. "...dosyanın işlemde kaldırılması halinde takip dosyası derdest kalmaya devam ettiğinden ve alacaklı tarafından ilk takipten feragat edilmeksizin aynı alacak için yeni bir takip yapılması halinde ikinci takibin mükerrer olacağı, alacaklının daha önce takip konusu edilmeyen alacakları varsa harcı yatırılarak aynı takip dosyası üzerinden tahsili gerektiğinden istemin kabulü ile ikinci takibin iptali gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.", Y. 12. HD, E. 2018/4866, K. 2018/14211, 25.12.2018, (www.lexpera.com.tr). Buna karşılık genel haciz yolu ile ilamsız takipte, ödeme emrine süresi içinde borçlunun itiraz etmesi üzerine takibin durduğu hâllerde ise takibe devam edilebilmesi, alacaklının ödeme emrine itirazın kendine tebliğinden itibaren ya altı ay içinde icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılmasını (İİK m. 68, m. 68/a) ya da bir yıl içinde genel mahkemelerde dava açarak itirazın iptalini (İİK m. 67) talep etmesi ile mümkündür. Kanun'da belirtilen süreler içinde takip dosyası derdest kalmakla birlikte, şayet bu süreler içinde herhangi bir başvuru yapılmamış ise söz konusu takip sona erer. Bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, 254; Kılınç, *Derdestlik*, 69. Bu yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2022/1654, K. 2022/9068, 20.09.2022, (www.lexpera.com.tr). İsviçre İcra ve İflâs Kanunu ile (SchKG Art. 88/2) ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde takibe devam edilmesinin istenmemesi hâlinde takibin sona ereceği kabul edilmiştir. Türk hukuku açısından benzer bir hükme ise abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takipleri düzenleyen 7155 sayılı Kanun'da yer verilmiştir. 7155 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre ödeme emrinin tebliğinden itibaren beş yıl içinde haciz talep edilmese takip düşeceğinden bu sürenin bitiminden sonra aynı alacak için yeniden takip yapılması hâlinde derdestlik söz konusu olmaz.

edilebilmesi mümkündür. Böyle bir ihtimâlde, koşulları varsa takibin iptali talep edilebilir⁸².

2. Şikâyet Bakımından

Alacaklının icra takibini geri alma beyanında bulunduğu genel haciz yoluyla takibe dair icra dairesince yapılan hukuka aykırı bir işlemin iptalinde, düzeltilmesinde veya yapılmamış bir işlemin yaptırılmasında menfaati bulunan taraf veya ilgili üçüncü kişiler şikâyet yoluna başvurabilirler. Bu durumda, takibin geri alınmasının takip hukukuna dair etkileri bakımından, şikâyet talebinin akıbetinin değerlendirilmesi gerekir.

Alacaklının icra takibini geri alması üzerine, takipten kaynaklı bir icra işlemini konu alan şikâyet talebinin incelenip incelenemeyeceği hususunda İcra ve İflâs Kanunu'nda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır. Buna göre Yargıtay'ın bazı kararlarında, takibin geri alınmasının şikâyet talebini konusuz kıldığına ve bu durumda icra mahkemesince karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğine yer verilmektedir⁸³. Yargıtay'ın bazı

⁸² “Alacaklı ... tarafından borçlu ... hakkında çeke dayalı yapılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine karşı borçlunun icra mahkemesine yaptığı başvuruda, alacaklı ile takip dışı ...'un 11.12.2013 tarihinde imzaladıkları taahhütname ile 100.700,00 TL ve feragat harcının ... tarafından ödenmesi halinde alacaklının bakiye dosya borçundan feragat edeceğinin kararlaştırılmasına ve taahhüt şartlarının yerine getirilmesine rağmen takibe devam edilmesinin yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek feragat nedeniyle takibin iptalinin istendiği, mahkemece, taahhüdün tarafları durumunda bulunmayan davacının dava açma hakkı bulunmadığını gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği görülmüştür.... Takip borçlusu ...'ın, alacaklı ile dava dışı ... arasındaki taahhütnameye dayanarak takibin feragat nedeniyle iptalini istemekte, her ne kadar taahhütte kendisi taraf olarak yer almasa bile, takibin tarafları olduğundan hukuki yararı bulunmaktadır.”, Y. 12. HD, E. 2017/3951, K. 2017/9526, 19.06.2017, (www.lexpera.com.tr).

⁸³ “...Alacaklının takipten vazgeçmesi nedeniyle şikâyet konusuz kaldığından mahkemece bu konuda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir. Bu durumda borçlunun tazminat, yargılama gideri ve vekalet ücreti talepleri konusunda mahkemece olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi isabetsiz olduğu gibi, davanın açılmasında borçlunun bir kusuru bulunmadığı halde aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesi de doğru bulunmamıştır.”, Y. 12. HD, E. 2010/7514, K. 2010/20507, 21.09.2010. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2011/27382, K. 2012/12201, 12.04.2012, (www.lexpera.com.tr). Şikâyet talebi hakkında verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulması ve istinaf incelemesi sırasında icra takibinin

kararlarında ise şikâyet talebinden açıkça vazgeçilmediği sürece, icra takibinin geri alınmasının şikâyet talebinin incelenmesine engel teşkil etmediği belirtilmektedir⁸⁴. Bölge adliye mahkemeleri kararlarında ise genel olarak takip dosyasının vazgeçme ile kapatılması hâlinde, şikâyetin konusuz kaldığı ifade edilmektedir. Takibin geri alınmasına karşın şikâyet incelemesi yapılarak şikâyet talebinin kabul edilmesi durumunda, bölge adliye

geri alınması ve haczin kaldırılması hâlinde, şikâyetin konusuz kaldığı dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğine dair bir Yargıtay kararı için bkz. “...İcra müdürlüğünün 10.3.2021 tarihli tensip tutanağı ile takip dosyasının vazgeçme/ haricen tahsil ile işlemde kaldırılmasına ve hacizlerin kaldırılmasına karar verildiği, bu kararı takiben 15.6.2021 tarihinde Tapu ve Kadastro Müdürlüğü’ne gönderilen haciz terkin yazısı üzerine M.paşa Tapu Müdürlüğü’nce şikayete konu taşınmazdaki haczin aynı tarihte kaldırıldığı görülmektedir. O halde; icra müdürlüğünün 10.3.2021 tarihli haczin kaldırılması kararı Bölge Adliye Mahkemesi karar tarihinden önce olduğundan ve müdürlüğün karar tarihi itibarıyla meskeniyet şikayetinden elde edilmek istenen gaye fiilen gerçekleşmiş olduğundan, Bölge Adliye Mahkemesi’nce, şikayete konu haczin kaldırıldığı nazara alınarak “konusuz kalan şikayet hakkında karar verilmesine yer olmadığına” hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde şikayetin kısmen kabul kısmen reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 12. HD, E. 2021/8310, K. 2022/1181, 03.02.2022, (karararama.yargitay.gov.tr).

⁸⁴ “...Alacaklı tarafından başlatılan genel haciz yolu ile ilamsız takipte borçlu tarafından icra mahkemesine yapılan başvuruda ödeme emri tebliğinin usulsüz olduğuna dair şikâyet ile birlikte diğer itiraz ve şikayetler ileri sürülmüş, mahkemece alacaklının borçlu hakkındaki takipten vazgeçtiği gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Her dava ve şikâyet, davanın açıldığı (şikâyetin yapıldığı) andaki şartlara göre değerlendirilir (Hukuk Genel Kurulu’nun 2011/12-177 Esas, 2011/300 Karar sayılı 11.05.2011 tarihli kararı). Somut olayda borçlunun icra mahkemesine başvurusu 23.01.2013 tarihli olup, alacaklının takipten vazgeçme iradesi şikâyet tarihinden sonra 06.03.2013 günüdür. Kaldı ki, söz konusu talep “vazgeçme” olup, haktan feragat anlamına gelmemektedir. O halde mahkemece, işin esası incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, alacaklının takipten vazgeçtiği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2014/25840, K. 2015/736, 15.01.2015, (karararama.yargitay.gov.tr). “...Mahkemece dosyanın takipten feragat edildiğinden bahisle davanın konusuz kaldığı gerekçesi ile reddine şeklinde hüküm kurulmuştur. İcra takibinden feragat edilmiş olması asıl alacak hakkından feragatı kapsamayacağından asıl alacak hakkında feragat edilmiş olmadıkça borçlunun borca ilişkin itirazlarının incelenmesine engel teşkil etmez. Takipten feragat, borçlu açıkça şikayetinde vazgeçmediği sürece şikâyetin esasının incelenmesine engel teşkil etmez. O halde, mahkemece, açıklanan nedenlerle borçlunun şikâyetinin esası incelenip, oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”. Y. 12. HD, E. 2010/15898, K. 2010/27896, 29.11.2010, (www.legalbank.net).

mahkemesince ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir⁸⁵.

İcra takibinin geri alınmasının icra takibine olan temel etkisinden hareketle yorum yapılması mümkündür. İcra takibinin geri alınması hâlinde alacaklı, kendi iradesiyle takibi sona erdirir⁸⁶. Bu doğrultuda, takip talebinin geri alınması üzerine, takip talebiyle birlikte doğan sonuçlar ortadan kalkar ve icra takibi yapılmamış gibi kabul edilir⁸⁷. O hâlde, şikâyet incelemesi sırasında alacaklı icra takibini geri aldığı takdirde, şikâyet talebi konusuz kalır ve icra mahkemesince şikâyet talebine dair esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir⁸⁸. İcra takibi yapılmamış gibi kabul edildiğinden, icra dairesince yapılan bir işlemin iptal edilmesi veya düzeltilmesi ya da yapılmamış bir işlemin yapılması bakımından şikâyet talebinde bulunanın hukukî yararı da yoktur⁸⁹. İcra takibinin geri alınmasına karşın, icra mahkemesi şikâyet talebi hakkında esastan karar verse dahi

⁸⁵ “...Somut olayda, alacaklı tarafından 28/05/2019 tarihli dilekçe ile takipten feragat beyan edildiği, aynı gün harcın yatırıldığı, tapu müdürlüğüne haczin kalktığına ilişkin yazıların yazıldığı, 28/05/2019 tarihinde dosyanın infazen kapatıldığı dolayısıyla haczedilmezlik şikâyetinin konusuz kaldığı anlaşıldığından konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir”, Adana BAM 13. HD, E. 2019/359, K. 2020/160, 17.01.2020. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 18. HD, E. 2018/3708, K. 2019/205, 12.02.2019, (www.lexpera.com.tr).

⁸⁶ Kuru, *İcra El Kitabı*, 208; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 101; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 183; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 122.

⁸⁷ Kuru, *İcra El Kitabı*, 208, dn. 71; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 101; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 122. Yargı kararlarında da takibin geri alınması üzerine, takibin bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Bkz. “...Alacaklı vekilinin takipten vazgeçerek takibe konu bonoyu geri aldığına göre, o takip bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacağından aynı bonoya dayalı olarak yeniden kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlatmasına bir engel yoktur. Borçlu vekilinin bu yöne ilişkin şikâyetinin reddi ile sair şikâyet ve itiraz nedenlerinin incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2007/5007, K. 2007/7600, 17.04.2007. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 19. HD, E. 2018/3154, K. 2020/703, 12.03.2020, (www.lexpera.com.tr).

⁸⁸ Şikâyet incelemesi sırasında takibin herhangi bir nedenle iptal edilmesi hâlinde, şikâyet talebinin konusuz kalacağı ve şikâyet talebinin esastan incelenemeyeceği yönünde bkz. Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet* (İstanbul: Vedat, 2017), 386.

⁸⁹ Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 234.

derdest olmayan bir takip yönünden bu kararın icra edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla takibin geri alınması hâlinde, şikâyet talebinden açıkça vazgeçilmediği sürece şikâyetin esastan incelenmesi gerektiğini belirtilen yargı kararları, bu yönüyle isabetli değildir. Ancak şikâyetin konusuz kaldığı bu durumda, şikâyet tarihi itibarıyla tarafların haklılık durumları tespit edilerek yargılama giderlerine karar verilmelidir⁹⁰.

İcra takibinin geri alınması beyanında bulunulmasına rağmen tahsil harcının yatırılmadığı ihtimâlini de şikâyet talebi bakımından değerlendirmek gerekir. Belirtildiği üzere, icra dairesince müteakip işlemlerin yapılması için Harçlar Kanunu'nun 23'üncü maddesi gereğince kural olarak tahsil harcının yatırılması aranmaktadır. Bu nedenle, alacaklı takibi geri almasına dair beyanda bulunmasına karşın tahsil harcını yatırmamışsa, icra dairesince dosya kaydı kapatılarak işlem den kaldırılmaz ve takip derdest kalmaya devam eder. Bu durumda, şikâyet konusuz kalmadığı gibi derdest bir takibe dair yapılan icra dairesi işlemlerinin iptal edilmesinde veya düzeltilmesinde tarafın veya ilgili üçüncü kişilerin hukukî yararı da olduğu için şikâyet talebi incelenmelidir⁹¹.

⁹⁰ Şikâyet talebinin konusuz kalması hâlinde, icra mahkemesince yargılama giderlerine hükmedilmesi gerektiği yargı kararlarında da ifade edilmektedir. Bkz. "...Şikâyet başvurusundan sonra ortaya çıkan bir olay nedeniyle artık şikâyet konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada şikâyetin konusuz kalmasından söz edilebilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda mahkemenin yargılamaya devam etmesine gerek yoktur. Şikâyetin konusuz kalması halinde, artık şikâyet (esas talep) hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine gerek kalmaz. Bu halde, mahkeme, şikâyet (esas) hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Çünkü, bu tür kararlar da, hükümler gibi (eda, tespit, inşai) diğer nihai kararlardandır...Davanın konusuz kalması halinde, mahkemenin yargılamaya devam ederek, dava açıldığı zaman hangi tarafın haksız olduğunu tespit edip, o tarafı yargılama giderlerine mahkûm etmesi gerekir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 21.12.2005 gün ve 2005/6-762-755 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.) icra hukukuna özgü şikâyet başvurularında da durum aynıdır.", YHGK, E. 2010/106, K. 2010/107, 24.02.2010. Aynı yönde bkz. Adana BAM 13. HD, E. 2021/1025, K. 2022/2465, 10.10.2022, (www.lexpera.com.tr). Şikâyette taraf aleyhine yargılama giderine hükmedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal edebileceği yönünde bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 53.

⁹¹ Takibin geri alınması talebinin yanında gerekli olan harcın yatırılmaması hâlinde, takibin derdest olduğu yönünde bkz. "...Şikâyete konu takip dosyasında davalı tarafça feragat harcı yatırılmadığı sürece takip derdest kalmaya devam edecektir. Derdest bir icra takibinde ise, alacaklının talebi üzerine icra işlemlerine devam

3. İtirazın Kaldırılması ve İtirazın İptali Davası Bakımından

a. İtirazın Kaldırılması Bakımından

Genel haciz yolu ile takiplerde ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmesi hâlinde alacaklının takibe devam edebilmesi için başvurabileceği yollardan ilki, itirazın kaldırılmasıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun itirazlarının içeriğine göre iki çeşit itirazın kaldırılması yolu öngörülmüştür. Borçlunun takip dayanağı olan senet altındaki imzaya itiraz etmesi hâlinde itirazın geçici kaldırılması (İİK m. 68/a); bunun dışındaki itiraz sebeplerinin varlığı hâlinde ise itirazın kesin kaldırılması (İİK m. 68) icra mahkemesinden talep edilebilir. Kanun'da (İİK m. 68, 68/b) öngörülen belgelerden birinin mevcudiyeti hâlinde itirazın kesin kaldırılması istenebilir.

İtirazın kaldırılması, öğretide hukukî açıdan bir dava olarak nitelendirilmemekte; takibin devamını sağlamaya yönelik, takip hukukuna özgü bir yol olduğu ve sonuçlarını takip hukuku üzerinde doğurduğu kabul edilmektedir⁹². İtirazın kaldırılması yolunda icra mahkemesince verilen karar,

edilmesi mümkün olduğundan, davacının bu takibin iptalini istemekte hukuki yararı bulunmaktadır. Davalı vekilinin 09/12/2020 tarihli dilekçesi üzerine takibin işlemde kaldırılması konusunda herhangi bir işlem yapılmadığından ve takip dosyası derdest olduğundan, şikâyetin konusuz kaldığından söz edilemez. Bu nedenle, mahkemece takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi yerinde görülmemiştir.", İzmir BAM 8. HD, E. 2021/1402, K. 2022/42, 07.01.2022, (www.lexpera.com.tr).

⁹² Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 122. Benzer şekilde bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, 276; Ejder Yılmaz, "Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı," içinde *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, ed. Sevilay Uzunallı (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2015), 531; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 231; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 164; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 90; Zeliha Büşra Tanır, *Genel Haciz Yoluyla Takipte İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması* (Ankara: Adalet, 2022), 88. Ayrıca bkz. "İtirazın kaldırılması teknik anlamda bir dava olmayıp, borçlunun itirazı ile İİK'nın 66. maddesine göre duran ilamsız icra takibine yine ilamsız icra prosedürü içinde devam edilmesini sağlayan bir yoldur. Bu nedenle icra mahkemesinin incelemesi, itirazın iptali davasına oranla daha basit ve sınırlıdır. Alacaklı, alacağını yalnız İİK'nın 68. maddesinin 1. fıkrasında sayılan belgelerden biri ile ispat edebilir.", YHGK, E. 2017/724, K. 2019/529, 07.05.2019, (www.lexpera.com.tr). Buna karşın öğretide bir görüş, itirazın kaldırılması yargılamasında alacağın esas bakımından bir incelemenin söz konusu olmadığını, bu nedenle yapılan yargılama sonucunda alacağın mevcudiyeti bakımından maddî anlamda kesin hükümden bahsedilemeyeceğini, ancak bu sonucun itirazın kaldırılmasının dava olarak değerlendirilmesine engel olmaması

maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez⁹³. Bununla birlikte, bu karar icra hukuku açısından takibin devamına imkân tanır.

Alacaklının itiraza uğrayan takibin devamını sağlamak için icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurusunun ardından icra takibinden herhangi bir sebeple vazgeçmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda icra mahkemesince nasıl bir karar verilmesi gerektiği değerlendirilmelidir. Zira itirazın kaldırılması yoluna başvurunun öncelikli şartlarından biri geçerli bir icra takibinin varlığıdır⁹⁴. Yukarıda belirtildiği üzere, itirazın kaldırılması, borçlunun itirazı üzerine duran genel haciz yoluyla takibe devam edilebilmesi için getirilmiş ve takiple sıkı ilişkili olan bir başvuru yoludur. Bu yargılama sonucunda verilecek karar, derdest takip bakımından sonuç doğurur⁹⁵. Yargılama sonucunda verilen karar alacak hakkının mevcudiyeti bakımından maddî anlamda kesin hüküm vasfını haiz de olmadığından, yargılamaya devam edilmesinde borçlu bakımından hukukî yarar bulunmamaktadır. Buradan hareketle, icra takibinin geri alınması hâlinde itirazın kaldırılması başvurusunun konusuz kaldığı kabul edilmelidir.

Yargılamanın konusuz kalması hâlinde mahkemece esas hakkında herhangi bir inceleme yapılmaksızın yargılamanın konusunun ortadan kalktığı

gerektiğini belirtmektedir. Anılan görüşe göre itirazın kaldırılması, borçlunun itirazına rağmen takibe devam edilebilmesi için kanunen aranan belgelerin alacaklının elinde bulunup bulunmadığını ya da takibi engellemeye yetecek bir belgenin borçlunun elinde bulunup bulunmadığını tespiti yönelik bir davadır. Bkz. Bilge Umar, “Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Baskı),” içinde 75. *Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, ed. Hakan Pekcanitez (Ankara: TBB, 2004), 702-703. Bu hususa ilişkin olarak başka bir görüşe göre de borçlunun itirazı üzerine takip konusu alacağın çekişmeli hâle gelmesi, yargılamanın iki tarafının bulunması, itirazın kaldırılması yargılamasına ancak alacaklının talebi üzerine başlanabilmesi, yargılamanın konusunu takibe konu olacak hakkının oluşturması, yargılama sonunda verilen kararın aynı alacak için yapılacak sonraki takipler bakımından alacağın varlığı veya yokluğu hususunda kesin hüküm etkisini haiz olması gibi gerekçeler ile itirazın kaldırılması icra hukukuna ilişkin bir tespit davasıdır. Bkz. Taylan Özgür Kiraz, *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması* (Ankara: Adalet, 2013), 40 vd.

⁹³ Kuru, *İcra El Kitabı*, 308, 311; Postacıoğlu ve Altay, *İcra*, 273; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 123, 131; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 254; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 166; Yıldırım ve Deren Yıldırım, *İcra*, 118; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, *İcra*, 127.

⁹⁴ Kiraz, *İtirazın Kaldırılması*, 45.

⁹⁵ Yıldırım ve Deren Yıldırım, *İcra*, 108.

tespit edilir⁹⁶ ve esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilir⁹⁷. İcra takibinin geri alınması nedeni ile itirazın kaldırılması yargılamasının konusuz kalması üzerine de mahkemece esas hakkında herhangi bir inceleme yapılmaksızın yalnızca esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmekle yetinilmelidir. Yargılamanın konusuz kalması üzerine verilen karar esasa ilişkin bir ret kararı olmadığından, bu durumda, itirazın kesin kaldırılması talebinin esasa ilişkin sebeplerle reddi hâlinde ve talep edilmesi üzerine takip konusu alacağın yüzde yirmisinden az olmamak şartı ile borçlu lehine kabul edilen tazminata hükmedilemez⁹⁸. Buna karşın, itirazın geçici kaldırılmasında Kanun'da ret kararının esasa ilişkin olup olmamasına göre bir ayrıma yer verilmemiştir (İİK m. 68/a/8). Bununla birlikte, söz konusu tazminatın haksız olarak takip yapan alacaklıya yönelik bir yaptırım olduğu

⁹⁶ Nilüfer Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar* (Ankara: Adalet, 2014), 146-147; Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 2042; Tanrıver, *Usûl*, 1180; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usûl*, 507; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 553; Kudret Aslan, "Davadan Feragat, Ölen Eşin Mirasçılarının TMK m. 181/2 Hükümüne Göre Davayı Devam Ettirmesine Engel Olabilir Mi?," *MİHDER* 18, 51 (2022): 36-37. Öğretide bir görüşe göre davanın konusuz kalması hâlinde, mahkemenin karar verilmesine yer olmadığı kararı verebilmesi ancak, tarafların ileri sürdüğü ve davanın konusuz kalmasının gerekçesini oluşturan vakıanın ispatlanmış olması şartına bağlıdır. Bkz. Aslan, "Davadan Feragat," 38.

⁹⁷ "...*Dava açıldıktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması, eş söyleyişle davanın esası hakkında karar verilmesinde hukukî yararın kalmaması hâlinde bu olayın hükümde göz önüne alınması ve böyle bir durumda mahkemenin, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermesi gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır. Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olgu nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir.*", YHGK, E. 2019/534, K. 2022/1273, 11.10.2022, (www.lexpera.com.tr).

⁹⁸ Bununla birlikte, özellikle kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun icra mahkemesinde itiraz yoluna başvurması ve bunun ardından alacaklının takibi geri alması durumunda Yargıtay'ın yine de tazminat bakımından yargılamaya devam edilmesi gerektiği yönünde kararları mevcuttur. Söz konusu kararlarda Yargıtay, itiraz üzerine haklı olmadığını anlayan alacaklının aleyhine tazminata hükmedilmesini engellemek amacı ile böyle bir yolu deneyebileceğini, bunun ise kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Y. 12. HD, E. 2013/13319, K. 2013/22388, 13.06.2013; Y. 12. HD, E. 2015/23889, K. 2016/232, 11.01.2016; Y. 12. HD, E. 2015/25008, K. 2016/1547, 20.01.2016, (www.lexpera.com.tr).

kabul edilmektedir⁹⁹. Buradan hareketle her ne kadar takibin geri alınması nedeni ile başvurunun reddine yönelik bir karar verilmeyecek olsa da Kanun'un haksız takibe yönelik bir yaptırım olarak öngördüğü bu tazminat hakkında, tarafların başlangıçtaki haklılık durumları dikkate alınarak bir karar verilmesi yerinde olur.

b. İtirazın İptali Davası Bakımından

i. İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği

Borçlunun ödeme emrine itirazı ile duran icra takibine devam edilebilmesi için alacaklının başvurabileceği diğer yol, itirazın iptali davasıdır. Alacaklı itirazın kaldırılması yoluna başvuru için kanunen aranan belgelerden birine sahip olsun ya da olmasın borçlunun itirazını geçersiz kılmak için ödeme emrine itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde genel mahkemelere başvurarak alacağın varlığını ispat ve itirazın iptalini talep edebilir (İİK m. 67).

İcra takibinin geri alınması, itirazın iptali davası bakımından da uygulamada bazı sorunlara yol açmaktadır. Bu kapsamda, takip talebinin geri alınması üzerine derdest itirazın iptali davasında ne şekilde karar verileceği, bu durumda davanın konusuz mu kaldığı yoksa alacağın ifasına ilişkin olarak yargılamaya devam mı edilmesi gerektiği sorularının cevaplandırılması gerekir. Bu hususta Yargıtay'ın yerleşmiş bir içtihadından bahsedebilmek mümkün değildir¹⁰⁰. Esasen söz konusu sorunların kaynağı, bu davanın

⁹⁹ Kuru, *İcra El Kitabı*, 324.

¹⁰⁰ Örneğin, itirazın iptaline karar verilmesinin ardından takipten vazgeçilmesi hâlinde mahkemenin yeni oluşan durumu da dikkate alarak bir karar vermesi gerektiği hususunda bkz. “Mahkemeye; davalı şirketin işyerinde, diğer davalı B.'in katılımıyla sayaçla oynanmak suretiyle kaçak doğalgaz kullanıldığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüyle 53.040,46 TL asıl alacak, 96.312,64 TL işlemiş faiz ve takip tarihinden itibaren yıllık %9'u geçmemek kaydıyla yasal faiz işletilmek suretiyle icra takibinin devamına, fazlaya ilişkin istemin reddine, %40 icra inkar tazminatı olarak 59.741,00 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmiş, hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacı tarafından, davalılar aleyhine Ankara 14.İcra Müdürlüğü'nün 2008/2961 Sayılı dosyası ile takip başlatıldığı, davalılarca itiraz edilmesi üzerine açılan itirazın iptali davasının kısmen kabulüne karar verilmekle birlikte, davacı (alacaklı) vekili tarafından 05/09/2017 tarihinde icra takip dosyasına “kurumun dosya borcundan feragat ederek uypap üzerinden kaldırılmasını talep ederiz” şeklinde beyanda bulunulduğu anlaşılmıştır. Buna göre mahkemeye; itirazın iptali davasının konusunu oluşturan icra takibinden feragat edildiği dikkate alınarak,

hukukî niteliği ile ilgilidir. İtirazın iptali davasının hukukî niteliği hakkında ise öğretide görüş birliği bulunmamakta; bu davanın bir tespit davası¹⁰¹, alacağın tahsili talebini de içeren bir eda davası¹⁰² ve icra hukukuna özgü bir dava¹⁰³ olduğu yönünde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliği açısından yargı kararları arasında da uygulama birliği yoktur. Eski tarihli bazı kararlarında itirazın iptali davasını tespit davası¹⁰⁴ olarak nitelendiren Yargıtay, sonraki tarihli kimi

yeni oluşan duruma göre hüküm tesis edilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.”, Y. 3. HD, E. 2022/1501, K. 2022/2621, 23.03.2022, (www.kazanci.com).

¹⁰¹ Tahir Çağa, “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair,” *BATİDER* VIII, 3 (1976): 24 vd.; Tahir Çağa, “Yine Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair,” *BATİDER* X, 2 (1979): 369 vd.; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, *İcra*, 114.

¹⁰² İlhan E. Postacıoğlu, “İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar,” *BATİDER* IX, 4 (1978): 966 vd.; İlhan E. Postacıoğlu, “Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zarurî Açıklamalar,” *BATİDER* X, 4 (1980): 977 vd.; Ejder Yılmaz, “İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği,” içinde *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*, ed. Hakan Pekcanitez, Süha Tanrıver, Muhammet Özeker ve Murat Atalı (Ankara: Adalet, 2009), 608 vd.; Kuru, *İcra El Kitabı*, 248 vd., 272 vd.; Yılmaz, “Tahkim,” 538-539; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 215 vd.; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt I* (Ankara: Adalet, 2013), 391.

¹⁰³ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özeker, *İcra*, 114 vd.; Atalay, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 149-150; Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler,” *TBBD* 32, 147 (2020): 123; Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk* (Ankara: Adalet, 2020), 141; İbrahim Ermenek ve Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m 5/A),” *TBBD* 33, 148 (2020): 160; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özeker, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 196; Alper Tunga Küçük, “İtirazın İptali Davasında İslaha İlişkin Sorunlar,” içinde *Prof. Dr. Necmettin Berkin’e Armağan*, ed. Başak Baysal (İstanbul: Filiz, 2021), 699-701; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (Ankara: Yetkin, 2020), 139. Alacaklının itirazın iptali davası ile ödeme emrine konu kılınan alacağın tespitini talep ettiği, ancak neticede söz konusu alacağın tahsilini amaçladığı; bu nedenle davanın *icra hukukuna özgü bir tahsil davası* olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Adnan Deynekli ve Sedat Kısa, *İtirazın İptali Davaları* (Ankara: Turhan, 2013), 82-83; Murat Erdem, “İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası” (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 18. Bu yönde ayrıca bkz. Murat Atalı ve M. Serra Korkut, “İtirazın İptali ve Takipli İflasta İflas Davasının İslah Yoluyla Doğrudan İflasa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?,” *MİHDER* 15, 43 (2019): 432.

¹⁰⁴ Örneğin bkz. Y. 11. HD, E. 1972/1174, K. 1972/1203, 14.03.1972, (www.e-uyar.com).

kararında bu davanın bir alacak davası olduğunu kabul etmekte¹⁰⁵ iken bazı kararlarında ise icra hukukuna özgü bir dava¹⁰⁶ olduğunu belirtmiştir.

İtirazın iptali davasının niteliğine ilişkin olarak dile getirilen bu görüşlerden herhangi birinin kabulü hâlinde, takibin geri alınması üzerine meydana gelecek sonuçlar değişebilir. Bu doğrultuda, itirazın iptali davasının tahsil talebini içermediğine ve eda davası olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin görüşte, itirazın iptali davasının açılabilmesi için geçerli bir takibin ve bu takibe yönelmiş itirazın varlığının şart olduğu ve şayet takip herhangi bir nedenle ortadan kalkarsa itirazın iptali davasına ancak ıslah yolu ile talep sonucunun değiştirilerek alacağın tahsilinin talep edilmesi üzerine devam edilebileceği, aksi hâlde davanın reddinin gerektiği dile getirilmiştir¹⁰⁷.

Kanaatimizce, İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinin birinci fıkrası lafzı itibarıyla yorumlandığında, bir yıllık süre içinde alacağın tahsilinin talep edilmesine engel bir hüküm olarak değerlendirilemez. Aksine bu hüküm, davanın ancak bir yıllık süre içinde açılması hâlinde icra takibine ilişkin sonuç doğuracağını; bundan sonra ise maddî hukuktaki hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri dikkate alınarak her zaman alacağın dava konusu edilebilmesinin mümkün olduğunu düzenleme altına almaktadır¹⁰⁸. Ayrıca 7445 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddelerinde yapılan değişiklikle itirazın iptali davası açılmasından önce arabulucuya başvurulması dava şartı hâline getirilmiştir¹⁰⁹. Anılan düzenlemeler dikkate alındığında, itirazın iptali davalarında mahkemece alacağın tahsiline ilişkin bir karar verilebileceğinin kanun koyucu tarafından dolaylı şekilde de olsa kabul edildiği sonucu çıkarılabilir¹¹⁰. Yargıtay tarafından yakın tarihte verilen bir içtihadı birleştirme kararında da itirazın iptali davasında verilen kararın alacağın varlığı ve ödenmesi hususunda kesin hüküm niteliğini haiz olduğu kabul edilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁵ Örneğin bkz. Y. 3. HD, E. 2022/1501, K. 2022/2621, 23.03.2022; Y. 3. HD, E. 2017/4781, K. 2019/2736, 28.03.2019, (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁶ Örneğin bkz. Y. 10. HD, E. 2016/2717, K. 2018/11306, 27.12.2018; Y. 3. HD, E. 2011/22412, K. 2012/6136, 08.03.2012, (www.lexpera.com.tr).

¹⁰⁷ Çağa, "İtirazın İptali," 27-28.

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Nurbanu Erzurumlu Işık, "Yargı Kararları Çerçevesinde İtirazın İptali Davasının Kısmî Dava Olarak Açılması," *III. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi Konya*, (1-3 Haziran 2023): 524.

¹⁰⁹ RG, 05.04.2023, S. 32154.

¹¹⁰ Yıldırım ve Deren Yıldırım, *İcra*, 129; Erzurumlu Işık, "İtirazın İptali," 525-526.

¹¹¹ "İtirazın iptali davası da, alacak davası gibi genel hükümlere göre genel mahkemelerde görülen bir dava olup yargılama usulü bakımından aralarında bir fark

Mehaz İsviçre hukukunda da takibin itiraza uğraması üzerine alacaklının genel hükümlere göre açacağı bir dava ile itirazı hükümden düşürerek takibe devam edebilmesine imkân sağlayan bir düzenleme mevcuttur. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 79'uncu maddesi (SchKG Art. 79) ile getirilen bu düzenleme, davanın açılabilmesi için herhangi bir sürenin öngörülmemesi ve dava neticesinde haklı çıkan taraf lehine öngörülecek tazminata ilişkin bir hüküm içermemesi nedeni ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinden farklıdır. Ancak bu davada da takibe konu kılınan alacağın mevcudiyeti ve miktarı ispatlanarak itirazın iptal edilmesinin talep edildiği ifade edilmektedir¹¹². Gerek öğretide¹¹³ gerekse yargı kararlarında¹¹⁴ itirazın iptali davası, eda davası olarak kabul edilmekte olup; söz konusu davada yalnızca takibe vaki itirazın iptalinin değil aynı zamanda alacağın tespitinin ve tahsilinin de talep edildiği ve mahkemenin bu iki hususta karar vermesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁵.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinde de benzer şekilde kanun koyucu, itirazın iptali davası bakımından alacağın varlığının ispatını zorunlu kılmıştır. Söz konusu ispat, alacak davası bakımından evleviyetle aranmaktadır. Bununla birlikte, itirazın iptali davası, itirazın iptali ve tazminat taleplerini içermesi nedeni ile alacak davasına kıyasla daha geniş bir talep sonucunu içermektedir. Buradan hareketle, kanaatimizce Türk hukuku bakımından da İsviçre hukukuna benzer bir çözüm tarzının benimsenmesi, uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilebilmesi bakımından yararlı olabilir. Gerek 7445 sayılı Kanun değişikliği ile öngörülen düzenlemeler gerekse de bahsi geçen içtihadı birleştirme kararı dikkate alındığında bu görüş savunulabilir. Bu doğrultuda itirazın iptali davasıyla alacağın varlığının tespiti ve tahsili ile haksız itirazın iptalinin yanında açıkça ileri sürülmüşse, inkâr

yoktur. Her iki dava sonucunda verilen hüküm alacağın varlığı ve ödenmesi yönünde kesin hüküm niteliğindedir. Borçlu, itirazın iptali veya alacak davasından sonra, ödeme savunmasına dayanarak menfi tespit davası açamaz.”, YİBBGK, E. 2021/1, K. 2022/3, 03.06.2022, RG, 26.11.2022, S. 32025.

¹¹² Dominik Vock ve Martina Aepli, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (Zürich: Schulthess, 2017), Art. 79, para. 2.

¹¹³ Vock ve Aepli, *SchKG*, Art. 79, para. 2.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. BGE 119 III 63 E. 4b, (www.swisslex.ch).

¹¹⁵ Daniel Staehelin, Thomas Bauer ve Franco Lorandi, *BSK SchKG I* (Basel: Schulthess, 2021), Art. 79, para. 11; Vock ve Aepli, *SchKG*, Art. 79, para. 2.

tazminatının talep edilebileceği, her bir talep bakımından mahkemece ayrı ayrı karar verilmesi gerektiği belirtilebilir¹¹⁶.

ii. Takibin Geri Alınmasının İtirazın İptali Davasına Etkisi

İtirazın iptali davasının incelenebilmesi için geçerli bir takip ile bu takip neticesinde gönderilen ödeme emrine itirazın varlığı gereklidir¹¹⁷. Dolayısı ile takibin geri alınması hâlinde, geçerli bir takipten söz edilemeyeceği için itirazın iptali davası açılabilmesi mümkün değildir. Böyle bir davanın açılmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. Bununla birlikte, itirazın iptali davasının açılmasının ardından takibin geri alınmasının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. İcra mahkemesince icra takibinin iptal edilmiş olması hâlinde, itirazın iptali davası açılmayacağı; ancak derdest bir dava sırasında takibin iptali üzerine mahkemenin itirazın iptali davasını reddetmemesi gerektiği, ıslaha gerek olmadan davaya alacak davası olarak devam edilebileceği öğretide ifade edilmiştir¹¹⁸. Takibin icra mahkemesince iptalinde olduğu gibi icra takibinin geri alınması hâlinde de geçerli bir icra takibinin varlığından söz edilemeyeceğinden¹¹⁹ benzer bir sonuca varılabilir.

¹¹⁶ Aynı yönde bkz. Erzurumlu Işık, “İtirazın İptali,” 527. İtirazın iptali davası neticesinde mahkemece verilen hüküm alacağın tahsilini de içermesi nedeni ile ilamlı icraya elverişli bir ilam niteliğini kazanır. Bununla birlikte, itiraza uğrayan ve itirazın iptali davası ile söz konusu itirazların bertaraf edilerek devam edilmesi amaçlanan ilamsız icra takibi, itirazın iptali davasının kabul edilmesi ile kesinleşeceğinden bu takibe devam edilmesi, ilama dayanılarak yeni bir takip yapılmasına kıyasla daha pratiktir ve takip ekonomisine de daha uygundur. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun ilamların genel haciz yolu ile takibe konu edilemeyeceği yönündeki içtihadı birleştirme kararının (bkz. YİBBGK, E. 2014/1, K.2017/2, 17.03.2017, RG, 21.07.2017, S. 30130) bu durumda uygulanamayacağı, zira genel haciz yolu ile takibe başlanıldığı aşamada değil takibin devamı aşamasında mahkemece alacağın tahsiline ilişkin bir karar verildiği ve bu durumda genel haciz yolu ile takibe devam edilmesinin takip ekonomisi bakımından daha uygun olduğu ifade edilmelidir.

¹¹⁷ Kuru, *İcra El Kitabı*, 274; Muşul, *İcra*, 394; Küçük, “İtirazın İptali,” 700.

¹¹⁸ Kuru, *İcra El Kitabı*, 274.

¹¹⁹ “...Tüm dosya kapsamına göre; itirazın iptali davasının görülebilmesi için icra takibinin dava şartı olduğu, dava açıldıktan sonra icra takip dosyasından feragat edildiği, feragat dilekçesinde davacı alacaklının "her ne kadar icra takibi başlatmış isem de borçludan herhangi bir alacağım bulunmadığından takipten feragat ediyorum" şeklindeki beyanı ile alacak hakkı olmadığını ikrar ettiği, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davacı üzerinde bırakılmasında usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar

Diğer bir ifade ile itirazın iptali davası birden fazla talebi içeren bir dava olarak nitelendirildiğinde, takibin geri alınması hâlinde, artık itirazın haksızlığı nedeni ile iptal edilmesine ilişkin talep konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığı kararı verilebilir. Buna karşılık alacağın varlığını tespit ve ifası bakımından yargılamaya devam olunabilir. Zira aynı davalıya karşı birden fazla aslî talebin birlikte ileri sürüldüğü yargılamalarda her bir talep bakımından ayrıca inceleme yapılarak diğer talepten bağımsız şekilde karar verilmesi esastır¹²⁰. İsviçre hukukunda da takibin geri alınması nedeni ile geçerli bir takipten söz edilemeyeceği ve bu nedenle takibin iptaline ilişkin talep bakımından yargılamaya devam edilemeyeceği, buna karşılık alacağın tahsili bakımından yargılamaya devam edilerek karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²¹.

İcra takibinin, takip konusu alacağın haricen ödenmesi nedeni ile geri alınması hâlinde, davaya alacağın ifası amacı ile dahi devam edilememesi gerektiği, böyle bir durumda sona eren alacak hakkının dava konusu kılındığı, bu davaya devam edilmesi hâlinde alacaklının kötüniyetle hareket ettiği düşünülebilir. Ancak davanın açıldığı esnada, davacının dava açmakta hukukî yararı bulunmaktadır. Bununla birlikte, sonradan ortaya çıkan bir sebeple borcun sona ermiş olması hâlinde, savunmanın genişletilmesi yasağına (HMK m. 141; m. 319) tâbi olunmaksızın bunun ileri sürülebilmesi mümkündür. Dolayısı ile takibin, davanın açılmasından sonraki tarihte yapılan ödeme nedeni ile sona erdiği hâllerde, usûl hukuku kuralları çerçevesinde, davalıya bunu ispatlayarak uyuşmazlığın esası hakkında aleyhe karar verilebilmesini engelleme hakkı tanınmaktadır. Ancak, bu hâlde davanın konusuz kalması söz konusu olduğundan, yargılama giderlerine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331'inci maddesi gereğince, davanın açıldığı tarihteki haklılık oranları dikkate alınarak karar verilir¹²².

verilmiştir.”, Y. 11. HD, E. 2021/5338, K. 2022/9210, 20.12.2022, (www.lexpera.com.tr).

¹²⁰ Uğur Bulut, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)* (Ankara: Adalet, 2017), 383-384.

¹²¹ Vock ve Aepli, *SchKG*, Art. 79, para. 3.

¹²² Yargıtay'ın itirazın iptali davasının açılmasından sonra takipten vazgeçilmesi hâlinde, yargılama giderlerine alacaklının katlanması gerektiği yönündeki kararı için bkz. “...Tüm dosya kapsamına göre; itirazın iptali davasının görülebilmesi için icra takibinin dava şartı olduğu, dava açıldıktan sonra icra takip dosyasından feragat edildiği, feragat dilekçesinde davacı alacaklının "her ne kadar icra takibi başlatmış isem de borçludan herhangi bir alacağım bulunmadığından takipten feragat

İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, itirazın haksızlığına karar verilirse borçlunun; takibinde haksız ve kötüniyetli görülürse alacaklının, diğer tarafın talebi üzerine ret ya da hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkûm edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu tazminat itirazın iptali talebinin fer'isi niteliğini haizdir. Diğer bir ifade ile tazminata hükmedilebilmesinin öncelikli koşulu, Kanun'da öngörülen bir yıllık süre içinde itirazın iptali davasının açılmış ve söz konusu tazminatın talep edilmiş olmasıdır¹²³. İtirazın iptali davasının açılmasının ardından alacaklının takibi geri alması hâlinde, talep edilen tazminatlar hakkında mahkemece ne yönde karar verilmesi gerektiği de ayrıca değerlendirilmelidir.

İnkâr tazminatının, alacaklının takip hukukundan kaynaklanan haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesi nedeni ile öngörülen bir yaptırım olduğu kabul edilmektedir¹²⁴. İnkâr tazminatının getiriliş amacı, borçlunun borçlu olduğu hâlde borcu inkâr etmesini önlemektir¹²⁵. Kanun'un açık hükmü gereğince inkâr tazminatına hükmedilirken borçlunun itirazında haksız bulunup bulunmadığı tespit edilir. Buradan hareketle kanaatimizce takibin geri alınmasında -her ne kadar artık geçerli bir takibin bulunmadığı¹²⁶ ve bu

ediyorum" şeklindeki beyanı ile alacak hakkı olmadığını ikrar ettiği, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davacı üzerinde bırakılmasında usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.", Y. 11. HD, E. 2021/5338, K. 2022/9210, 20.12.2022, (www.lexpera.com.tr).

¹²³ İnkâr tazminatı yönünden bkz. Postacıoğlu, "İcrada İnkâr Tazminatı," 962; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 119; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra*, 88-89.

¹²⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 154.

¹²⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 119. Ayrıca bkz. "İİK. nun 67. maddesinin 2.fıkrasındaki icra inkar tazminatının kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun ödeme emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkar etmesini önlemektir.", YHGK, E. 1996/601, K. 1996/711, 16.10.1996, (www.legalbank.net).

¹²⁶ Öğretide, takibin icra mahkemesince iptali hâlinde her ne kadar yargılamaya alacağın tahsili için devam edilebilse ve yargılama neticesinde hüküm borçlu aleyhine verilse dahi geçerli bir takip bulunmadığından inkâr tazminatına hükmedilemeyeceği savunulmaktadır. Bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, 274. Takibin mahkemece iptali hâlinde, aslında takibin en başından itibaren yapılmamış olması ve buna rağmen devam edilmesi nedeni ile borçlu tarafından borca itiraz edilmesinin haksızlığından söz edilemeyeceğinden, bu hâlde kanaatimizce de inkâr tazminatına hükmedilememesi gerekir.

nedenle itirazın iptaline karar verilemeyeceği kabul edilse de- itirazın iptali davasının borçlunun haksız itirazı nedeni ile açılmış bulunması ihtimâli de göz önünde bulundurulduğunda, başlangıçtaki haklılık oranına göre inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekir¹²⁷.

Takibinde haksız ve kötünietli bulunan alacaklı aleyhine, borçlunun talebi üzerine hükmedilen tazminat ise kötüniet tazminatı olarak ifade edilir. İtirazın iptali davasının açılmasının ardından takibin geri alınması hâlinde, inkâr tazminatında olduğu gibi kötüniet tazminatına da hükmedilmesi mümkün olabilir. Özellikle alacaklının takibi haksız ve kötünietle başlatması ve yargılama neticesinde aleyhe hüküm verilmesini engellemek amacı ile takibi geri alması hâlinde, başlangıçtaki duruma göre mahkemece borçlu lehine tazminata karar verilebilmelidir¹²⁸.

¹²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, takibin ardından borçlu tarafından yapılan ödemelerin, itirazın iptali davasında talep edilen inkâr tazminatının tayini açısından dikkate alınmaması gerektiği; takibe yapılan itirazdaki haksızlık durumuna göre inkâr tazminatına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anılan karar için bkz. “*Olayımızda temyiz konusu olmamakla birlikte İİK. nun 67. maddesinin 2.fikrasındaki icra inkar tazminatının kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun ödeme emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkar etmesini önlemektir. Genel hükümlere göre açılan alacak davalarında, haklılık durumu dava tarihi itibarıyla tespit edilebilirse de İİK. nundan kaynaklanan itirazın iptali davalarının sonuçları farklılık arzettiğinden bu davalarda haklılık durumunun takip tarihi itibarı ile belirlenmesi gerekir. Borçlunun sonradan yaptığı ödemeler veya borcu kabul beyanı mahkemenin yargılamayı devam ettirip davayı sonuçlandırmasına, takibe yapılan itirazda haksızlık durumuna göre inkar tazminatına hükmetmesine engel teşkil etmez. Ancak verilecek kararda sonradan yapılan ödemelerin tahsilde tekerrüre meydan verilmemesi kaydıyla infazda nazara alınması belirtilebileceğine göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.*”, YHGK, E. 1996/601, K. 1996/711, 16.10.1996, (www.legalbank.net), (vurgular tarafımıza aittir). Aynı yönde bkz. YHGK, E. 2001/266, K. 2001/273, 21.03.2001, (www.kararara.com).

¹²⁸ Yargıtay kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipler bakımından borçlunun mahkemeye başvurarak itiraz etmesi üzerine alacaklının takibinden vazgeçmesi hâlinde benzer şekilde bir değerlendirme yaparak alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermektedir. Bkz. “*Takibe itiraz edilmesinden sonra, gerek borçlunun itirazdan vazgeçmesi ve gerekse alacaklının itirazı kabul etmesi yahut icra dairesine başvurulup takipten feragat edilmesi tazminat talebinin reddini gerektirmez. Aksinin kabulü halinde itiraz üzerine haklı olmadığını anlayan tarafın talebinden vazgeçmek suretiyle aleyhine tazminata hükmedilmesini engellemesi gibi kabulü mümkün olmayan bir durum ortaya çıkar (HGK'nun 16.10.1996 tarih*

4. Menfi Tespit Davası Bakımından

Bir hakkın ya da hukukî ilişkinin iddia edilenin aksine mevcut olmadığını tespiti talebini konu edinen davalar menfi tespit davası olarak tanımlanabilir¹²⁹. İcra ve İflâs Kanunu'nun 72'nci maddesi ile menfi tespit davalarının mevcut ya da müstakbel takibe etkisi düzenleme altına alınmıştır. Alacaklının takip talebini geri alması durumunda, devam etmekte olan menfi tespit davasının akıbeti ise Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir.

İcra takibinin geri alınmasının görülmekte olan menfi tespit davasına etkisi hususunda yargı kararlarında farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu kapsamda, takibin geri alınmasının menfi tespit davasını konusuz kılacağına ilişkin kararların¹³⁰ yanı sıra bu durumun menfi tespit davasını konusuz bırakmayacağı, davaya devam edilmesinde hukukî yararın bulunduğu¹³¹ yönünde kararlar da mevcuttur. Kanaatimizce, bahsi geçen sorun menfi tespit davasının devamında hukukî yararın bulunup bulunmadığına göre değerlendirilmelidir.

İhtiyatî tedbire ve dava sonunda hükmedilecek tazminatlara ilişkin hususlar dışında, icra takipleri ile bağlantılı şekilde açılan menfi tespit davaları

1996/601-711; HGK'nun 21.3.2001 tarih, 2001/19-266 esas, 2001/273 karar sayılı kararları). Her ne kadar, alacaklı takipten feragat etmiş ise de, borçlu tazminat talebinde bulunduğu mahkemece, borçlunun yasal süresi içinde icra mahkemesine yaptığı imza itirazında haklı olup olmadığı değerlendirilerek oluşacak sonuca göre tazminat talebi hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2015/25008, K. 2016/1547, 20.01.2016, (www.lexpera.com.tr). Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2015/23889, K. 2016/232, 11.01.2016; Y. 12. HD, E. 2013/13319, K. 2013/22388, 13.06.2013; Y. 12. HD, E. 2010/7514, K. 2010/20507, 21.09.2010; Y. 12. HD, E. 2001/710, K. 2001/1811, 02.02.2001, (www.lexpera.com.tr).

¹²⁹ Baki Kuru, *Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası* (Ankara: Yetkin, 2003), 11; Baki Kuru ve Ali Cem Budak, *Tespit Davaları* (İstanbul: On İki Levha, 2010), 74; Timuçin Muşul, *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları* (Ankara: Adalet, 2014), 9; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht* (München: C. H. Beck, 2018), § 91, para. 1; Tanrıver, *Usûl*, 625.

¹³⁰ Bu yönde bkz. Y. 11. HD, E. 2020/7586, K. 2022/2822, 05.04.2022; Y. 7. HD, E. 2014/17634, K. 2015/648, 27.01.2015; Antalya BAM 3. HD, E. 2017/319, K. 2017/282, 14.04.2017, (www.lexpera.com.tr).

¹³¹ Bu yönde bkz. Y. 11. HD, E. 2021/6156, K. 2021/6157, 21.09.2022; Y. 11. HD, E. 2020/5494, K. 2022/178, 12.01.2022; Van BAM 2. HD, E. 2020/24, K. 2020/37, 29.01.2020; İstanbul BAM 16. HD, E. 2017/185, K. 2017/1103, 14.04.2017, (www.lexpera.com.tr).

da genel hükümlere tâbidir¹³². Bu çerçevede icra takibinden önce ya da sonra açılacak menfî tespit davaları bakımından da hukukî yararın varlığı, bir dava şartıdır. Davacının bir hakkının ya da hukukî durumunun güncel ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kaldığı ve bu tehlike nedeni ile hukukî durumunun zarar görebileceği hâllerde, söz konusu tehlikenin ortadan kaldırılabilmesi için başvurulacak en uygun yolun tespit davası olduğu, bu yola hemen başvurulması gerektiği ve tespit davası sonucunda elde edilen kesin hüküm ile tehlikenin bertaraf edilebildiği durumlarda, bu davanın açılmasında hukukî yararın mevcut olduğu kabul edilir¹³³. Her ne kadar davanın açıldığı anda hukukî yarar mevcut olsa da yargılamanın devamı sırasında ortadan kalkar ise davanın esası hakkında karar verilemez¹³⁴. Bu durumda, davanın hukukî yarar eksikliği nedeni ile usûlden reddi kararı değil davanın konusuz kalması nedeni ile esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir¹³⁵.

İcra takibinin ardından menfî tespit davasının açılması ve daha sonra takipten vazgeçilmesi durumunda da davanın başında var olan hukukî yararın davanın devamı sırasında ortadan kalktığı; bu nedenle davanın konusuz kaldığı düşünülebilir. Kanaatimizce, gerek takipten önce gerekse takipten sonra açılan menfî tespit davalarında hukukî yararın varlığının yalnızca takibe bağlı olduğunu kabul etmek yanıltıcı olabilir. Her ne kadar mevcut ya da müstakbel bir takibin varlığı menfî tespit davası açılabilmesi için hukukî yararın varlığı bakımından önemli bir gerekçe oluştursa da davanın açılabilmesinin ya da esası hakkında karar verilebilmesinin tek dayanağı sayılamaz. Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tespit davalarına ilişkin düzenlemesi dikkate alındığında, kanun koyucunun tespit davasının açılabilmesini herhangi bir takip şartına bağlamadığı da görülmektedir.

Mevcut ya da müstakbel bir icra takibinin borçlusunun aslında borçlu olmadığı bir parayı ödemekten kurtulabilmek için menfî tespit davası açmasında hukukî yararı vardır. Bununla birlikte alacaklının icra takibini geri alması hâlinde, bu yararın ortadan kalktığını belirtmek her zaman mümkün değildir. Zira takibin geri alınması, kural olarak esas hakkın sona ermesine neden olmayacağından alacaklının her zaman yeniden icra takibi

¹³² Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 355-356.

¹³³ Kuru ve Budak, *Tespit Davaları*, 94 vd.; Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Ankara: Yetkin, 2009), 249 vd.; Muşul, *Menfî Tespit*, 123.

¹³⁴ Hanağası, *Menfaat*, 331, 333.

¹³⁵ Hanağası, *Menfaat*, 339.

başlatabilmesi mümkündür ve borçlu her zaman bir icra tehdidi altındadır¹³⁶. Menfi tespit davasının takipten önce ya da sonra açılması hâlinde, hukukî yararın varlığının ayrıca ispatına gerek olup olmadığı hususu¹³⁷ ile bu davanın açılmasında ya da bu davaya devam edilmesinde hukukî yararın mevcut olup olmadığı ayrı meselelerdir. İkinci hâlde davanın açılmasında veya davanın devamında korunmaya değer, güncel ve meşrû bir menfaatin bulunup bulunmadığı, her somut olayın özelliği dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Örneğin, takibe konu alacak için takip alacaklısından alacaklı olanların haciz talebinde bulunduğu bir durumda, alacaklının söz konusu takibi geri alarak yeni bir takip başlatması ihtimâlinde, menfi tespit davasına devam edilmesinde hukukî yararın bulunmadığı kanaatine varmak güçtür. Buna karşın, takip konusu borcun icra dairesi dışında haricen ödenmesi üzerine alacaklının takip talebini geri alması gibi bir durumda ise dava devam ederken dava ile elde edilmek istenen menfaat ortadan kalktığından, menfi tespit davasının konusuz kaldığı kabul edilebilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, menfaatin takibin sona ermesi ile değil alacağın sona ermesi ile ortadan kalktığıdır.

Menfi tespit davasına ilişkin yargılamanın borçlu lehine sonuçlanması ve takibin haksız ve kötünietli olduğunun belirlenmesi hâlinde, borçlunun uğradığı zararların alacaklıdan tahsiline karar verileceği İcra ve İflâs Kanunu'nun 72'nci maddesinde öngörülmüştür. Uygulamada, takibin geri

¹³⁶ Aynı yönde bkz. "5 adet faturanın dayanak yapıldığı icra takibinden dolayı borçlu bulunulmadığı biçiminde bir talebi mevcut değildir. Başka bir ifade ile davacının talebi icra takibine konu borcun bulunmadığının tespitidir. Her ne kadar alacaklı vekili faturaya dayanarak davacı aleyhine girişmiş olduğu icra takibinden feragat etmiş ise de faturalar halen alacaklı elinde bulunduğu ve fatura alacağından doğan alacak hakkına bağlı olarak yeni dava açma hakkını saklı tuttuğundan davacının bu davayı açmakta hukuki yararı mevcuttur. O halde davanın konusuz kaldığından da söz edilemez. Mahkemece bu gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesinde isabetsizlik yoktur. Ancak; davacının; davalının %40 tazminatla cezalandırılmasına ilişkin talebi, mahkemece koşulları oluşmadığından reddine karar verilmiştir. Mahkemece dava konusu uyuşmazlıkta kötüniet tazminatına hükmedilebilmesi için gerekli şartların neler olduğu, bu şartların somut olayda oluşup oluşmadığı gerekçelendirilerek karar oluşturulması gerekirken mahkemece herhangi bir değerlendirmeye yer verilmeden hüküm kurulması doğru görülmemiştir.", Y. 20. HD, E. 2017/1228, K. 2018/7009, 05.11.2018, (www.kazanci.com).

¹³⁷ Menfi tespit davasının takipten önce ya da sonra açılması hâlinde hukukî yararın ispatının gerekli olup olmadığı hususunda bkz. Kuru ve Budak, *Tespit Davaları*, 88, dn. 31; Kuru, *İcra El Kitabı*, 352; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 357, 361.

alınması nedeni ile her ne kadar menfî tespit davası konusuz kalmış da olsa yapılan yargılama neticesinde borçlunun borçlu olmadığı tespit edilebildiği hâllerde, davacı/borçlu lehine tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹³⁸. Kanaatimizce, takibin geri alınmasının menfî tespit davasında hukukî yarar bakımından doğrudan bir etkisi bulunmadığından, takibin geri alınması hâlinde dahi menfî tespit davasına ilişkin yargılamaya devam edilebilir ve alacaklının haksız ve kötüniyetli olarak takip başlattığının tespit edilebildiği durumlarda, borçlu lehine tazminata hükmedilebilir.

5. İhaleinin Feshi Bakımından

Alacaklı tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak paraya çevirme aşamasında dahi icra takibini geri alabilir. Nitekim bu husus, haczedilen malın paraya çevrilmesinden önce ve sonra takibin geri alınması bakımından tahsil harcının ayrı ayrı öngörüldüğü Harçlar Kanunu'nun 23'üncü maddesinden de anlaşılmaktadır. Ancak ilgili hükümde paraya çevirme aşamasından sonra takibin geri alınmasına imkân verilmesi, birtakım sorunlara yol açmaktadır. Nitekim paraya çevirme işleminin gerçekleştirilmesinden sonra takibin geri alınmasının ihaleinin feshi sebebi teşkil edip etmediği ve ihaleinin feshi talebinden sonra icra takibinin geri alınmasının ihaleinin feshi incelemesini etkileyip etkilemediği hususları gündeme gelmektedir. Bu hususların temelinde de takibin geri alınmasının zaman yönünden bir sınırı olup olmadığı sorusu yer almaktadır¹³⁹.

¹³⁸ “Mahkeme bozma kararına uymuş, ek hesap raporu aldıktan sonra davalının dava konusu edilen icra takiplerinden vazgeçmesi nedeni ile hukuki yarar yokluğundan karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin dava konusu edilen icra takiplerinden davalının vazgeçmesi nedeni ile karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi yerinde ise de, yapılan yargılama sonucu toplanan delillere göre davacının davalıya borçlu olmadığına anlaşılmasına ve davalının icra takiplerinden davanın açılmasından hatta ilk kararın bozulmasından sonra vazgeçmesine göre, davacı yararına İİK'nun 72. maddesi uyarınca kötüniyet tazminatına hükmedilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.”, Y. 7. HD, E. 2014/17634, K. 2015/648, 27.01.2015. Aynı yönde bkz. Y. 19. HD, E. 2015/18106, K. 2016/8537, 09.05.2016; Y. 19. HD, E. 2014/3964, K. 2014/6501, 03.04.2014, (www.lexpera.com.tr). Alacaklının takipten vazgeçmesi nedeni ile haksız olduğunu kabul etmiş sayıldığı ve bu nedenle yargılama giderlerine katlanması gerektiği yönünde bkz. Y. 19. HD, E. 2016/831, K. 2016/10541, 13.06.2016, (www.lexpera.com.tr).

¹³⁹ Bkz. I, B, 4.

İhaleden sonra takibin geri alınmasının mümkün olup olmadığının ve takibin geri alınmasının ihalenin feshine etkisinin öğretilde tartışmalı olduğu görülmektedir. Bu hususta bir görüşe göre tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak alacaklının takibi geri alması mümkün olmakla birlikte, ihaleden sonra alıcının hukukî durumunun güvence altına alınması için takibin geri alınmasına izin verilmemelidir¹⁴⁰. İhaleden sonra takibin geri alınabileceğini kabul eden diğer görüşe göre alacaklının takibi geri alması ihalenin feshi incelemesini etkiler ve ihalenin dayanağı olan takibin ortadan kalkması sebebiyle ihalenin feshine karar verilmelidir¹⁴¹.

Yargıtay kararlarında, genel olarak usûlüne uygun şekilde gerçekleştirilen ihaleden sonra alacaklının takibi geri alması ve borçlunun bu sebeple ihalenin feshini talep etmesi hâlinde, bu durumun ihalenin feshi talebinin kabul edilmesi için bir sebep olmadığı ve bu yöndeki talebin reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴². Buna karşın, Yargıtay'ın bir kararı icra takibinin geri alınması hâlinde, ihalenin dayanağı olan takibin ortadan kalktığı gerekçesiyle ihalenin feshi talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiği yönündedir¹⁴³. Bölge adliye mahkemesi kararlarında ise genel olarak

¹⁴⁰ Gaul, Schilken, Becker Eberhard ve Lakkis, *Zwangsvollstreckungsrecht*, § 26, para. 14.

¹⁴¹ Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi* (Ankara: Adalet, 2016), 450; Muşul, *İcra Hukuku Esasları*, 555.

¹⁴² "...Kural olarak ve usulüne uygun biçimde gerçekleşen ihaleden sonra icra takibinin iptal edilmesi veya alacaklının takip dosyasından feragat etmesi halinde dahi bu hususlar ihalenin feshi nedeni yapılamaz. Nitekim somut olayda gözlemlendiği gibi devletin cebri icra gücü vasıtasıyla devlet güvencesinde yapılan ihalede mahcuzu satın alan kişinin takibin iptali veya ihaleden sonra borcun ödenmesi nedeniyle doğrudan hiçbir ilişki olamaz. Bu nedenle mahkemece borçlunun ihaleden sonra alacaklının takibinden feragat ettiğinden bahisle açmış olduğu ihalenin feshi davasının reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile istemin kabulü isabetsizdir.", Y. 12. HD, E. 2010/17838, K. 2010/30079, 14.12.2010, (www.lexpera.com.tr). İcra takibinden vazgeçmenin ihalenin feshi sebebi teşkil etmeyeceğine dair bkz. Y. 12. HD, E. 2022/7688, K. 2023/48, 10.01.2023; Y. 12. HD, E. 2021/4516, K. 2021/5474, 26.05.2021, (www.lexpera.com.tr).

¹⁴³ "...Temyiz dilekçesine bağlanan icra tutanaklarından anlaşıldığına göre alıcı (Z) 5.9.1990, diğer alıcı (K) 3.10.1990 tarihinde icra dairesine başvurarak alacaklarının tamamını aldıklarını, takipten vazgeçtiklerini bildirip tahsil harçlarını da yatırmışlardır...Alacaklıların takipten feragati ile ihalenin dayanağı ortadan kalkmıştır. Bütün bu hususlar gözetilmek suretiyle dayanağı kalmayan ihalenin feshine karar verilmesini sağlamak üzere merci kararı bozulmalıdır.", Y. 12. HD, E. 1990/12358, K. 1991/5648, 07.05.2021, (www.legalbank.net).

ihalenin yapılmasından sonra takibin geri alınmasının kural olarak ihalenin feshi sebebi teşkil etmeyeceğine yer verilmektedir¹⁴⁴.

İhalenin feshi yoluna, paraya çevirme aşamasında ortaya çıkan hukuka aykırılıklardan dolayı ihalenin icra mahkemesi kararıyla ortadan kaldırılabilmesi için başvurulur¹⁴⁵. İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesinde, ihalenin feshi talebinin ileri sürülmesine dair süreyle bağlantılı olarak birtakım fesih sebepleri zikredilmiştir (İİK m. 134/2, 10). Öğretide, anılan hüküm de dikkate alınarak satış talebiyle ilgili işlemlerde, açık artırma hazırlık aşamasında ve açık artırmanın yapılmasında ortaya çıkan hukuka aykırılıklar ile ihaleye fesat karıştırılması ve alıcının satılan malın esaslı niteliklerinde hataya düşmesi, ihalenin feshi sebepleri olarak tasnif edilmektedir¹⁴⁶. Yargı kararlarında da genel olarak ihalenin feshi sebeplerine dair bu tasnife yer verilmektedir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ "...Kural olarak ve usulüne uygun biçimde gerçekleşen ihaleden sonra icra takibinin iptal edilmesi, icranın geri bırakılması veya alacaklının takip dosyasından feragat etmesi halinde dahi bu hususlar ihalenin feshi nedeni yapılamaz. İİK'nun 134.maddesinde ihalenin feshi nedenleri teker teker belirtilerek gösterilmemiştir. Sadece "BK'nun 226.maddesinde yazılı", "satış ilanı tebliğ edilmemiş olması", "satılan malın esaslı niteliklerindeki hata" ve "ihaledeki fesat" nedenleriyle ihalenin bozulabileceğine değinilmiştir.", Ankara BAM 18. HD, E. 2018/2853, K. 2019/414, 08.03.2019, (www.lexpera.com.tr). Aynı yönde bkz. "...Yerleşik Yargıtay kararlarına göre, alacaklının takip dosyasından feragat etmesi halinde dahi, ihale yasal koşullara uygun olarak yapılmış ise geçerlidir (benzer mahiyette Yargıtay 12. H.D.'nin 2016/29469 esas, 2017/7876 karar sayılı ilamı). Devletin cebri icra gücü vasıtasıyla, Devlet güvencesinde yapılan ihalede mahcuzu satın alan üçüncü kişinin, takibin iptali, icranın geri bırakılması veya ihaleden sonra borcun ödenmesi nedenleriyle doğrudan hiçbir ilişkisi olamaz (Yargıtay 12. H.D.'nin 2015/24603 esas 2015/27019 karar sayılı ilamı).", Sakarya BAM 8. HD, E. 2021/1110, K. 2021/1551, 01.11.2021, (www.lexpera.com.tr).

¹⁴⁵ Arslan, *İhale*, 73; Üstündağ, *İcra*, 341; Kuru, *İcra El Kitabı*, 700; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 242; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 424; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 324.

¹⁴⁶ Postacıoğlu, *İcra*, 521; Üstündağ, *İcra*, 342 vd.; Kuru, *İcra El Kitabı*, 701 vd.; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra*, 242-243; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 425-426; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra*, 324 vd. İhalenin feshi nedenlerinin, takibin aşamalarına veya maddî hukuka ya da icra ve iflâs hukukuna aykırılıklara yahut ihalenin feshini talep etmekte hukukî yararı olanlara göre tasnif edilebileceği yönünde bkz. Arslan, *İhale*, 75.

¹⁴⁷ YHGK, E. 2022/654, K. 2022/1682, 08.12.2022; Y. 12. HD, E. 2022/5559, K. 2022/6250, 24.05.2022; Y. 12. HD, E. 2022/3751, K. 2022/4971, 21.04.2022; Ankara

Kanaatimizce, ihalenin bu sebeple feshedilmemesi, başka bir ifadeyle takibin geri alınmasına rağmen ihalenin ve ihaleyle birlikte doğan sonucun korunması, borçlunun menfaatleriyle bağdaşmamaktadır. Zira paraya çevirme işlemine ve ihaleye dayanak teşkil eden icra takibi bulunmamasına karşın, borçluya ait mal ya da hakkın mülkiyetinin cebri icra yoluyla üçüncü kişiye geçmesi sonucu korunmaktadır. Bunun yanında, karşılama prensibi gereğince Kanun'da öngörülen şartlar ve hacedilen malın veya hakkın muhammen bedelinin yüzde ellisi üzerinden satılması ihtimali dikkate alındığında (İİK m. 115/1, m. 129), borçlunun zarara uğraması kuvvetle muhtemeldir¹⁴⁸. Bu nedenle, mevcut düzenlemeler kapsamında takibin geri alınmasının ihalenin feshi sebebi teşkil etmemesi ve takibin geri alınmasına karşın borçlunun mülkiyet hakkının el değiştirmesi borçlunun menfaatlerini ihlâl etmektedir.

Buna karşılık, ihalenin feshi sebepleri değerlendirildiğinde, ihalenin feshi yoluna ancak artırmanın hazırlık aşamasında veya yapılışında bir usûlsüzlük olması hâlinde başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Takibin geri alınması ihalenin feshi sebepleri kapsamında olmadığı için bu sebeple ihalenin feshine karar verilmesi mümkün değildir. Ancak başkaca sebepler de varsa bunlar yönünden yapılan inceleme neticesinde ihalenin feshi talebi kabul edilmelidir. Bununla birlikte, takibin geri alınması sebebiyle ihalenin feshi talebinin kabul edilmesi hâlinde, ihale alıcısının menfaatleri ve hatta kamu menfaatleri olumsuz etkilenmektedir. Hâlbuki ihaleyle birlikte mülkiyet hakkını elde eden alıcının menfaatinin, bir cebri icra yoluyla yapılan bu paraya çevirme işleminin hukuka uygun yapıldığına dair güvenin ve kamu menfaatinin de korunması gerekir¹⁴⁹.

Aynı şekilde ihalenin feshi talebinden sonra takibin geri alınması hâlinde, takibin dayanağının kalmadığı gerekçesiyle ihalenin feshi talebinin kabulüne karar verilmemelidir. Aksi takdirde, alacaklının takibi geri alması sebebiyle

BAM 18. HD, E. 2022/1656, K. 2022/1435, 20.10.2022; Gaziantep BAM 12.HD, E. 2022/2066, K. 2022/2052, 30.09.2022, (www.lexpera.com.tr).

¹⁴⁸ Öğretide paraya çevirme işlemine konu edilen malın veya hakkın muhammen bedelinin yüzde ellisi oranında asgari satış bedelinin belirlenmesinin alacaklı ve borçlunun menfaatleriyle bağdaşmadığı, ülkemizdeki enflasyon oranı ve artırmaya konu olan malın ya da hakkın değerinin tespit edilmesi ile artırmanın yapılması arasındaki zaman farkı dikkate alındığında, Kanun'da öngörülen orandan daha düşük değerde malın veya hakkın satıldığı haklı olarak belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk ve İsviçre Hukuku Kapsamında)* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 46.

¹⁴⁹ Arslan, *İhale*, 192-193. Ayrıca bkz. Özkes, *İlkeler*, 182-186.

usûlüne uygun olarak yapılan ihalenin hukuka aykırı bir işlem olmamasına karşın feshedilmesi sonucu doğar. Bu sonuç da ihalenin feshi sebeplerine dayanak teşkil eden İcra ve İflâs Kanunu'nun 134'üncü maddesine aykırılık teşkil eder. Aksi yöndeki yorum, paraya çevirme işlemine konu olan malvarlığı değeri üzerindeki mülkiyet hakkının ihale ile birlikte alıcıya geçeceğine dair kuralla (İİK m. 134/1, c. 1) ve alıcının menfaatleriyle de bağdaşmaz. İhalenin feshi incelemesi sürecinde takibin geri alınması durumunda, ihalenin feshi talebinin konusuz kaldığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına da karar verilmemeli ve ihalenin feshi talebinde ileri sürülen sebepler incelenerek sonuca varılmalıdır. Dolayısıyla ihaleden sonra takibin geri alınması ihalenin feshi sebebi teşkil etmediği gibi ihalenin feshi incelemesini de etkilememelidir. Ancak ihalenin feshini gerektiren sebeplerin varlığına kanaat getirilir ve ihalenin feshi talebi kabul edilirse, ihale bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkar ve paraya çevirme işlemine konu olan malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı tekrar borçluya geçer. Bu durumda, paraya çevirme işleminin yeniden yapılması gerektiği için ihalenin feshi incelemesi sırasındaki takibin geri alınması beyanı, ihalenin feshi talebinin kabul edilmesinden sonraki süreç bakımından dikkate alınmalıdır. Aynı şekilde, ihalenin feshine karar verilmesinden sonra alacaklının takibi geri alması hâlinde, takip tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalkar ve paraya çevirme işlemi ile ihale süreci tekrarlanmaz.

Hukuk sistemimizde alacaklının takibin geri alınmasına dair tasarruf yetkisi olsa ve takibin geri alınmasına dair sınırları öngören bir düzenleme olmasa da bu yetkinin takibin belirli bir aşamasından sonra kullanılmaması gerekir. Zira yukarıda zikredildiği üzere, ihaleyle birlikte mülkiyet hakkının üçüncü kişiye geçmesinden sonra takibin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesi ihalenin ve ihaleyle birlikte doğan sonuçların akıbeti yönünden tereddütler doğurmakta, her hâlükârda borçlunun veya üçüncü kişinin menfaatleri olumsuz etkilenmektedir. Kamusal bir yönü olan artırma işleminin tamamlanmasından sonra alacaklının tasarruf yetkisine dayanarak takibi geri alması işlemin niteliğiyle ve bu işlemle doğan sonuçlarla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, Harçlar Kanunu'nun 23'üncü maddesinde paraya çevirme aşamasından sonra takibin geri alınmasına imkân tanınsa dahi, olması gereken hukuk bakımından bu ifadenin 115'inci madde hükmü de dikkate alınarak teklif verme anına kadar takibin geri alınabileceği şeklinde anlaşılması gerekir.

6. İcra Harç ve Giderleri Bakımından

İcra takibinin geri alınması hâlinde, icra takibinin yapılabilmesi ve sonuçlanabilmesi için alınan birtakım harçlara ve giderlere kimin katlanacağı sorusu akla gelmektedir. Bu yönüyle, icra takibinin geri alınmasının takip giderleri bakımından da değerlendirilmesinde fayda vardır.

İcra takibinin sonunda aleyhine takip başlatılan kişinin borçlu olduğu anlaşılırsa, mevzuatta aksine bir düzenleme olmadıkça bu takip ve giderler kural olarak borçludan tahsil edilir (İİK m. 15/1, m. 59/1). Ancak borçlunun harç ve giderlerden sorumlu olmadığı durumlar da vardır. Bu istisnâ durumlardan biri, icra takibinin geri alınmasıdır. Zira borçlunun icra harç ve giderlerinden sorumlu olması, icra takibinin sonuçlanması bakımından geçerlidir¹⁵⁰. Bu doğrultuda, icra takibinin geri alınması hâlinde genel kuralın aksine borçlu icra harçlarından ve giderlerinden sorumlu değildir¹⁵¹.

İcra takibinin geri alınması durumunda, takip için ödenilen harçlar ve masraflar alacaklı üzerinde bırakıldığı gibi yukarıda belirtildiği üzere Harçlar Kanunu'nun 23'üncü maddesi gereğince ek olarak kendisinden tahsil harcı alınır. İcra takibinin geri alınması hâlinde, esas haktan feragat sonucunun doğmaması ve alacaklının yeniden takip başlatmasının mümkün olması sebebiyle, dürüstlük kuralına aykırı şekilde bu durumun süreklilik arz etmesi ihtimâl dâhilindedir¹⁵². Ancak kanaatimizce, alacaklıdan takibin geri alındığı aşamaya göre değişen oranda tahsil harcının alınması ve icra harçları ile giderlerinin alacaklı üzerinde bırakılması, hakkın kötüye kullanılabilceği ihtimâlî yönünden isabetlidir.

Uygulamada icra takibinin geri alınması üzerine alacaklıdan tahsil edilmesi gereken tahsil harcının sehven borçludan alındığı durumlarla karşılaşmaktadır¹⁵³. Kimi zaman ise takibin aşamalarına göre değişen oranda

¹⁵⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 105.

¹⁵¹ Pekcantez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra*, 75; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 105; Talih Uyar, "İcra ve İflâs Hukukunda Harçlar ve Giderler," www.e-uyar.com.

¹⁵² Rauscher, Wax, Wenzel ve Heßler, *MüKoZPO*, ZPO § 753 para. 43. Ayrıca bkz. Ulrici, *BeckOK ZPO*, ZPO § 753 para. 13.

¹⁵³ "...Harçlar Kanunu'nun 11 ve 23. maddelerine göre ise, takipten vazgeçilmesi halinde harçtan sorumlu olan alacaklıdır. Somut olayda Kadıköy 3. İcra Müdürlüğü'nün 2011/771 sayılı takip dosyasında, alacaklının, 19.04.2011 tarihinde "...takipten ve alacağımdan feragat ediyorum. Teminat olarak yatırılan paranın borçlulara ... ödenmesine muvafakat ediyorum" şeklinde beyanı olup bu beyanını imzası ile

tahsil harcı alınması gerektiği gözetilmeksizin alacaklıdan tahsil harcının tamamı alınmaktadır¹⁵⁴. Bu durumlar, icra takibinin geri alınması beyanı üzerine icra müdürlüğünün yaptığı kanuna aykırı işlem sebebiyle şikâyet talebine ve yargı kararlarına konu olmaktadır.

İcra takibinin geri alınması hâlinde alacaklı kural olarak tahsil harcından sorumlu olmakla birlikte, mevzuatta tahsil harcından muafiyetin öngörüldüğü özel düzenlemeler olabilir. Örneğin, 5230 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde 4603 sayılı Kanun'a tâbi bankalarca yeniden yapılandırma sürecinde başlatılan takipler bakımından icra takibinin geri alınması hâlinde ödenen tahsil harcından muafiyet öngörülmüştür¹⁵⁵.

onayladığı anlaşılmaktadır. Bu durumda açıklanan yasa maddeleri karşısında hesaplanacak tahsil harcının yarısının alacaklıdan alınması gerekirken tamamının borçludan alınması yasaya aykırıdır. O halde mahkemece şikâyetin kabulü gerekirken reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2011/21511, K. 2012/5890, 01.03.2012. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2007/18340, K. 2007/21250, 15.11.2007; Y. 12. HD, E. 2012/28819, K. 2013/5490, 21.02.2013, (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁴ “...Ödeme emrinin tebliğinden sonra, ancak hacizden önce vazgeçme beyanında bulunduğu dikkate alınarak, alacaklıdan (492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 23. maddesi hükmü doğrultusunda) takip safhasına göre, alınması gereken tahsil harcı oranının yarısı oranında (% 2,27 oranı üzerinden) tahsil harcı alınması gerekirken, %4,55 oranı üzerinden tahsil harcı alınması usul ve yasaya aykırıdır. O halde mahkemece, şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2016/20105, K. 2017/11706, 02.10.2017. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2016/14661, K. 2017/6831, 02.05.2017; İstanbul BAM 21. HD, E. 2019/2573, K. 2020/1308, 30.06.2020 (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁵ Söz konusu muafiyete rağmen icra takibinin geri alınması hâlinde alacaklı ilgili bankadan tahsil harcının alındığı ve bu durumun şikâyet talebine konu edildiği bir Yargıtay kararı için bkz. “...5230 Sayılı Yasa'nın 11.maddesinde "4603 Sayılı Kanuna tabi bankalarca yeniden yapılandırma sürecinde açılmış veya açılacak dava ve takipler sonuçlandırılıncaya kadar 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 2, 23 ve 29.maddeleriyle 2548 Sayılı Cezaevleri ile Mahkeme Binaları İnşaatı Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanunun 1.maddesi hükmü uygulanmaz. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinde teminat şartı aranmaz. Bankaların mahkeme ilamını alması ve tebliğe çıkarması işlemlerinde karşı tarafa yükletilmiş olan harcın ödenmiş olması şartı aranmaz.” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere, sözü geçen yasa maddesinde öngörülen muafiyet, 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun tahsil harcına ilişkin 28. maddesini kapsamaz ise de; 492 sayılı Yasa'nın 23 maddesinde düzenlenen vazgeçme harcından muafiyeti içerdiği açıktır. O halde, mahkemece şikâyetin kabulü gerekirken, reddine karar verilmesi isabetsizdir.”, Y. 12. HD, E. 2015/17140, K. 2015/28322, 16.11.2015. Aynı yönde

Bununla birlikte, Harçlar Kanunu'nun (1) sayılı tarifesinin B/I-3 düzenlemesinde tahsil harcı, ödeme veya icra emrinin tebliği, haciz işleminin yapılması ve paraya çevirme işleminin icra edilmesi şeklinde takibin aşamalarına göre ayrı ayrı belirlenmiştir. Anılan hükümden hareketle, yargı kararlarında tahsil harcının doğabilmesi için ödeme veya icra emrinin tebliğ edilmesi gerektiği, bu harcın her hâlükârda ödeme veya icra emrinin tebliğ edilmesinden sonraki işlemler için alınabileceği belirtilmektedir¹⁵⁶. İcra takibinin hatalı şekilde başlatıldığı durumlar gözetildiğinde, takibin başında tahsil harcı alınmaksızın icra takibinin geri alınmasına imkân verilmesi yönünden söz konusu hüküm ve uygulama isabetlidir. Bununla birlikte, tahsil harcının doğup doğmayacağı yönünden yargı kararlarında icra takibinin geri alınmasına dair beyan tarihi ile ödeme veya icra emrinin tebellüğ edildiği tarih dikkate alınmaktadır. Bu husus, elektronik yolla tebligat yönünden Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinde öngörülen muhatabın elektronik yolla tebligatı tebellüğ etmiş sayılacağı tarihe ilişkin düzenleme gereğince önem arz eder¹⁵⁷.

bkz. Y. 12. HD, E. 2015/16208, K. 2015/26420, 02.11.2015; Y. 12. HD, E. 2015/7487, K. 2015/17431, 22.06.2015, (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁶ "...İcra takiplerinde takip çıkışı üzerinden 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı tarifinin B/I- 3. fıkrasında belirtilen ve takip safhalarına göre tahsil harcı alınır, ancak bu tahsil harcının doğabilmesi için takibin o safhasının yerine getirilmesi gerekir. Ödeme veya icra emrinin tebliği, haciz işleminin yapılması veya satış işleminin kesinleşmesi gibi. Ödeme emri veya icra emrinin tebliğe çıkarılması fakat tebliğ edilmesinden önce yapılan ödemelerden ve icra takibinden vazgeçme halinde tahsil harcı almak mümkün değildir (HİGM 20.02.1989 T. 8385 sayılı genelgesi). 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda harç alacağı için ödeme veya icra emrinin tebliği gereklidir.", Y. 12. HD, E. 2015/3963, K. 2015/6110, 17.03.2015. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2016/16641, K. 2016/24423, 28.11.2016; Adana BAM 10. HD, E. 2021/1045, K. 2022/2519, 12.10.2022, (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁷ Ödeme emrinin elektronik yolla tebliğ edildiği genel haciz yoluyla takibin alacaklı tarafından geri alınması üzerine, tahsil harcının doğup doğmayacağı konu edildiği bir Yargıtay kararı için bkz. "...Somut olayda, alacaklı tarafından, 06/08/2020 tarihinde genel haciz yolu ile ilamsız icra takibine başlandığı, 19/08/2020 tarihinde alacaklı vekili tarafından icra takibinden vazgeçildiği, bu beyan doğrultusunda icra müdürlüğüne %2,27 oranında tahsil harcı yatırılması halinde talep gibi işlem yapılmasına karar verildiği görülmektedir. Borçluya gönderilen ödeme emrinin, Tebligat Kanunu'nun 7/a ve Yönetmeliğin 9. maddesinde belirtildiği üzere, tebligat muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağından, ödeme emrinin borçluya 19/08/2020 tarihinin gün sonu olan saat 23.59:59 itibarıyla tebliğ edilmiş olduğu, alacaklı vekilinin ise UYAP sistemi üzerinden 19/08/2020 tarihinde saat 20.57 itibarıyla, gün sonundan, dolayısı ile ödeme

İcra takibinin geri alınması, icra giderleri kapsamında değerlendirilen kanunî vekâlet ücreti yönünden de ele alınmalıdır. Kanunî vekâlet ücreti, icra takibinde avukatla temsil edilen tarafın haklı çıkması hâlinde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre takibin diğer tarafından talep edilen vekâlet ücretidir. Alacaklının vekille temsil edildiği bir icra takibinde borçlunun haksız çıkması hâlinde, kanunî vekâlet ücretinden de diğer takip giderleri gibi borçlu sorumludur. Ancak icra takibinin geri alınarak sona erdirilmesi durumunda, kanunî vekâlet ücretinden sorumluluğa dair mevzuatta özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinin son fıkrası gereğince, karşı tarafa yüklenilecek olan vekâlet ücreti dava sonunda ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hesaplanır. İcra takiplerinde kanunî vekâlet ücreti ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 138'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, icra memuru tarafından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre re'sen hesaplanır ve takip giderlerine dâhil edilir. Kanun'un 138'inci maddesinden, paraya çevirme işleminin ardından satış bedelinin ödenmesi üzerine icra memurunun kanunî vekâlet ücreti de dâhil olmak üzere takip giderlerini hesaplayacağı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, kanunî vekâlet ücretinin de takip giderleri kapsamında olduğu ve takibin geri alınması hâlinde hâlihazırda bir takibin varlığından söz edilemeyeceğinden, bu durumda icra memurunun re'sen kanunî vekâlet ücretini gözetmesi ve hesaplaması söz konusu değildir.

Yargı kararlarında, alacağın haricen tahsil edilmesi durumunda, icra vekâlet ücreti alacağının takip konusu olacak kapsamında olduğuna, icra vekâlet ücretine dair uyumsuzluğun asil ve avukat arasındaki iç ilişki gereğince çözümlenmesi gerektiğine yer verilmektedir¹⁵⁸. Bununla birlikte Yargıtay'ın

emrinin tebliğinden önce takipten vazgeçtiğine ilişkin beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. O halde, ödeme emrinin tebliğe çıkarılması fakat tebliğ edilmesinden önce yapılan icra takibinden vazgeçme halinde tahsil harcı almak mümkün olmadığından, ilk derece mahkemesince, şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi ve Bölge Adliye Mahkemesince de istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.", Y. 12. HD, E. 2022/4171, K. 2022/11007, 26.10.2022, (www.lexpera.com.tr).

¹⁵⁸ "...1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde; "dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir" hükmüne yer verilmiş ise de, bu hüküm vekil ile müvekkil arasında çıkacak iç ilişkiden kaynaklanan uyumsuzlukları düzenlemek amacıyla öngörülmüştür (HGK. 07.04.2004 Tarih ve 2004/12-213E.-2004/215K.). Yukarıda açıklandığı üzere icra vekalet ücreti, vekil ile asil arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden ve icra vekalet ücreti alacağı,

bir kararında, takibin geri alınması hâlinde karşı taraf vekâlet ücreti tahsil edilmemiş bile olsa tahsil edilmesinin alacaklı kusuru ile engellendiği, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince karşı taraf vekâlet ücretinin de tahsil edildiğinin varsayıldığı ve bu nedenle alacaklı vekilinin asilden kanunî vekâlet ücretini talep edebileceği belirtilmektedir¹⁵⁹.

Kanaatimizce icra takibinin geri alınması hâlinde kanunî vekâlet ücretinden sorumluluk bakımından tarafların sulh olup olmadıkları ve sulh sözleşmesinde bir hüküm bulunup bulunmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Tarafların sulh olmaları sebebiyle alacaklının icra takibini geri alması durumunda, sulh sözleşmesinde vekâlet ücreti bakımından bir düzenleme bulunmuyorsa, Avukatlık Kanunu'nun 165'inci maddesi gereğince alacaklı ve borçlu kanunî vekâlet ücretinin ödenmesine dair avukata karşı müteselsilen sorumlu olmalıdır¹⁶⁰. Buna göre müteselsilen sorumluluğun

takip konusu alacak kapsamında olup, takip alacaklısı asile ait olduğundan, somut olayda alacaklının alacağı haricen tahsil edildiğine ilişkin beyanı karşısında, vekilin, icra vekalet ücretini tahsili, alacaklı (müvekkili) ile arasındaki iç ilişki gereğince çözümlenmelidir.”, Y. 12. HD, E. 2014/15576, K. 2014/18161, 23.06.2014. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, E. 2014/11794, K. 2014/14784, 26.05.2014; Y. 12. HD, E. 2013/36305, K. 2014/2385, 29.01.2014, (www.legalbank.net).

¹⁵⁹ “...Henüz karşı taraftan vekalet ücreti alacağını tahsil etmemiş olan müvekkilden, avukat bu ücret alacağını isteyemez. Ancak kural böyle olmakla birlikte hakim bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalınmamalı. Avukatlık Kanununun 164/son maddesine işlerlik kazandıracak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapılmalı, özellikle MK'nun 2. maddesinde belirtilen hakkın kötüye kullanılmasına, dürüstlük kurallarının ihlaline izin verilmemeli, gerektiğinde müvekkilin bu alacağını karşı taraftan tahsil etmiş olduğu da kabul edilmelidir. Açıklanan bu sebeplerle somut olayda takip sonucunda karşı tarafa tahmini gereken vekalet ücreti, bilfiil tahsil edilmiş olmasa da, davalı müvekkilin karşı tarafla anlaşması ve sonrasında da icra takibinden vazgeçmesi nedeniyle, tahsili davalının kusuru ile imkansız hale geldiğinden, davacı avukatın Avukatlık Kanununun 164/son maddesinde düzenlenen yasal vekalet ücretine de hak kazandığının kabulü gerekir. O halde mahkemece davacının talebi göz önünde bulundurularak, takip etmiş olduğu takip nedeniyle. Avukatlık Kanununun 164/son maddesine göre davacı yararına hasma yükletilmesi gereken vekalet ücretine de karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususlar gözardı edilerek, karşı taraftan tahsil edilmediği gerekçesiyle bu istemin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”, Y. 13. HD, E. 2011/2782, K. 2011/8858, 06.06.2011, (www.legalbank.net).

¹⁶⁰ “...Borcun tahsili için haciz işlemlerine girişildiği, davalı alacaklı K1'in 06.04.2009 tarihli dilekçeyle icra takibinden vazgeçtiğinden hacizlerin kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Şu durumda davalıların sulh olmaları ile alacaklı K1 diğer davalı

gereği olarak avukat kanunî vekâlet ücretinin tamamını her iki taraftan veya sadece birinden talep edebilir. İcra takibinin geri alınması tarafların sulh olmasına veya anlaşmasına dayanmadığı takdirde ise kanunî vekâlet ücreti talebi avukat ve asil arasındaki iç ilişki içerisinde değerlendirilmelidir. Bu ihtimâlde, borçlu icra harçları ile diğer takip giderleri yönünden olduğu gibi kanunî vekâlet ücretinden de sorumlu değildir. Zira icra takibi alacaklı ile borçlunun sulh olması üzerine değil, alacaklının tasarruf yetkisini takibi devam ettirmeme yönünde kullanmasıyla birlikte sona ermiştir. Bu hususa ilişkin olarak değerlendirme yapılırken dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı da genel hukuk ilkeleri olarak gözetilmelidir.

Borçlunun vekille temsil edildiği icra takibinin geri alınması durumunda da borçlu lehine kanunî vekalet ücretinin doğup doğmayacağına değerlendirilmesi gerekir. Takip giderlerinden sorumluluğa dair genel kural gereğince, borçlu icra takibinde haksız çıktığı takdirde kanunî vekâlet ücretinden sorumlu olduğuna göre icra takibinin geri alınması hâlinde de borçlu yönünden vekâlet ücreti gündeme gelebilir. Bu husus, alacaklı ve borçlunun eşit işlem görmesi gerektiği ilkesinin ve menfaatler dengesinin de bir gereğidir¹⁶¹. Bu nedenle, borçlunun icra takibinde vekille temsil edilmesi durumunda alacaklının takibi geri alması üzerine borçlu lehine kanunî vekâlet

borçlular hakkındaki icra takibinden vazgeçmiş ve davacı avukatların vekalet ücretleri ödenmemiştir. Avukatlık Kanununun 165. maddesi hükmüne göre sulh ile sonuçlanan işlerde her iki taraf avukatlık ücretinin ödenmesi hususunda avukata karşı müteselsilen sorumludurlar. Mahkemece davalı borçlularında davacıların müvekkili olan davalı alacaklı K1 ile birlikte vekalet ücreti nedeniyle müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekirken davalı borçlular ile aralarında vekalet ilişkisi bulunmadığından haklarındaki davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 3. HD, E. 2012/1999, K. 2012/6771, 14.03.2012. Aynı yönde bkz. Y. 3. HD, E. 2010/9292, K. 2010/10322, 10.06.2010; Y. 13. HD, E. 2015/38277, K. 2018/1110, 01.02.2018; Y. 13. HD, E. 2015/39185, K. 2019/3967, 26.03.2019; Antalya BAM 3. HD, E. 2017/417, K. 2017/402, 12.05.2017; Ankara BAM 4. HD, E. 2020/232, K. 2020/1563, 14.10.2020, (www.lexpera.com.tr). Tarafların sulh olmaları hâlinde Avukatlık Kanunu'nun 165'inci maddesinde öngörülen vekâlet ücretinden müteselsilen sorumluluğun kapsamına kanunî vekalet ücretinin girdiği ve akdî vekalet ücretinin dâhil olmadığı yönünde bkz. YİBBGK, E. 2017/6, K. 2018/9, 05.10.2018, (www.lexpera.com.tr).

¹⁶¹ İcra takibinin şikâyet üzerine iptal edilmesi veya alacaklının itirazın kaldırılması talebinin reddedilmesi hâlinde, alacaklının haksız olduğu ve alacaklının borçluya vekâlet ücreti ödemesi gerektiği yönünde bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra*, 109.

ücreti hesaplanmalıdır¹⁶². Bu durumda, icra takibinin geri alınması hâlinde, alacaklı ile borçlu arasında kanunî vekâlet ücretine dair sulh sözleşmesi akdedilmemişse, borçlu lehine olan kanunî vekâlet ücreti genel hükümler kapsamında alacaklıdan talep edilmelidir.

SONUÇ

İcra hukukunda tasarruf ilkesinin hâkim olmasının bir sonucu olarak, genel haciz yoluyla icra takibi başlatan alacaklının takibini geri alması mümkündür. İcra takibinin geri alınması, öğretide ve uygulamada takipten vazgeçme veya takipten feragat etme kavramlarıyla da ifade edilmektedir. Ancak icra takibinin geri alınması ile kastedilen, esas haktan vazgeçilmeksizin takibin şimdilik sona erdirilmesi ve tekrar harç ödenmek suretiyle borçluya karşı aynı alacak için yeniden bir takibin başlatılması imkânına sahip olunmasıdır. Bu nedenle, takibin sona erdirilmesine dair beyanın doğru şekilde nitelendirilmesi maddî hukuka ve icra hukukuna dair sonuçları itibarıyla önem arz eder.

İcra takibinin geri alınmasına dair mevzuatta hüküm bulunmadığı için takibin geri alınması usûlü genel kurallar kapsamında belirlenmelidir. İcra takibinin geri alınmasını alacaklı talep edebilir. Ayrıca icra takibinin tarafları arasında takip arkadaşlığının bulunması, icra takibinin usûlü bakımından önem arz eder. Alacaklılar arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunması hâlinde, alacaklıların takibin geri alınması bakımından birlikte hareket etmesi gerekir. Buna karşılık, alacaklı tarafta ihtiyarî takip arkadaşlığı varsa, takibin geri alınması beyanı sadece ilgili alacaklı yönünden hüküm ve sonuç doğurur. Borçlular arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunduğu takdirde, takibin geri alınmasının sonuçları tüm borçlular için geçerlidir. Ancak borçlular arasında ihtiyarî takip arkadaşlığı varsa, borçlu sayısı kadar takibin olmasından hareketle takibin geri alınması sadece ilgili borçlu yönünden hüküm ifade eder. İcra takibinin geri alınması hâlinde ödenmesi gereken tahsil harcı ise ihtiyarî ve zorunlu takip arkadaşlığı yönünden ayırım yapılarak değerlendirilmelidir.

Alacaklı icra dairesine yönelik takibin geri alınmasına dair talepte bulunmalıdır. Takibin geri alınmasına dair mevzuatta sınırlandırıcı bir hüküm olmasa da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı genel hukuk ilkeleri olarak bu yetkinin sınırlarını teşkil eder. Bunun yanında, alacaklı

¹⁶² Ertanhan, *Takip Giderleri*, 306.

takibin sonlandırılmasına dair tasarruf yetkisini borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatlerini ihlâl etmeden kullanmalıdır. Bu doğrultuda, icra takibinin belirli bir aşamasından sonra geri alınması, söz konusu menfaatleri olumsuz etkilediğinden alacaklının bu yetkisi zaman yönünden de sınırlandırılmalıdır. İcra takibinin ihalede teklif verme sürecinin başlaması anından sonra geri alınamayacağı kabulü, hem Kanun'un 115'inci maddesi hem de borçlu ve ihale alıcısının mülkiyet haklarının korunması bakımından yerinde olur. Olması gereken hukuk bakımından, Harçlar Kanunu'nun 23'üncü maddesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun anılan hükmüyle uyumlu hâle getirilmesi ve paraya çevirme işleminden sonra da takibin geri alınmasına cevaz veren lafzının değiştirilmesi gerekir.

Genel haciz yoluyla icra takibinin geri alınmasının maddî hukuk bakımından en temel sonucu, esas haktan feragat edilmediği için bu hakkın sona ermemesidir. Bununla birlikte, takip talebiyle birlikte doğan zamanaşımının kesilmesi ve hak düşürücü sürenin korunması sonuçları, takibin geri alınması ile birlikte sona erer. Buna karşın, ödeme emrinin tebliğiyle doğan iyiniyetin ortadan kalkması ve borçlunun temerrüde düşmesi sonuçları varlığını korur. Bu husus, rehne müracaat etmek yerine genel haciz yoluyla takip başlatılması durumunda söz konusu olan gemi üzerindeki kanunî rehin hakkından feragat edilmiş sayılma sonucu bakımından da geçerlidir. İcra takibinin geri alınmasının maddî hukuka etkisi yönünden, ödeme emrinin tebliğinden önce veya sonra takibin geri alınması şeklinde ayırım yapılması gerekir. Zira icra takibinin maddî hukuka dair birtakım sonuçları takip talebinde bulunmakla, bazı sonuçları ödeme emrinin tebliğiyle birlikte doğmaktadır.

Genel haciz yoluyla takibin geri alınmasının icra hukuku bakımından esas sonucu ise icra takibinin sona ermesi ve takibin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesidir. Ancak icra takibinin geri alındığı aşamaya göre geri alma beyanının birtakım icra hukuku kurumları yönünden ayrıca etkisi bulunmaktadır.

İcra takibinin geri alınması, takibin derdestliği bakımından sonuç doğurur. Takibin geri alınması ve tahsil harcının Kanun'a uygun şekilde yatırılması hâlinde takip hiç yapılmamış gibi kabul edildiğinden, aynı alacak için yeniden takip yapılması derdestlik yönünden bir soruna yol açmaz. Buna karşın, söz konusu harcın yatırılmaması hâlinde, dosya işleminden kaldırılrsa da derdest kalmaya devam edeceğinden aynı alacak için yeniden takip yapılabilmesi mümkün olmayıp bu husus süresiz şikâyet sebebi teşkil eder.

İcra takibinin geri alınması, şikâyet talebinin akıbetini de etkiler. Takibin geri alınmasından önce şikâyet yoluna başvurulması hâlinde, şikâyet talebinin esastan incelenip incelenemeyeceğine dair farklı yargı kararları bulunmakla birlikte, bu konuda takibin geri alınmasının temel sonucundan hareketle değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre icra takibinin geri alınması üzerine icra dairesince yapılan bir işlemin iptal edildiği, düzeltildiği veya yapılmayan bir işlemin yapılabileceği bir icra takibi artık bulunmadığı için şikâyetin konusuz kaldığı sonucuna varılmalıdır. Bu bağlamda, şikâyet talebine dair esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmeli ve şikâyet tarihindeki haklılık durumları gözetilerek yargılama giderlerine hükmedilmelidir.

Uygulamada icra takibinin geri alınmasının itirazın kaldırılması ve iptali bakımından doğurduğu sonuçlar da tartışma konusu edilmiştir. Henüz itirazın kaldırılması yoluna başvurulmadan ya da itirazın iptali davası açılmadan takibin geri alınması hâlinde, artık bu yollara başvuruda hukukî yarar bulunmaz. Bununla birlikte, itirazın kaldırılması yoluna başvurulmasının ardından takibin geri alınması hâlinde, geçerli bir takipten söz edilemeyeceğinden itirazın kaldırılması başvurusunun konusuz kaldığı kabul edilmelidir. İtirazın kesin kaldırılması bakımından Kanun'da borçlu lehine öngörülen tazminata, ancak başvurunun esastan reddedilmiş olması hâlinde hükmedilebileceğinden, takibin geri alınması neticesinde konusuz kalan yargılamada alacaklı bu tazminata mahkûm edilemez. Buna karşın itirazın geçici kaldırılmasında ise Kanun'da bu şekilde bir ayırım yapılmadığından başlangıçtaki haklılık durumuna göre söz konusu tazminata hükmedilebilir.

İtirazın iptali davası yönünden ise bu davanın hukukî niteliğinden hareketle bir sonuca varılması gerekmektedir. Bu durumda, alacağın tahsilinin ve haksız itirazın iptalinin yanında açıkça talep edilmişse inkâr tazminatının talep edildiği bir yargılama faaliyeti söz konusu olduğundan, takibin geri alınması hâlinde her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, geçerli bir takip bulunmadığı için haksız itirazın iptali yönündeki talebin konusuz kaldığı, buna karşın alacağın tahsili talebi bakımından yargılamaya devam edilmesi gerektiği kanaatine varılmalıdır. Yargılama neticesinde alacaklı ya da borçlu aleyhine hükmedilecek tazminatlara ise davanın açıldığı andaki haklılık durumlarına göre karar verilmelidir.

Takibin geri alınmasının uygulamada çelişkili kararlara sebebiyet verdiği bir diğer durum ise menfî tespit davaları yönündendir. Bu kapsamda özellikle

menfî tespit davasının açılmasının ardından takibin geri alınması hâlinde, davaya devam edilmesine dair hukukî yararın bulunup bulunmadığı tartışma konusu edilse de kanaatimizce hukukî yararın icra takibinin varlığı ile doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, alacağın varlığı ya da yokluğu da dikkate alınarak borçlunun/davacının güncel ve korunmaya değer menfaatinin bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Alacaklının kötüniyetli ve haksız olduğu tespit edilirse, bu dava sonunda da borçlu lehine tazminata hükmedilebilir.

Takibin geri alınmasının ihaleye etkisi bakımından, bu durumun ihalenin feshi sebebi teşkil etmediğini ve ihalenin feshi incelemesini de etkilemediğini belirtmek gerekir. İhalenin feshi talebinde takibin geri alınması haricinde ileri sürülen sebepler varsa, bunlar yönünden talep incelenerek bir sonuca varılmalıdır. İhalenin feshi talebinin kabul edilmesi hâlinde, paraya çevirme işleminin tekrarlanması gerektiği için bu ihtimâl yönünden takibin geri alınması beyanı dikkate alınmalıdır. Ancak, bu hususta takibin ancak teklif verme anına kadar geri alınabileceğinin kabulü uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi bakımından yerinde olacaktır.

İcra takibinin geri alınmasının icra harç ve giderleri yönünden de etkisi vardır. Nitekim icra takibini geri alan alacaklı ödediği harç ve giderlere katlanır ve takibi geri aldığı aşamaya göre değişen oranda kural olarak tahsil harcı öder. İcra takibinin geri alınması hâlinde tahsil harcının ödenmesi gerekliliği, hakkın kötüye kullanılması ihtimâline binaen alacaklıyı düşünmeye sevk etmesi yönüyle isabetlidir. İcra takibinin geri alınmasının alacaklı vekilinin kanunî vekâlet ücretine etkisi yönünden ise taraflar arasında sulh olup olmamasına göre bir sonuca varılmalıdır. İcra takibinde borçlunun vekille temsil edilmesi hâlinde de eşitlik ilkesi ve menfaat dengesi gereği borçlu lehine kanunî vekâlet ücretinin talep edilebileceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan. *İcra - İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1984.
- Arslan, Ramazan. *Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: Sevinç, 1989.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Aslan, Kudret. *Medenî Usûl Hukukunda Davanın Geri Alınması*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Aslan, Kudret. “7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte Hacizli Malların Satış Talebi ve Satış Giderleri.” *SÜHFD* 31, 2 (2023): 783-853.
- Aslan, Kudret. “Davadan Feragat, Ölen Eşin Mirasçılarının TMK m. 181/2 Hükmüne Göre Davayı Devam Ettirmesine Engel Olabilir Mi?.” *MİHDER* 18, 51 (2022): 3-68.
- Aşık, İbrahim. *İcra Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan, 2006.
- Aşık, İbrahim, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Atalı, Murat. *Pekantez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Atalı, Murat ve M. Serra Korkut. “İtirazın İptali ve Takipli İflasta İflas Davasının İslah Yoluyla Doğrudan İflasa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?.” *MİHDER* 15, 43 (2019): 425-439.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Peter Hartmann, Monika Anders ve Burkhard Gehle. *Zivilprozessordnung*. München: C. H. Beck, 2020.
- Berkin, Necmettin M. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz, 1980.
- Boran Güneysu, Nilüfer. *Medenî Usûl Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet, 2014.
- Brox, Hans ve Wolf-Dietrich Walker. *Zwangs-vollstreckungsrecht*. München: Vahlen, 2021.

- Buz, Vedat. *Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin, 2005.
- Bulut, Uğur. *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*. Ankara: Adalet, 2017.
- Çağa, Tahir. “Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair.” *BATİDER* VIII, 3 (1976): 21-31.
- Çağa, Tahir. “Yine Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair.” *BATİDER* X, 2 (1979): 369-376.
- Deyneklî, Adnan ve Sedat Kısa. *İtirazın İptali Davaları*. Ankara: Turhan, 2013.
- Dişel, Buse. *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı*. İstanbul: On İki Levha, 2014.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özeker, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Eminoğlu, Cafer ve Ersin Erdoğan. *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arbuluculuk*. Ankara: Adalet, 2020.
- Erdem, Murat. “İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası.” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Ermeneç, İbrahim. *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Ermeneç, İbrahim ve Betül Azaklı Arslan. “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arbulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m 5/A).” *TBBD* 33, 148 (2020): 135-196.
- Erturgut, Mine. *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*. Ankara: Yetkin, 2000.
- Erzurumlu Işık, Nurbanu. “Yargı Kararları Çerçevesinde İtirazın İptali Davasının Kısmî Dava Olarak Açılması.” *III. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi Konya*, (1-3 Haziran 2023): 512-529.
- Ertanhan, Mesut. *Yargılama ve Takip Giderleri*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Fritzsche, Hans ve Hans Ulrich Walder-Bohner. *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht Band I*. Zürich: Schulthess, 1984.
- Gaul, Hans Friedhelm, Eberhard Schilken, Ekkehard Becker Eberhard ve Panajotta Lakkis. *Zwangsvollstreckungsrecht*. München: C. H. Beck, 2010.
- Gerhardt, Walter. *Vollstreckungsrecht*. Berlin: De Gruyter, 1982.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.

- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Hunkeler, Daniel. *Kurzkommentar SchKG*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Karmış, Enver. “İcra ve İflâs Kanunu Işığında Harçlar Yasasının Uygulanması.” *Legal Hukuk Dergisi* 2 (2003): 332-352.
- Kılınç, Ayşe. *İcra Takibinde Derdestlik*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Kindl, Johann ve Caroline Meller-Hannich. *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*. Baden-Baden: Nomos, 2021.
- Kiraz, Taylan Özgür. *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*. Ankara: Adalet, 2013.
- Korkmaz, Cansu. *Sınai Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. Ankara: Adalet, 2023.
- Köse, Yasin. “İcra Takibinde Tahsil Harcı.” *Terazi Hukuk Dergisi*, 183 (Kasım 2021): 2218-2224.
- Kuru, Baki. “İlâmsız İcra Zamanaşımının İleri Sürülmesi.” *BATİDER* 13, 3-4 (1986): 91-110.
- Kuru, Baki. *Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*. Ankara: Yetkin, 2003.
- Kuru, Baki ve Ali Cem Budak. *Tespit Davaları*. İstanbul: On İki Levha, 2010.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Adalet, 2013.
- Kuru, Baki. *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı Cilt I*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Küçük, Alper Tunga. “İtirazın İptali Davasında Islaha İlişkin Sorunlar.” İçinde *Prof. Dr. Necmettin Berkin’e Armağan*, ed. Başak Baysal, 695-738. İstanbul: Filiz, 2021.
- Meriç, Nedim. *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*. Ankara: Yetkin, 2011.
- Meriç, Nedim. *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk ve İsviçre Hukuku Kapsamında)*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Musielak, Hans-Joachim ve Wolfgang Voit. *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*. München: Vahlen, 2023.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku Cilt I*. Ankara: Adalet, 2013.
- Muşul, Timuçin. *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*. Ankara: Adalet, 2014.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*. Ankara: Adalet, 2016.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*. Ankara: Adalet, 2017.
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. İstanbul: On İki Levha, 2019.

- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Vedat, 2015.
- Özekes, Muhammet. *İcra İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz*. Ankara: Seçkin, 1999.
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet, 2009.
- Özmumcu, Seda. "Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi." *İÜHFMLXX*, 2 (2012):183-205.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt II*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Pekcanitez, Hakan ve Cemil Simil. *İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet*. İstanbul: Vedat, 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Pınar, Burak. *Yargı ve İcra Harçları*. Ankara: Adalet, 2009.
- Postacıoğlu, İlhan E. "İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar." *BATİDER IX*, 4 (1978): 951-970.
- Postacıoğlu, İlhan E. "Ödeme Emrine İtirazın İptali Mevzuunda Bazı Zarurî Açıklamalar." *BATİDER X*, 4 (1980): 965-980.
- Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Rauscher, Thomas, Peter Wax, Joachim Wenzel, Hans-Joachim Heßler. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band II*. München: C. H. Beck, 2020.
- Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald. *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 2018.
- Saçar, Ömer Faruk. *Medenî Usûl Hukukunda İhtiyarî Dava Arkadaşlığı*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Saenger, Ingo. *Zivilprozessordnung*. Baden-Baden: Nomos, 2023.
- Stamm, Jürgen. *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- Stein, Friedrich ve Martin Jonas. *Kommentar zur Zivilprozessordnung Band VII*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- Stahelin, Daniel, Thomas Bauer ve Franco Lorandi. *BSK SchKG I*. Basel: Schulthess, 2021.

- Tat, Ali. *Uygulamada İcra ve İflâs Hukuku Harç Rehberi*. Ankara: Adalet, 2022.
- Tanır, Zeliha Büşra. *Genel Haciz Yoluyla Takipte İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması*. Ankara: Adalet, 2022.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı*. Ankara: Adalet, 2007.
- Tanrıver, Süha. "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler". *TBB* 32, 147 (2020): 111-142.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Thomas, Heinz ve Hans Putzo. *Zivilprozessordnung*. München: C. H. Beck, 2021.
- Umar, Bilge. *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*. İzmir: Ege Üniversitesi, 1973.
- Umar, Bilge. "Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Baskı)." İçinde *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, ed. Hakan Pekcanitez, 685-705. Ankara: TBB, 2004.
- Uyar, Talih. "İcra ve İflâs Hukukunda Harçlar ve Giderler." www.e-uyar.com.
- Ülkü, Nazlı Gören. *İcra Hukukunda Ödeme Emri*. İstanbul: Arıkan, 2008.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul: Nesil, 2000.
- Vock, Dominik ve Martina Aepli. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*. Zürich: Schulthess, 2017.
- Yıldırım, M. Kâmil ve Nevhis Deren Yıldırım. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.
- Yılmaz, Ejder. "İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği." İçinde *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, ed. Hakan Pekcanitez, Süha Tanrıver, Muhammet Özekes ve Murat Atalı, 597-615. Ankara: Adalet, 2009.
- Yılmaz, Ejder. "Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı." İçinde *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, ed. Sevilay Uzunallı, 531-554. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, 2015.
- Zöllner, Richard. *Zivilprozessordnung Kommentar*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2022.

PROTECTION OF IP RIGHTS AS AN INVESTMENT

Fikri Mülkiyet Haklarının Yatırım Olarak Korunması

Banu Fatma GÜNARSLAN*

Abstract

Intellectual property (IP) rights are embedded as an asset under the definition of investment in most international investment agreements. These agreements ensure protection and promotion of investment. Where IP rights are treated as an investment, they do benefit from the protection standards afforded by the international investment agreements. However, it is highly debated that to what extent an IP right constitutes an investment. Does the inclusion of IP rights under the investment definition of agreement suffice to be qualified as an investment? Or are there any other requirements? Over the last few years, these questions have attracted considerable scholarly interest.

This article aims to analyse protection of IP rights as an investment and legal issues deriving from intersection between IP law and international investment law. Accordingly, it will attempt to answer the question as to when IP rights constitute an investment. In this sense, the article will initially discuss the inclusion of IP rights under the definition of investment afforded by several investment agreements. Subsequently, protection of IP rights in ICSID Convention will be discussed critically. Thirdly, the article will try to underscore the roles of international investment law and domestic law in determining whether an IP right is investment.

Key Words: IP rights, international investment agreement, ICSID Convention, trademark, patent.

Makalenin Geliş Tarihi: 31.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 06.05.2024.

* Dr., Judge, Justice Academy of Türkiye, LLB (Ankara), LLM in Private (Civil) Law (Ankara), LLM in International Commercial Law (City, University of London), PhD in Private (Civil) Law (Ankara), Email: banugunarslan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3033-5533.

Özet

Fikri mülkiyet hakları, çoğu uluslararası yatırım anlaşmasında yatırım tanımı altında bir varlık olarak yer almaktadır. Bu anlaşmalar, yatırımların korunmasını ve teşvik edilmesini sağlar. Fikri mülkiyet haklarının yatırım olarak değerlendirildiği durumlarda, bu haklar uluslararası yatırım anlaşmaları tarafından sağlanan koruma standartlarından faydalanmaktadır. Ancak, bir fikri mülkiyet hakkının ne ölçüde bir yatırım teşkil ettiği konusu oldukça tartışmalıdır. Fikri mülkiyet haklarının anlaşmanın yatırım tanımı kapsamına dahil edilmesi yatırım olarak nitelendirilmesi için yeterli midir? Yoksa başka koşullar da bulunmakta mıdır? Son birkaç yıldır, bu sorular önemli ölçüde akademik ilgi çekmektedir.

Bu makale, fikri mülkiyet haklarının bir yatırım olarak korunmasını ve fikri mülkiyet hukuku ile uluslararası yatırım hukuku arasındaki kesişimden kaynaklanan hukuki sorunları analiz etmeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, fikri mülkiyet haklarının ne zaman bir yatırım teşkil ettiği sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, makale ilk olarak çeşitli yatırım anlaşmaları kapsamında fikri mülkiyet haklarının yatırım tanımına dahil edilmesini tartışacaktır. Daha sonra, ICSID Sözleşmesi'nde fikri mülkiyet haklarının korunması eleştirel bir şekilde tartışılacaktır. Üçüncü olarak, makale bir fikri mülkiyet hakkının yatırım olup olmadığının belirlenmesinde uluslararası yatırım hukuku ve iç hukukun rollerinin altını çizmeye çalışacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fikri mülkiyet hakları, uluslararası yatırım anlaşması, ICSID Sözleşmesi, marka, patent.

INTRODUCTION

Investment agreements are signed between countries in order to develop natural resources, to provide opportunities such as new employment areas and technology transfer, to attract foreign investors, to protect and promote investments.

In international investment agreements, the notion of “investment” is often defined directly and broadly. However, investment definition in international investment agreements varies in treaty practice. Today, IP rights are included in the investment definition in most international investment agreements. IP rights are often explicitly stated as an asset under the definition

of investment¹. Arbitration decisions provide guidance in defining the concept of investment.

This article will examine the investment definition of international investment agreements in which IP rights are protected, the protection of IP rights as an investment within the scope of ICSID Convention, and the roles of international investment law and domestic law in qualifying IP rights as an investment.

In this context, the inclusion of IP rights in international investment agreements and the legal issues arising from the interplay between IP and investment law will be discussed critically in light of numerous arbitration decisions. This article will endeavour to make a comprehensive analysis by including the provisions of various investment agreements and the discussions in the doctrine. It will conclude taking notes of the critical aspects of the article.

I. PROTECTION OF IP RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS

Today, international investment agreements mostly incorporate IP rights. If an investment agreement covers IP rights within the scope of investment definition, then IP rights, as a rule, do benefit from the protection of treaty obligations. Where IP rights are considered under the protection of an international investment agreement, for instance, a patent owner, as an investor, may have right to be protected against discriminatory, unjust or expropriatory actions of the host state. However, the sole inclusion of the IP rights under the definition of investment assets may not suffice in order for them to benefit from the protection of the investment agreement². International investment agreements, which formed as either bilateral investment treaties (BITs) or chapters under free trade agreements (FTAs), are aimed to protect foreign investors' investments. Such agreements give obligations to states in order to protect investment and permit private actors

¹ Nath Upreti Pratyush, "Enforcing IPRs Through Investor-State Dispute Settlement: A Paradigm Shift in Global IP Practice," *Journal of World Intellectual Property* 19, no. 1-2 (2016): 54.

² Simon Klopschinski, Christopher Gibson, and Henning Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2021), 21.

(investors) to bring claims against states before arbitration tribunals³. The interplay between IP rights and international investment law has been subject to scholarly debate in recent years⁴.

³ Susy Frankel, “The Object and Purpose of Mingling Intellectual Property, Trade and Investment” in *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, ed. Christophe Geiger (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020), 48-49. Also see, Banu Fatma Günarslan, *Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022).

⁴ Ermias Tekeste Biadleng, “IP Rights under Investment Agreements: The TRIPs-plus Implications for Enforcement and Protection of Public Interest,” *South Centre, Research Papers* No. 8, (2006); Christophe Geiger, ed., *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020); Lahra Liberti, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview,” *OECD Working Papers on International Investment*, 1 (2010): 1-39; Christopher S Gibson, “Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide a New Means to Enforce Intellectual Property Rights?,” in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009–2010*, ed. Karl P. Sauvant (Oxford: Oxford University Press, 2010); Christopher S Gibson, “A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation,” *American University International Law Review* 25, no. 3 (2010); Henning Grosse Ruse-Khan, “Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPs: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?,” in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, ed. Kate Miles, Chester Brown (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-02; Henning Grosse Ruse-Khan, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation,” *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper* No. 2014-21, (2014); Ruth Okediji, “Is Intellectual Property ‘Investment’? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System,” *University of Pennsylvania Journal of International Law* 35, no. 4 (2014); Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, “From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property,” *Michigan Journal of International Law* 36, no. 4 (2015); Brook Baker and Katrina Geddes, “The Incredible Shrinking Victory: Eli Lilly v. Canada, Success, Judicial Reversal, and Continuing Threats from Pharmaceutical ISDS,” *Loyola University Chicago Law Journal* 49 (2017); Bryan Mercurio, “Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements,” *Journal of International Economic Law* 15, no. 3 (2012); Susy Frankel, “Interpreting the Overlap of International Investment and Intellectual Property Law,” *Journal of International Economic Law* 19, no. 1 (2016); Henning Grosse Ruse-Khan, “Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-state Dispute Settlement,” *Journal of International Economic Law* 19 (2016); Gabriel

Application of international investment agreements requires the analysis of the definitions of both “investment” and “investor”. The protection provided under the investment agreements solely becomes available when an “investor” makes an “investment”. Whereas the analysis of the term “investor” generally relies upon adopted standards such as nationality, domicile or residence, the notion of the “investment” includes various legal options⁵.

In determining whether an IP right is protected as an investment, it requires to consider the approach adopted in the investment agreement with regard to the investment definition. The vast majority of the international investment agreements include IP rights under the definition of investment by referring to term “intellectual property rights” or by adding a list showing several kinds of IP rights such as copyrights, trademarks, and patents. It is observed that the form of expression referring to IP rights in the investment definition of the agreements has changed over time. Under the modern approach, IP rights are incorporated in almost all investment definitions in international investment agreements. Nevertheless, there is no specific standard in the way of referring to IP rights in investment agreements⁶.

International investment agreements mostly refer to the IP rights by listing them explicitly within the categories of assets under the definition of investment. It has been argued that even in the case of broader terminology used for investment definition such as “every kind of asset” or “every kind of investment” without expressing IP rights directly, IP rights are still assumed to be an investment⁷.

M Lentner, “Nomos and Narrative: The Protection of Intellectual Property Rights in International Investment Law,” *Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers* No. 34 (2018); Günarlan, *Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması*.

⁵ Carlos Correa, “Intellectual Property as Protected Investment: Redefining the Reach of Investors’ Rights,” in *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, ed. Christophe Geiger (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020), 123.

⁶ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 149-151.

⁷ Flavia Marisi and Julien Chaisse, “Is Intellectual Property Investment: Formation, Evolution, and Transformation of the Intellectual Property Rights - Foreign Direct Investment Normative Relationship,” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 34, no. 1 (2019): 130; Julien Chaisse and Puneeth Nagaraj, “Changing Lanes: Intellectual

It has been suggested that there are four main approaches as to how IP rights would fall under the scope of the investment in international investment agreements⁸. Firstly, international investment agreements may refer to “property” or “assets” without explicitly mentioning IP rights. This approach is an old one embraced in the investment definition of the North American Free Trade Agreement (NAFTA), referring to “property, tangible and intangible”⁹. Secondly, the investment agreement may cover a general expression of “intellectual property rights” or “intangible property” without further detail. For instance, the bilateral investment treaty between the USA and Rwanda includes the term “intellectual property rights” within the list of assets under the definition of investment¹⁰. Thirdly, IP rights may be covered by including a specific reference to a list of intangible assets. One of the current examples is the bilateral investment agreement between Canada and Mongolia, which includes “intellectual property rights” under the definition of “investment”, and “copyright and related rights, trademark rights, rights in geographical indications, rights in industrial designs, patent rights, rights in layout designs of integrated circuits, rights in relation to protection of undisclosed information, and plant breeders’ rights” under the definition of “intellectual property rights”¹¹. The fourth possibility is that the definition of IP rights may clearly refer to domestic law.

In terms of agreement practice, some bilateral investment agreements include “intellectual property rights” within the scope of investment definition in a general sense, without enumerating the types of IP rights under the investment term¹². Investment agreements may also use a broader terminology

Property Rights, Trade and Investment,” *Hastings International and Comparative Law Review* 37, no. 2 (2014): 252.

⁸ Carlos Correa and Jorge E Viñuales, “Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?,” *Journal of International Economic Law* 19, no. 1 (2016): 93; Marisi and Chaisse, “Is Intellectual Property Investment,” 130.

⁹ NAFTA Chapter 11, Article 1139 (g) “real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes”.

¹⁰ U.S.-Rwanda, Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (19.02.2008).

¹¹ Agreement Between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments (08.09.2016).

¹² See, the United States–Bahrain BIT, Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the State of Bahrain Concerning the

as “every kind of asset” without explicitly listing IP rights¹³. For instance, IP rights are included within the scope of investment definition of the bilateral investment agreement between Australia and India, stating that “ ‘investment’ means every kind of asset, including intellectual property rights, invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party”¹⁴.

Although IP rights are not explicitly mentioned under the definition of investment in the investment agreement, such agreements may implicitly include IP rights within the content of investment. Under the Chapter Eleven (Investment) of the NAFTA, Article 1139 does not involve the term “intellectual property rights” within the definition of investment. It rather covers “...real estate or other property, tangible or intangible...”¹⁵. However, this did not preclude Eli Lilly from filing an investment claim against Canada and from being heard and settled in investment arbitration.

However, non-reference to IP rights is not a preferred approach in international investment agreements. Many investment agreements explicitly include “intellectual property rights” under the definition of investment. For instance, Article 14 of the Agreement between the USA, Mexico and Canada stipulates that “investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. An investment may include: (...) (f) intellectual property rights”¹⁶.

Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed at Washington on 29 September 1999, entered into force 30 May 2001.

¹³ UK–Ecuador BIT, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Protection of Investments, signed 10 May 1994, entered into force 24 August 1995; Netherlands–Brazil BIT, Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federative Republic of Brazil (25.11.1998).

¹⁴ Agreement Between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments (26.02.1999).

¹⁵ NAFTA Chapter 11, Article 1139.

¹⁶ Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Article 14.

Likewise, bilateral investment treaty between the USA and Uruguay defines “investment” as “every asset” and also includes “intellectual property rights” within the examples of assets under the investment definition¹⁷.

The general reference to “intellectual property rights” raises the question of whether it covers IP rights that arise after the signing of the investment agreement. Parties to the investment agreement may not desire to assume liability for rights that were not protected as IP at the time of signing the applicable agreement. However, an arbitral tribunal may hold the state responsible for IP rights that did not exist at the time of signing due to the general reference to IP rights. This risk could be eliminated with more detailed provisions by including more specificity¹⁸.

Another way that international investment agreements include IP rights as investment is to explicitly enumerate IP types under the definition of investment. This method, which is used in the most bilateral investment agreements, may provide legal certainty beyond doubt¹⁹. “Patents” and “technical knowledge” were explicitly mentioned for the first time in the 1959 bilateral investment agreement between Germany and Pakistan. Article 8(1)(a) of the Agreement states that “The term ‘investment’ shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge”²⁰.

The German 2008 model bilateral investment agreement has also listed the assets that should be regarded as investments: “(d) intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility-model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights;

(e) trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and good-will”²¹.

¹⁷ Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Article 1.

¹⁸ Correa, “Redefining,” 125.

¹⁹ Lukas Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights As Foreign Direct Investments: From Collision To Collaboration* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015), 9.

²⁰ Pakistan and Federal Republic of Germany Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes) (25.11.1959), Article 8.

²¹ Treaty Between the Federal Republic of Germany and ____ Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Article 1.

A similar approach can be found in the French 2006 model bilateral investment agreement. According to this agreement, the term investment includes the following items: “1. The term ‘investment’ means every kind of assets, such as goods, rights and interests of whatever nature, and in particular though not exclusively:

d) intellectual, commercial and industrial property rights such as copyrights, patents, licenses, trademarks, industrial models and mockups, technical processes, know-how, tradenames and goodwill”²².

Another example demonstrating the types of IP rights in the scope of investment is the bilateral investment agreement signed between Brazil and Ethiopia in 2018. Pursuant to the Article 1.3(f) of the Agreement, IP rights covered within the investment definition are: “Intellectual property rights such as trademarks, trade names, trade secrets, copyrights, know-how, goodwill associated with an investment, industrial designs and technical processes to the extent they are recognized under the law of the Host State and international agreements to which the Contracting Parties are parties”²³.

The 2009 Germany-Pakistan bilateral investment agreement also made a detailed reference to IP rights. This agreement includes not only basic categories such as copyright, patent and trademark, but also IP rights such as “trade and business secrets”, “technical processes”, “know-how” and “goodwill”²⁴.

One of recent agreements, the 2019 EU-Vietnam bilateral investment agreement, includes “intellectual property rights and goodwill” under the forms of investment list, and also refers to the IP categories that are referred to the TRIPS Agreement. In addition, it specifically enumerates the types of IP rights²⁵.

In investment agreements to which Türkiye is a party, IP types are clearly included under the definition of investment. In this respect, the bilateral

²² Draft Agreement Between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of . . . on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.

²³ Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation.

²⁴ Agreement Between the Islamic Republic of Pakistan and the Federal Republic of Germany on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (1.12.2009), Article 1(1)(d).

²⁵ Investment Protection Agreement Between the European Union And Its Member States, of the One Part, And The Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, Article 1.2(h)(vi).

investment agreement between Türkiye and Austria, which was published in the Official Gazette dated February 10, 1991, refers to “copyrights; industrial property rights such as patents for inventions, trademarks, industrial designs and utility models, technical processes, know-how, trade names and goodwill” under the definition of investment²⁶. More recently, under the definition of investment of the bilateral investment agreement between Türkiye and Georgia published in the Official Gazette dated 1 June 2021, IP rights are expressed as follows: “intellectual and industrial property rights such as patents, industrial designs, technical processes, as well as trademarks, goodwill, and know-how which are related to an investment”²⁷.

Besides BITs, FTAs mostly incorporate an investment chapter and under such agreements IP rights are generally considered as investment²⁸. In other words, in addition to intellectual property chapters, these agreements also contain investment chapters which protect intellectual property as investment assets. For instance, US-Australia FTA contains Chapter 11 dealing with investment. Article 11.17:4 states that “investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

(f) intellectual property rights”²⁹.

Article 10.28(f) of the Dominican Republic-Central America FTA (CAFTA– DR)³⁰, Article 10.27(f) of the US– Chile FTA³¹, Article 10.28(f) of the US– Peru Trade Promotion Agreement (TPA)³², and Article 15.1:17(f) of the US– Singapore FTA³³ contain the same investment definition³⁴.

²⁶ Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Austria for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Article 1(1)(d).

²⁷ Agreement between the Government of Republic of Turkey and the Government of Georgia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Article 1(1)(d).

²⁸ Henning Grosse Ruse Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law* (Oxford University Press, 2016), 156.

²⁹ US– Australia FTA.

³⁰ Dominican Republic-Central America FTA (CAFTA– DR).

³¹ US– Chile FTA.

³² US– Peru Trade Promotion Agreement (TPA).

³³ US– Singapore FTA.

³⁴ Similarly see US FTAs incorporating articles on investment (as well as IPRs) with Jordan, Morocco, and the Central American countries.

In the same vein, Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership Agreement between Japan and the Republic of Indonesia has an investment chapter including a list of IP rights under the investment definition. According to Chapter 5, Article 58(f): “the term “investments” means every kind of asset invested by an investor, in accordance with applicable laws and regulations, including, though not exclusively:

(vi) intellectual property rights, including copyrights, patent rights and rights relating to utility models, trademarks, industrial designs, layout-designs of integrated circuits, new varieties of plants, trade names, indications of source or geographical indications and undisclosed information”³⁵.

More recently, Canada's most comprehensive free trade agreement, the Comprehensive and Economic Trade Agreement between Canada and the European Union (CETA) also includes an investment chapter. Under the investment chapter, the agreement makes definitions of intellectual property and investment for the purposes of this chapter. According to Chapter 8, Article 8.1 “intellectual property rights means copyright and related rights, trademark rights, rights in geographical indications, rights in industrial designs, patent rights, rights in layout designs of integrated circuits, rights in relation to protection of undisclosed information, and plant breeders' rights; and, if such rights are provided by a Party's law, utility model rights. The CETA Joint Committee may, by decision, add other categories of intellectual property to this definition”. IP rights fall within the definition of investment under the CETA as follows: “investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

(g) intellectual property rights”³⁶.

Another recent FTA is Comprehensive and Progressive Trans Pacific Partnership (CPTPP) which incorporates investment definition in the investment chapter: “investment means every asset that an investor owns or

³⁵ Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership Agreement.

³⁶ Comprehensive and Economic Trade Agreement between Canada and the European Union (CETA).

controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

(f) intellectual property rights³⁷.

Such recent definitions include IP rights as an investment, but nevertheless require to have the characteristics of investment. Thus, if those rights are not used in a way having the economic characteristics of an investment, investment tribunals should not simply protect them as an investment³⁸.

According to Article 31(1)-(2) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the term “investment” should not be interpreted as limited to the wording of the relevant article, but the whole agreement, its goals and objectives should also be taken into consideration. The application of these interpretation rules and the open-ended terminologies, often with non-exhaustive lists, demonstrate the flexible nature of the term “investment”³⁹. It is argued that since IP rights are intended to be under investment protection today and in the future, international investment agreements deliberately include IP rights in a manner that is open to new interpretations⁴⁰.

Nonetheless, the inclusion of IP rights within the broad definition of investment may give rise to several questions. What rights are included in the treaty? To what extent the acquisition, exercise, limitations or exceptions to these rights abide by the provisions of international agreements? Considering the principle of territoriality of IP rights, as to be discussed below, the most appropriate answer to these questions could be the domestic law of the country where the investment has made. That is to say, since the agreement does not create new rights, the rights to be protected and the limits of these rights will be determined according to the domestic law. International investment agreements, per se, cannot create or modify IP rights. Therefore, if there is no protection for a particular IP right under the domestic law, the investor would

³⁷ Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership.

³⁸ Susy Frankel, “The Object and Purpose of Mingling Intellectual Property, Trade and Investment” in *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, ed. Christophe Geiger (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020), 54.

³⁹ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 11-12.

⁴⁰ Marisi and Chaisse, “Is Intellectual Property Investment,” 131.

not have any asset to be protected as an IP right, in the first place, and accordingly there would not be an IP right covered as an investment⁴¹.

The use of broad language leads to a general acceptance that bilateral investment agreements cover intangible assets. This approach has later been adopted through the explicit inclusion of IP rights under the definition of investment in bilateral investment agreements. Therefore, this has given rise to the presumption that although IP is not explicitly mentioned, it can be considered in the broad definition of investment as a form of property. However, such an interpretation may cause various issues, as can be seen from the negotiations of the Multilateral Agreement on Investment⁴², where the exclusion of IP rights from the definition of investment has been argued by some states⁴³. Nevertheless, the reference to IP rights under the definition of investment in various ways has been a long-standing manner in investment treaty practice⁴⁴.

II. PROTECTION OF IP RIGHTS IN ICSID CONVENTION

Most of the investment treaties refer to ICSID arbitration owing to the protections under this dispute resolution mechanism. The most important advantage of this mechanism is related to the enforcement process of the ICSID arbitration awards. The Convention stipulates that these arbitral awards should be considered to have the same force and effect as courts' decisions of the member states⁴⁵. That is to say, the decisions rendered by the ICSID arbitration are not subject to an enforcement process unlike other international arbitrations⁴⁶.

⁴¹ Correa, "Redefining," 124; Grosse Ruse Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law*, 156.

⁴² OECD (1997), 'Report to the Negotiating Group on Intellectual Property', Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), 26 March 1997, DAF/MAI(97)13.

⁴³ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 13.

⁴⁴ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 157.

⁴⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States - ICSID Convention (18.03.1965), art 53 and 54.

⁴⁶ İlhan Yılmaz, "ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (2020): 457.

ICSID arbitration is specifically important since it is the only mandatory enforcement option in some bilateral investment agreements⁴⁷. Other dispute resolution mechanisms are not often afforded under the international investment agreements. Therefore, ICSID arbitration is generally the only option for the foreign investors. Given these issues, ICSID arbitration can be perceived as the regular way of resolution method for investment disputes⁴⁸.

For the ICSID arbitration, it is not sufficient to solely meet the requirements of the investment definition under the international investment agreements. It should also satisfy the requirements for the Article 25.1 of the ICSID Convention⁴⁹.

As has been recently stated in *Bridgestone v Panama*, “It is common ground that the Tribunal will only have jurisdiction in relation to a claim brought by BSAM if (i) there is an ‘investment’ out of which the dispute directly arises within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention; and (ii) that “investment” also falls within the definition in Article 10.29 of the TPA”⁵⁰.

Requirements for ICSID arbitration are stipulated in Article 25 of the Convention:

“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that

⁴⁷ See, Agreement between the Republic of Austria and Malaysia for the Promotion and Protection of Investments (12.04.1985), art. 9(2); Agreement Between the Government of Mongolia and the Government of the Republic of Singapore on the Protection and Promotion of Investments (24.07.1995), art. 13(2); Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments (21.05.1981), art. 7.

⁴⁸ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 21.

⁴⁹ Simon Klopschinski, “Public Policy Considerations in Intellectual Property-Related International Investment Arbitration,” in *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, ed. Christophe Geiger (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020), 242; Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 157.

⁵⁰ *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 157.

State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.”

Article 25.1 of the ICSID Convention stated that ICSID arbitral tribunals shall have jurisdiction over “legal dispute arising directly out of an investment”, but did not provide a definition to the term “investment”. It has been argued that the absence of a definition in the Convention enables flexibility and functionality to the notion of investment⁵¹.

However, it is controversial whether the lack of definition of investment in the Convention is a conscious choice to give states discretion through international investment agreements, or the investment has an inherent meaning within the context of the Convention⁵². As has been stated in *Bridgestone v Panama*, “There is much jurisprudence and academic discussion as to whether the meaning of ‘investment’ in the ICSID Convention can be more restrictive than the definition of ‘investment’ in a BIT or other agreement under which the jurisdiction of the Centre is invoked”⁵³.

In *Global Trading v Ukraine*⁵⁴, the tribunal emphasized that although there was a broad definition of the investment in the bilateral investment agreement, the requirements for an investment need to be satisfied within the context of the ICSID Convention’s understanding. A number of more recent cases, such as *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*⁵⁵, *Abaclat v. Argentina*⁵⁶ and *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*⁵⁷ pointed out that the investment has an inherent meaning under the Convention,

⁵¹ Sébastien Manciaux, “The Notion of Investment: New Controversies”, *The Journal of World Investment & Trade* 9 (2008): 447.

⁵² Krista N Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016), 82.

⁵³ *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 158.

⁵⁴ *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, Award (01.12.2010).

⁵⁵ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award (16.05.2018).

⁵⁶ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (04.08.2011).

⁵⁷ *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, Award (31.03.2011).

along with being enumerated under the list of assets in bilateral investment agreements.

Since the ICSID Convention does not define the investment, the meaning of the term has been determined by case law. In practice, the arbitral tribunals have introduced some criteria to define the investment. A four-element test which is known as “Salini test” was developed in *Salini v Morocco*⁵⁸. In this respect, four criteria have been put forward to qualify a commercial transaction as an investment. These criteria have been listed as (i) commitment of money or other resources, (ii) assumption of risk, (iii) duration, (iv) contribution to the economic development of the host country. Accordingly, an investor has to contribute with assets in the host country, assume more risks than the usual business hazards, have a long-term relationship with the host country, and contribute to the economic development of the host country⁵⁹. In addition to these, there have been decisions in which the regularity of profit and return is adopted as a separate criterion⁶⁰. The requirement of the contribution to the economic development of the host country has been the most debated criterion⁶¹. In this respect, it is argued that even if a small-scale sales contract is covered under the investment definition in the applicable treaty between the parties, it should not be characterized as an investment within the scope of Article 25 of the ICSID Convention⁶².

The tribunal in *MHS v Malaysia* assessed the hallmarks of the investment as follows: “The classical Salini hallmarks are not a punch list of items which, if completely checked off, will automatically lead to a conclusion that there is an ‘investment’. If any of these hallmarks are absent, the tribunal will hesitate (and probably decline) to make a finding of ‘investment’. However, even if they are all present, a tribunal will still examine the nature and degree of their

⁵⁸ *Salini et al. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (31.07.2001).

⁵⁹ Schefer, *International Investment Law*, 87-91.

⁶⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, (06.08.2004), para. 53; *Helnan International Hotels v. Egypt*, ICSID Case No: ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (17.10.2006), para. 77.

⁶¹ *Quiborax S. A. v. Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, (27.09.2012), para. 220-225.

⁶² Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Sixth Edition (Oxford: Oxford University Press, 2015), 456.

presence in order to determine whether, on a holistic assessment, it is satisfied that there is an ICSID ‘investment’⁶³.

In recent arbitration decisions, it has been seen that all elements of the Salini test have been moved away from the strict application. As was held in *Philip Morris v Uruguay*, “in the Tribunal’s view, the four constitutive elements of the Salini list do not constitute jurisdictional requirements to the effect that the absence of one or the other of these elements would imply a lack of jurisdiction. They are typical features of investments under the ICSID Convention, not ‘a set of mandatory legal requirements’. As such, they may assist in identifying or excluding in extreme cases the presence of an investment but they cannot defeat the broad and flexible concept of investment under the ICSID Convention to the extent it is not limited by the relevant treaty, as in the present case”⁶⁴.

It should be noted, however, that in modern treaty practice, international investment treaties incorporate at least the first three elements of the Salini test criteria (which are commitment of capital or other resources; expectation of gain; element of risk)⁶⁵.

The first element of the Salini test requires the foreign investor to commit substantial capital or other resources to the project or activity⁶⁶. If the foreign investor owns merely an IP right (for example, a registered trademark) but this right is not exploited in the economic activities, holding an IP right alone may not be sufficient to be qualified as an investment, since in this case, it may not be possible to mention commitment of capital or other resources in the host state⁶⁷.

⁶³ *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, (17.05.2007), para. 106.

⁶⁴ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (02.07.2013), para. 206.

⁶⁵ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 160.

⁶⁶ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award (09.03.1998); *Salini et al. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, (31.07.2001), para. 52.

⁶⁷ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 162.

The second element of the Salini test is the expectation of gain or profit⁶⁸. IP rights constitute an important part of the profits of international businesses. The values of modern companies increasingly rely on innovation and intangible assets, and hence the importance of IP in the business operations increases. Although the sole existence of an IP right itself does not bring profit or gain, the right holder generally aims to benefit from these rights economically through using them in the market or licensing them. Accordingly, the IP rights generally satisfy the expectation of gain or profit⁶⁹.

The third element of the Salini test is the risk assumed by the foreign investor. The risk covered by the ICSID Convention's understanding of investment must go beyond the risk in normal business transactions⁷⁰. Considering IP rights, the exercise of them often involves inherent risk and uncertainty. That is to say, it is unclear whether the use of IP rights in products and services will bring commercial success in the market. Also, there is a risk that IP rights may be infringed by third parties. The concern of inadequate or ineffective protection mechanisms of the host state against the infringements by third parties could be another risk assumed by the foreign investor⁷¹.

The fourth element required for the existence of an investment within the meaning of the ICSID Convention is the duration condition. Accordingly, the activity of the investor must involve a certain period of time. It is generally suggested in arbitral awards that this period should be at least two to five years⁷². For instance, in the *Salini v. Morocco*, the tribunal pointed out that “the transaction, therefore, complies with the minimal length of time upheld by the doctrine, which is from 2 to 5 years”⁷³. On the other hand, some commentators have argued that the minimum duration is not a mandatory element in qualifying the transaction as an investment. From this point of

⁶⁸ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 162.

⁶⁹ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 162-163.

⁷⁰ *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction (17.05.2007), para. 112.

⁷¹ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 163.

⁷² Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 163.

⁷³ *Salini et al. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, (31.07.2001), para. 54.

view, even if the duration is less than two years, determining as to whether a transaction qualifies as an investment requires analysis together with all other surrounding conditions⁷⁴.

Once IP rights are acquired, the duration of these rights generally includes long periods⁷⁵. Right owners often hold these rights with the expectation that they will support relevant economic activities for a significant period of time. Hence, “duration” element is generally satisfied⁷⁶. For instance, in *Philip Morris v Uruguay*, where trademarks were sued as investments, the tribunal hold that “having maintained operations in Uruguay for more than 30 years, the Claimants easily satisfy the Salini criterion of duration of the investment”⁷⁷.

The most debated element of the Salini criteria is that the investment should contribute to the development of the host state⁷⁸. Various ways such as increasing tax income, generating job opportunities, raising the living standard of the population in the host state could be assessed as the contribution to the development of the host state⁷⁹.

It has been observed that there has been a departure from this element in recent cases. For instance, in *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Republic of Chile*, the tribunal held that “it is true that the Preamble to the ICSID Convention mentions the contribution to the economic development of the host state. However, this reference is presented as a consequence and not as a condition of the investment: by protecting investments, the Convention facilitates the development of the host state. This

⁷⁴ Jean-Pierre Harb, “Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate,” *Mealey’s International Arbitration Report* 26, no. 8 (2011).

⁷⁵ See TRIPS Agreement art. 33: The term of protection available shall not end before the expiration of a period of 20 years counted from the filing date.

⁷⁶ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 164.

⁷⁷ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (02.07.2013), para. 190.

⁷⁸ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 164; Emmanuel K Oke, *The Interface Between Intellectual Property And Investment Law: An Intertextual Analysis* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2021), 60.

⁷⁹ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 164.

does not mean that the development of the host state is a constitutive element of the notion of investment. This is why, as was noted by certain arbitral tribunals, this fourth condition is in reality encompassed by the first three”⁸⁰.

In addition, the arbitral tribunals have mentioned the difficulty of objective evaluation as to whether an investment would contribute to the economic development of the host state. As was noted in *Philip Morris v Uruguay*, “the most controversial one has been held by some tribunals to be the contribution to the economic development of the host State due to the subjective character of this element and the resulting difficulty to ascertain its presence in a given investment”⁸¹.

On the other hand, in *Bridgestone v Panama*, the arbitral tribunal did not categorically exclude the criterion of contribution to the economic development of the host state⁸². The tribunal assessed the characteristics required for a trademark to be qualified as an investment. In this sense, the tribunal contemplated that “the mere registration of a trademark in a country manifestly does not amount to, or have the characteristics of, an investment in that country”⁸³. Further, it was stated that “the effect of registration of a trademark is negative. It prevents competitors from using that trademark on their products. It confers no benefit on the country where the registration takes place, nor, of itself, does it create any expectation of profit for the owner of the trademark”⁸⁴.

On the contrary, a trademark which is exploited can constitute an investment⁸⁵. The tribunal outlined that a trademark is exploited by means of the manufacture, promotion and sale of goods bearing that trademark, and this

⁸⁰ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2 (2008) para. 232, see Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 165.

⁸¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (02.07.2013), para. 207.

⁸² Oke, *Interface*, 92.

⁸³ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 171.

⁸⁴ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 171.

⁸⁵ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 172.

exploitation provides the trademark with characteristics of an investment⁸⁶. The tribunal emphasized that the exploitation of a trademark includes its commitment of resources⁸⁷. It was also noted that this exploitation involves significant duration of time, expectation of gain, and assumption of the risk⁸⁸. Further, the tribunal highlighted that the exploitation of the trademark contributes to the economic development. In this regard, the tribunal expressed the view that “this exploitation will also be beneficial to the development of the home State. The activities involved in promoting and supporting sales will benefit the host economy, as will taxation levied on sales”⁸⁹.

In Turkish law, Article 9 of the Law on Industrial Property includes a provision regarding the revocation of the trademark due to non-use, stating that “It is decided to revoke the trademark which is not used seriously in Türkiye within five years from the date of registration, without a justified reason, by the trademark owner in terms of the goods or services for which it has been registered, or whose use has been suspended for five years.” The exclusive right conferred by the trademark provides the right holder with the opportunity to prevent the infringement of the trademark by third parties and to prohibit the use of the trademark. On the other hand, the unreasonable increase of the trademarks that are not used by the trademark owners but continue to confer rights to the owner by being closed to the use of third parties may inflate the registry. Therefore, there is a public interest in the revocation of the trademark due to non-use⁹⁰. Considering that non-use of the trademark is regulated as a reason for revocation in Turkish law, a trademark that is not

⁸⁶ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 172.

⁸⁷ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 172.

⁸⁸ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 169.

⁸⁹ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 172.

⁹⁰ Arzu Oğuz, “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali,” in *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı*, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin, Banu Fatma Günarslan (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2020), 206; in the same vein see Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 892; also see Hayri Bozgeyik, “Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar,” in *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Cilt I-II, Cilt I, (Ankara: Turhan, 2010), 457.

used in commercial and economic activities should not constitute an investment⁹¹.

IP rights could make a contribution to the economic development of the host state when they are used by the owner. Trademarks exploited in the domestic market could assist in consumer choice and increase the job opportunities and tax revenues in the host state. In addition, foreign patent registrations are considered important in terms of technology transfer to developing countries⁹².

All these issues demonstrate that the analysis of whether the IP rights contribute to the development of the host state requires a case-by-case assessment. In this regard, it is important how IP rights are genuinely exploited in the host state⁹³.

An IP right should be considered an investment when exploited in the economic activities. This argument is also in accordance with the aim of international intellectual property law and international investment law regimes. The investor-state dispute resolution system may be utilized as an appellate authority for legitimate court decisions by some foreign investors. Abusing the system through this way may give rise to regulatory chill⁹⁴, particularly for developing countries. Hence, it is critical that solely investors who make genuine investments by exploiting their IP rights in commercial and economic activities in the host state be able to initiate investment arbitration against the state⁹⁵.

⁹¹ Günarşlan, *Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması*, 90.

⁹² Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 165.

⁹³ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 166.

⁹⁴ With regard to the regulatory chill, see Cynthia M Ho, "Sovereignty under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions," *Berkeley Technology Law Journal* 30, no. 1 (2015): 233; Peter K Yu, "The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights," *American University Law Review* 66 (2017): 859; Ruth L Okediji, "Eli Lilly," 1133; Plamen Dinev, "Regulatory Chill and the TTIP: An Intellectual Property Perspective," *European Intellectual Property Review* 39, no. 6 (2017): 345; Jane Kelsey, "Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law," *QUT Law Review* 17, no. 2 (2017); Kyla Tienhaara, "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science," in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, ed. Kate Miles, Chester Brown (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

⁹⁵ Oke, *Interface*, 103-104; Günarşlan, *Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması*, 90.

In light of these considerations, it could be argued that, as a common view, in order to be considered investment, IP rights should satisfy the requirements of the ICSID Convention along with the investment definition of the applicable treaty between the parties.

Other issues that need to be focused relate to the roles of international investment law and domestic law of the host state in determining whether an IP amounts to an investment.

III. ROLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND DOMESTIC LAW IN DECIDING WHETHER AN INTELLECTUAL PROPERTY IS INVESTMENT

The roles of international investment law and domestic law are crucial in determining whether an IP constitutes an investment.

In the vast majority of the international investment agreements, investment is generally defined as “any kind of asset” including a non-exclusive list of various assets. However, the critical question to be asked in determining the existence of investment, in the first place, is whether these types of assets legally exist. The issue of the legal existence of the types of assets listed in the definition of investment is not a matter of international law, but of domestic law of the host state⁹⁶. That is to say, the relevant applicable law to determine the existence of legal rights underpinning the constitution of an investment is the domestic law of the host state.

After determining the existence of the asset listed under the definition of investment, the evaluation of the requirements for an asset to be considered an investment, and the violation of investment protection standards are the matters of international investment law⁹⁷. Therefore, IP rights compatible with domestic law may constitute investments and enjoy the protections provided in the investment treaty⁹⁸.

Regarding the role of domestic law and international law, the tribunal in *Philip Morris v Uruguay* made the following assessment: “Uruguayan law

⁹⁶ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 169-170.

⁹⁷ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 173.

⁹⁸ Katarzyna Jozwik, “Investment Regulation and Intellectual Property,” *Global Trade and Customs Journal* 6, no. 7-8 (2011): 353.

may be relevant for establishing the rights the State recognizes as belonging to the Claimants. The legality of a modification or cancellation of rights under Uruguayan law, while relevant, would not determine whether such an act may constitute a violation of a BIT obligation.

Rather, whether a violation has in fact occurred is a matter to be decided on the basis of the BIT itself and other applicable rules of international law, taking into account every pertinent element, including the rules of Uruguayan law applicable to both Parties”⁹⁹.

In other words, international investment law cannot create IP rights subject to investment treaty protection. Therefore, the arbitral tribunal examining the existence, scope and ownership of the investor's IP right will refer to national (or regional) intellectual property law, and accordingly will analyse whether the investment actually exists. In this sense, assessment of the existence of an IP right under national (or regional) law is a starting point to decide whether the asset at issue constitutes an investment¹⁰⁰. After understanding the IP in question legally exists, the rules of international investment law come into play in determining whether the asset is investment.

An issue with regard to the intellectual property-based investment disputes is the possibility that IP rights protected in one country are not protected in another¹⁰¹. Due to the principle of territoriality, it is likely that IP rights protected in the investor's home state are not protected in the host state. In this case, domestic law of the host state plays a significant role in the creation and scope of IP rights¹⁰². An international investment agreement cannot be deemed a direct resource of an IP right. If the domestic law of the host state recognizes the IP rights, only those could be considered protectable asset¹⁰³.

⁹⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 178-9.

¹⁰⁰ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 176.

¹⁰¹ Carlos M Correa, “Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses,” *Michigan Journal of International Law* 26, no. 1 (2004): 340.

¹⁰² Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 157; Jozwik, “Investment Regulation,” 352.

¹⁰³ Correa, “Redefining,” 132.

The role of domestic law seems particularly significant when patents are at issue. Patents are granted within the territory of the relevant state, and since the requirements for patentability vary from country to country, a patent granted in a country is not necessarily expected to be recognized in other countries¹⁰⁴. Even if an invention is patented in the investor's home country, it may not be protected under a bilateral investment agreement until the patent is granted to the investor by the host country. In such a situation, an invention patented from the investor's home country will not qualify as an investment under the relevant agreement until the investor is granted the patent protection by the host country's authorities¹⁰⁵. It has been argued that under this scenario, the investor may face a situation which would weaken the rationale behind the rules of international investment law¹⁰⁶. According to this view, the fact that the protection of the investor under the bilateral investment agreement would be dependent on the host country's discretion to grant a patent may put the investor in a dangerous position¹⁰⁷.

Alternatively, it has been suggested that the investor should be protected from the moment s/he enters the application procedure for a domestic patent. From this point of view, when the investor has conducted the application procedure in the host country, the IP in question is deemed a part of the investor's property, even if it has not yet been protected by a patent¹⁰⁸. This argument has been embraced in some investment treaties, such as the United States-Jamaica bilateral investment treaty, which ensures investment protection for patentable inventions¹⁰⁹.

Similarly, the Canada-Argentina bilateral investment treaty provides investment protection for "rights with respect to . . . patents"¹¹⁰. It has been

¹⁰⁴ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 15.

¹⁰⁵ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 16.

¹⁰⁶ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 16.

¹⁰⁷ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 16.

¹⁰⁸ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 16-17.

¹⁰⁹ Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 4 February 1994, entered into force 7 March 1997, art. 1(a)(iv).

¹¹⁰ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, signed 5 November 1991, entered into force 29 April 1993, art. 1(a)(iv).

argued that this wording may aim to cover not solely the granted patents but also the applications¹¹¹.

More broadly, the United States-Mongolia bilateral investment treaty ensures protection for “inventions in all fields of human endeavor”¹¹². It has been argued that the formulation in this agreement may intend to incorporate the inventions beyond those which are patented by the host country’s authorities, and that patentability requirements may also not be sought¹¹³.

As an example for a further step, the Peru-Germany bilateral investment agreement incorporates “technological knowledge and processes patented or not, technical documents and instructions” within its investment protection¹¹⁴.

Whether or not patent applications would be under the protection of the relevant investment agreement often arises as an issue¹¹⁵. While some investment agreements¹¹⁶ tend to exclude patent applications from the investment protection, some of them include provisions such as “rights...with respect to copyright, patents...”¹¹⁷ and “patentable inventions”¹¹⁸. In addition, some commentators have argued that investment agreements which stipulate “intangible property” under the definition of investment may also intend to protect patent applications. From this view, even though a patent application

¹¹¹ Correa, “Investment Protection,” 340; Correa, “Redefining,” 132; Jozwik, “Investment Regulation,” 353.

¹¹² Treaty between the United States of America and Mongolia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, art. 1(1)(iv).

¹¹³ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 17.

¹¹⁴ Convenio entre la República del Perú y la República de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, signed 30 January 1995, entered into force 1 May 1997.

¹¹⁵ Lahra Liberti, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. An Overview,” *OECD Working Papers on International Investment* 1 (2010): 8.

¹¹⁶ See, 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement, art. 4(c)(iii): intellectual property rights which are conferred pursuant to the laws and regulations of each Member State.

¹¹⁷ Agreement Between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investment, Austl.-H.K., art. 1(e)(iv), Sep. 15, 1993, 1748 U.N.T.S. 385; Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, Arg.-Can., art. 1(a)(iv), 5.11.1991, 2467 U.N.T.S. 97.

¹¹⁸ Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 4 February 1994, entered into force 7 March 1997, art. 1(a)(iv).

may afford only an expectation of acquiring the right, it could provide the applicant with the ability to act against infringers, and accordingly may be considered “intangible property” even if not an IP right¹¹⁹.

The issue of whether “patent applications” and “patentable inventions” are considered an investment should be analysed in accordance with the domestic law introducing the scope of the intellectual property law along with the exact wording and the purpose of the investment agreement¹²⁰. Unregistered inventions do not benefit from a patent protection and patent applications merely create expectation of obtaining a patent. However, international investment agreements introduce a mutual bargain in which states give up some sovereign rights to attract foreign investment¹²¹. Thus, the text of the agreement reflects the voluntary consent of the state¹²². If the investment agreement explicitly prefers broad definition, including “patent applications” or “patentable inventions”, such wording could be arguably understood as extending the scope of the investment beyond the registered rights¹²³. Nevertheless, from our view, it would not be an appropriate argument that investment protection should cover unregistered invention or patent applications even though the investment agreement does not explicitly include such a wording.

Another issue that could be raised relates to a grey area where the types of IP rights which are not available under domestic law are specified under the definition of investment in the international investment agreement¹²⁴. Some commentators have argued that particularly where the role of domestic law is not explicit in the investment agreement, a broad definition of investment may provide higher protection for the assets in question than the

¹¹⁹ See Lahra Liberti, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. An Overview,” *OECD Working Papers on International Investment* 1 (2010); Jozwik, “Investment Regulation,” 353; Correa, “Investment Protection,” 340.

¹²⁰ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 157; Gibson, “Latent Grounds,” 433.

¹²¹ Valentina S Vadi, “Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investments,” *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law* 5, no. 1 (2015): 154.

¹²² Vadi, “Towards,” 155.

¹²³ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 157.

¹²⁴ Jozwik, “Investment Regulation,” 353.

protection afforded in domestic law for those¹²⁵. There could be an obvious difference between the scope of the investment agreement and domestic law, as in the Ethiopia-Israel bilateral investment agreement¹²⁶. Although Ethiopia's domestic law did not protect geographical indications and plant breeders' rights at the time of signing this agreement, these IP rights are incorporated under the investment definition of the agreement. In such a case where the investment agreement covers types of IP rights which are not recognized under the domestic law of the host state, are those rights still considered investment since there is an explicit provision? Or could one say that they do not qualify as investment as they do not actually exist?

Under these circumstances, some commentators have argued that the explicit provisions of the investment agreement should be taken into consideration by the tribunals in case of conflict, without giving priority to the domestic law of the host state¹²⁷.

However, it should not be ignored that rules of domestic law are decisive in the creation of IP rights and in determining their validity, scope and limits, accordingly investment agreements do not create new IP rights. As discussed above, in principle, it should not be possible to protect an IP right within the scope of an investment agreement if it is not recognized by the rules of domestic law.

It would be very hard to assert that an IP right which has not been available yet under the domestic law could benefit from the investment protection, particularly taking the principle of territoriality into account, even if it is explicitly written under the definition of investment in the agreement. In our opinion, it appears difficult to give priority to the investment agreement in determining the existence of an asset. Rather, it could be possible to make an argument that an investment agreement such as Ethiopia-Israel bilateral investment agreement would intend to foresee future regulations by

¹²⁵ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 18; Jozwik, "Investment Regulation," 353.

¹²⁶ Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed 26 November 2003, entered into force 22 March 2004, art. 1(1)(d).

¹²⁷ Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights*, 18; Jozwik, "Investment Regulation", 354; see *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction (11.05.2005), para. 56-57.

introducing broad investment definitions. In such scenarios, when domestic law adopts new types of IP rights such as geographical indications and plant breeders' rights only then those could be assessed whether they qualify as an investment. A question may come to mind here as to whether the host country is obliged to create such new types of IP rights. Our answer to this question would arguable seem to be negative since IP rights are conferred on the basis of principle of territoriality. In this sense, countries should have adequate policy space to tailor their IP laws in accordance with their socio-economic and technological improvement. Nevertheless, if the IP rights that are not protected by the domestic law of the host state are specifically included in the investment agreement, an appropriate method would be to assess the formulation and the purpose of the agreement, and the intentions of the parties together. In this respect, it is crucially important that the formulation and wording of the investment agreements should be prepared in a way that reflects the real intentions of the parties without creating ambiguity and blur.

In summary, assessment of the existence of IP rights should be distinguished from the assessment of the exercise of the existing, valid and enforceable rights. For example, regulatory measures that prohibit or impose conditions on the exercise of such rights might be subject to investment arbitration. However, the very existence of given rights should not be deemed a matter of international investment law. Arbitral tribunals should refrain from elevate themselves as a supranational legal platform by developing their interpretations of IP rights to expand the obligations undertaken by states¹²⁸.

CONCLUSION

The primary purpose of the international investment law is to protect and to promote foreign investment. The IP regime is also vital for the modern requirements and development of a country. In the context of international trade and foreign investment, particularly in the modern market economy, IP rights provide the owner with the legal protection needed to enter the foreign market and maintain its competitive position. In this sense, IP rights serve as a strategic asset that allows its owner to rise in the market¹²⁹. IP rights account

¹²⁸ Correa, "Redefining," 135; also see Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 503; Günarlan, *Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması*, 107.

¹²⁹ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 35.

for a large part of the growth in modern economies. This trend, which emerged as a necessity, has led to a shift in emphasis from property in tangible assets to IP. In this respect, IP rights are now included under the definition of investment in almost all international investment agreements. The recognition of IP as an investment opens the way for foreign investors to challenge state actions affecting their investments before investor-state arbitration.

International investment agreements can include IP rights under the definition of investment by stating “intellectual property rights” in a general manner or enumerating several types of IP rights. Even if the term “intellectual property” is not included in the definition of investment, this does not mean that IP rights are not protected as an investment since they are also recognized as an “intangible asset”. On the other hand, the inclusion of IP rights in the definition of investment may not be considered sufficient for investment protection. The intersection of IP with international investment agreements requires a comprehensive legal and economic analysis¹³⁰. Arbitration decisions shed light on the interpretation of the investment. In this respect, an investment should have some characteristics adopted by several arbitration decisions along with satisfying investment definition of relevant international investment agreement.

IP rights that are not adopted by the domestic law of the host state but recognized in the investment agreement create a controversial grey area. The roles of domestic law and international investment law are important in determining whether an IP right constitutes an investment. In this respect, the protection of IP rights as an investment is primarily governed by the provisions of the international investment agreement. Accordingly, it should be analysed as to whether an IP right under the definition of investment has investment characteristics. On the other hand, agreement provisions cannot create IP rights. The existence, scope and limits of IP rights are determined by domestic law of the host state. Therefore, considering principle of territoriality, domestic law rules are determinative in constructing the rights protected by international investment law¹³¹. Accordingly, arbitral tribunals should construe the provisions of the investment agreements in accordance with the principles of IP law regime.

¹³⁰ Jozwik, “Investment Regulation,” 352.

¹³¹ Klopschinski, Gibson, and Grosse Ruse-Khan, *The Protection of Intellectual Property Rights*, 502.

In order to mitigate controversial issues, it is of paramount importance that the parties carefully negotiate and draft the terms of the agreement to protect their interests. In this sense, states negotiating to encourage foreign investment should follow current trends in treaty practice. In the process of drafting an agreement, negotiators should draft the provisions of the agreement in such a way as to ensure that they are construed in accordance with the real intentions of the parties. In this respect, considering past claims and possible future disputes, the definition of investment should be carefully shaped and ambiguous statements should be avoided¹³².

¹³² Günarlan, *Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması*, 288.

BIBLIOGRAPHY

- Baker, Brook, and Katrina Geddes. "The Incredible Shrinking Victory: Eli Lilly v. Canada, Success, Judicial Reversal, and Continuing Threats from Pharmaceutical ISDS." *Loyola University Chicago Law Journal* 49 (2017): 479-513.
- Biadleng, Ermias Tekeste. "IP Rights under Investment Agreements: The TRIPs-plus Implications for Enforcement and Protection of Public Interest." *South Centre, Research Papers* No. 8 (2006).
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Bozgeyik, Hayri. "Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar." In *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Cilt I-II, Cilt I, 457-479. Ankara: Turhan, 2010.
- Chaisse, Julien, and Puneeth Nagaraj. "Changing Lanes: Intellectual Property Rights, Trade and Investment." *Hastings International and Comparative Law Review* 37, no 2 (2014): 223-270.
- Correa, Carlos. "Intellectual Property as Protected Investment: Redefining the Reach of Investors' Rights." In *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, edited by Christophe Geiger, 120-136. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Correa, Carlos M. "Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses." *Michigan Journal of International Law* 26, no. 1 (2004): 331-354.
- Correa, Carlos, and Jorge E Viñuales. "Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?" *Journal of International Economic Law* 19, no. 1 (2016): 91-120.
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Dinev, Plamen. "Regulatory Chill and the TTIP: An Intellectual Property Perspective." *European Intellectual Property Review* 39, no. 6 (2017): 344-349.
- Dreyfuss, Rochelle, and Susy Frankel. "From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property." *Michigan Journal of International Law* 36, no. 4 (2015): 557-602.
- Frankel, Susy. "Interpreting the Overlap of International Investment and Intellectual Property Law." *Journal of International Economic Law* 19, no. 1 (2016): 121-144.

- Frankel, Susy. "The Object and Purpose of Mingling Intellectual Property, Trade and Investment." In *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, edited by Christophe Geiger, 48-62. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Geiger, Christophe, ed. *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Gibson, Christopher S. "Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide a New Means to Enforce Intellectual Property Rights?" In *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009–2010* edited by Karl P. Sauvant, 397-476. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Gibson, Christopher S. "A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation." *American University International Law Review* 25, no. 3 (2010): 357-422.
- Grosse Ruse Khan, Henning. *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Grosse Ruse-Khan, Henning. "Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?" In *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, edited by Kate Miles, Chester Brown, 485-515. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-02.
- Grosse Ruse-Khan, Henning. "Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation." *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper* No. 2014-21, (2014).
- Grosse Ruse-Khan, Henning. "Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-state Dispute Settlement." *Journal of International Economic Law* 19 (2016): 241-277.
- Günarslan, Banu Fatma. *Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Harb, Jean-Pierre. "Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate." *Mealey's International Arbitration Report* 26, no. 8 (2011): 29-47.
- Ho, Cynthia M. "Sovereignty under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions." *Berkeley Technology Law Journal* 30, no. 1 (2015): 213-304.
- Jozwik, Katarzyna. "Investment Regulation and Intellectual Property." *Global Trade and Customs Journal* 6, no. 7-8 (2011): 351-359.

- Kelsey, Jane. "Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law". *QUT Law Review* 17, no. 2 (2017): 21-45.
- Klopschinski, Simon. "Public Policy Considerations in Intellectual Property-Related International Investment Arbitration." In *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law*, edited by Christophe Geiger, 218-249. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Klopschinski, Simon, Christopher Gibson, and Henning Grosse Ruse-Khan. *The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Lentner, Gabriel M. "Nomos and Narrative: The Protection of Intellectual Property Rights in International Investment Law." *Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers* No. 34 (2018): 1-40.
- Liberti, Lahra. "Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. An Overview." *OECD Working Papers on International Investment* 1 (2010): 1-39.
- Manciaux, Sébastien. "The Notion of Investment: New Controversies." *The Journal of World Investment & Trade* 9 (2008): 443-466.
- Marisi, Flavia, and Julien Chaisse. "Is Intellectual Property Investment: Formation, Evolution, and Transformation of the Intellectual Property Rights - Foreign Direct Investment Normative Relationship." *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 34, no. 1 (2019): 97-152.
- Mercurio, Bryan. "Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements." *Journal of International Economic Law* 15, no. 3 (2012): 871-915.
- Oğuz, Arzu. "Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali." in *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı*, edited by Hasan Kadir Yılmaztekin, Banu Fatma Günarşlan, 197-220. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2020.
- Oke, Emmanuel K. *The Interface Between Intellectual Property And Investment Law: An Intertextual Analysis*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2021.
- Okediji, Ruth. "Is Intellectual Property "Investment"? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System." *University of Pennsylvania Journal of International Law* 35, no. 4 (2014): 1121-1138.
- Pratyush, Nath Upreti. "Enforcing IPRs Through Investor-State Dispute Settlement: A Paradigm Shift in Global IP Practice." *Journal of World Intellectual Property* 19, no. 1-2 (2016): 53-82.

Schefer, Krista N. *International Investment Law: Text, Cases and Materials*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.

Tienhaara, Kyla. "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science." In *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, edited by Kate Miles, Chester Brown, 606-628. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Vadi, Valentina S. "Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investments." *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law* 5, no. 1 (2015): 113-195.

Vanhonnaeker, Lukas. *Intellectual Property Rights As Foreign Direct Investments: From Collision To Collaboration*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

Yılmaz, İlhan. "ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (2020): 455-519.

Yu, Peter K. "The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights." *American University Law Review* 66 (2017): 829-910.

CASES

Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (04.08.2011).

Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017).

Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction, (11.05.2005).

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award (09.03.1998).

GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, Award (31.03.2011).

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Award (01.12.2010).

Helnan International Hotels v. Egypt, ICSID Case No: ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (17.10.2006).

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction (06.08.2004).

Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction (17.05.2007).

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award (16.05.2018).

Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (02.07.2013).

Quiborax S. A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction (27.09.2012).

Salini et al. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (31.07.2001).

TREATIES

Agreement Between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments (08.09.2016).

Agreement Between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments (26.02.1999).

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, signed 5 November 1991, entered into force 29 April 1993.

Agreement Between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investment, Austl.-H.K., Sep. 15, 1993, 1748 U.N.T.S. 385.

Agreement Between the Government of Mongolia and the Government of the Republic of Singapore on the Protection and Promotion of Investments (24.07.1995).

Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed 26 November 2003, entered into force 22 March 2004.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments (21.05.1981).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ecuador for the

Promotion and Protection of Investments, signed 10 May 1994, entered into force 24 August 1995.

Agreement between the Government of Republic of Turkey and the Government of Georgia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.

Agreement between the Islamic Republic of Pakistan and the Federal Republic of Germany on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (11.2.2009).

Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership Agreement.

Agreement between the Republic of Austria and Malaysia for the Promotion and Protection of Investments (12.04.1985).

Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Austria for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.

Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada.

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federative Republic of Brazil (25.11.1998).

ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

Comprehensive and Economic Trade Agreement between Canada and the European Union.

Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership.

Convenio entre la República del Perú y la República de Alemania sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones, signed 30 January 1995, entered into force 1 May 1997.

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States - ICSID Convention (18.03.1965).

Dominican Republic-Central America FTA (CAFTA– DR).

Draft Agreement Between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of . . . on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.

Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States, of the One Part, And The Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part.

North American Free Trade Agreement.

Pakistan and Federal Republic of Germany Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes) (25.11.1959).

Treaty Between the Federal Republic of Germany and ____ Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments.

Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 4 February 1994, entered into force 7 March 1997.

Treaty between the United States of America and Mongolia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (19.02.2008).

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the State of Bahrain Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed at Washington on 29 September 1999, entered into force 30 May 2001.

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments.

TRIPS Agreement.

US– Australia FTA.

US– Chile FTA.

US– Peru Trade Promotion Agreement.

US– Singapore FTA.

**MÜZİK ESERLERİNİN KARAOKE VE COVER
VERSİYONLARININ SOSYAL MEDYA
ORTAMLARINDA SUNULMASININ 5846 SAYILI
FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Examination of Providing Cover and Karaoke Versions of Musical
Works on Social Media Platforms in Accordance with Law No.
5846 Intellectual and Artistic Works*

Pelin KARAASLAN*
Ahunur AÇIKGÖZ**

ÖZET

İnternet, toplumun sosyal ve kültürel hayatında oldukça önemli bir yere sahip olan fikir ve sanat eserlerine erişim imkanını ve yöntemlerini gün geçtikçe artırmakta, dönüştürmektedir. Günümüzde internet kullanıcılarını aktif bir konuma taşıyan sosyal medya platformlarında bireyler aktif eylemlerini hukukun çizdiği sınırlar içerisinde gerçekleştirmek zorundadırlar. Bir fikir ve sanat eserinin sosyal medyanın “renkli dünyasına” aidiyeti bu eserleri konu alan eylemlerin hukuki sınırlarının belirlenmesini daha da önemli bir noktaya taşımaktadır. İşte dijital çağda, teknolojinin sunduğu erişilebilirlik sayesinde birçok birey, başkalarına ait müzik eserlerinin *cover*’larını veya karaoke versiyonlarını oluşturup sosyal medya platformlarında geniş kitlelerle paylaşmaktadır. İlk bakışta eğlenceli gözükten ve bireylerin kendi yeteneklerini ve ilgi alanlarını daha geniş bir kitleye sergileme fırsatını sağlayan bu süreç, belirli kurallara riayet edilmediği takdirde müzik eserleri sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri

Makalenin Geliş Tarihi: 13.03.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 30.05.2024.

* Doç. Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: pgkaraaslan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5695-192X.

** Arş, Gör, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: acikgozahu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8301-7072.

Kanunu'ndan doğan haklarının ihlaline yol açabilir. Bu makale, sözü geçen eylemlerle ilgili olarak anılan Kanun çerçevesinde hangi durumlarda ne tür hak ihlallerinin oluşabileceğini incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: müzik eseri, sosyal medya, karaoke, *cover* parça, telif hakkı

ABSTRACT

Internet occupy a significant position in enhancing and transforming access to intellectual and artistic works, which are crucial to the social and cultural life of society. Social media platforms, which elevate internet users to an active status, necessitate that individuals conduct their actions within the legal boundaries set forth by law. The affiliation of an intellectual or artistic work to the “colorful world” of social media brings the legal limits of actions concerning these works into sharper focus, making the determination of these boundaries even more crucial. In the digital age, the accessibility offered by technology enables individuals to create and share covers or karaoke versions of musical works owned by others with wide audiences on social media platforms. At first glance, this process appears entertaining and provides individuals the opportunity to showcase their talents and interests to a broader audience. However, if certain rules are not adhered to, it could lead to the infringement of rights of music work owners and related rights holders under the Intellectual and Artistic Works Law No. 5846. This article aims to explore the types of rights infringements that can occur in relation to the aforementioned actions within the framework of the mentioned Law.

Keywords: musical work, social media, karaoke, cover track, copyright

GİRİŞ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun¹ (FSEK) amacı, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile eserle bağlantılı hak sahiplerinin manevi ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu haklardan yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmektir (FSEK m. 1). Kanun'un eser kategorilerinden birini oluşturan müzik eserleri de söz konusu bu haklara ve

¹ RG, 13.12.1951, S. 7931. FSEK bundan sonraki açıklamalarda “Kanun” olarak da anılmıştır.

öngörülen korumaya konu olmaktadır. Sadece eğlence amacıyla gerçekleştirilen bazı fiiller dahi FSEK'in müzik eserlerine sağladığı korumayı ihlal edebilir. Zira başkalarına ait müzik eserlerinden doğan hakların ihlal edilmiş sayılmaları için bu eserlerin ticari amaçla kullanılması şart değildir². Günümüzde oldukça popüler etkinlikler olan karaoke ve *cover* da ihlale yol açabilecek eğlence amaçlı fiillerdendir. İnternet üzerinde, bu tür eğlence amaçlı fiillerin icrası sonucunda ortaya çıkan kayıtlarla sıklıkla karşılaşıldığından, başkalarına ait müzik eserlerinin karaoke veya *cover* versiyonlarının sosyal medya ortamında yayımlanmasının hangi durumlarda, ne tür hak ihlallerine sebep olabileceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Bu çerçevede çalışmada öncelikle, müzik eseri ve bu eserlerin karaoke ve *cover* versiyonlarına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Ardından müzik eserlerinin ne olduğu ve müzik eserleri üzerinde FSEK'e göre hak sahibi olabilecek kişiler tespit edilmiştir. Zira, müzik eserlerinin son halini alarak topluma ulaşmasında birden fazla kişinin dahil söz konusu olabileceğinden öncelikle çalışmaya konu eylemlerin kimlerin haklarını ihlal edebileceği belirlenmelidir. Ardından müzik eserleri üzerinde hak sahibi olabilecek kişilerin hakları ve bu haklara konu eylemlerin üçüncü kişiler tarafından hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için Kanun'da aranan şartlar genel itibariyle ortaya konulmuştur. Yine, tek bir eylemle birden fazla kişinin hakkının ihlal edilebileceği bir sistemde bu bağlantıların ortaya konulması kanaatimizce önem taşımaktadır. Nihayet müzik eserlerinin kullanım şekline ilişkin farklı ihtimaller dikkate alınarak karaoke ve *cover* versiyonların üçüncü kişiler tarafından sosyal medya platformlarında paylaşılması eylemi FSEK çerçevesinde ele alınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki; sosyal medya platformlarının sorumluluğu ayrı bir makale konusu olabilecek derecede geniş bir konu olması nedeniyle çalışma kapsamı dışında kalmakta olup makalede yalnızca müzik eserlerinin karaoke ve *cover* versiyonlarını icra eden ve sosyal medya üzerinden paylaşan kişilerin eylemleri incelenmiştir.

² Kanun'da yasaklanan tipik davranışın gerçekleştirilmesi, yine Kanun'da düzenlenen istisnalar kapsamında değerlendirilemediği sürece ihlalin varlığı için yeterlidir.

I. MÜZİK ESERİNDE KARAOKE VE COVER KAVRAMLARI

A. Müzik Eseri

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda musiki (müzik) eserleri, “her çeşit sözlü ve sözsüz besteler” olarak ifade edilmiştir (FSEK m. 3). Dolayısıyla müzik eseri dendiğinde akla şarkının bestesi gelmelidir. Bir müzik bestesinin, “sahibinin hususiyetini içeren³” her parçası müzik eseri olarak nitelendirilebilir⁴.

Müzik eserleri, bir muhtevayı seslerle şekillendiren, işitsel olarak istifade edilebilecek eserlerdir⁵. Bu eserlere örnek olarak operalar, operetler, senfoniler, oda müziği, şarkılar, caz, pop müzik, hit şarkılar, film müziği veya serbest doğaçlamalar verilebilir. Müzik eserlerinde ifade aracı, birbiri ardına gelen notaların oluşturduğu belirli ton dizileridir⁶. Ton dizileri, akla gelebilecek herhangi bir şekilde; örneğin insan sesi, müzik aletleri, elektronik veya mekanik cihazlar, hayvan sesleri, doğa sesleri veya diğer ses kaynakları aracılığı ile oluşturulabilirler⁷. Öte yandan müzik eseri, belirli tonal teorilerin veya öğretilerin gözetilmesine bağlı değildir⁸. Bilinen müzik teorilerinin ve öğretilerinin uygulanmadığı müzik eserleri de FSEK'in sağladığı korumadan yararlanabilir. Ayrıca eserin nota olarak mı ifade edildiğinin, yoksa bir ses taşıyıcısına mı kaydedildiğinin de bir önemi yoktur. Özünde sabit olmayan (herhangi bir yere tespit edilmeyen) ve sadece performans yoluyla icra edilen doğaçlama bir müzik parçası bile FSEK ile korunabilir⁹.

³ Hususiyet kavramına yönelik geniş bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 103 vd.; Levent Yavuz, Türkay Alıca ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. 1, 2. Baskı (Ankara: Seçkin, 2014), 62 vd.; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 92 vd.

⁴ Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 120.

⁵ Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet*, 123.

⁶ Thomas Dreier ve Gernot Schulze, *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, 7. Auflage (München: Beck, 2022), § 2 Rn. 134.

⁷ Artur-Axel Wandtke ve Winfried Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, 6. Auflage (München: Beck, 2022), § 2 Rn. 68.

⁸ Dreier ve Schulze, *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, § 2 Rn. 135.

⁹ Hayri Bozgeyik, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 3 (2009): 206 vd.; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 129; Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet*, 124.

Müzik eserleri, eseri oluşturan ton dizileri, ritim, armoni gibi ifade araçlarının bütünüyle birlikte hususiyet içeren bir yaratım oluşturduğu ölçüde korunur¹⁰. Müzik eserlerine hususiyet katan unsur, yalnızca müzikal ifade araçları değil, aynı zamanda bireysel enstrümanların kullanım şekli bir başka ifadeyle, enstrümantasyon ve orkestrasyon da olabilir¹¹. Hususiyetin sağladığı koruma ise melodi, motif ve temaların oluşturduğu genel izlenime yöneliktir¹². Tek tek notalar, belirli bas sesleri, akorlar veya perküsyon figürleri gibi melodik olmayan diğer unsurlar ya da iyi bilinen ritmik yapılar gibi geleneksel müzik bilgisinin bir parçası olan öğeler hiç kimseye özgülenemez, toplumun ortak malı olarak kalır¹³.

Müzik eserlerinin korunması için aranan “hususiyet”, müzikal ifadenin sahibinin özelliğini ve bireyselliğini yansıtması anlamına gelir. Bestecinin biçimlendirici faaliyetinin sanatsal değer, akılda kalıcılık ve tanınma etkisi gibi özellikler göstermesi aranmaz¹⁴. Müzikteki melodi ile motif ve temanın etkileşimine dayanan genel izlenimin, nispeten düşük derecede de olsa özgünlük taşıması yeterlidir. Müzik eserinin gerekli hususiyeti sağlayıp sağlamadığı, toplumun müzikle ilgili konularda makul ölçüde bilgi sahibi olan kesiminin gözünden değerlendirilmelidir¹⁵.

Her ne kadar müzik eserlerinde korunan şey asıl olarak beste ise de FSEK m. 3’te müzik eserinin “*her nevi sözlü ve sözsüz besteler*” olarak ifade edilmesinden yola çıkarak, besteye bir şarkı sözünün eşlik ettiği durumlarda, söz ve bestenin birlikte “müzik eseri” olarak korunduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁶. Bununla birlikte şarkı sözünde (güftede) hususiyet içeren bir anlatım varsa; bu anlatımın münferit olarak FSEK m. 2/1 kapsamında “dil ile ifade edilen bir eser (ilim ve edebiyat eseri)” olarak korunması da

¹⁰ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2 Rn. 68. Hususiyet kriterinin müzik eserlerindeki görünümü için ayrıca bkz. Hasan Serat Gökçek: “Elektronik Dans Müziğinde Hususiyet,” *Yaşar Hukuk Dergisi* 5, no. 1 (2023): 142 vd.

¹¹ Cahit Suluk, Temel Nal ve Rauf Karasu, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Seçkin, 2023), 91.

¹² Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 91.

¹³ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2 Rn. 71.

¹⁴ Dreier ve Schulze, *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, § 2 Rn. 139.

¹⁵ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2 Rn. 71.

¹⁶ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 123; Yavuz, Alica ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 118; Engin Erdil, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, C. 1, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 141. Kanun’un müzik eserlerini besteye özgülemesi konusunda bir eleştiri için bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 128.

mümkündür. Örneğin, “Fikrimin İnce Gülü” başlıklı müzik eseri hem sözlerin söyleniş aralıklarını, tonunu, ritmini belirleyen bestesi hem de “fikrimin ince gülü/kalbimin şen bülbülü...” şeklinde devam eden sözleriyle birlikte FSEK’e göre müzik eseri şeklinde korunur. Ancak müziğin “fikrimin ince gülü/kalbimin şen bülbülü...” şeklinde devam eden güftesi ayrıca ilim ve edebiyat eseri olarak da FSEK korumasından yararlanabilir.

Günümüzde internet, sosyal medya platformları gibi çeşitli dijital ortamlar aracılığıyla insanlar arasındaki sosyalleşme ve etkileşim büyük ölçüde arttı. İnsanların dünya genelinde bağlantı kurmalarını, iletişime geçmelerini ve farklı fikir ve deneyimlerini paylaşmalarını sağlayan bu platformlardaki artış, kişilerin yeteneklerini ve ilgi alanlarını daha geniş bir kitleye sergileme fırsatını beraberinde getirdi. İnternetin sunduğu imkanların artışı kullanıcıları yalnızca içeriğe muhatap pasif alıcı konumundan bizatihi içerik üreten kişi konumuna geçirdi. İşte, başkalarına ait müzik eserlerinin karaoke veya *cover* versiyonlarının sosyal medya ortamında sunulmasına dair eğilim de bu sürecin bir parçasıdır.

B. Karaoke

Karaoke, dilimize yerleşmiş ve eş anlamlısı mevcut olmayan bir sözcük olmasına rağmen, Türk Dil Kurumu sözlüğünde tanımı bulunmayan bir kavramdır. *Cambridge* sözlüğünde karaoke, popüler şarkıların müziklerinin bir makine aracılığıyla çalındığı, sözlerin ise insanlar tarafından söylendiği, aslen Japonya’ya özgü bir eğlence biçimi olarak tanımlanır¹⁷. İşin eğlence yönü, şarkının sözlerinin çalınan müziğe uygun ve eş zamanlı olarak seslendirilmesi çabasında kendisini gösterir. Zira karokede şarkının müziği canlı bir orkestra tarafından değil, sabit bir cihaz vasıtasıyla çalınmakta; bu nedenle de müziğin tonunun ve temposunun seslendiren kişiye göre ayarlanması imkanı bulunmamaktadır. O halde, video paylaşım sitelerinde sıklıkla kullanılan “Karaoke versiyon” ifadesi, seslerin orijinaline uygun bir şekilde bir başkası tarafından seslendirilmek üzere, başkasına ait bir şarkının müziğinin aynen çalındığı müzik parçası anlamında kullanılmaktadır. Bu versiyonlarda müziğe muhatabın eşlik etmesini sağlamak için şarkının sözleri de ekranda yansıtılmaktadır.

¹⁷ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/karaoke>, erişim tarihi 29.05.2024. Japonca’da karaoke, kısaltılmış bir bileşik kelimedir: “kara” boş anlamına gelen “karappo” kelimesinden gelir ve “oke” de “okesutura” yani orkestranın kısaltmasıdır. Bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/karaoke>, erişim tarihi 29.05.2024.

C. Cover

Dilimize yerleşmiş bir başka kavram olan *cover* ise *Cambridge* sözlüğünde halihazırda kaydedilmiş bir şarkının bir başkası tarafından yeniden kaydedilmesi olarak tanımlanmıştır¹⁸. Bu şekilde farklı biri tarafından yeniden kaydedilen müzik eserleri “cover versiyon” ya da “cover parça” şeklinde adlandırılmaktadır.

Türkçe’de *cover*’ı tam olarak karşılayan bir sözcük bulunmamakla birlikte, Türkçe internet siteleri üzerinde arama yapıldığında, genellikle *cover* sözcüğünün yanında, parantez işareti içerisinde “aranjman” ifadesinin de yer aldığı görülmektedir¹⁹. Ancak bu kavramların birebir aynı anlamı ifade ettiği kesin bir şekilde söylenemez²⁰. Bir eserin farklı bir müzik tarzı veya türünde yeniden icra edilmesi için yapılan aranjman, bir müzik eserinin orijinal kompozisyonunun değiştirilerek yeniden düzenlenmesidir. Aranjman sırasında, orijinal eserin ahenk ve melodisi hissedilebilecek şekilde eserin temposu, tonalitesi, enstrümantasyonu ve hatta bazen melodik yapısı değiştirilebilir²¹. Klasik bir eserin jazz tarzında yeniden düzenlenmesi bir aranjman örneği olabilir²². Her ne kadar "aranjman" kavramı genellikle

¹⁸ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/karaoke>, erişim tarihi 29.05.2024.

¹⁹ Örneğin; bir kavramın anlamını arayan ortalama bir internet kullanıcısının başvuracağı ilk kaynak olan *Vikipedi*’nin Türkçe versiyonunda *cover* ve aranjman aynı madde altında eş anlamlı olarak kullanılmıştır. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Aranjman>, erişim tarihi 29.05.2024.

²⁰ Yine *Vikipedi*’nin İngilizce versiyonunda “*cover version*” ve “*arrangement*” farklı maddeler altında farklı şekilde tanımlanmıştır. *Cover* versiyon için bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Cover_version, erişim tarihi 29.05.2024. Aranjman için bkz. <https://en.wikipedia.org/wiki/Arrangement>, erişim tarihi 29.05.2024. *Cover* versiyonun dar veya aranjmanı da içerecek şekilde geniş bazı farklı tanımları için bkz. Jing Bei, “Cover Version and Copyright: Based on Copyright (Amendment) Bill 2014 of Hong Kong,” içinde *14th Asia-Pacific Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS): "Mapping ICT into Transformation for the Next Information Society"*, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/171925/1/Bei-updated.pdf>, (Kyoto: International Telecommunications Society (ITS), 2017), 3, erişim tarihi 29.05.2024.

²¹ Roy Evans, “Musical Arrangements: The Unprotected Intellectual Property,” *Media Law & Policy* 5, no. 3 (1997): 24-25.

²² Hip-hop ve jazz kültürünün yaygın olduğu Amerika Birleşik Devletleri’nde müzik aranjmanları ve telif hukuku ilişkisi bu iki tür üzerinden çok fazla sayıda karara konu olmuştur. Bkz. John R. III Zoesch, “Discontented Blues: Jazz Arrangements and the

müziğin yapısal ve enstrümantal yönlerine atıfta bulunsa da bununla sınırlı olmak zorunda değildir. Eserin orijinalinden farklı bir şekilde sunulmasını içeren tüm değişiklikler aranjman olarak kabul edilebilir. Bir şarkının sözlerinde yapılan değişiklikler de şarkının genel anlamını, temasını veya duygusal etkisini değiştirmesi ve orijinal eserle aynı melodiye sahip olsa bile, dinleyiciye farklı bir deneyim sunması açısından bir aranjman örneği olarak görülebilir.

O halde *cover*'da temel amaç, bir eseri farklı bir ses veya tarzla yeniden seslendirmek iken, aranjmanda eserin orijinal yapısının değiştirilerek farklı bir tarz veya türde yeniden yaratılması amaçlanır. *Cover*'da genellikle orijinal şarkının melodisi ve sözleri korunurken, aranjmanda bu öğeler de dahil olmak üzere eserin birçok özelliği değiştirilebilir. Her iki süreç de yaratıcılık gerektirse de, aranjman genellikle orijinal esere kıyasla daha radikal değişiklikler ve yaratıcılık gerektirir. Müzikte yapılan aranjmanın sahibinin hususiyetini taşıması şartıyla “işlenme eser” olarak nitelendirilmesi ve aranjörlerin de “işlenme eser sahibi” olarak görülmesi bu nedenledir²³.

Her ne kadar *cover* ile aranjman kavramları arasında yukarıda belirtilen nitelikte farklılıklar olsa da bu çalışmada *cover*, ülkemizde de gündelik kullanıma yerleştiği şekliyle şarkının yalnızca seslendirme tarzı ve tonalite gibi bazı özelliklerinde yapılan değişiklikleri değil, sözlerinde yapılan değişiklikler ile orijinal kompozisyonunda yapılan düzenlenmeleri (aranjman) de kapsar şekilde geniş anlamıyla kullanılmıştır. Böylece müzik eserinde yapılacak değişikliklere ilişkin hukuki değerlendirmenin daha geniş bir çerçevede ortaya konması amaçlanmıştır.

II. YARARLANILAN MÜZİK ESERİNİN SAHİBİNİN VE BU ESERLE BAĞLANTILI HAK SAHİPLERİNİN HAKLARI

A. Müzik Eseri Sahibi ve Hakları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 1/B-b ve m. 8/1'de eser sahibi “eseri meydana getiren kişi” olarak tanımlanmış; eser ise “sahibinin hususiyetini

Case for Improvements in Copyright Law,” *Catholic University Law Review* 55, no. 3 (2006): 872 vd.; Olufunmilayo B. Arewa, “From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context,” *North Carolina Law Review* 84, no. 2 (2006): 571 vd.

²³ Aranjmanın yaratıcılık gerektirdiği konusunda bkz. Evans, “Musical Arrangements,” 24.

taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulü” olarak ifade edilmiştir (FSEK m. 1/B-a). Bu bakımdan eser sahibi; esere kendi özgünlüğünü, yaratıcılığını, özelliklerini aktaran ve böylelikle ona hususiyet kazandıran kişidir. Müzik eserleri bakımından bu kişi kural olarak eserin bestecisidir. Sıklıkla karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte, şayet eserin birden fazla bestecisi varsa, bu kişilerin esere yaptığı katkının niteliği göz önünde bulundurularak eser sahipliğinin türü belirlenmelidir²⁴.

Bu itibarla, bir müzik eserinde bestecilerin katkısı ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, esere katkı sunan kişilerin birliği olacaktır (FSEK m. 10). Ancak eser birden fazla kısma ayrılabilir ve kişilerin kendi hususiyetlerini yansıtan katkıları belirlenebiliyorsa, bunların her biri meydana getirdiği kısmın sahibi sayılacaktır (FSEK m. 9). Örneğin, müziğin ilk yarısının A, diğer yarısının B tarafından bestelenmesi ve her iki kısmın da kendi bestecisinin hususiyetini taşıması halinde, A ve B, kendilerine ait bölüm açısından eser sahibi olur.

Birden fazla eser sahipliği daha ziyade sözlü bestelerde karşılaşılan bir durumdur. Sözlü bestelerde, birden fazla münferit eserin, birlikte kullanılmak ve yönetilmek üzere eser sahiplerinin aralarında yaptığı bir sözleşme gereği birbirine bağlanması söz konusudur. Bu tür eserler “ortak eser” olarak adlandırılır²⁵. Ortak eserde kısımlara ayrılabilen her eser kendi başına korunmaya devam eder²⁶. Dolayısıyla güfte yazarı ve besteci, eserin bütünü üzerinde “ortak eser sahibi” olarak nitelendirilirken, kendilerine ait kısım üzerinde münferit eser sahibi olurlar.

Ortak veya iştirak halinde meydana getirilen eserler üzerindeki eser sahipliğini, işlenme eser üzerindeki eser sahipliğinden ayırt etmek gerekir. İşlenme eser, diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere

²⁴ Birden fazla kişinin eser sahipliği hakkında detaylı bilgiler için bkz. Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği* (Ankara: Adalet, 2012), 188 vd.

²⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 150; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 270; Ateş, *Eser Sahipliği*, 246; Erdil, *Şerh C. I*, 144. “Bağlı eser” olarak da adlandırılan FSEK m. 9’daki eserlere ilişkin detaylı bilgi ve bu eserlerin FSEK m. 10 kapsamında kalan “birlikte eser” kavramı ile karşılaştırılması için detaylı olarak bkz. Ceren Demirel, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği* (Ankara: Savaş, 2017), 28 vd.

²⁶ Ateş, *Eser Sahipliği*, 196.

nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulüdür (FSEK m. 1/B-c). Bu eserlerin “başlıcaları” FSEK m. 6’da sayılmıştır. Müzik aranjman ve tertipleri²⁷ örnek gruplarından birini oluşturur (FSEK m. 6/1-4). İşlenme eserlerde de asıl eser sahibinin hususiyeti ve işleyenin hususiyeti olmak üzere birden fazla kişiye ait “hususiyet” bir arada bulunmaktadır²⁸. Ancak ortak veya iştirak halinde meydana getirilen eserler “bağımsız bir eser” üzerinde birden fazla kişinin hususiyetinin bulunması durumuyla ilgiliyken, işlenme eser “asıl esere bağımlı” bir eserdir²⁹. Başka bir ifadeyle, işlenme eserde birden fazla kişinin bir eseri ilk kez birlikte meydana getirme iradesi bulunmamaktadır; daha önce meydana getirilmiş bir eserin, bir başkası tarafından yeni bir biçime büründürülmesi söz konusudur³⁰. FSEK m. 8/2’de yer alan açık hüküm uyarınca, işlenme bir eserin sahibi, asıl eser sahibinin hakları saklı kalmak şartıyla onu işleyendir³¹. Buna göre, işlenme bir eserin varlığı halinde kendisinden yararlanan eserin sahibi, yalnızca söz konusu bu orijinal (işlenen) eserin sahibi olarak kalacak, işlenme eser üzerinde eser sahipliğinden doğan bir hak elde edemeyecektir.

²⁷ Ayiter, müzik aranjman ve tertiplerini “Temel esere sadık kalmak şartıyla yapılacak olan varyasyon ve parafrazlar, enstrümantasyonlar bir bestenin bir müzik aleti ile çalınmaya elverişli hale getirilmesi, çalgı sayısı ve seslerinin artırılması ve eksiltilmesi gibi fikri çabalar” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1982), 69. Bu bağlamda örneğin, bir türkünün piyanoda çalınmak üzere düzenlenmesi veya orkestra eseri halinde getirilmesi işlemdir. Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet*, 137; Engin Erdil, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler* (İstanbul: Beta, 2003), 62; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Yetkin, 2009), 64. Müzik eserinde seslerin, ton çeşidinin ve ritmin değiştirilmesi, bestenin örneğin tiz değil pes perdeden çalınması, potporiler gibi değişiklikler eseri işlenme eser yapmaz. Bkz. Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat*, 69.

²⁸ Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. I*, 158.

²⁹ Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 159; Erdil, *İşlenme Eserler*, 42.

³⁰ Örnekler için bkz. Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet*, 137 vd. İşlenme eserden bahsedebilmek için asıl eserin başka bir biçime büründürülmesi gerektiğinden bir besteye güfte eklenmesi ile meydana getirilen müzik eseri işlenme eser değil, yeni bir müzik eseridir. Y. 11. HD, E.2008/10206, K.2010/1372, 08.02.2010, (Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. I*, 171).

³¹ Aşağıda görüleceği gibi işleme hakkı eser sahibine tanınan haklardan biri olduğundan eserin işlenmesi için eser sahibinin izninin alınması şarttır. Bkz. aşa. III. A. 1. Bununla beraber, eser sahibinden izin alınmaksızın eseri işleyen kişi de “izinsiz işlenme” üzerinde *ipso iure* eser sahipliği sıfatını kazanır. Bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 170; Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet*, 134; Ateş, *Eser Sahipliği*, 174. Bu çerçevede hükümde yer alan “asıl eser sahibinin hakları saklı kalmak” şartının isabetsiz olduğu yönünde bkz. Erdil, *İşlenme Eserler*, 45.

FSEK, eser sahiplerine birtakım münhasır haklar tanımaktadır. Bir eser meydana getirildiğinde, eser sahipleri, eser üzerinde doğrudan (herhangi bir kayıt, tescil vs. işleme gerek kalmaksızın) bu hakları elde ederler^{32 33}.

Eser sahibinin hakları, FSEK’te “manevi haklar” ve “mali haklar” olarak iki başlığa ayrılmıştır. Eser sahibinin manevi haklarını, esere aleniyet kazandırma hususunda karar verme ve eserin kamuya sunulma zamanı ile sunulmuş tarzını belirleme (örneğin, bestelenen şarkıyı belirli bir tarihte yapılacak konser ile tanıtma) yetkisi (FSEK m. 14); eseri kendi adı veya takma adı ile yahut adsız olarak umuma sunma veya yayımlama yetkisi (FSEK m. 15) ve eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme gibi çeşitli değişiklikler yapılmasını engelleme yetkisi (FSEK m. 16) oluşturur. Manevi haklar, eserin malik ya da zilyedinin belirli davranışlardan kaçınmasını isteme yetkisini de içerir (FSEK m. 17). Örneğin; müzik eserlerinde eser sahibi, bestenin el yazısıyla yazılmış aslının mülkiyetini bir başkasına devretmiş dahi olsa, gerekli durumlarda bu asıldan geçici bir süre için yararlanmayı talep etme hakkına sahiptir.

Eser sahibine tanınan mali haklar ise işleme hakkı (FSEK m.21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24) ve umuma iletim hakkıdır (FSEK m. 25). Müzik eserinden onu değiştirmek dönüştürmek suretiyle faydalanma hakkı işleme hakkının³⁴; eseri herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak kopyalamak çoğaltma hakkının konusudur. Örneğin, bir albümün CD gibi fiziksel veya mp3 gibi dijital kopyalarını üretmek³⁵ ya da albümü dijital ortamlara yüklemek, albümü indirmek³⁶ gibi eylemler çoğaltma eylemidir. Yine, çoğaltılan nüshaları kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak fiilleri³⁷ (örneğin; müzik

³² Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 236.

³³ Ancak FSEK m. 13/3’e göre eser sahipleri isteğe bağlı olarak tescil işlemi gerçekleştirebilir. Aynı maddeye göre fonogram ve film yapımcılarının yapımlarını “hak ihdas etme amacı taşımaksızın” kayıt ve tescil ettirmeleri gerekir.

³⁴ Detaylı olarak bkz. Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2012), 102.

³⁵ Veysel Başpınar ve Doğan Kocabey, *İnternette Fikrî Hakların Korunması* (Ankara: Yetkin, 2007), 109; Tekin Memiş, *Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Ankara: Seçkin, 2002), 109; Zehra Özkan, *Karşılaştırmalı Hukukta Müzik Eserlerinin Dijital İletimi* (Ankara: Yetkin, 2008), 88.

³⁶ Başpınar ve Kocabey, *İnternette Fikrî Haklar*, 126; Memiş, *Müzik Sunumu*, 114-115.

³⁷ Örneğin; eser nüshasının bağış veya trampa sözleşmesine konu edilmesi ya da şirkete sermaye olarak getirilmesi gibi durumlarda da yayma hakkının kullanılması söz konusudur. Bkz. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 954-955.

CD'lerinin piyasada satışı) yayma hakkının konusudur. Temsil hakkı ise doğrudan ve dolaylı temsil olarak iki başlık altında incelenmektedir. Bir müzik eserinin dinleyicilerin hazır bulunduğu bir ortamda³⁸ icra edilmesi gibi eseri, doğrudan doğruya umumi mahallerde³⁹ okumak, çalmak, oynamak ve

³⁸ Eser sahibinin münhasır hakkına giren temsil eylemi için eylemin muhatabının “belli bir yerde toplanmış” bir kitle olması gerektiği konusunda bkz. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 1031.

³⁹ Doktrinde FSEK m. 24'te kullanılan “umumi mahal” kavramı eleştirilmektedir. Zira, temsil fiilinin eser sahibinin münhasır hakkının kapsamına girebilmesi için temsilin gerçekleştirildiği fiziksel mekandan (örneğin, boş bir cadde veya konser salonu vb.) ziyade temsil fiilinin kimin huzurunda gerçekleştirildiği önem taşımaktadır. Bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 378. Bu çerçevede “umumi mahalden” anlaşılması gereken aralarında kişisel bağlantı bulunmayan kitleyi ifade eden “umum” kavramıdır. Bkz. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 1036-1037. Umum kavramına ilişkin geniş bilgi için bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 100 vd. “Umumi mahal” ifadesinin temsilin umum önünde gerçekleştirilmesi anlamını da taşıdığı kabul etmekle beraber kanaatimizce bu ifade temsil hakkının söz konusu olabilmesi için temsilin hitap ettiği kitlenin “belli bir yerde toplanmış olmasını” da şart kılmaktadır. Temsil hakkı kapsamına giren eylemlerin “belli bir yerde toplanmış kişilerden” hareketle tanımlanması için bkz. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 1031. Bu nedenle “umumi mahal” ifadesinin kullanılması isabetsiz değil bilakis temsili özellikle umuma iletim hakkından ayıran temel unsurdur. Şöyle ki; temsilin umuma iletim hakkı ile ilişkisi FSEK m. 24/2'de düzenlenen “temsilin umuma arz edilmek üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakline” ilişkin dolaylı temsil hakkında ortaya çıkmaktadır. FSEK m. 24'ün madde başlığından anlaşılacağı üzere hükümde “temsil hakkı” düzenlendiği ve umuma iletim hakkı FSEK m. 25'te ayrı bir hak olarak kabul edildiği için m. 24/2'deki “başka bir yer” ifadesi FSEK m. 25'teki iletimin muhatabı “umumdan” farklı olarak anlamlandırılmalıdır. Başka bir deyişle FSEK m. 25'te hakkın muhatabı “kitle” belirleyici olmaktadır FSEK m. 24/2'de naklin gerçekleştirileceği “yer” önem taşımaktadır. FSEK m. 25'te kitle olarak “umuma” atıf yapılması bu kitlenin bulunduğu yerin önemli olmadığını göstermekte FSEK m. 24/2'de ise “başka bir yere” atıf yapılması umumun bu yerde hazır bulunması gerektiği anlamını da ihtiva etmektedir. İşte m. 24/2'deki “başka bir yer” ifadesi de temsil hakkının özünü oluşturan FSEK m. 24/1'de yer alan “umumi mahal” ile aynı anlamda yorumlanmalı ve vasıta ile gerçekleştirilen naklin “belli bir yerde toplanmış kişilere” karşı gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre, örneğin icranın umumi mahalde, başka bir deyişle “belli bir yerde toplanmış bir kitle” önünde gerçekleştirilmediği bir durumda FSEK m. 24/1'deki doğrudan temsil hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır. Bu icranın televizyondan yayınlanması FSEK m. 25/1 anlamında umuma iletim hakkı, icranın televizyon vasıtasıyla “belli bir yerde toplanmış bir kitleye” sunulması ise FSEK m. 24/2 anlamında dolaylı temsil hakkı kapsamında kalacaktır. Karş. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 194; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 377; Yavuz Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına*

göstermek gibi eylemler doğrudan temsil hakkının⁴⁰; işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle dinleyicilerin hazır bulunduğu bir ortamda⁴¹ eserin bu dinleyicilerin istifadesine sunulması⁴² ile temsilin gerçekleştiği yerden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakledilmesi ise dolaylı temsil hakkının konusudur^{43 44}. Umuma iletim hakkı ise FSEK m. 25'te yayın, yeniden yayın hakkı ve umuma erişim sağlama hakkı olmak üzere üç farklı görünüşüyle düzenlenmiştir⁴⁵. İnceleme konusu açısından umuma erişim sağlama hakkının ayrı bir önem taşıdığı söylenebilir. Zira, bu hakkın konusunu gerçek kişilerin kendi seçtikleri yer ve zamanda esere erişimin mümkün kılınacak şekilde eserin umuma sunulması oluşturmaktadır. Günümüz teknolojileri açısından gerçek kişilerin kendi seçtikleri yer ve zamanda esere erişimini mümkün kılan ortamın internet ortamı olduğunda şüphe bulunmamaktadır⁴⁶.

Uygulanacak Hukuk (Ankara: Seçkin, 2004), 140-141. Eseri icra (temsil) eden ancak bu icrayı umumi bir mahalde gerçekleştirmeyen kişilerin umuma iletim hakkının ihlalden sorumlulukları katılan sıfatıyla müteselsil sorumluluk esasına göre belirlenmelidir. Karaoke eylemi özelinde gerçekleştirilen bu konudaki bazı açıklamalar için bkz. aşağıda III. B. 2.

⁴⁰ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 123; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 377.

⁴¹ Bkz. dn. 39.

⁴² Örneğin, bir konseri kayıt altına alan bir CD'nin bir yerde hazır bulunan insanlara çalınması gibi. Bkz. Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 124.

⁴³ Örneğin, bir canlı bir konserin görüntü ve ses nakline yarayan bir araçla (örneğin, hoparlörle) başka bir yerde hazır bulunan insanlara nakledilmesi gibi. Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 124.

⁴⁴ Doğrudan ve dolaylı temsil ayrımı yalnızca teorik bir ayrım olmamakta temsil hakkının hukuki işlemlere konu edilmesi durumunda bu ayrım önem taşımaktadır. Şöyle ki; sözleşmede açıkça belirtilmediği sürece temsil hakkının kendisinin veya kullanım hakkının devri yalnızca doğrudan temsil yetkisini kapsar. Bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 377; Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 1032.

⁴⁵ Detaylı olarak bkz. Mustafa Ateş, "Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da 'E-Haklar': FSEK'in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme," içinde *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*, ed. Tekin Memiş (Ankara: Yetkin, 2013), 17-54. Bununla birlikte Bozbel, bu üç hakka ek olarak FSEK m. 25/2'nin ilk cümlesinde yer alan, eserin telli veya telsiz araçlarla satışının da madde kapsamında ayrı bir hak olarak düzenlendiğini ifade ederek umuma iletim hakkını toplam dört başlık altında incelemiştir. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 196.

⁴⁶ Bu hakkın internetin gelişimiyle beraber uluslararası düzenlemelerde yerini bulduğu ve hakkın internet ortamında gerçekleştirilecek umuma sunumlarla ilgili olduğu konusunda detaylı olarak bkz. Başpınar ve Kocabey, *İnternette Fikri Haklar*, 128-129. Bununla beraber eylemin internet ortamında gerçekleştiriliyor olması mutlaka erişim

B. Müzik Eseriyle Bağlantılı Hak Sahipleri ve Bu Kişilere Tanınan Haklar

Bağlantılı hak sahibi kavramı, eser sahibi olmamakla birlikte eser ile ilintili bazı haklara sahip olan gerçek ya da tüzel kişileri ifade eder. FSEK, eser sahiplerinin haklarının yanı sıra bağlantılı hak sahiplerinin haklarını koruyan düzenlemeler de içermektedir⁴⁷. Bağlantılı hak sahipleri; eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçılar, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon yapımcıları (FSEK m. 80/I-1) ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları (FSEK m. 80/I-2) olarak belirlenmiştir. Film yapımcıları dışındaki bağlantılı hak sahipleri “komşu hak sahipleri” olarak da adlandırılmaktadır (FSEK m. 1/B-k).

Müzik eserleri bakımından özellikle icracı sanatçıların ve fonogram yapımcılarının bağlantılı hak sahipliği önem taşır. İcracı sanatçılar bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılardır (Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği⁴⁸ m. 4/b). Dolayısıyla bir müzik parçasını seslendirenler de besteyi çalanlar da icracı sanatçı olarak nitelendirileceklerdir. Bununla beraber, FSEK m. 80/I-1’e göre icracı sanatçının bağlantılı hak sahibi olarak nitelendirilebilmesi için eser sahibinin izni şarttır.

Fonogram ise sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin⁴⁹ veya ses

sağlama yoluyla umuma iletim hakkının kullanıldığı anlamına gelmez. Örneğin; internet üzerinde gerçekleştirilen canlı bir yayın varsa kişilerin kendi seçtikleri zamanda esere erişim sağlaması mümkün kılınmadığı için erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkından söz edilemeyecektir. Daha detaylı açıklamalar için bkz. aşağıda dn. 73.

⁴⁷ Bu düzenlemeler ile amaçlanan eserin topluma ulaşmasına maddi anlamda katkı sağlayan kişilerin hem emek ve yatırımlarının korunması hem de teşvik edilmesidir. Detaylı olarak bkz. Azra Arkan, *Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar* (İstanbul: Vedat, 2005), 30 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 8. Baskı (Ankara: Turhan, 2022), 235 vd.

⁴⁸ RG, 16.11.1997, S. 23172.

⁴⁹ Kanun’daki tanımda yer alan “diğer sesler” ifadesi nedeniyle icracı sanatçıların aksine fonogram yapımcısı olarak nitelendirilmek için ilk tespitte konu seslerin eser niteliğinde olmasının şart olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. 2, 2. Baskı (Ankara: Seçkin, 2014), 2524; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 728. Bununla birlikte,

temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı ifade eder (FSEK m. 1/B-f). Bir eserin bu şekilde tespitini gerçekleştiren kişilere de fonogram yapımcıları denir. Öte yandan FSEK her yapımcıyı değil, sadece seslerin “ilk tespitini” gerçekleştiren kişileri fonogram yapımcıları sıfatıyla bağlantılı hak sahibi olarak kabul etmiştir (FSEK m. 80/I-1-B). Bu bağlamda tespit; seslerin, ses temsillerinin veya ses ile görüntülerin, anlaşılabilir, çoğaltılabilecek veya iletilebilecek şekilde bir araca kaydedilmesi işlemini ifade eder (FSEK m. 1/B-e). O halde, bir müzik eserinin beste ve varsa güftesiyle icrasını ilk defa kayıt altına alan kişiler fonogram yapımcıları olarak FSEK korumasını haiz olacaklardır. İcracı sanatçılar gibi fonogram yapımcılarının da bağlantılı hak sahibi olarak nitelendirilebilmeleri için eserin ilk tespitini eser sahibinin izniyle gerçekleştirmiş olmaları gerekir (FSEK m. 80/I-1).

İcracı sanatçı ve fonogram yapımcılarının haklarını belirtmeden önce ifade etmek gerekir ki; bağlantılı hak sahibi olarak nitelendirilerek Kanun’dan doğan hakların edinilmesi farklı bir mesele, bu haklara konu eylemlerin ilgili bağlantılı hak sahipleri tarafından hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi farklı bir meseledir. Şöyle ki; FSEK m. 80/I-1 hükmü nedeniyle icra ve kayıt fiillerini “eser sahibinin izniyle”⁵⁰ gerçekleştiren icracı sanatçılar ve fonogram

Kılıçoğlu, Kanun’da eser niteliği taşımayan seslerin bağlantılı haklar aracılığıyla korunmasının isabetsiz olduğunu ve bu tür tespitlerin şartları varsa FSEK m. 84’te düzenlenen haksız rekabet hükmüne göre korunması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Kılıçoğlu, Fikri Haklar*, 242. Aynı yönde bkz.: Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 135.

⁵⁰ Bu izin eser sahibinin mali haklarının bir parçası olarak kabul edilir. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 276; Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2541. İcracı sanatçılar bakımından temel olarak bu izin eserin temsiline (icrasına) ilişkin, fonogram yapımcıları bakımından ise eserin çoğaltılmasına ilişkin olacaktır. Bkz. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2454, 2527; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 276; Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 56, 142. FSEK m. 80/I-1’deki “eser sahibinin izni” ibaresinden açıkça anlaşılacakla beraber eser sahibinin mali haklarına ilişkin bu izinlerin FSEK m. 52’ye tâbi olduğu kabul edilmektedir. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2463; Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 58. FSEK m. 80/I-1-B’de fonogram yapımcılarının eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra belirtilen haklara sahip olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca fonogram yapımcısının Kanun’daki hakları elde edebilmesi için ayrıca icracı sanatçıdan izin alması gerekir. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2525; Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 142. Her ne kadar FSEK m. 80/I-1-B’de icracı sanatçıdan tüm mali hakların devralınması gerektiği şeklinde bir anlam çıkarılmaktaysa da bu hak esasen icranın tespiti üzerindeki haktır. Bkz. Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2526-2527. *Nal ve Suluk’a* göre FSEK m. 80/I-1-B hükmü hatalı bir düzenlemedir. İlgili kişilerden haklar devralınmasa bile fonogram yapımcıları haklarını eser sahibi ve icracı sanatçı

yapımcıları bağlantılı hak sahibi sıfatını kazanarak FSEK m. 80’de belirtilen hakları eser sahibinin ayrıca bir izni aranmaksızın *ipso iure* elde ederler⁵¹. Buna göre bu haklar bağımsız nitelikte mutlak haklardır ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirler. Bununla beraber, aşağıda görüleceği üzere bağlantılı hak sahiplerine tanınan haklar eser sahibinin mali hakları ile ilişki içerisinde, eser sahibinin mali haklarına konu eylemleri zorunlu olarak içeren eylemlere yönelik haklardır. Dolayısıyla her ne kadar, izinle birlikte bağlantılı hak sahipleri kendilerine tanınan bağlantılı hakları *ipso iure* elde edinmiş olsalar da eserden ekonomik olarak yararlanabilmek için eser sahibinden mali hakların kendisini veya kullanma haklarını da devralmalıdırlar⁵². Bu işlem, bağlantılı hak konusu eyleme ilişkin izinle beraber ya da ayrı bir sözleşme aracılığıyla gerçekleştirilebileceği gibi bağlantılı hak konusu eylemle (örneğin, eserin icrası ile) sınırlı ya da sınırsız bir yetkinin verilmesini de içerebilir⁵³.

FSEK icracı sanatçılara, icralarının tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin vermek veya bu fiilleri yasaklamak hususunda haklar tanımıştır (FSEK m. 80/I-1-A-2). Ayrıca icracı sanatçılar, söz konusu mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına da sahiptirler (FSEK m. 80/I-1-A-1)⁵⁴. Fonogram yapımcıları da benzer şekilde eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespit, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi; işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi

dışında üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmelidir. Bkz. Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 155.

⁵¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 276; Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2453. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 721.

⁵² Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2455 vd.; Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 57-58. Aksi olarak *Erel*, hakların kullanılması için ayrı bir sözleşmeye ihtiyaç olmadığını icraya ilişkin iznin icra ile sınırlı olarak icranın ekonomik olarak değerlendirilmesine ilişkin müteakip tasarrufları da kapsayacağını belirtmektedir. *Erel, Türk Fikir*, 214.

⁵³ Yavuz, Alıca ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2527.

⁵⁴ Bağlantılı hak sahiplerine Kanun’da tanınan tek manevi hak yalnızca icracı sanatçılara tanınan bu haklardır.

ve yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir (FSEK m. 80/I-1-B). Dikkat edilirse icracı sanatçıların, eser ile bağlantılı bir hak olarak “temsil” hakkına sahip oldukları FSEK m. 80’de açıkça belirtilmişken, fonogram yapımcılarına tanınan haklar arasında “temsil hakkı” sayılmamıştır. Ancak FSEK’te açıkça yer almasa da fonogram yapımcılarının, icranın ilk tespitini içeren fonogramlar üzerinde “temsil” hakkına sahip olmamaları için geçerli bir sebep yoktur⁵⁵. Kaldı ki Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği m. 12/c’de, ticari dolaşıma konmuş ses taşıyıcılarının radyo ve televizyon kuruluşları ya da başka kuruluşlar tarafından yayınlanması ya da kamuya açık yerlerde temsil edilmesi durumunda fonogram yapımcısından izin alınması gerekliliği açıkça belirtilmiştir. O halde, fonogram yapımcıları da icranın ilk tespitini konu alan temsil (fonogramın dinletilmesi, çalınması, oynatılması) eylemleri üzerinde hak sahibidirler.

III. MÜZİK ESERLERİNİN KARAOKE VE COVER VERSİYONLARININ SOSYAL MEDYA ORTAMLARINDA PAYLAŞILMASININ ESERLE İLİŞKİLİ HAKLARA ETKİSİ

A. Eserle İlişkili Hakların Kullanılmasına Dair Genel Esaslar

1. Eser Sahipliğinden Doğan Hakların Kullanılmasına Dair Esaslar

Müzik eserlerinin sahipleri söz konusu manevi ve mali hakları kullanma hususunda kural olarak münhasıran yetkilidir. Müzik eserinin farklı kısımları farklı kişilerce oluşturulmuş ve böylece ortak bir eser meydana getirilmişse, eserin bütününe konu alan fiillerin gerçekleştirilmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça eser sahipleri müştereken hareket etmelidir. Eser sahiplerinden biri manevi veya mali hakkın kullanılmasına haklı bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, diğer taraf, kullanım izni verilmesi için mahkemeye başvurabilir (FSEK m. 9/2). Ortak eserin bütününe ilgilendirmeyen münferit kısımlar bakımından ilgili kısmın eser sahibi, kendine ait kısım üzerinde kendi eser sahipliğinden doğan manevi ve mali hakları kullanabilir. İştirak halinde meydana getirilen eserlerin varlığı durumunda ise FSEK m. 10’a göre bunlar üzerindeki haklar adi şirket hakkındaki hükümleri çerçevesinde kullanılır

⁵⁵ Bkz. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 192-193; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 384; Yavuz, Alica ve Merdivan, *Yorum C. 2*, 2540; Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 153.

(FSEK m. 10/2). Eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir tasarrufa geçerli bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir.

Eser sahibine tanınan münhasır haklara konu eylemlerin üçüncü kişilerce hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için kural olarak eser sahibinin izni şarttır. Bu izin ya ilgili hakkın kullanımını konu alan bir ruhsat sözleşmesi ile ya da hakkın devrini konu alan bir sözleşme ile verilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, mali hakların hem ruhsat hem de devir sözleşmelerine konu olabilmesi mümkünken manevi hakların bu sözleşmelere konu olabilmesi mümkün değildir. Zira, hakka yönelik sözleşmelere ilişkin geçerlilik şartını düzenleyen FSEK m. 52’de de yalnızca mali haklardan söz edilmiştir. Bu hükme göre, “*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.*” Bununla beraber, manevi hakların da kullanımı konusunda başkalarının yetkilendirilmesi mümkündür (FSEK m. 19). FSEK bu yetkilendirme işlemi için herhangi bir şekli geçerlilik şartı öngörmemiştir. Ancak öğretide, manevi hakların kullanımı bakımından yapılan yetkilendirmelerde de hangi hakka ilişkin işlem tesis edildiğinin belirtilmesi gerektiği, genel olarak “manevi haklarının kullanım yetkisini devrediyorum” şeklinde bir beyanın geçerli olamayacağı savunulmaktadır⁵⁶.

Hakların kullanımına ilişkin izin bakımından belirtmek gerekir ki, mali haklar devir sözleşmesine konu edilmişse bu takdirde bu hakların kullanılmasına ilişkin izin eser sahibinden değil hakkı devralan kişiden alınmalıdır. Bu durumda da söz konusu izin FSEK m. 52 uyarınca yazılı bir şekilde verilmelidir. Ancak FSEK m. 49’a göre “*Eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir.*”

Müzik eserinin birden fazla kişi tarafından meydana getirildiği durumlarda eser üzerindeki haklara ilişkin izinlerin kim tarafından verileceği belirlenmelidir. Buna göre ortak eser şeklinde meydana getirilen bir eserin varlığı halinde eser sahipleri kendi meydana getirdikleri kısımlar bakımından gerekli izinleri verme konusunda yetkili olacaklardır. Örneğin; yine “*Fikrimin İnce Gülü*” başlıklı müzik eseri ele alınacak olursa; bu müzik eserinin bütünü üzerinde gerçekleştirilecek fiiller eser sahiplerinin Kanun’da düzenlenen

⁵⁶ Cennet Alas Şekerbay, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Manevi Hakları Kullanma Yetkisi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 128 (2017): 80.

hakları kapsamına girmekteseyse hem beste hem de güfte sahiplerinin izni aranır. Bu anlamda eserin bütününe ilişkin tasarrufların oybirliği ile yapılması gerekmektedir⁵⁷. Ancak, yalnızca besteyi konu alan bir fiil söz konusuysa beste sahibinin/sahiplerinin izni yeterli olacaktır. Aynı şekilde yalnızca güfteyi konu alan bir fiil söz konusuysa güfte sahibinin/sahiplerinin izni yeterlidir⁵⁸. İştirak halinde meydana getirilen eserler bakımından ise, uygulamada, güfte ve bestenin farklı kişilerce bağımsız olarak meydana getirildiği eserlere daha sık rastlanıldığından iştirak durumunun daha ziyade güfte sahipleri ile beste sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkide ortaya çıkabileceği söylenebilir. İştirak ilişkisi çerçevesinde ortaya konan eserler üzerindeki hakların kullanılması, bu kapsamda üçüncü kişilere izin verilmesi bakımından da adi şirkete ilişkin hükümler uygulanacaktır (FSEK m. 10/2)⁵⁹.

Mali hakların kullanımı için hak sahiplerinden izin almak gerekmele birlikte, eser sahiplerinin, haklarının üçüncü kişilerce kullanımını takip etmek üzere meslek birliklerini yetkilendirmeleri de sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği'ne⁶⁰ göre meslek birlikleri, yegâne veya esas amacı birden fazla hak sahibi adına, müşterek menfaatleri doğrultusunda hakların toplu yönetimini sağlamak olan, kâr amacı gütmeyen ve Kanun ile bu Yönetmelik hükümlerine göre kurulmuş özel hukuka tâbi tüzel kişiyi ifade eder (madde 3/1-j)⁶¹. Hak sahipleri, meslek birliğine üye olabilmek için Meslek Birliklerine Verilecek Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik⁶² esaslarına ve meslek birliklerince belirlenen koşullara uygun olarak bir yetki belgesi vermek mecburiyetindedirler. Anılan Yönetmelik m. 3'e göre, yetki belgesinin verilmesiyle birlikte "*eser sahibi ve*

⁵⁷ Erdil, *Şerh C. I*, 145. Taraflardan biri haklı bir sebep olmaksızın esere ilişkin herhangi bir tasarrufa rıza göstermezse m. 9/2 uyarınca mahkemeye başvurulabilir. Bkz. Erdil, *Şerh C. I*, 145; Ateş, *Eser Sahipliği*, 199-200.

⁵⁸ Bununla beraber, yalnızca beste veya güfte değiştirilmekle beraber müzik eseri, değiştirilmemiş beste veya güfteyle birlikte icra ediliyorsa eser bir bütün olarak tasarrufa konu edildiği için FSEK m. 9/2 uyarınca bu değişiklik için hem beste hem de güfte sahibinin izni aranır. Bu tespit, özellikle müzik eserinin değiştirilerek icra edildiği cover versiyon açısından hangi eser sahibinin hangi eyleme yönelik izin vermesi gerektiği belirlenirken önem taşıyacaktır. Bkz. aşa. III. C. 3.

⁵⁹ Detaylı olarak bkz. Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 152-153; Ateş, *Eser Sahipliği*, 215 vd.

⁶⁰ RG, 07.04.2022, S. 31802.

⁶¹ Meslek birlikleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 269 vd.

⁶² RG, 07.11.2020, S. 31297.

mali hak sahibi gerçek ve tüzel kişilerin eserler üzerindeki mali haklarının takibi, telif ücretlerinin tahsili ve bu ücretlerin dağıtımı, meslek birliği tarafından yapılır. Yetki belgesi ile verilen bu haklar, mali hak sahibinin yetki belgesinde belirttiği eserler için geçerlidir.” Meslek birliklerinin yetki belgesiyle yetkilendirildikleri durumlarda söz konusu haklara ilişkin izinlerin meslek birliklerinden alınması gerekir⁶³. Ancak belirtelim ki, meslek birliklerine takibi konusunda yetki verilebilecek haklar mali haklardır. Müzik eserinin üçüncü kişilerce kullanımı, eser sahibinin manevi haklarını da etkiliyorsa, bu kullanım için doğrudan eser sahibinden/sahiplerinden izin alınmalıdır.

İşlenme eserler bakımından da hakların kullanımına ilişkin özel bir durumdan bahsetmekte fayda vardır. İşlenme eserin sahibi, işlenme eser üzerindeki FSEK’ten doğan haklarını üçüncü kişilere karşı eser sahibi sıfatıyla ileri sürebilecek olmakla beraber⁶⁴ özellikle mali haklarını kullanabilmesi için kural olarak asıl eser sahibinden gerekli izinleri usulüne uygun olarak almalıdır⁶⁵.

⁶³ Bununla beraber, belirtmek gerekir ki; yetki belgesinin hukuki niteliği ve bu çerçevede yetkilendirmenin mali hakkın devrini mi yoksa tam veya basit ruhsat şeklinde kullanım hakkını mı içerdiği, yoksa yalnızca hakkın takibi için dava açma yetkisi mi verdiği, Meslek Birliklerine Verilecek Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik’te mali hakların devrinden bahsedilse de yetkinin devri zorunlu kılıp kılmadığı, meslek birliklerinin yanında birliği yetkilendiren eser sahiplerinin de ayrıca ilgili izinleri verme konusunda yetkili olup olmayacakları hususu doktrinde tartışmalıdır. Farklı değerlendirmeler için bkz. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 293; Şirin Aydıncık, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (İstanbul: Arkan, 2006), 132 vd.; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 519; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 296-297; Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 233; Erdil, *Şerh C. 1*, 888; Yavuz, Alica ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 1387.

⁶⁴ İzinsiz işleme olsa dahi işlenme eser sahipleri haklarını üçüncü kişilere karşı her zaman ileri sürebilir. Bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 161; Ateş, *Eser Sahipliği*, 182; Erdil, *İşlenme Eserler*, 46.

⁶⁵ FSEK m. 20/4’e göre “Bir işlenmenin sahibi, kendisine bu sıfatla tanınan mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanılabilir.” Ancak ifade edelim ki; usulüne uygun bir işleme için işleme hakkının devralınması ya da kullanım hakkının edinilmesi halinde işlenme sahibinin amaca uygun haklarını kullanabilmesi için eser sahibinin ayrıca iznine ihtiyaç olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 169; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 183; Yavuz, Alica ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 162; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 116.

Son olarak, FSEK'in, eser sahiplerinin haklarına bazı sınırlandırmalar getirdiği de unutulmamalıdır. Bunlar, mali haklara ilişkin FSEK m. 26'daki süre sınırlaması ile kamu düzeni, kamu yararı ve özel menfaat düşünceleri FSEK m. 30 vd.'da düzenlenen serbest hükümleridir.

2. Bağlantılı Hak Sahipliğinden Doğan Hakların Kullanımına Dair Esaslar

İcracı sanatçılar ve fonogram yapımcıları Kanun'un tanıdığı mali haklara konu eylemler üzerinde münhasıran yetkili olduklarından bu eylemlerin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilebilmesi için icracı sanatçı ve fonogram yapımcısının izni gerekir. Bu izne yönelik hukuki işlemlerin de FSEK m. 52'deki şekil şartına uygun olarak yapılması gerekir. Zira Komşu Haklar Yönetmeliği m. 23'e göre; "*Komşu hak sahiplerinin haklarının devir ve intikali, 5846 sayılı kanun ile genel hükümler çerçevesinde yürütülür.*" Maddede yalnızca devirden söz edilmiş olmakla beraber mali hakların kullanımına ilişkin sözleşmelerde de FSEK m. 52'nin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶. Yine FSEK m. 42'ye göre eser sahiplerinde olduğu gibi bağlantılı hak sahipleri de meslek birliklerini yetkilendirebilir. Bu durumda bağlantılı hak konusu eylem için ilgili meslek birliklerinden izin alınması gerekmektedir⁶⁷.

B. Karaoke Versiyon Açısından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Hemen belirtmek gerekir ki; karaoke versiyonda müzik eseri hem bestesi hem de güftesiyle birlikte aynen bir icraya konu olmaktadır. Beste bakımından esasen müziğin bestesi bir ses taşıyıcısı vasıtasıyla çalındığından doğrudan bir icranın söz konusu olmadığı düşünülebilir. Bununla beraber, karaoke eyleminin amacı çerçevesinde güfteyi doğrudan icra eden üçüncü kişi bu güfteyi melodisiyle birlikte icra etmektedir. Böyle bir durumda güftenin yanı sıra beste de insan sesi vasıtasıyla doğrudan icra edilmiş olur. O halde karaoke eyleminde hem beste taşıyıcı vasıtasıyla aynen çalındığı hem de melodisiyle birlikte güfte aynen icraya konu olduğu için müzik eserinin bütününe yönelik bir eylem söz konusudur. Dolayısıyla ortak eser sahipliği gereğince hem beste hem de güfte sahiplerinin müzik eserinin karaoke eylemine, dolayısıyla eser üzerindeki haklara konu edilmesine izin vermeleri gerekecektir.

⁶⁶ Bu konuda bkz. Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 236.

⁶⁷ Bkz. Arkan, *Bağlantılı Haklar*, 96 vd. ve 142, 182, 207.

Başkasına ait müzik eserinin karaoke versiyonu oluşturulup internet ortamında yayımlandığında, temel olarak üç fiil göze çarpmaktadır: 1) Müzik eserinin bestesi, bir ses taşıyıcı vasıtasıyla çalınmaktadır, 2) Çalınan müzik parçasının sözleri, bir kişi tarafından eş zamanlı olarak söylenmektedir, 3) Oluşturulan bu karaoke versiyon, internet ortamında sunulmakta, üçüncü kişilerce erişilebilir hale getirilmektedir. Bu üç eylem çerçevesinde karaoke versiyonların sosyal medyada paylaşılması eylemi müzik eseri sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yine belirtelim ki; karaoke versiyonda müzik eseri aynı kalarak üçüncü bir kişi tarafından seslendirildiği için bu eylemin kendisinin eser sahiplerinin manevi haklarıyla ilişkisi zayıf kalmakta, manevi hakları karaoke eylemi açısından özel olarak inceleme ihtiyacı doğmamaktadır. Dolayısıyla sonraki başlıklarda karaoke versiyonun sosyal medya üzerinde paylaşılması eser sahiplerinin mali hakları çerçevesinde ele alınacaktır.

2. Eserden Doğan Haklara Etkisi

Her şeyden önce hem bestenin herhangi bir ses taşıyıcısı vasıtasıyla dinletilmesi hem de güftenin müziğin melodisiyle birlikte icra edilmesi esasen temsil eyleminin konusunu oluşturmaktadır. Ses taşıyıcısı vasıtasıyla dinletilmesi bestenin dolaylı temsili, güfte icra edilirken melodinin de icraya konu olması ise bestenin doğrudan temsili anlamına gelir. İcra ise doğrudan gerçekleştirildiği için güfte bakımından kural olarak doğrudan temsil eylemi söz konusu olacaktır⁶⁸. Ancak bu eylemlerin temsil hakkı kapsamında kalabilmesi için temsilin umuma yönelik bir temsil olması, başka bir deyişle eserin “belli bir yerde hazır bulunan”⁶⁹ ve “umum”⁷⁰ olarak nitelendirilen bir kitleye sunulması gerekir⁷¹. Bu sunum, doğrudan-dolaylı temsil ayrımının ortaya koyduğu gibi hazır bulunanlara doğrudan gerçekleştirilebileceği gibi herhangi bir vasıta aracılığıyla da gerçekleştirilebilir⁷². Oysa, sosyal

⁶⁸ Ancak karaoke eylemi görüntü ve ses nakline yarayan bir araçla başka bir yere naklediliyorsa hem güfte bakımından hem de güfteyle birlikte melodinin icraya konu olması nedeniyle beste bakımından aynı zamanda dolaylı temsil de gündeme gelecektir.

⁶⁹ Bkz. yuk. dn. 39.

⁷⁰ FSEK m. 24'teki “umumi mahal” şartının anlamının fiziksel bir mekanla değil temsilin hitap ettiği kitleyle ilgili olduğu konusunda bkz. yuk. dn. 39.

⁷¹ Ateş, “E-Haklar,” 47.

⁷² Karş. Ateş, “E-Haklar,” 47. Yazar, dolaylı temsilin bir araç vasıtasıyla gerçekleştirilmesi nedeniyle umuma iletim hakkı kapsamında düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak dolaylı temsilde, eser bir araç vasıtasıyla olsa bile

medyadaki paylaşımlarda muhatap kitlenin bir konser alanı ya da müziğin hoparlörle dinletildiği bir kafe, iş yeri gibi belli bir yerde hazır bulunduğu söylenemez. Dolayısıyla sosyal medyadaki paylaşımlar bakımından müzik eseri temel olarak umuma iletim hakkına konu olmaktadır. Karaoke eylemi sosyal medyada canlı bir yayına konu olsa bile yine eserin umuma iletilmesinden söz edilecektir⁷³. Ancak, unutmamak gerekir ki; karaoke eylemi aynı zamanda doğrudan veya dolaylı olarak belli bir yerde hazır bulunan bir umum önünde icra edilmekteyse beste ve güfteyi icra (temsil) edenler bakımından ayrıca müzik eseri üzerindeki temsil hakkı da kullanılmaktadır⁷⁴.

yine hazır bulunan bir kitleye sunulmaktadır. Örneğin, televizyondaki bir programın bir kafe işletmesinde hazır bulunan müşterilerin istifadesine sunulması halinde bu sunum eylemini gerçekleştiren kişi bakımından umuma iletim hakkının değil dolaylı temsil hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Bu konuda bkz. dn. 39.

⁷³ Canlı bir performans televizyon tarafından yayınlanıyorsa eserin temsili değil umuma iletilmesinin söz konusu olacağı hakkında bkz. Ateş, “E-Haklar,” 47. Bu konuda ayrıca bkz. dn. 39. Yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki; karaoke eylemi internet üzerinden canlı bir yayına konu edilmekteyse internet üzerinden gerçekleştirilen bu eylemin FSEK m. 25/2’deki erişim sağlama yoluyla umuma iletim olduğu düşünülebilir. Ancak FSEK m. 25/2’deki hakkın konusu kişilerin, kendi seçtikleri yer ve “zamanda” esere erişiminin mümkün kılınmasıdır. Eserin internette her kullanımının erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında olmayacağına ve eserin kullanılabilceği zamanın istifade edenler tarafından en azından makul bir süre için serbestçe belirlenebilmesinin önem taşıdığı konusunda bkz. Savaş Bozbel, “Fikrî Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması (FSEK m. 25/II),” içinde *Hâluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 3, ed. Osman Berat Gürzumar (Ankara: Yetkin, 2009), 205. Yine internet üzerinde, yayın kuruluşları tarafından gerçekleştirilen canlı yayınların erişim sağlama yoluyla umuma iletim kapsamında olmadığına ilişkin bkz. Jörg Reinbothe ve Silke von Lewinski: *The WIPO Treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty Commentary and Legal Analysis* (London: Butterworths LexisNexis, 2002), 109; Bozbel, “Fikrî Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması,” 212. Bu çerçevede, karaoke eyleminin internet üzerinden canlı bir yayına konu edilmesi durumunda bu yayın televizyon ve radyo kuruluşu olarak nitelendirilen bir kuruluş tarafından gerçekleştiriliyorsa FSEK m. 25/1, televizyon ve radyo kuruluşu olarak nitelendirilemeyen kişiler tarafından gerçekleştiriliyorsa FSEK m. 25/2’deki eserin “aslî ya da çoğaltılmış nüshalarının ... diğer biçimlerde umuma sunulması” kapsamında kalacaktır. Bkz. Yavuz, Alca ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 1087 ve 1102. Karş. Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 147; yazar internette gerçekleştirilen canlı yayınının yayın kuruluşu tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini belirtmeksizin FSEK m. 25/1’deki hakkın kapsamında olduğunu kabul etmiştir.

⁷⁴ Eser özellikle “umuma açık bir mahalde” icra edilmekteyse bu mahalleri işletenlerin meslek birliklerinin belirlediği tarifeler üzerinden mali hak ödemeleri yapmasını düzenleyen FSEK m. 41 gündeme gelebilir. Bu konu hakkında detaylı bir inceleme

Önemle belirtelim ki, karaoke eylemini gerçekleştiren kişilerle sosyal medyada paylaşım yapan kişiler aynı kişiler olmak zorunda değildir. Örneğin, bir arkadaş çevresinde eğlence amaçlı gerçekleştirilen bir karaoke aynı zamanda bu arkadaşlardan biri tarafından belli bir sosyal medya üzerinden canlı olarak da yayınlanıyor olabilir. Bu gibi durumlarda güfte ve bestenin icrasına ilişkin temsil eylemi FSEK m. 24 uyarınca “umumi mahalde” gerçekleştirilmediği için temsil hakkının ihlalden bahsedilemeyecektir. Sosyal medyadaki canlı yayın bakımından ise canlı yayını bizatihi gerçekleştiren (veya duruma göre karaokenin icrasını internete yükleyen) kişi⁷⁵, icra kendisi tarafından gerçekleştirilirse ve sosyal medyadaki paylaşım kimse tarafından izlenirse dahi⁷⁶, müzik eseri üzerindeki umuma iletim hakkının ihlalden sorumlu olacaktır. Müzik eserinin beste ve güftesini icra eden kişilerin ise umuma iletim hakkının ihlalden sorumluluğunun tespiti bu kadar doğrudan ve kolay olmayacaktır. En nihayetinde bir haksız fiil olan umuma iletim hakkının ihlali bakımından asli faille beraber üçüncü kişilerin de katılan sıfatıyla sorumlulukları gündeme gelebilir⁷⁷. Bu durumda sosyal medyadaki paylaşımı gerçekleştiren kişi ihlal fiilini bizatihi kendi eylemiyle gerçekleştiren asli fail⁷⁸ olarak sorumlu olacaktır. Hukuka aykırı fiile (icranın sosyal medya üzerinden yayınlanması fiiline) ilişkin tipik fiili gerçekleştirmeyen icracılar ise kanaatimizce umuma iletim hakkı ihlalden asli fail olarak sorumlu olamayacakları için katılan sıfatıyla sorumlulukları değerlendirilmelidir. Bu durumda ise bu kişiler arasında kast veya ihmâl birliğinin olup olmadığı tartışılmalıdır⁷⁹. Eğer, icracılar ve icrayı umuma iletim eylemine doğrudan konu eden kişi bir araya gelerek açıkça sosyal medyada paylaşım yapma kararı almışlar ya da açıkça bir karar olmasa bile

için bkz. Özge Erbek, “Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, Özel Sayı (2007): 849 vd.

⁷⁵ Yavuz, Alıcı ve Merdivan, *Yorum C. 1*, 1103; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 387; Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunması*, 130.

⁷⁶ Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunması*, 129.

⁷⁷ Birden fazla kişinin aynı zarara birlikte sebep olmalarından kaynaklanan müteselsil sorumluluk rejimi ve haksız fiile katılan kişilerin sahip olabilecekleri çeşitli sıfatlar için detaylı olarak bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı (Ankara: Legem, 2023), 927 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 575 vd.

⁷⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 930.

⁷⁹ Katılan sıfatıyla sorumluluğun gündeme gelebilmesi için kast veya ihmâl birliğinin olması gerektiği konusunda ve bu kavramlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, 928-929.

paylaşım faaliyeti bakımından kişiler birlikte hareket ediyorsa bu durumda kast veya ihmal birliğinden söz edilebilecek ve hem icracılar hem de paylaşımı gerçekleştiren kişi umuma iletim eyleminden müteselsilen sorumlu olacaktır. Ancak, icracıların yayına ilişkin herhangi bir bilgilerinin bulunmadığı, örneğin bir konser esnasında kalabalıkta yer alan dinleyicilerden birinin canlı yayını açması ya da konser kaydını sosyal medyada paylaşması durumunda karaoke eylemini gerçekleştiren kişilerin umuma iletim hakkının ihlalinden sorumluluğu gündeme gelmeyecek, bu kişiler yalnızca müzik eserinin temsilinden sorumlu olacaklardır.

Sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen eylemlerde önem taşıyan bir diğer hak ise çoğaltma hakkıdır. Karaoke versiyonun niteliğinden bağımsız olarak eylemin sosyal medya üzerinden gerçekleştirilmesi internet ile bağlantısı nedeniyle çoğaltma eylemine yol açmaktadır. Sosyal medyadaki canlı yayınlar bakımından gerçekleştirilen çoğaltmalar, bilgilerin⁸⁰ internet kullanıcısının cihazından erişilebilmesi için internet servis sağlayıcıları tarafından zorunlu ve otomatik olarak gerçekleştirilen geçici teknik çoğaltmalardır⁸¹. Yukarıda belirtildiği gibi geçici çoğaltmalar da eser sahibinin çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirilmekle beraber, Türk hukukunda teknik ve otomatik geçici çoğaltmaların hukuka aykırı olup olmadığı tartışmalıdır⁸². Karaoke versiyonun sosyal medyaya kullanıcıların

⁸⁰ Belirtmek gerekir ki; çoğaltma eylemi için eserin algılanabilir olması gerekir. Şarkının temsili esnasında icracıların fotoğraflarının ya da sessiz videolarının çekilmesi müzik eserine yönelik bir çoğaltma eylemi olarak kabul edilemeyecektir. Bkz. Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 117. Bu çerçevede, internetteki bir veriye erişimin de yalnızca görüntülerle sınırlı olduğu dolayısıyla bahse konu geçici çoğaltmaların yalnızca görüntülere ilişkin gerçekleştiği yanılığısına düşülmemelidir. Sesler de dahil olmak üzere içeriğe ilişkin her türlü bilgiye erişim için geçici ve teknik çoğaltmalar zorunludur. Dolayısıyla müzik eserine ilişkin sesler de bu kapsamda kalacaktır. “Dijitalleştirilmiş bilgilerin” çoğaltma eylemine konu olacağı ve diğer teknik birtakım açıklamalar için bkz. Zohar Efroni, *Access-Right: The Future of Digital Copyright Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 208 vd.

⁸¹ Örneğin, dijital bir esere erişim için kullanıcının bilgisayarının RAM (*Random Access Memory*)’inde gerçekleştirilen geçici çoğaltmalar bu tür çoğaltmalardır. İnternetle bağlantılı olarak gerçekleştirilen teknik ve otomatik çoğaltmalar için bkz. Memiş, *Müzik Sunumu*, 113 vd.; Başpınar ve Kocabey, *İnternette Fikri Haklar*, 117 vd.; Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunması*, 119 vd.

⁸² Detaylı olarak bkz. Pelin Karaaslan, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklilik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması,” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8, no. 1 (2022): 29-49.

istediği yer ve zamanda erişebileceği şekilde yüklenmesi ihtimalinde ise video veya sesin dijital kopyasının sosyal medyanın sunucusuna⁸³ kalıcı bir şekilde tespiti söz konusu olduğundan, içeriği sosyal medyaya yükleyen kişi bakımından çoğaltma hakkının ihlal edileceği açıktır⁸⁴.

O halde, karaoke eyleminin sosyal medyada hukuka uygun bir şekilde paylaşılabilmesi için ilgili kişilerin müzik eseri sahiplerinden temel olarak umuma iletim haklarına ilişkin FSEK m. 52'ye göre lisans almaları ya da devir sözleşmesi akdetmeleri zorunludur. Eser sahiplerinin meslek birliklerini yetkilendirmeleri durumunda bu hakların kullanımına ilişkin izin meslek birliklerinden alınması gerekir. Çeşitli ihtimallerde çeşitli hakların kullanımı söz konusu olduğundan sosyal medyadaki paylaşım ile doğrudan ilgili umuma iletim hakkının yanı sıra doğrudan ve/veya dolaylı temsil hakkının ve çoğaltma hakkının da devir veya lisans sözleşmesine en baştan konu edilmesinde fayda vardır. Yine bu sözleşmelerin söz konusu eyleme dahil olan herkesin kullanımını hukuka uygun kılacak şekilde akdedilmelerine de dikkat edilmelidir.

Eserin farklı bir kişi tarafından seslendirilmesi işleme niteliğinde bir eylem olmadığı⁸⁵ için müzik eserini seslendiren kişi işleme eser sahibi sıfatını kazanamayacaktır.

Karaoke versiyon, eser sahiplerinden izin alınmak suretiyle seslendirilmişse bu durumda karaoke versiyonu seslendiren kişi de icracı sanatçı sıfatıyla FSEK m. 80'de düzenlenen bağlantılı haklara sahip olacaktır⁸⁶. Özellikle, karaoke versiyonu seslendiren ve sosyal medya üzerinden paylaşım yapan kişilerin farklılaşması durumunda, müzik eseri sahiplerinin yanı sıra karaoke versiyonu seslendiren icracı sanatçı da FSEK'ten kaynaklanan haklarını paylaşım yapan kişiye karşı ileri sürebilir.

3. Bağlantılı Haklara Etkisi

Eser sahiplerinin müzik eseri üzerindeki ilgili haklarının bu şekilde tespitinden sonra bağlantılı hak sahiplerinin durumunu da değerlendirmek gerekecektir. İlk olarak, karaoke eyleminde beste bir “ses taşıyıcısı üzerinden”

⁸³ Sunucu; dijital bilgileri depolayarak bu bilgilere başka bilgisayarlar tarafından erişilmesini sağlayan belli bir kapasiteye sahip bilgisayarlardır. Bkz. Memiş, *Müzik Sunumu*, 20.

⁸⁴ Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunması*, 118.

⁸⁵ Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 167; Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 382.

⁸⁶ Ancak icranın özgün bir icra olması gerektiği unutulmamalıdır. Bkz. FSEK m. 80/I-1.

çalındığı için bestelenen müziği çalan icracı sanatçılar ile icra ürünü sesin tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcılarının hakları gündeme gelebilir. Eser sahiplerinde olduğu gibi tespit edilen beste doğrudan veya dolaylı olarak aynı zamanda kişisel çevreyi aşan şekilde hazır bulundurulan bir topluluğa dinletilmekteyse hem besteyi çalan icracı sanatçıların hem de fonogram yapımcılarının icranın tespiti üzerindeki temsil hakları ihlal edilmiş olacaktır. Bununla beraber hazır bulundurulan bir topluluğa dinletilmeksizin karaoke eylemi yalnızca sosyal medyadaki paylaşımına konu edilmişse temsil hakkının ihlali değil umuma iletim ve çoğaltma hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Burada da yine, bestenin tespit edilmiş icrasını temsil eden kişiler ile icrayı sosyal medya platformu üzerinden paylaşan kişilerin farklı olabileceği hususu ve somut olayın diğer şartlarının dikkate alınması gerekecektir.

Hemen belirtelim ki, eser sahiplerinde olduğu gibi icracı sanatçıların ve fonogram yapımcılarının da haklarının takibi konusunda meslek birliklerini yetkilendirmeleri durumunda gerekli kullanım lisansı ilgili meslek birliğinden alınmalıdır. Eser sahibinin, icracı sanatçının ve fonogram yapımcısının ya da geçerli bir sözleşme ile bu kişilerin haklarını devralan kişi veya meslek birliklerinin izni yoksa, bunlardan her biri, diğerinden bağımsız olarak, eserin icrasının tespitinin temsiline veya iletimine karşı çıkabilir. Bu bağlamda örneğin, eser sahibi ve icracı sanatçıdan izin alınmasına rağmen, fonogram yapımcısından izin alınmamış ise fonogram yapımcısının bu eserin icrasına ilişkin sesleri içeren tespitin temsiline veya iletimine tek başına karşı çıkma ve dolayısıyla mali hakkının ihlali iddiasıyla dava açma hakkı bulunmaktadır.

Orijinal şarkıyı seslendiren icracı sanatçı bakımından şu hususa da değinilmelidir: İracı sanatçının şarkının karaoke kapsamında seslendirilmesinden, başka bir deyişle yeniden icra edilmesinden kaynaklanan herhangi bir hakkının ihlali gündeme gelmez. Her ne kadar icracı sanatçılar icralarının tespit edilmesini ve tespit edilen icraların çoğaltılmasını, yayılmasını, temsil edilmesini ve umuma iletilmesini yasaklama hakkına sahiplerse de (FSEK m. 80/1-A (2-4) eser sahibinin haklarından farklı olarak söz konusu önleme-yasaklama hakkı, eser ile ilgili fiillere değil, icracı sanatçının icrasını konu alan fiillere yöneliktir⁸⁷. Karaoke etkinliği kapsamında şarkıyı yorumlayan kişinin icrası kullanılmamış, bilakis devre dışı bırakılmıştır.

⁸⁷ FSEK m. 80/I-1-A'da tanınan haklardan hareketle, icracı sanatçı eser sahibinden temsil hakkını devralmadığı sürece eserin üçüncü kişiler tarafından icra edilmesini engelleyemez.

C. Cover Versiyon Açısından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Yukarıda verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere cover versiyonun karaokeden farkı, cover'ın geniş anlamı uyarınca müzik eserinde belli bazı değişiklikler yapılarak eserin seslendirilmesidir. Anılan durum *cover* eylemini karaokeden daha özellikli ve karmaşık bir yapıya taşımaktadır. Bu itibarla, karaoke versiyonda mali haklar çerçevesinde yapılan nispeten daha basit inceleme *cover* versiyonda ayrıca eser sahiplerinin manevi hakları da ele alınarak yapılmalıdır. Yine, daha karmaşık yapısı nedeniyle karaokede olduğu gibi *cover*'da hem beste hem güfte açısından bütünlük taşıyan bir eylem olmadığı için bu başlık altında müzik eserinde yapılan değişikliklerden hareketle ilgili hak sahiplerinin durumu ele alınacaktır.

2. Sadece Yorum Farklılıklarından Kaynaklanan Değişikliklerde Durum

Dar anlamıyla *cover*, şarkının belirli değişiklikler eşliğinde yeniden yorumlanmasıdır. Bu yorumlamanın müzik eserinin bestesinde değişiklik oluşturacak bir seviyede olmaması halinde *cover* versiyonun sosyal medya üzerinden paylaşılması bakımından karaoke versiyon için yapılan açıklamalar geçerli olacaktır. Örneğin; şarkıyı farklı bir tonlamayla söylemek, şarkının tempo veya ritmi üzerinde oynamak, şarkıya duygusal bir derinlik veya farklı bir anlam katmaya çalışmak ya da vokal tonlaması, vurgular, nefes alma biçimleri gibi faktörlerde bireysel teknikler kullanmak gibi hususlar melodiyi belirgin bir şekilde değiştirmeksizin müzik eserine yeni bir yorum katmak anlamına gelebilir⁸⁸. Karaokenin aksine şarkının aynen seslendirilmesi amacı taşınmaksızın müzik eserini bu gibi yorumlar katarak seslendirmek müzik eserinde değişiklik yapılması olarak kabul edilemeyeceğinden yeni bir işleme eserin varlığından ve işleme hakkının ihlalinden de söz edilemeyecektir. Ancak sadece yorum farklılıklarından kaynaklanan değişiklikleri müzik eserinin bestesinde yapılan değişiklikler ile ayırt etmek her zaman kolay değildir ve teknik bir mesele olan bu hususun tespiti alanındaki uzman kişilerce yapılmalıdır.

⁸⁸ Bu hususta ayrıca bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 164 ve 174.

3. Müzik Eserinde Değişiklik Yapılması Halinde Durum

a. Güftede Değişiklik Yapılması

Sözlü bir müzik eserinin sözlerinde değişiklik yapılması halinde güftede bir değişiklikten söz edilecektir. Bu anlamda, müzik eserinin güftesinde değişiklik yapılması temel olarak “işleme” fiilinin konusudur. Kural olarak şarkı sözündeki her türlü değişiklik, hatta yorumcunun, şarkıdaki cinsiyet hitaplarını değiştirmesi (orijinalinde kadın ağzıyla seslendirilen eserin erkek ağzıyla seslendirilmesi) dahi FSEK m. 21 uyarınca işleme niteliğinde olabilir ve hak sahibinin iznini gerektirir⁸⁹. Bununla beraber, güftede değişiklik yapılması durumunu; şarkı sözlerinin tamamının değil ancak bir kısmının orijinal şarkı sözü yazarının hususiyetini de yansıtacak şekilde işleme fiiline konu olması ve müzik eserinin “tümüyle yeni” sözlerle icra edilmesi olmak üzere iki ihtimalde incelemekte fayda vardır. Zira, daha önce de belirtildiği gibi FSEK’te ayrı ve bütünlük arz edecek bir eser türü olarak düzenlenen sözlü müzik eserleri güfte ve beste sahipleri bakımından ortak eser niteliğinde olduğundan bu eser üzerindeki tasarrufların FSEK m. 9/2’ye göre tüm eser sahiplerinin izniyle gerçekleştirilmesi gerekir. Buna göre, hem beste hem de güfte sahibinin izninin aranması için sözlü müzik eseri bütünüyle bir tasarrufa konu edilmelidir. Dolayısıyla güftede değişiklik yapılması halinde bu bütünlüğün korunup korunmadığının tespiti müzik eserinin hukuka uygun bir kullanıma konu edilmesi için gerekli izinlerin tespiti açısından da önem taşıyacaktır.

Şarkı sözlerinin tamamının değil de bir kısmının orijinal şarkı sözü yazarının hususiyetini de yansıtacak şekilde değiştirilmesi durumunda FSEK m. 21’de düzenlenen işleme fiili, ortak eserin “bütününe yönelik” olarak gerçekleşmiş demektir. Zira, sözlü müzik eserlerinde şarkı sözü de FSEK’te ayrı bir eser türü olarak düzenlenen “müzik eserinin” bir parçası olup eserin bütünlüğünü koruyacak şekilde şarkı sözünde değişiklik yapmak doğrudan müzik eserinde değişiklik yapmak anlamına gelir. Ortak eserin bütününe ilgilendiren haklar münferit eser sahipleri tarafından birlikte yönetilir. Keza

⁸⁹ Ancak belirtelim ki, daha önce de ifade edildiği gibi eserin yorumlanması tek başına işlemenin varlığı için yeterli olmayacağından icracının cinsiyetindeki değişiklik ancak müziğin orijinal versiyonunda sözlerin belli bir cins tarafından okunması halinde taşıyacağı anlamda bir değişiklik meydana getirecek nitelikteyse işleme olarak kabul edilebilecektir. Örneğin; ücret eşitsizliğine ilişkin farkındalık oluşturmayı amaçlayan bir müzik eserinin kadınlar tarafından seslendirilen nakaratının erkekler tarafından seslendirilmesi halinde işlemeden bahsedilebilecektir.

ortak eserin bütününe yönelik hak ihlallerinde de ortaklar birlikte hareket ederler. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortak eseri vücuda getirenlerden her biri “bütün eserin” değiştirilmesi veya bu değişikliğe izin verilmesi konusunda diğerinin iştirakine muhtaçtır (FSEK m. 9/2)⁹⁰. Bu nedenle, müzik eserinin güftesinin eserin bütünlüğünü koruyacak şekilde değiştirilmesi durumunda hem güfte hem de beste sahibinin FSEK m. 21 uyarınca işleme hakkına yönelik izin vermeleri gerekmektedir⁹¹. Ancak elbette değiştirilmiş güftenin tamamen farklı bir besteye icra edilmesi durumunda beste sahibinden ayrıca işleme hakkına ilişkin izin aranmaz.

Sözlerin “tümüyle yeni” sözler ile ikame edilmesi durumunda ise bu tarz bir değişiklik FSEK m. 9/2 anlamında “bütün eserin değiştirilmesi” niteliğinde değildir⁹². Nitekim değişiklik sonrasında orijinal söz yazarının esere kattığı hususiyetten herhangi bir iz kalmamıştır. Şarkının bestesi üzerindeki eser sahipliği, yalnızca besteciye aittir. İzinsiz bir şekilde besteyi orijinalinden farklı sözler eşliğinde icra eden kişi yalnızca bestecinin haklarını ihlal etmiş olur. Bu itibarla, bestenin yeni sözlerle icra edilmesine ilişkin yeni sözlerin güfte sahibi ve beste sahibi arasında sözleşmeye dayanan bir ortak eser sahipliği oluşmamışsa şarkının yeni sözlerinin eski beste ile birlikte kullanılması için bestecinin izni gerekir. Bestenin aynen kullanıma konu edilmesi nedeniyle işleme hakkı gündeme gelmese de, karaoke başlığı altında incelenen ihtimaller çerçevesinde temsil hakkı, umuma iletim hakkı ve çoğaltma hakkına ilişkin gerekli izinlerin alınması gerekecektir. Ancak burada, ilgili mali haklara ek olarak bestecinin FSEK m. 14’te düzenlenen umuma arza ilişkin manevi hakkı da önem arz etmektedir. Zira ilgili hükümde yer alan, eserin umuma arz tarzını münhasıran eser sahibinin tayin edebileceği düzenlemesi gereği, bestenin farklı sözler ile kullanılmasından kaynaklanan “yeni umuma arz tarzına” bestecinin muvafakat vermesi gerekir⁹³.

⁹⁰ “Ortak eserde ... eser sahibi sayısı kadar eser sahibi hakkı vardır. Ancak, bu bağımsız haklar aynı çatı altında toplandığı için müştereken yönetilir, yani değerlendirilirler”. Bkz. Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 150’den naklen.

⁹¹ Karş. Demirel, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 31, dn. 129. Yazar müzik eserlerinin sözlerinde değişiklik yapılmak suretiyle aranjmana konu edilmesi durumunda işleme hakkına ilişkin iznin yalnızca güfte sahibinden alınması gerektiğini ifade etmektedir.

⁹² Bestenin aynı kalarak güftenin değiştirilmesi halinde “yeni bir eser beraberliğinin” meydana geleceği konusunda bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 168; Yavuz, Merdivan ve Alica, *Yorum C. I*, 159.

⁹³ Eserin ilk defa umuma arzından sonra *solo* şeklinde yeni bir tarzda umuma arz edilmesinin müzik eseri sahibinin FSEK m. 14’teki hakkını ihlal edeceği konusunda

Müzik eserinin şarkı sözlerinde güfte sahibinin hususiyetini yansıtacak şekilde değişiklik yapılmasının eserin işlenmesi niteliğinde olduğu ifade edilmişti. FSEK m. 52 uyarınca gerekli iznin, müzik eseri sahipleri ile yapılacak bir sözleşmede işleme hakkı açıkça belirtilmek suretiyle verilmesi gerekir. Şarkının temsili hususunda eser sahiplerinden veya meslek birliklerinden lisans alınmış ya da temsil hakkı devralınmış olsa bile, temsil hakkının hukuka uygun olarak elde edilmiş olması müzik eserini değiştirerek seslendirmek için yetki vermez. Yine, FSEK'e göre işleme, birden fazla şekilde meydana gelebilecek bir fiildir. Ancak değişikliklerin hepsini kapsar şekilde "işleme lisansı" almak mümkün değildir. Müzik eserinde yapılacak değişikliğin türü, alınacak izin/lisans kapsamında özel olarak belirtilmelidir. "Cover" ifadesinin dar anlamıyla kullanıldığında yalnızca şarkıdaki yorum farklılıklarını ifade ettiği de göz önüne alınırsa, şarkının 'cover'ının yapılması için izin almak da yeterli olmayacak, şarkı sözünde değişiklik yapılacağı hususunun izin/lisans kapsamında mutlaka belirtilmesi gerekecektir. İşleme hakkı belirtildiği şekilde devralınmış olsa bile eser sahiplerinin manevi haklarına da hanel getirilmemesine dikkat edilmelidir. Özellikle, müzik eserinin genel yapısını, temasını, ruhunu veya mesajını değiştiren şarkı sözü değişiklikleri eserin mahiyetini ve hususiyetini bozacak nitelikte olabilir. FSEK m. 16'ya göre, müzik eseri sahipleri kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsalar bile şeref ve itibarı zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür. Yine, işleme suretiyle yeni bir eser meydana getirilmiş ancak eser üzerindeki mali hakların kullanımı için eser sahibinden izin alınmamışsa ilgili mali hakların yanı sıra FSEK m. 14'teki umuma arz hakkı da ihlal edilmiş olacaktır⁹⁴.

Son olarak; işleme hakkına ilişkin gerekli izinler usulüne uygun şekilde alınmış olsa bile *cover* versiyonun sosyal medyada paylaşılabilmesi için müzik eseri sahiplerinden ayrıca çoğaltma ve umuma iletim hakkına ilişkin izin de alınmalıdır. Yine umuma iletim hakkına ilişkin izin *cover* versiyonu

bkz. Y. 11. HD, E.2014/1210, K.2014/12544, 30.06.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 29.05.2024). Bununla beraber, mali hakların devri veya kullanımına ilişkin usulüne uygun olarak akdedilen bir sözleşmenin varlığı halinde umuma arz yetkisinin kullanılmasına da izin verildiği kabul edilmektedir. Bkz. Yavuz, Merdivan ve Alica, *Yorum C. 1*, 271.

⁹⁴ İşleme durumunda umuma arz hakkının yeniden canlandığı konusunda bkz. Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 295.

icra edenler tarafından alınmış olsa bile, *cover* versiyonu bizatihi sosyal medyada paylaşılan kişilerce de bu iznin alınması gerektiği unutulmamalıdır. *Cover* versiyonun üçüncü bir kişi tarafından icra edilmesi ve sosyal medyada paylaşılması durumunda müzik eseri sahiplerinden alınacak izinlerin yanı sıra *cover* versiyon üzerinde işleme yoluyla eser sahipliği sıfatını kazanan kişiden de farklı ihtimallere göre temsil ve umuma iletim hakkına ilişkin gerekli izinler alınmalıdır. Zira, izinsiz bir işleme durumunda dahi FSEK'ten doğan hakları *ipso iure* elde eden işlenme eser sahipleri⁹⁵ bu haklarını üçüncü kişilere karşı her zaman ileri sürebilirler. Bu itibarla, yeni sözlerde güftelede değişiklik yapan kişinin hususiyeti de varsa yeni sözlerin yazarından da temsil ve umuma iletim haklarına ilişkin izinler alınmalıdır.

Yine, eserin güftesinde değişiklik yapılarak müzik eserinin *cover* versiyonunun sosyal medyada paylaşılması durumunda besteye ilişkin fonogram ve icracı sanatçıların hakları gündeme gelebilir. Güftenin farklı şekilde seslendirilmesi bakımından ise kural olarak icracı sanatçıların herhangi bir hakkını ileri sürebilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak özellikle müzik eserinin tespit edilmiş orijinal icrası üzerine yeni söz ve seslerin eklenmesi, örneğin güftenin *remixleştirilmesi* gibi durumlar söz konusuysa tespit edilmiş güfteleye ilişkin icracı sanatçılardan da temsil, çoğaltma ve umuma iletim haklarına ilişkin gerekli izinler alınmalıdır.

b. Bestede Değişiklik Yapılması

FSEK m. 3 anlamında müzik eserini oluşturan temel unsur bestedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere FSEK m. 21 uyarınca bestede bir işleme fiili meydana gelip gelmediğinin tespiti açısından, bestenin sadece yorumlanmasında mı yoksa temel müzikal öğelerinde mi değişiklik yapıldığının tespiti rol oynar. Yorum farkı daha çok eserin farklı bir tempo veya dinamikte çalınması durumunda söz konusuysa; besteyi değiştirmek, eserin temel notalarını, akorlarını, ritmini veya melodik yapısını değiştirmeyi ifade eder. Örneğin, bir şarkının melodisinin belirli bir kısmını farklı notalarla değiştirmek ya da orijinal kompozisyonun belirli bir kısmını eklemek ya da çıkarmak bestede değişiklik yapmak anlamına gelir. Bestede "işleme" sayılabilecek bir değişikliğin meydana gelmesi halinde izni alınması gereken kişilerin belirlenmesi, yine bir üst başlıkta ortaya koyduğumuz esaslara göre yapılmalıdır. Buna göre işleme niteliğindeki beste, aynı güfte ya da orijinal

⁹⁵ Bkz. dn. 31.

güfte yazarının hususiyetini de içeren değişik güfte ile birlikte icra edilmekteyse yine müzik eseri bir bütün olarak tasarrufa konu edildiğinden hem bestedeki değişiklik hem de değişik besteyi konu alan diğer eylemler bakımından beste ve güfte sahiplerinin izni aranacaktır. Ancak değiştirilmiş bestenin tamamen farklı sözlerle icra edilmesi durumunda güfte sahibinin iznini gerektiren bir durum olmayacağından beste sahibinden izin alınması yeterli olacaktır. Yine, güftenin aynı kalması bestenin ise tümüyle değiştirilmesi durumunda müzik eserinin bütününe yönelik bir değişiklik gerçekleştirilmediğinden işleme ve ilgili diğer hakların kullanımı için yalnızca güfte sahibinden izin alınması yeterli olacaktır. Burada ilgili mali hakların yanı sıra farklı bir beste ile umuma sunulan güftenin sahibinin FSEK m. 14'te düzenlenen umuma arz yetkisine ilişkin de iznin alınması gerekmektedir.

SONUÇ

Topluma sunulmaya hazır bir müzik eserinde birden fazla kişinin FSEK'ten doğan hakkı aynı anda bulunabilir. Bunlar, güfte ve beste sahipleri, varsa işleme eser sahibi, icracı sanatçı ve fonogram yapımcılarıdır. Bu itibarla bir müzik eserine ilişkin üçüncü kişilerin gerçekleştirecekleri eylemin hangi hak sahibinin hangi hakkı kapsamında olduğunun belirlenmesi ve her birinden yukarıda belirtilen usullere uygun olarak hakkın kullanımı için gerekli izinlerin alınması zorunludur. Sosyal medya kullanımının yaygınlaşması sonucunda sıklıkla karşılaşılan müzik eserinin karaoke ve *cover* versiyonları da her ne kadar eğlence amaçlı eylemler olsa da ilgili hak sahiplerinin FSEK'ten doğan haklarını ihlal edebilecek nitelikte olduğundan ayrıca incelenmeye değer eylemlerdir.

Karaoke eyleminde müzik eseri bir bütün olarak aynen bir tasarrufa konu edildiği için bu eylemin incelenmesi nispeten daha kolaydır. Zira bu eylemde müzik eserinin bestesi bir vasıta aracılığıyla aynen çalınmakta, güfte ise melodiyile birlikte üçüncü kişi tarafından orijinaline uygun olarak seslendirilmektedir. Bütün olarak tasarrufa konu edilen müzik eserinin bu şekilde kullanımının hukuka uygun olması için ilgili tüm haklar bakımından müzik eseri sahiplerinin birlikte izin vermesi zorunludur. Bu itibarla; sosyal medyadaki paylaşım ister canlı ister yükleme şeklinde olsun güfte ve beste sahiplerinden umuma iletim hakkı, özellikle yükleme şeklinde gerçekleştirilen paylaşımlarda çoğaltma hakkı, sosyal medyadaki paylaşımın yanı sıra eylem ayrıca hazır bulunan bir umumun önünde icra edilmekteyse temsil hakkına ilişkin izinlerin FSEK m. 52'ye uygun olarak eser sahiplerinden ya da duruma göre meslek birliklerinden alınması gerekir. Aynı haklara ilişkin izinler ayrıca besteyi icra eden icracılar ve bu icrayı tespit eden fonogram yapımcılarından

da FSEK m. 80/VI uyarınca yazılı olarak alınmalıdır. Güfteyi icra eden icracı sanatçıların ise bu eyleme ilişkin herhangi bir hakkını ileri sürebilmeleri mümkün değildir.

Cover versiyon ise gündelik kullanıma yerleştiği şekilde dar ve geniş olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Dar anlamıyla *cover*'da eserin güftesi ve/veya bestesinin icrasında yalnızca yorum farklılıkları söz konusudur. Örneğin; eserin ritminin hızlandırılması, hızlı bir şekilde ya da daha duygulu bir şekilde okunması, eserin seslendirildiği ses perdesinin değiştirilmesi bu yorum farklılıklarına örnek gösterilebilir. Bu çerçevede, dar anlamıyla *cover*'ı karaoke versiyondan özellikli bir yere taşıyan herhangi bir durum söz konusu olmayacaktır. Geniş anlamda *cover*'da ise güfede, bestede veya her ikisinde değişiklik yapılmaktadır. İşte, bu değişikliğin müzik eserinin hangi kısmında yapıldığı, değişiklik yapılan kısımda orijinal eser sahibinin hususiyetinin de devam edip etmediği, bu çerçevede müzik eserinin *cover* eylemine "bütün olarak" konu edilip edilmediği güfte ve beste sahiplerinin ilgili haklara ilişkin izinleri birlikte mi verecekleri yoksa bağımsız mı hareket edeceklerinin tespiti açısından önem taşımaktadır. Geniş anlamda *cover* eylemini karaoke eyleminden özellikli bir yere taşıyan tam da bu husustur. Buna göre, güfte üzerindeki işleme niteliği taşıyan eylem için bestenin aynen icrası söz konusu olsa bile müzik eseri bir bütün olarak *cover* eylemine konu edildiği için hem işleme eylemi hem de müziğin sosyal medyada paylaşılması ile ilgili diğer eylemler bakımından güfte ve beste sahibinin FSEK m. 9/2 uyarınca birlikte izni aranır. Aynı durum bestenin değiştirildiği güftenin ise aynı kaldığı bir senaryoda da geçerlidir. Ancak, değiştirilmiş güfte veya beste orijinal güfte veya besteden tamamen farklıysa bu durumda yalnızca eseri aynen ya da kendi hususiyetini de yansıtacak bir icraya konu olan güfte veya beste sahibinin izni yeterli olacaktır. Yine *cover* versiyonda karaokeden farklı olarak eserin umuma sunum tarzı değiştiği için eser sahiplerinden FSEK m. 14'teki umuma arz yetkisine ilişkin de izin alınmalıdır. İcranın değiştirilmemiş kısmı bakımından icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarından da gerekli izinlerin alınması zorunludur. Son olarak, işleme fiilini bünyesinde barındıran *cover* versiyonda işleme eser sahipliğinin de gündeme gelebileceği ve eser sahibinden gerekli izinler alınmamış olsa dahi değiştirilmiş kısım üzerinde işleme eser sahibi olan kişinin FSEK'ten kaynaklanan haklarını *cover* versiyonu sosyal medya üzerinde paylaşan üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği de unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Alas Şekerbay, Cennet. “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Manevi Hakları Kullanma Yetkisi.” *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 128 (2017): 75-83.
- Arewa, Olufunmilayo B. “From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context.” *North Carolina Law Review* 84, no. 2 (2006): 547-645.
- Arkan, Azra. *Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar*, İstanbul: Vedat, 2005.
- Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*. Ankara: Adalet, 2012.
- Ateş, Mustafa. “Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da ‘E-Haklar’: FSEK’in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme,” içinde *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*, Ed. Tekin Memiş, 17-54. Ankara: Yetkin, 2013.
- Aydıncık, Şirin. *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*, İstanbul: Arıkan, 2006.
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1982.
- Başpınar, Veysel ve Doğan Kocabey. *İnternette Fikrî Hakların Korunması*. Ankara: Yetkin, 2007.
- Bei Jing. “Cover Version and Copyright: Based on Copyright (Amendment) Bill 2014 of Hong Kong,” içinde *14th Asia-Pacific Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS): "Mapping ICT into Transformation for the Next Information Society"* (Kyoto: International Telecommunications Society (ITS) 2017), <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/171925/1/Bei-updated.pdf>. Erişim Tarihi 29.05.2024.
- Bozbel, Savaş. “Fikrî Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması (FSEK m. 25/II),” içinde *Hâluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3*, Ed. Osman Berat Gürzumar, 196-218. Ankara: Yetkin, 2009.
- Bozbel, Savaş. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2012.
- Bozgeyik, Hayri. “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 3 (2009): 169-224.
- Demirel, Ceren. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği*. Ankara: Savaş, 2017.
- Dreier, Thomas ve Gernot Schulze. *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz. 7. Auflage*. München: Beck, 2022.
- Efroni, Zohar. *Access-Right: The Future of Digital Copyright Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Erbek, Özge. “Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, Özel Sayı (2007): 849-905.
- Erdil, Engin. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*. İstanbul: Beta, 2003.

- Erdil, Engin. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, C. 1. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin, 2009.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı. Ankara: Legem, 2023.
- Evans, Roy. "Musical Arrangements: The Unprotected Intellectual Property." *Media Law & Policy* 5, no. 3 (1997): 23-36.
- Gökçek, Hasan Serat. "Elektronik Dans Müziğinde Hususiyet." *Yaşar Hukuk Dergisi* 5, no. 1 (2023): 113-157.
- Kaplan, Yavuz. *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Seçkin, 2004.
- Karaaslan, Pelin. "Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması." *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 8, no. 1 (2022): 29-49.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 25. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. 8. Baskı. Ankara: Turhan, 2022.
- Memiş, Tekin. *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*. Ankara: Seçkin, 2002.
- Özkan, Zehra. *Karşılaştırmalı Hukukta Müzik Eserlerinin Dijital İletimi*. Ankara: Yetkin, 2008.
- Özcan, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara: Turhan, 2008.
- Reinbothe, Jörg ve Silke von Lewinski. *The WIPO Treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty Commentary and Legal Analysis*. London: Butterworths LexisNexis, 2002.
- Suluk, Cahit, Temel Nal ve Rauf Karasu. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Seçkin, 2023.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Wandtke, Artur-Axel ve Winfried Bullinger. *Praxiskommentar Urheberrecht*. 6. Auflage. München: Beck, 2022.
- Yavuz, Levent, Türkay Alica ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. 1. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.
- Yavuz, Levent, Türkay Alica ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. 2. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.
- Zoesch, John R. III. "Discontented Blues: Jazz Arrangements and the Case for Improvements in Copyright Law." *Catholic University Law Review* 55, no. 3 (2006): 867-904.

MUSİKİ ESERLERİN TELİF HAKKINA DAYALI MENKUL KIYMETLEŞTİRME VE BOWİE TAHVİLLERİ ÖRNEĞİ

Music Royalty Securitization and the Example of Bowie Bonds

Büşra Gül KARACA*

ÖZ

Müzik, sanatın sınırlarını aşarak finans sektörünün de dikkatini çeken bir odak noktası haline gelmiştir. Musiki eserlerin finansal öneminin giderek anlaşılması, onların varlığa dayalı menkul kıymetleştirme uygulamasında finansal bir varlık olarak değerlendirilmesini gündeme getirmiştir. Bu yöntemin ilk ve en çarpıcı örneğini “Bowie tahvilleri” adıyla bilinen tahviller oluşturmaktadır. Bowie tahvilleri ile ilk kez 1997 yılında musiki eserlerin telif hakları, menkul kıymetleştirme işlemine konu olmuştur. Ünlü İngiliz şarkıcı David Bowie, yirmi beş albümünden gelecekte elde edeceği telif alacaklarına dayalı olarak yapılan varlığa dayalı menkul kıymetleştirme sayesinde elli beş milyon dolar elde etmiştir. Bowie tahvilleri müzik endüstrisinde telif haklarının yenilikçi bir şekilde finanse edilebileceği gösteren etkileyici bir örnek olmuştur. Tahvillerin de gösterdiği gibi telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme, telif hakkı sahibine gelecekte elde edilmesi muhtemel telif gelirlerini daha önceden toplu olarak almayı sağlayarak, sermayesini artırma ve vergi avantajı elde etme imkânı sunmasının yanı sıra, yatırımcılara da farklı yatırım fırsatları sunmaktadır. Ancak telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme hala varlığa dayalı menkul kıymetleştirmelerin küçük bir yüzdesini oluşturmaktadır. Bunun sebepleri arasında fikri hakların

Makalenin Geliş Tarihi: 10.03.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.07.2024.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, E-posta: bgkaraca@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9947-4171.
Bu makale 8-9 Aralık 2023 tarihlerinde Doğu Üniversitesi tarafından gerçekleştirilen 3. Kültür Endüstrisi ve Telif Hakları Sempozyumu’nda sunulan “Musiki Eserlerin Teminat Amaçlı Kullanımı: David Bowie Örneği” adlı bildirinin genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir.

değerlemesine yönelik zorluklar, fikri haklara özgü risk faktörlerinin nakit akışını tahmin etmeyi zorlaştırması ve müzik sektörünün hassas yapısından kaynaklanan sorunlar yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Musiki Eser, Menkul Kıymetleştirme, Telif Hakkına Dayalı Menkul Kıymetleştirme, David Bowie, Bowie Tahvilleri.

ABSTRACT

Music has transcended the boundaries of art and has become a focal point that attracts the attention of the financial sector. The increasing understanding of the financial importance of musical works has brought them to the agenda as a financial asset in asset-backed securitization practice. The first and most striking example of this method is the so-called Bowie bonds. Music royalties were subject to asset-backed securitization for the first time in 1997 with Bowie bonds. The famous British singer David Bowie received fifty-five million dollars through asset-backed securitization based on future receivables from his twenty-five albums. The Bowie bonds have been an impressive example of an innovative way of financing royalties in the music industry. As the bonds demonstrate, royalty-backed securitization not only allows the copyright owner to receive future royalties in advance in a lump sum, thereby increasing its capital and gaining tax advantages, but also offers investors different investment opportunities. However, royalty-backed securitization still constitutes a small percentage of asset-backed securitizations. The reasons for this include issues related to the valuation of intellectual property rights, the risk factors specific to intellectual property rights that make it difficult to predict cash flows and problems arising from the sensitive nature of the music industry.

Keywords: Musical Work, Securitization, Royalty-Backed Securitization, David Bowie, Bowie Bonds.

GİRİŞ

Günümüzde müzik endüstrisi, hızla büyüyen ve gelişen dinamik bir sektörü temsil etmektedir. Teknolojik gelişmeler, musiki eserlerin dünya genelinde geniş kitlelere kolayca ulaşmasını sağlamış ve küresel bir müzik pazarının oluşmasına yol açmıştır. Bu durum, müzikten elde edilen gelirlerin artmasına ve müziğin finansal öneminin daha iyi anlaşılmasına neden olmuştur. Artık müzik, yalnızca sanat dünyasında değil ekonomi ve finans

alanlarında da önemli bir rol oynamaktadır. Müziğin önemli bir ticaret ve yatırım alanı haline gelmesiyle birlikte, sanatçılar ve müzik yapımcıları da finansman ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik yeni arayışlara girmiştir. Bu arayışlar, çeşitli finansal tekniklerin müzik sektöründe kullanılmasına yol açmıştır. Müzik sektöründe kullanılan finansal tekniklerden biri de menkul kıymetleştirme. Musiki eserlerin telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme, sanatçılara ve müzik yapımcılarına, gelecekte elde edilmesi muhtemel telif gelirlerini bugünden nakde çevirme imkânı sunarken, yatırımcılara da müzik sektörüne özgü bir yatırım fırsatı yaratmaktadır.

Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme işlemlerinin müzik endüstrisindeki ilk örneklerinden biri, ünlü şarkıcı David Bowie tarafından 1997 yılında gerçekleştirilmiştir. Bowie tahvilleri olarak adlandırılan tahviller ile David Bowie'ye ait iki yüz elliden fazla şarkının telif gelirleri menkul kıymetleştirme işlemine konu olmuştur. O dönemde oldukça dikkat çeken tahviller piyasalarda büyük bir heyecan yaratmış ve birçok sanatçı Bowie'nin izinden gitmiştir. Üstelik Bowie tahvilleri yalnızca musiki eserlerin değil, sinema eserlerinden marka ve patentlere kadar çeşitli fikri ve sınai hakların menkul kıymetleştirme işlemlerine konu edilmesine öncülük eden yeni bir finansal modelin kapılarını aralamıştır. Bu sebeple telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmenin ilk ve en unutulmaz örneklerinden biri olan Bowie tahvilleri, üzerinden yıllar geçmesine rağmen popülerliğini kaybetmemektedir. Bu çalışma, "Bowie tahvilleri" örneğinden hareketle musiki eserlerin telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirme konusunu inceleyerek, bu yöntemin sağladığı faydaları ve riskleri ele almayı ve musiki eserlerin finansal önemini vurgulamayı amaçlamaktadır.

I. HUKUKİ VE EKONOMİK AÇIDAN MUSİKİ ESERLER

A. Musiki Eser Kavramı

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun¹ (FSEK) 3. maddesinde musiki eserler, "*her nevi sözlü ve sözsüz beste*" şeklinde ifade edilmektedir². Duygu ve düşünceleri sesler aracılığıyla aktaran³ ve dinleyicilere akustik bir

¹ RG, 13.12.1951, S. 7981.

² Musiki eseri beste ile bir tutan bu ifade, isabetli olmadığını gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir. Böyle bir tanımlama yerine korunacak eser türleri arasında yalnızca "musiki eserler" ifadesinin belirtilmesinin daha yerinde olacağı düşünülmektedir. Bkz. Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 128.

³ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 123.

deneyim sunmak için bestelenmiş sesler dizisi⁴ olan musiki eserler, oldukça geniş kapsamlıdır. Şarkılar, operalar, operetler, senfoniler, piyano sonatları, oda müzikleri, ilahiler, türküler vb. musiki eserlere örnek olarak gösterilebilir⁵. Musiki eserlerin yaratılmasında insan seslerinden veya müzik aletlerinden yararlanılması ya da seslerin elektronik ortamda üretilmesi önem taşımaz⁶. Müzik doğal seslerin bir kompozisyonu yoluyla da oluşturulabilir. Ancak bestelemeye önemli olan husus, besteleme sürecinin insan tarafından kontrol edilmesidir⁷.

Beste, sözlü veya sözsüz olabilir. Sözlü bestelerde, besteye eşlik eden şarkı sözleri yani güfte de yer alır. Bu tür bestelerde hem bestenin hem de güftenin musiki eser olarak korunacağı kabul edilmektedir⁸. Ancak güftenin edebi bir mahiyet taşıması halinde, FSEK m. 2 kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunması da mümkündür⁹. Öte yandan, müzikolojik incelemeler ve müzik öğretimine ilişkin kitaplar da musiki eser olarak değil, ilim ve edebiyat eseri olarak hukuki korumadan yararlanır¹⁰.

Bir musiki eserin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunabilmesi için eserin sahibinin hususiyetini taşıması gerekir (FSEK m.1/B-a). Kanunda tanımlanmış bir kavram olmamakla birlikte, hususiyetin genellikle eser sahibinin anlatım üslubunun özgünlüğünü ve bireysel yaratıcılığının esere yansımaları ifade ettiği kabul edilir¹¹. Hususiyet, seslerin

⁴ Haimo Schack, *Urheber-und Urhebervertragsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2021), 125.

⁵ Krş. Artur-Axel Wandtke ve Winfried Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht* (München: C. H. Beck, 2022), § 2, N. 69; Thomas Dreier ve Gernot Schulze, *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz* (München: Beck, 2022), § 2, N. 134; Alexander Peukert, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (München: C.H. Beck, 2023), 78; Schack, *Urheber*, 126; Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1981), 51; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 123; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 128.

⁶ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2, N. 68; Schack, *Urheber*, 125, Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 51; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009) 63; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 129; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 128.

⁷ Schack, *Urheber*, 125.

⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 123; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 63.

⁹ Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 63.

¹⁰ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2, N. 73; Schack, *Urheber*, 127; Erel, s. 63; Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 53; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 63; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 128-129.

¹¹ Hususiyet kavramına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 40 vd.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 104 vd.; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 92 vd.

diziliminde, birbirine bağlanışında, ritimlendirmede, enstrüman ya da orkestra düzenlemesinde ortaya çıkabilir¹². Mevcut bir musiki eserin birden çok müzik aletiyle çalınması ya da orkestra tarafından düzenlenmesi halinde, bağımsız bir musiki eser meydana getirilmiş olmaz. Bununla birlikte meydana getirilen eser, yeterli özgünlüğe sahipse işleme eser kapsamında korunabilir (FSEK m. 6/4)¹³. Musiki eserlerin tamamının yanında eserin parçaları da gerekli özgünlüğe sahip olması şartıyla korunabilir¹⁴. Ancak tek bir ses veya ton özgün bir karaktere sahip olmadığından korumadan yararlanamaz¹⁵. Ayrıca musiki eserlerin korunması için seslerin notalara dökülmesi veya bir kayıt ortamında sabitlenmesi gerekmez¹⁶. Sahne performanslarında doğaçlama yaratılan eserler de hukuki korumadan yararlanabilir¹⁷. Bununla birlikte musiki eserlerde hususiyetin tespiti uzmanlık gerektirdiğinden, bir eserin gerekli hususiyeti taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi için bu alanda uzman kişilerin görüşlerine başvurulmalıdır¹⁸.

Musiki eserler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan dört temel eser kategorisinden biridir. Eser sahipleri bu kanun kapsamında fikri hak korumasından yararlanmaktadır. Fikri hak sahibine münhasır yetkiler tanımaktadır (FSEK m. 18/I). Bu yetkilerin bir kısmı mali, bir kısmı ise manevi niteliktedir¹⁹. İşleme, çoğaltma, yayma, temsil, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı, eser sahibinin mali haklarını (FSEK m. 20 vd.); eseri kamuya sunma, eser sahibi olarak tanınmayı isteme, eserde değişiklik yapılmasını men etme ve başkasının zilyetliğinde bulunan eserin aslına ulaşmak ise eser sahibinin manevi haklarını (FSEK m. 14 vd.) oluşturmaktadır. Eser sahibi mutlak nitelikteki bu yetkileri sayesinde

¹² Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2, N. 70.

¹³ Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 64.

¹⁴ Schack, *Urheber*, 126.

¹⁵ Peukert, *Urheberrecht*, 78.

¹⁶ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2, N. 69; Dreier ve Schulze, *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, § 2, N. 135; Peukert, *Urheberrecht*, 79; Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 51; Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 63; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 124; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 129.

¹⁷ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2, N. 69; Dreier ve Schulze, *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*, § 2, N. 135; Peukert, *Urheberrecht*, 79; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 124.

¹⁸ Wandtke ve Bullinger, *Praxiskommentar Urheberrecht*, § 2, N. 135; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 130; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 129.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, *Fikir ve Sanat Ürünleri*, 112 vd.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 160 vd.; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 279 vd.

eseri üzerinde üçüncü kişilere kullanım hakkı tanıyabilmekte (FSEK m. 48/II, m. 56), mali haklarını devredebilmekte (FSEK m. 48-49), rehin konusu yapabilmekte (FSEK m. 62) veya mali haklarından vazgeçme suretiyle tasarrufta bulunabilmektedir (FSEK m. 60).

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, musiki eseri meydana getiren eser sahiplerinin yanında bu eserleri icra eden veya yorumlayan sanatçılara ve seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcılarına da bağlantılı hak sahipleri olarak hukuki koruma sağlamaktadır (FSEK m. 1/A, m. 80). İcracı sanatçılar, bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılardır (FSEK m. 80/1). Bu kapsamda bir musiki eseri seslendirenler ve besteyi çalanlar, icracı sanatçı olarak kabul edilmekte ve kanunda öngörülen belirli hak ve yetkilere sahip olmaktadır²⁰. Bir icra ürünü olan veya sair seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları da eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra kanunda öngörülen hak ve yetkilere sahip olmaktadır (FSEK m. 80/1-B)²¹.

B. Musiki Eserlerin Ekonomik Önemi

Müzik endüstrisi her geçen gün hızla büyüyüp gelişen bir sektördür. Küresel Müzik Raporu'na göre 2023'de % 10.2 oranında büyüyen küresel kayıtlı müzik piyasası 28.6 milyar dolarlık bir hacime ulaşmıştır. Toplam dinlenme gelirleri (*streaming*) % 10.4 artarak 19.3 milyar dolara ulaşmış ve toplam küresel kayıtlı müzik gelirlerinin üçte ikisinden fazlasını (% 67.3) oluşturmuştur. Abonelik gelirleri % 11.2 oranında artmış ve 2023 yılının sonu itibariyle dünya çapında ücretli abonelik hizmetlerini kullanarak müzik dinleyen 667 milyon kullanıcı olduğu tespit edilmiştir. Fiziki satışlardan (CD, plak) elde edilen gelirler % 13.4 artışla 5.1 milyar dolara, performans gelirleri % 9.5 artışla 2.7 milyar dolara, senkronizasyon gelirleri ise % 4.7 artışla 632 milyon dolara ulaşmıştır. Küresel müzik pazarında birinci sırada yer alan ülke Amerika Birleşik Devletleri, ikinci sırada yer alan ülke Japonya, üçüncü sırada yer alan ülke ise İngiltere olmuştur²².

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 208 vd.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 271 vd.; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 708 vd.

²¹ Erel, *Fikir ve Sanat Hukuku*, 218 vd.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 280 vd.; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 728 vd.

²² Raporun detayları için bkz. "Global Music Report 2024," IFPI, erişim tarihi: 5 Nisan 2024, <https://globalmusicreport.ifpi.org/>.

Müzik endüstrisini iyi anlamak için musiki eser sahiplerinin gelir kaynakları ve telif hakları mekanizmasının işleyişinin iyi bilinmesi gerekmektedir. Bir musiki eserin ekonomik değeri, CD-kaset-plak satışları, yayın hakları, lisans gelirleri, dijital platformlardan ve konserlerden elde edilen gelirler ile belirlenebilmektedir. Musiki eserler, sahibine farklı kaynaklardan gelir elde etme imkânı sunmakta ve düzenli telif geliri sağlayabilmektedir. Bu sebeple özellikle büyük müzik şirketleri düzenli ve öngörülebilir telif akışına sahip ünlü şarkıcılara ait şarkı kataloglarına yatırım yapmaktadır. Örneğin 2020 yılında Universal Music Publishing Group, Bob Dylan'ın şarkı katalogunun tamamını 300 milyon dolardan fazla bir bedelle satın aldığını bildirmiştir. Kısa bir süre sonra Hipgnosis Songs Fund Limited ise Neil Young'ın şarkı katalogunun yarısını 150 ila 180 milyon dolarlık bir meblağ karşılığında satın aldığını duyurmuştur²³. Müzik şirketleri için ünlü şarkıcıların şarkı kataloguna sahip olmak düzenli bir geliri temsil ettiğinden büyük bir önem taşımaktadır.

Bir musiki eser sahibinin çoğu zaman eserlerini yaymak ve çoğaltmak için yapımcı ve dağıtımçı şirketler ile işbirliği yapması gerekmektedir. Bu işbirliği çoğunlukla lisans sözleşmeleri vasıtasıyla yapılmaktadır. Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi, fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri hakkın bahşettiği mali yetkilerin tamamının veya bir kısmının kullanım hakkının devredilmesi taahhüdünü içeren, kural olarak ivazlı, isimsiz ve kendine özgü bir sözleşmedir²⁴. Eser sahipliğinden kaynaklanan mali hakların bir kısmı veya tümü üzerinde lisans hakkı tanınması halinde sözleşmede kararlaştırılmış ise eser sahibi telif ücreti elde etme hakkına sahip olmaktadır.

Müzik sektöründe lisanslama faaliyetleri genellikle söz yazarı, besteci, yorumcu, aranjör, müzik yapımcısı ve dağıtımçı şirketler arasında yapılmaktadır. Verilen lisans eserin fiziki bir kopyasını üretmek (çoğaltma), eserin icra edilmesi (temsil), video ve filmlerde kullanılması (işleme) ve Youtube, Spotify gibi dijital platformlarda kullanılmasına yönelik olabilmektedir. Dolayısıyla bir musiki eser sahibinin gelir akışı, temelde mekanik çoğaltma (CD, DVD vb.) gelirleri, eserin radyo ve televizyonda

²³ Müziğin finansallaşmasında modern yöntemleri kullanan bu iki müzik kuruluşu hakkında bkz. Patryk Galuszka ve Tomasz Legiedz, "Financialization of Music: Song Management Firms and Fractionalized Copyright," *Information, Communication & Society* (2024): 1 vd., <https://doi.org/10.1080/1369118X.2024.2317903>.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Arbek, *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 75 vd.

yayınlanması veya konserlerde icra edilmesinden elde edilen gelirler, müziğin bir filmde, televizyon programında vb. kullanılmasıyla elde edilen senkronizasyon gelirleri ve dijital platformlardan elde edilen gelirlerden oluşmaktadır²⁵. Meslek birlikleri ise eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri ile lisans hakkı sahipleri arasında köprü görevi görerek onların gerek yurtiçi gerekse yurtdışından telif ücreti elde etmesine aracılık etmektedir²⁶.

Müzik, eskiden beri ticaretin konusu olsa da günümüzde müzik sektöründe yeni aktörlerin de yer almaya başladığı görülmektedir. Artık müzik piyasasında bankalar, emeklilik fonları ve özel sermaye şirketleri de yer almaktadır²⁷. Gelişmiş ülkelerde müzik sektörüyle bağlantılı olan bankaların uzun yıllardır sanatçılara gayri maddi varlık temelli krediler verdiği bilinmektedir. Örneğin, ünlü şarkıcı Michael Jackson, 2006 yılında Beatles ve diğer söz yazarlarının şarkılarından oluşan portföyünü, 270 milyon dolarlık bir krediyi teminat altına almak için kullanmıştır²⁸. Musiki eserlerin menkul kıymetleştirmeye konu olması ise başlı başına incelenmeye değer önemli bir finansal yeniliği temsil etmektedir. Bu bağlamda Bowie tahvilleri de telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmenin en özgün ve unutulmaz örneklerinden biri olarak ön plana çıkmaktadır.

II. VARLIĞA DAYALI MENKUL KIYMETLEŞTİRME UYGULAMASININ MUSİKİ ESERLERLE BULUŞMASI: BOWIE TAHVİLLERİ

A. Varlığa Dayalı Menkul Kıymetleştirme

Uluslararası finansal piyasalarda görülen değişimler sonucunda artan sermaye ve fon ihtiyacı geleneksel kredi/mevduat bankacılığının yerine alternatif finansman tekniklerinin aranmasına ve geliştirilmesine yol açmıştır. Bu finansal araçlardan biri de menkul kıymetleştirmedir (*securitization*). Şirketlerin veya kurumların bilançolarında yer alan teminata konu alacakların ya da senetlerin ikincil piyasada pazarlanabilir hâle getirilmesi “menkul kıymetler” olarak adlandırılmaktadır. Nakit akımına dayalı finansman

²⁵ Galuszka ve Legiedz, "Financialization of Music," 6.

²⁶ Meslek birlikleri hakkında bkz. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, 292 vd.; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri*, 858-859.

²⁷ Galuszka ve Legiedz, "Financialization of Music," 2.

²⁸ Kenan Patrick Jarboe ve Roland Furrow, *Intangible Asset Monetization: The Promise and the Reality*.(Washington, DC: Athena Alliance, 2008), 36, <https://www.issueab.org/resources/2875/2875.pdf>.

sağlamaya yönelik bir finansman tekniği olan menkul kıymetleştirme²⁹, bir şirketin, kendi varlıklarından doğan nakit akımını kullandığı, belirli varlıklardan gelecekteki belirli ödemeleri alma haklarını bir havuzda topladığı ve bu hakkı menkul kıymetler şeklinde ihraç ettiği süreç olarak ifade edilmektedir³⁰. Menkul kıymetleştirme işleminde, teminat gösterilen varlıkların sağladıkları nakit akımları, ihraç edilen borçlanma senetlerinin ödemelerinde kullanıldığından, menkul kıymetleştirilen şey, varlığın kendisi değil, sağladığı nakit akımını olmaktadır³¹.

Menkul kıymetleştirme literatürde dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda menkul kıymetleştirme, fon akımının geleneksel para piyasaları (kredi ve mevduata dayalı bankacılık) yerine sermaye piyasalarında menkul kıymet ihraç edilerek gerçekleştirilmesidir. Dar anlamda menkul kıymetleştirme ise varlığa dayalı menkul kıymetleştirme (*asset-backed securitization*) uygulamasını ifade etmektedir³². Varlığa dayalı menkul kıymetleştirme uygulaması, bir finansal kurumun bilançosunun aktifinde yer alan gelir getirecek varlıkların oluşturduğu portföyden elde edilecek nakit akımlarını teminat göstererek, yatırımcılara pazarlanabilir menkul kıymetler satma yoluyla finansman sağlama süreci olarak tanımlanabilir³³. Kısacası varlığa dayalı menkul kıymetleştirme bir finansal kurumun bazı alacaklarını teminat göstererek veya devrederek karşılığında menkul kıymet ihraç etmesidir³⁴. Varlığa dayalı menkul kıymetleştirme uygulamasının menşei 1970'li yıllarda Amerika'da kullanılmaya başlanan ipoteğe dayalı menkul kıymetleştirme uygulamasına

²⁹ Steven L. Schwarcz, "The Alchemy of Asset Securitization," *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 1, no. 1 (1994): 134 vd.

³⁰ Innokenty Y. Alekseev, "Securitization of Intellectual Property," (Yüksek Lisans Tezi, Stanford Law School, 2002), 5; Halil Doğru, *Menkul Kıymetleştirme & Mortgage, Genel ve Hukuki Esaslar* (İstanbul: Doğru Hukuk Yayınları, 2007), 3; Yıldırım Beyazıt Önal ve Mustafa Topaloğlu, *İpotekli Konut Finansmanı ve Hukuku, Mortgage (Tutsat)* (Adana: Karahan Yayınları, 2007), 179.

³¹ Gökçen Turan, *Menkul Kıymetleştirme ve Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler* (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012), 7.

³² Nursen Vatansever, "Varlığa Dayalı Menkul Kıymet Uygulaması," *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 1, no.1 (2000): 260.

³³ Vatansever, "Varlığa Dayalı Menkul Kıymet Uygulaması," 260; Sultan Gedik Göçer ve Memet Cem Danacı, "Yapılandırılmış Varlık Fonlama Tekniği Olarak Menkul Kıymetleştirme ve Türkiye'deki Uygulamaları," *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi* 8, no. 16 (2019): 203.

³⁴ Önal ve Topaloğlu, *İpotekli Konut Finansmanı*, 179; Turan, *Menkul Kıymetleştirme*, 1.

kadar uzanmaktadır³⁵. Bu yaklaşım, 1985 yılından itibaren diğer finansal varlıklar ve kredilerin de menkul kıymetleştirmeye konu olmasıyla kapsamı genişleyerek yaygınlaşmaya başlamıştır. Bunun sonucunda kredi kartı, konut kredisi, gemi kredisi, tüketici kredisi alacakları, faktoring alacakları, finansal kiralama sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklar gibi çok çeşitli alacaklar menkul kıymetleştirmenin konusu olmuştur³⁶.

Basit anlatımı ile varlıklar havuzu oluşturulması, bu havuza dayalı finansal varlıkların satışı ve bu varlıklardan doğan nakit akışına dayanarak menkul kıymet ihraç etme yöntemi olan varlığa dayalı menkul kıymetleştirme, banka kredilerinin yerini alan bir finansal teknik olarak sahibine ticari banka kredilerinden daha düşük maliyetle daha fazla nakit elde etme şansı sunabilmektedir³⁷. Menkul kıymetleştirmenin temel avantajı, likit halde olmayan alacakların likit hale getirilmesini sağlamasıdır³⁸. Menkul kıymetleştirme sayesinde bir şirket, gelecekte elde etmesi muhtemel gelirlere hemen ulaşarak likiditesini artırabilmektedir. Mevcut finansman seçeneklerini çeşitlendiren menkul kıymetleştirme, bir şirkete finansman sağlamak için daha az maliyetli ve daha verimli bir yöntem sağlamaktadır³⁹. Varlığa dayalı menkul kıymetleştirmenin en önemli faydalarından biri ise bilanço dışı bir finansman kaynağı olmasıdır⁴⁰.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğru, *Menkul Kıymetleştirme*, 107 vd.

³⁶ Vatansever, "Varlığa Dayalı Menkul Kıymet Uygulaması," 261; Turan, *Menkul Kıymetleştirme*, 14; Göçer ve Danacı, "Menkul Kıymetleştirme," 200; Nuray Yüzbaşıoğlu, "Kaynak Sağlama Aracı Olarak Menkul Kıymetleştirme ve Türkiye'deki Son Gelişmeler," *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 5, no. 9 (2020): 118.

³⁷ Jennifer Burke Sylva, "Bowie Bonds Sold for Far More Than a Song: The Securitization of Intellectual Property As a Super-Charged Vehicle for High Technology Financing," *Santa Clara Computer and High-Technology Law Journal* 15, no. 1 (1999): 198; Turan, *Menkul Kıymetleştirme*, 8. Menkul kıymetleştirme ile klasik borçlanma sisteminin bir karşılaştırması için bkz. Hülya Boydaş Hazar ve Nurgün Komşuoğlu Yılmaz, "Bir Finansal Araç Olarak Menkul Kıymetleştirme ve Muhasebesi," *Maliye ve Finans Yazıları* 111, (2019): 321.

³⁸ Turan, *Menkul Kıymetleştirme*, 6; Göçer ve Danacı, "Menkul Kıymetleştirme," 202; Yüzbaşıoğlu, "Menkul Kıymetleştirme," 116.

³⁹ Lisa M. Fairfax, "When you Wish upon a Star: Explaining the Cautious Growth of Royalty-Backed Securitization," *Columbia Business Law Review*, no. 3 (1999): 451 vd.

⁴⁰ Schwarcz, "The Alchemy of Asset Securitization," 142; Turan, *Menkul Kıymetleştirme*, 2; Boydaş Hazar ve Komşuoğlu Yılmaz, "Menkul Kıymetleştirme," 334.

Kaynak kuruluş (*originator*), özel amaçlı kuruluş (*special purpose vehicle*), güvence sağlayan kuruluşlar (*credit enhancers*), hizmet veren aracı kurumlar (*servicer*), yatırım bankaları (*investment bankers*), derecelendirme şirketleri (*rating agency*), yatırımcılar gibi temel aktörlerin⁴¹ yer aldığı menkul kıymetleştirme süreci ülkeden ülkeye farklılık gösterse de basitçe şu şekilde işlemektedir: İlk olarak, "Kaynak Kuruluş" olarak bilinen bir şirket veya kuruluş, kaliteli alacaklardan oluşan bir havuza veya başka bir deyişle gelir getiren varlıklara sahip olmalıdır. Varlıklar belirlendikten sonra, Kaynak Kuruluş bu varlıkları işlem için özel olarak oluşturulan ve genellikle "özel amaçlı araç" (*special purpose vehicle*) olarak bilinen bağımsız bir kuruluşa aktarmaktadır. Bu devir, kaynak kuruluşun iflas veya ödeme aczine düşmesine ilişkin riski ortadan kaldıracaktır⁴². Ardından özel amaçlı kuruluş yatırımcılara devredilen varlıklarla desteklenen borçlanma senetleri ihraç eder. Borçlanma senetlerinin satışından elde edilen gelir, devredilen varlıklar için kaynak kuruluşa ödeme yapmak için kullanılır⁴³. Son olarak, özel amaçlı kuruluş tarafından ihraç edilen borçlanma senetlerinin anapara ve faiz ödemeleri alacakların yarattığı nakit akışından ödenir. Kaynak kuruluş ile özel amaçlı kuruluş arasındaki izolasyon, hem likidite hem de kredi riskini yatırımcıya aktardığından, bu tür bir yatırımı yatırımcılar için cazip hale getirmek için, genellikle bu risklere karşı koruma sağlamak amacıyla kredi

⁴¹ Vatandaş, "Varlığa Dayalı Menkul Kıymet Uygulaması," 262 vd.; Doğru, *Menkul Kıymetleştirme*, 67 vd.; Önal, Topaloğlu, *İpotekli Konut Finansmanı*, 182-183; Turan, *Menkul Kıymetleştirme*, 45 vd.; Dov Solomon ve Miriam Bitton, "Intellectual Property Securitization," *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 33, no. 1 (2015): 136 vd.; Naina Khanna, "The Securitization of IP Assets: Issues and Opportunities," *Journal of Intellectual Property Rights* 23, no. 2-3 (2018): 95-96; Göçer ve Danacı, "Menkul Kıymetleştirme," 203-204; Boydaş Hazar ve Komşuoğlu Yılmaz, "Menkul Kıymetleştirme," 322.

⁴² Bir menkul kıymetleştirmenin altında yatan amaçlardan biri, menkul kıymetleştirilmiş varlıkları kaynak kuruluşun iflasından korumaktır. Bu sebeple, uygun bir şekilde tanımlandıktan sonra, kaynak kuruluş varlıkların özel amaçlı kuruluşa "gerçek satışı" tamamlar. Özel amaçlı kuruluşun temel özelliği "iflastan uzak" olması ve bu sebeple iflas durumunda kaynak kuruluşun alacaklılarına karşı korumalı olmasıdır. Bu yapı, bir menkul kıymetleştirmeyi basit bir teminatlı krediden ayırmaya hizmet etmektedir. Ariel Glasner, "Making Something out of Nothing: The Trend towards Securitizing Intellectual Property Assets and the Legal Obstacles That Remain," *Journal of Legal Technology Risk Management* 3, no. 2 (2008): 30-31. Ayrıca bkz. Boydaş Hazar ve Komşuoğlu Yılmaz, "Menkul Kıymetleştirme," 329.

⁴³ H. John Jackson, "Royalty Securitization: Taking CABS to Bankruptcy Court," *Thomas Jefferson Law Review* 21, no. 2 (1999): 212 vd.

iyileştirmeleri veya destekler kullanılmaktadır. Bu bağlamda kredi destekleri, aşırı teminatlandırma, üçüncü taraf garantileri, kefalet senetleri, akreditifler ve rezervler gibi birçok farklı alternatif bulunmaktadır. Buna göre varlıkların kaynak kuruluştan izole edilmesi ve buna karşılık gelen bir kredi desteği olması menkul kıymetleştirmenin başarılı olma ihtimalini artırmaktadır⁴⁴.

Varlığa dayalı menkul kıymetler genel olarak ödeme aktarmalı menkul kıymetler (*pass-throughs*), varlığa dayalı tahviller (*asset-backed bonds*) ve çıkararı yükümlülük altına sokan nakit aktarmalı menkul kıymetler (*pay-throughs*) olmak üzere üç türde düzenlenmektedir⁴⁵. Varlığa dayalı tahvillerde güvence, bazen bir alacak portföyü, bazen de menkul değerler portföyü olabilmektedir. Varlığa dayalı tahviller çıkararı kurumun yükümlülüğü altındadır. Bu sebeple de teminat olarak gösterilen alacak portföyü çıkararı kurumun bilançosunda varlık olarak kalmaktadır⁴⁶.

Türk hukukunda varlığa dayalı menkul kıymetleştirmenin temelleri, 31 Temmuz 1992 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan, Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri III., No.14 “*Varlığa Dayalı Menkul Kıymetlerin Kurul Kaydına Alınmasına ve Genel Finans Ortaklarının Kuruluş ve Faaliyet İlkelerine Dair Esaslar Tebliği*” ile atılmıştır⁴⁷. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na⁴⁸ (SPK) göre menkul kıymetler, *para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını* ifade etmektedir (SPK m. 3/1-o)⁴⁹. Bununla birlikte SPK m.

⁴⁴ Sylva, "Bowie Bonds," 209 vd.; Teresa N. Kerr, "Bowie Bonding in the Music Biz: Will Music Royalty Securitization be the Key to the Gold for Music Industry Participants?," *UCLA Entertainment Law Review* 7, no. 2 (2000): 371 vd.; Nicole Chu, "Bowie Bonds: A Key to Unlocking the Wealth of Intellectual Property," *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 21, no. 2 (1998): 472-473. Türk hukukundaki menkul kıymetleştirme sürecinin safhaları için bkz. Önal ve Topaloğlu, *İpotekli Konut Finansmanı*, 182.

⁴⁵ Önal ve Topaloğlu, *İpotekli Konut Finansmanı*, 185 vd.; Boydaş Hazar ve Komşuoğlu Yılmaz, "Menkul Kıymetleştirme," 325-326.

⁴⁶ Önal ve Topaloğlu, *İpotekli Konut Finansmanı*, 185-186.

⁴⁷ Yüzbaşıoğlu, "Menkul Kıymetleştirme," 120.

⁴⁸ RG, 30.12.2012, S. 28513.

⁴⁹ 2499 sayılı mülga SPK, menkul kıymetleri şu şekilde tanımlamaktaydı: “*Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve*

128/1-e hükmü kapsamında, Sermaye Piyasası Kurulu'nun çıkaracağı tebliğler ile kanunda öngörülenlerden başka menkul kıymetler oluşturma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Türk hukukunda sermaye piyasasına ilişkin düzenlemelerin büyük bir kısmı, sermaye piyasalarının hızla değişen niteliği nedeniyle genellikle tebliğler vasıtasıyla yapılmaktadır. Türkiye'deki menkul kıymetleştirme uygulamaları, ABD ve Avrupa'ya kıyasla çok gelişmemiş olsa da son zamanlarda menkul kıymetleştirme işlemlerinde artış yaşanmaya başlandığı görülmektedir⁵¹.

B. Müzik Endüstrisinde Menkul Kıymetleştirme

Geleneksel varlığa dayalı menkul kıymetleştirmeler gibi telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmeler (*royalty-backed securitizations*) de değerli varlıkları yüksek kaliteli menkul kıymetlere dönüştürmektedir. Bu işlemlerde müzisyenler gelecekteki telif hakkı ödemelerini alma haklarını bir özel amaçlı kuruluşa devretmekte, özel amaçlı kuruluş ise bu tür telif ödemelerini alma hakkını menkul kıymetlere dönüştürerek ihraç etmektedir. Çoğunlukla telif haklarına dayalı menkul kıymetler, öngörülebilir ve düzenli gelir akışı sağlamaları, yatırımcıların düzenli faiz beklentisine uygun olmaları ve diğer finansal araçlara kıyasla basit bir işleyişe sahip olmaları nedeniyle tahvil olarak ihraç edilmektedir. Bu tür tahviller özel amaçlı kuruluşun borç yükümlülüklerini oluşturmakta ve telif ücretlerinden elde edilen gelirden belirli yıl boyunca geri ödenmektedir. Sanatçının telif hakkı, temerrüde düşmeleri durumunda tahviller için teminat görevi görmektedir. Tahvillerin vadesi dolduğunda, telif hakkı üzerindeki teminat serbest bırakılmakta ve telif

şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır". 6362 sayılı SPK'da bu şekilde bir tanım yer almamakla birlikte, bu tanımda yer alan unsurların menkul kıymetler için yine geçerli olduğunu yönünde bkz. Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 130. Benzer şekilde bu tanımın kabulünde bugün de bir sakınca olmadığı yönünde bkz. Tekin Memiş ve Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 60.

⁵⁰ Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 129; Memiş ve Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 61.

⁵¹ Türkiye'deki menkul kıymetleştirme uygulamaları hakkında bkz. Göçer ve Danacı, "Menkul Kıymetleştirme," 205; Yüzbaşıoğlu, "Menkul Kıymetleştirme," 121 vd. Varlığa dayalı menkul kıymetleştirme işlemlerinin Türkiye, ABD ve Avrupa Birliği ülkelerindeki uygulamaları hakkında bkz. Erhan Atay ve Meryem İnci Gülen, "Aktife Dayalı Menkul Kıymetler: Türkiye ve Dünya Uygulaması," *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 21, no. 1 (2019):115 vd.

hakkı ödemeleri müzisyene geri dönmektedir⁵². Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme ile esasen gelecekte elde edilecek telif gelirleri şu anda mevcut olan nakit ile değiştirilmektedir⁵³.

Menkul kıymetleştirme süreci, menkul kıymetleştirilen varlığın kalitesine odaklandığından, telif esasına dayalı başarılı bir menkul kıymetleştirme için temel husus, menkul kıymetin temelini oluşturan telif akışının kalitesidir. Teminatın dayandığı telif hakkı ödemeleri öngörülebilir ve önemli miktarda olmalıdır. Böylece yatırımcılar bu ödemelerle desteklenen menkul kıymetlerin geri ödeneceğinden emin olabilirler. Ayrıca bu husus derecelendirme kuruluşlarının menkul kıymete yüksek not vermesinde de önem taşımaktadır. Öte yandan gelecekteki telif gelirin ve dolayısıyla tahvilin değerinin doğru bir şekilde tahmin edilebilmesi için geçmişteki telif akışlarının da dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekir⁵⁴. Pratik anlamda, söz konusu varlıklarının en az üç ila beş yıl öncesine dayanan bir telif geliri geçmişine sahip olması gerekmektedir⁵⁵.

Telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirme işlemlerinde telif hakkı borçluda kalmaktadır. Yalnızca telif hakkından üretilen nakit akışı teminat olarak kullanılmakta ve özel amaçlı kuruluşa devredilmektedir. Sonuç olarak, yatırımcılar telif hakkının ticari kullanımından kaynaklanan finansal alacaklar üzerinde bir teminat hakkı elde etmektedir. Varlık türüne bağlı olarak, nakit akışı lisans anlaşmaları yoluyla ya da dağıtım anlaşmaları yoluyla yaratılabilmektedir. Yatırımcılar varlığın beklenen performansı göstermemesi riskini üstlenirken, varlığı istedikleri gibi kullanamazlar⁵⁶.

Geleneksel varlık menkul kıymetleştirmelerinin yapılandırılma mekaniği iyi bilinmesine rağmen telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmeler daha karmaşık bir yapıya sahiptir⁵⁷. Çoğu menkul kıymetleştirme sürecinin ayrıntıları kamuya açıklanmadığından tam olarak hangi yöntemin kullanıldığını anlamak çok zordur⁵⁸. Öte yandan ülkelerin mevzuatı ve fikri

⁵² Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 464.

⁵³ John M. Gabala Jr, "Intellectual Alchemy: Securitization of Intellectual Property as an Innovative Form of Alternative Financing," *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 3, no. 2 (2004): 314.

⁵⁴ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 465.

⁵⁵ Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 59.

⁵⁶ Alexander Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, (Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller, 2007), 93.

⁵⁷ Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 28.

⁵⁸ Khanna, "The Securitization of IP," 96.

hak sistemine ilişkin farklılıklar sebebiyle sürecin yönetimi değişiklik gösterebilmektedir.

Türk hukuku açısından III-58.1 sayılı Varlığa veya İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler Tebliği'nin⁵⁹ 15 ve 16. maddelerinde menkul kıymetleştirilebilecek varlıklar sınırlı bir şekilde sayılmaktadır. Telif hakları bu sınırlı sayımda yer almadığından Türk hukukunda bu tarz menkul kıymetleştirmelere mevzuatın izin vermediğini söylemek mümkündür. Ayrıca, VII-128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği'ne⁶⁰ göre, borçlanma araçları arasında telif haklarının menkul kıymetleştirilmesine yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme işlemlerinin gerçekleştirilmesi için öncelikle ilgili mevzuatın bu tür varlıkları içerecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Musiki eserlerin telif haklarına dayalı ilk menkul kıymetleştirme işlemi ise ünlü şarkıcı David Bowie tarafından 1997 yılında gerçekleştirilmiştir⁶¹. Bowie tahvilleri telif haklarının menkul kıymetleştirme işleminde kullanılabilceğini gösteren çarpıcı bir örnek olmuştur. Bowie tahvillerinin üzerinden yıllar geçmesine rağmen, telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme Bowie tahvilleriyle özdeşleşmiş durumundadır.

C. Bowie Tahvilleri

1960'lı yıllardan itibaren müzik besteleyen ve şarkı söyleyen İngiliz şarkıcı David Bowie'nin, dünya çapına ulaşan rekor satışları, onu dünyanın en çok satan müzik sanatçılarından biri yapmıştır. 1997 yılının sonlarında Britanya'daki tüm müzik sanatçıları arasında en yüksek net servete sahip olduğu belirlenmiştir. Kariyerinin büyük bölümünde bir grupla işbirliği yapmak yerine bireysel performans sergileyen ve genellikle icra ettiği

⁵⁹ RG, 09.01.2014, S. 28877.

⁶⁰ RG, 07.06.2013, S. 28670.

⁶¹ Chu, "Bowie Bonds," 470; Sylva, "Bowie Bonds," 195; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 442; Kerr, "Bowie Bonding," 367; Adam Grant, "Ziggy Stardust Reborn: A Proposed Modification of the Bowie Bond," *Cardozo Law Review* 22, no. 3-4 (2000): 1291; Jay C. Klear, "Applicability of Private Equity Fund Structure in the Furtherance of Intellectual Property Securitizations," *Columbia Business Law Review*, no. 3 (2002): 798; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 307-308; Ronald S. Borod, "An Update on Intellectual Property Securitization," *The Journal of Structured Finance* 10, no. 4 (2005): 67; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 50; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 146; Khanna, "The Securitization of IP," 97-98.

müziklerin bestecisi olan Bowie, bu bestelerin telif hakkının tek sahibi olmuştur⁶². Bu durum menkul kıymetleştirme sürecinde de kilit bir rol oynamıştır⁶³.

Sanatçılar kariyerlerinin başlangıcında kayıt ve dağıtım konusunda genellikle sınırlı bir etkiye sahip oldukları için haklarını yayıncı ve dağıtımçı şirketlere devrederek telif haklarının kontrolünü kaybetmektedir⁶⁴. Böylece telif hakları genellikle eser sahibi, yayıncı ve dağıtımçı şirketler arasında bölünmektedir. Telif haklarını başkasına devretmeyen ve bu sebeple münhasır yetkilerini sonuna kadar kullanma imkânı olan Bowie'yi şarkıcılığının ötesinde hukuk ve ekonomi camiasında üne kavuşturan durum, 1997 yılında telif haklarını menkul kıymete dönüştürmesi olmuştur. Bowie tahvillerini destekleyen varlıklar, mevcut müzik kataloğunun gelecekteki telif haklarına tekabül etmektedir. Bowie tahvilleri, bir telif hakkı sahibinin gelecekteki telif hakkı ödemelerine toplu olarak ve geleneksel bir banka kredisi veya dağıtım sözleşmesi yoluyla yapılandırılan daha az maliyetle erişebilmesini mümkün kılmıştır⁶⁵.

Bowie tahvilleri özel olarak ihraç edildiği için menkul kıymetleştirme işlemi ile ilgili kamuya açık sınırlı bilgi bulunsa da Bowie'ye ait iki yüz elliden fazla şarkının gelecekteki telif ödemelerinin ve lisans ücretlerinin menkul kıymetleştirildiği bilinmektedir⁶⁶. Menkul kıymetleştirme sürecinde öncelikle Bowie'nin telif alacakları özel amaçlı kuruluşa devredilmiş⁶⁷, özel amaçlı kuruluş bir tröst kurmuş ve daha sonra tröst %7.9 faiz oranıyla ortalama ömrü 10 yıl ve vadesi 15 yıl olan varlığa dayalı tahviller ihraç etmiştir⁶⁸. Moody's tahvillere A-3 notu vermiştir⁶⁹. Buna ek olarak Bowie'nin plak distribütörü EMI Music, telif gelirlerinin belirli bir seviyenin altına

⁶² Sylva, "Bowie Bonds," 200; Kerr, "Bowie Bonding," 386; Grant, "Bowie Bond," 1299.

⁶³ Sylva, "Bowie Bonds," 204; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 146-147.

⁶⁴ Sylva, "Bowie Bonds," 200-201.

⁶⁵ Sylva, "Bowie Bonds," 196-197.

⁶⁶ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 459; Chu, "Bowie Bonds," 471; Kerr, "Bowie Bonding," 386; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 314.

⁶⁷ Bu devir varlıkları Bowie'nin kişisel malvarlığından çıkararak sanatçının iflası durumunda yatırımcıları korumaya hizmet etmektedir. Kerr, "Bowie Bonding," 387.

⁶⁸ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 459; Chu, "Bowie Bonds," 471; Sylva, "Bowie Bonds," 203; Kerr, "Bowie Bonding," 381; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 36.

⁶⁹ Chu, "Bowie Bonds," 471; Kerr, "Bowie Bonding," 389-390.

düşmesi halinde tahvilleri ödemeyi garanti ederek tahvillere harici bir kredi takviyesi sağlamıştır. EMI'nin sağladığı kredi desteği, şarkıcının geçmiş kataloğu için on beş yıllık bir lisans anlaşmasıdır⁷⁰. Bu işlemlerin ardından tahvillerin tamamı Prudential Investments'e satılmıştır⁷¹. Telif haklarını temel teminat olarak kullanan tahvillerin ilk örneklerinden biri olan Bowie tahvilleri, o dönemde istikrarlı ve uzun vadeli bir yatırım olarak görüldüğü için yatırımcılara cazip gelmiştir⁷².

Müzikten elde edilen gelir akışları, normalde tüketicinin müzik zevkine bağlı olduğundan risk taşımakta ve menkul kıymetleştirme sürecinde dikkate alınan öngörülebilir nakit akışına sahip olma şartına uymamaktadır. Ancak Bowie tahvillerindeki anlaşma, 1990'dan önceki albümlerin telif haklarıyla desteklendiğinden bu durum "öngörülebilir bir nakit akışı" sağlandığına delil olarak değerlendirilmiştir⁷³. Ayrıca Bowie'nin eserlerinin dünya çapında yıllık bir milyon satmakta olduğu ve müzik kataloğunun işleminden önceki son yirmi ila otuz yıldır mevcut olduğu bilinmekteydi. Bu da nakit akışının tahmin edilebilmesine ve yatırımcıların riski hesaplamasına katkıda bulunmuştur. Sonuçta Bowie'nin müzik kataloğundan elde edilen telif alacakları menkul kıymetleştirme için ideal bir varlık olmuştur⁷⁴.

Telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirmeler banka kredilerine benzersiz bir alternatif olarak görülmüştür. Çünkü bu işlemler daha fazla sermaye üretebilmekte ve sabit ya da değişken faiz oranına sahip olabilmektedir. Bankalar genellikle borçlunun likit varlıklarına dayalı olarak kredi vermekte ve telif hakları ancak devredildikten sonra likit hale gelmektedir. Bu sebeple bir bankanın veya finansal kuruluşun yapılandıracağı kredi Bowie'nin değerini tam olarak yansıtmayacaktır. Ayrıca müzik kataloğunun satılması halinde gelirlerin yarısının vergi olarak ödenecek

⁷⁰ Chu, "Bowie Bonds," 475; Sylva, "Bowie Bonds," 205; Jackson, "Royalty Securitization," 213; Kerr, "Bowie Bonding," 390; Alekseev, "Securitization," 50. Telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirme sürecinin işleyişine dair bkz. Jackson, "Royalty Securitization," 215.

⁷¹ Sylva, "Bowie Bonds," 203; Chu, "Bowie Bonds," 471; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 459-460; Kerr, "Bowie Bonding," 389; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 314; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 36.

⁷² Ilayda Nemlioglu, "A novelty on unlocking businesses' potential growth: Intellectual Property Securitisation," *Procedia Computer Science* 158, (2019): 1001.

⁷³ Nemlioglu, "Intellectual Property Securitisation," 1001.

⁷⁴ Chu, "Bowie Bonds," 470; Sylva, "Bowie Bonds," 204-205; Kerr, "Bowie Bonding," 387; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 147.

olması satış alternatifini de mantıklı bir karar olmaktan çıkarmaktadır⁷⁵. Ancak kusursuz görünen senaryoda öngörülemeyen tek şey müziğin dijitalleşmesi olmuştur. İnternet kullanımının başlaması ve yaygınlaşması, müziğin dijitalleşmesine yol açmış, bunun sonucunda da CD ve kaset satışları azalmış ve müzik korsancılığı faaliyetleri baş göstermiştir. Bu durum Bowie'nin plak satışlarını da etkilemiş ve 2004 yılında Moody's tarafından A3 olan Bowie tahvillerinin notu Baa3'e düşürülmüştür⁷⁶. Not indirimi, tahvil anlaşmasını kredilendiren EMI'nin dijital korsanlığın yol açtığı piyasa aksaması nedeniyle kendi kredi notunun düşmesi sonucu gerçekleşmiştir⁷⁷. Ancak çevrimiçi müzik perakendecilerinin ortaya çıkışı tahvillere olan ilgiyi yeniden canlandırmış ve 2007 yılında başlangıçta planlandığı gibi, tahviller temerrüt olmaksızın itfa edilmiş ve şarkılardan elde edilen telif gelirleri Bowie'ye geri dönmüştür⁷⁸.

D. Benzer Örnekler

David Bowie'nin elde ettiği finansal başarı oldukça büyük bir etki yaratmıştır. Bowie öncülüğünde popülerlik kazanan bu finansal yöntem yalnızca musiki eserlerle sınırlı kalmamış, Bowie'nin ardından birçok sanatçı, yazar, film stüdyosu ve hatta spor kulübü varlığa dayalı menkul kıymetleştirme olanaklarını araştırmıştır. Ayrıca birçok işletmenin en değerli varlıkları olan marka ve patentlerin menkul kıymetleştirmeye konu edildiği birçok işlem gerçekleştirilmiştir.

Bowie anlaşmasını Ashford & Simpson, James Brown ve Motown söz yazarlarının (Edward Holland, Brian Holland ve Lamont Dozier) telif haklarıyla desteklenen diğer anlaşmalar takip etmiştir⁷⁹. Rod Stewart, Iron Maiden, Dusty Springfield, Isley Brothers, Marvin Gaye ve diğer bazı şarkıcılar varlığa dayalı menkul kıymetler piyasasından yararlanmıştır⁸⁰.

⁷⁵ Sylva, "Bowie Bonds," 205-206

⁷⁶ Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 315.

⁷⁷ Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 37.

⁷⁸ Nemlioglu, "Intellectual Property Securitisation," 1001-1002.

⁷⁹ Sylva, "Bowie Bonds," 206-207; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 461 vd. Ayrıca bkz. Chu, "Bowie Bonds," 494; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 36-37; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 147.

⁸⁰ Jackson, "Royalty Securitization," 209; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 462-463; Kerr, "Bowie Bonding," 393. Ayrıca bkz. "Who's Who in Bowie Bonds," University of Exeter, erişim tarihi: 2 Mart 2024, <https://projects.exeter.ac.uk/RDavies/arian/bowiebonds.html>.

SESAC adlı performans hakları kuruluşu da gelecekte elde edeceği lisans gelirlerini menkul kıymetleştirmiştir⁸¹. Ancak müzik sektöründeki bu anlaşmalar neredeyse yirmi yıl gibi uzun bir süre tekrarlanmamıştır. Bunun sebepleri arasında müziğin dijitalleşmesi ile müzik korsancılığı faaliyetlerinin yaygınlaşmasının payı büyüktür. Bununla birlikte aradan geçen uzun zamanın ardından 2021 ve 2022 yıllarında değeri 3 milyar doları bulan yeni anlaşmaların yapılması bu finansal yöntemin tekrar canlanabileceğini düşündürmektedir⁸². Son yıllarda gerçekleştirilen bu yeni nesil işlemlerin varlık havuzunda aralarında Pink Floyd, James Taylor, Justin Timberlake gibi ünlü isimlerin eserleri de bulunmaktadır⁸³.

Varlığa dayalı menkul kıymetleştirme film şirketleri için de finansman sağlama yöntemi olarak kullanılmıştır. Twentieth Century Fox, Dreamworks SKG, Cecchi Gori gibi ünlü film şirketleri gelecekteki film gösterimlerinden elde edilecek potansiyel gelirlere dayalı anlaşmalar yapmıştır. Yine PolyGram üç yıl içinde üreteceği filmlerden elde edeceği nakit akışlarına dayalı tahviller satarak 650 milyon dolar gelir elde etmiştir⁸⁴. Menkul kıymetleştirmeye konu olan filmler arasında herkesçe bilinen Matrix, Er Ryan'ı Kurtarmak, Jurassic Park II, Kurtuluş Günü gibi filmler yer almaktadır⁸⁵. Tanınmış çizgi film karakterleriyle Marvel ve Disney de menkul kıymetleştirme yoluyla finansman sağlayan kuruluşlar arasındadır⁸⁶.

Menkul kıymetleştirme daha çok müzik ve film sektöründe kullanılmış olsa da bazı yazarlar da bu yöntemden faydalanmıştır. Tom Clancy ve Toni

⁸¹ Alekseev, "Securitization," 17.

⁸² "ABS Frontiers: Music Royalty Securitizations Are Getting The Band Back Together," S&P Global, erişim tarihi: 2 Mart 2024, <https://www.spglobal.com/ratings/en/research/articles/240220-abs-frontiers-music-royalty-securitizations-are-getting-the-band-back-together-13003585>.

⁸³ "Music Royalty ABS-Remastered for Streaming and Beyond," SFA Research Corner, erişim tarihi: 2 Mart 2024, https://structuredfinance.org/wp-content/uploads/2019/06/SFA-Research-Corner_-Music-Royalty-ABS-%E2%80%94-Remastered-for-Streaming-and-Beyond-3.pdf.

⁸⁴ Sylva, "Bowie Bonds," 208; Jackson, "Royalty Securitization," 209; Ayrıca bkz. Borod, "Intellectual Property Securitization," 67; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 443, dn. 8; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 12.

⁸⁵ Jay H. Eisbruck, "Blockbuster or Flop? The History and Evolution of Film Receivables Securitization, 1995-2005," *Journal of Structured Finance* 11, no. 3 (2005): 11-12.

⁸⁶ Ruth L. Taylor vd., "Securitization of Brand Names: Basic Concepts and Its Use in Practice," *Journal of Brand Management* 17, no. 1 (2009): 68.

Morrison gibi yazarlar bunlar arasında yer almaktadır⁸⁷. “Charlie ve Çikolata Fabrikası”nın yazarı Roald Dahl, Gazap Üzümleri’nin yazarı John Steinbeck de menkul kıymetleştirmeden faydalanan edebi eser sahipleri olarak dikkat çekmektedir⁸⁸.

Dünya çapında birçok işletme markaya dayalı menkul kıymetleştirme yöntemini kullanmıştır. Bunlar arasında, Domino's Pizza zincirinin ticari markası, Guess?, Arby's, Bill Blass, Ralph Lauren, Calvin Klein; Armani, Candies, Gloria Vanderbilt, Sears yer almaktadır⁸⁹. Patente dayalı menkul kıymetleştirme ise daha çok ilaç şirketleri tarafından gerçekleştirilmektedir. İlk patente dayalı menkul kıymetleştirmelerinden biri, Yale Üniversitesi tarafından geliştirilen HIV ilacı Zerit’in patentinin menkul kıymetleştirilmesi olarak kayıtlara geçmiştir⁹⁰.

Menkul kıymetleştirme finansman modelinden ünlü sporcular, spor kulüpleri ve sporla ilgili kuruluşlar da faydalanmıştır. Newcastle United Futbol Kulübü, 1999 yılında ileriye dönük stadyum bileti ve ticari ürün satışlarını menkul kıymetleştirerek finansman sağlayan ilk İngiliz futbol kulübü olmuştur. Denver’ın NBA ve NHL franchise’larının sahibi Ascent Entertainment, inşa etmeyi planladığı Pepsi Center Arena’ya fon sağlamak için 130 milyon dolarlık varlığa dayalı menkul kıymet ihraç etmiştir⁹¹. SS Lazio, Formula 1 Motor Yarışı, 2002 Futbol Kupası ve bir dizi Avrupa futbol kulübü de bu yöntemle finansman sağlamıştır⁹².

⁸⁷ Sylva, "Bowie Bonds," 207.

⁸⁸ Taylor vd., "Securitization of Brand Names," 68.

⁸⁹ Taylor vd., "Securitization of Brand Names," 68. Ayrıca bkz. Alekseev, "Securitization," 19; Borod, "Intellectual Property Securitization," 70; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 53; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 38 vd.; Khanna, "The Securitization of IP," 98; Jarboe ve Furrow, *Intangible Asset Monetization*, 40; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 153.

⁹⁰ Borod, "Intellectual Property Securitization," 68; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 53; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 39; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 127; Khanna, "The Securitization of IP," 98; Nemlioglu, "Intellectual Property Securitisation," 1004. Patent menkul kıymetleştirmesi hakkında bkz. Grace Sweeney, "Patent-Backed Securitization for Innovation and Economic Growth in the Life Sciences: A Proposal for Incremental Securities Law Reform," *Canadian Journal of Law and Technology* 11, no. 2 (2013): 299 vd.; Jayant Kumar, "Intellectual Property Securitization: How Far Possible and Effective," *Journal of Intellectual Property Rights* 11, no. 2 (2006): 98 vd.; Jarboe ve Furrow, *Intangible Asset Monetization*, 40.

⁹¹ Sylva, "Bowie Bonds," 208-209.

⁹² Taylor vd., "Securitization of Brand Names," 68.

E. Telif Hakkına Dayalı Menkul Kıymetleştirmenin Faydaları

Telif hakkına dayalı bir menkul kıymetleştirme, hem eser sahiplerine hem de yatırımcılara çeşitli faydalar sağlamaktadır⁹³. Menkul kıymetleştirme, ticari faaliyetler için ara finansman elde etmek amacıyla öngörülebilir telif akışları oluşturan hakların sermayeleştirilmesine olanak tanımaktadır⁹⁴. Eser sahibi, eserlerinden elde edeceği tahmini telif gelirine dayanarak toplu bir nakit para elde etmektedir. Bu sayede eser sahibi finansman ihtiyacını karşılayabilmekte ve elde ettiği gelirle yeni projeler üretme imkânına kavuşmaktadır⁹⁵. Örneğin David Bowie topladığı fonları eski menajerinin sahip olduğu bazı şarkıları üzerindeki haklarını geri almak için kullanmıştır⁹⁶. Ayrıca gelecekte elde edilmesi muhtemel telif gelirlerini daha önceden toplu şekilde almak, insanların esere olan talebi azalması halinde eser sahibinin telif geliri elde edememe riskini de azaltmaktadır⁹⁷.

Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmenin sağladığı en büyük avantajlardan biri ise eser sahibinin eserleri üzerinde kontrol sahibi olmaya devam etmesi ve eser üzerindeki haklarından vazgeçmek zorunda kalmadan sermayesini artırabilmesidir⁹⁸. Zira geleneksel olarak müzisyenler ve sanatçılar nakit elde etmek için münhasır haklarını devretmekte ve bunun sonucunda eserleri üzerindeki kontrollerini tamamen kaybetmektedir. Telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirme yoluyla ise eser sahibi elde ettiği sermaye karşılığında gelecekteki telif alacaklarından geçici olarak vazgeçmektedir. Tahvillerin vadesi dolduktan sonra haklar eser sahibine geri dönmekte ve eser sahibi bu haklar üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilmektedir⁹⁹.

⁹³ Fikri haklara dayalı menkul kıymetleştirmenin avantaj ve dezavantajlarına dair bir tablo için bkz. Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 128.

⁹⁴ Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 127.

⁹⁵ Jackson, "Royalty Securitization," 217-218; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 466; Kerr, "Bowie Bonding," 391; Klear, "Intellectual Property Securitizations," 799; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 324; Khanna, "The Securitization of IP," 94.

⁹⁶ Chu, "Bowie Bonds," 470; Jackson, "Royalty Securitization," 217; Grant, "Bowie Bond," 1299; Kerr, "Bowie Bonding," 391; Klear, "Intellectual Property Securitizations," 799.

⁹⁷ Jackson, "Royalty Securitization," 217; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 324.

⁹⁸ Chu, "Bowie Bonds," 470; Grant, "Bowie Bond," 1296; Kerr, "Bowie Bonding," 392; Khanna, "The Securitization of IP," 95.

⁹⁹ Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 309.

Telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirme, bir taraftan eser sahiplerinin banka kredisine bağımlılığını hafifletirken, diğer taraftan finansman maliyetlerini azaltmakta¹⁰⁰, banka kredi limitlerinden veya teminatlî borçlanmalarından daha düşük bir faiz oranına sahip¹⁰¹ ve daha uzun vadeli olmaktadır¹⁰². Zira bankaların verdiği krediler genellikle sanatçının menkul kıymetleştirme yoluyla elde edebileceğinin çok küçük bir kısmına tekabül etmektedir¹⁰³. Dolayısıyla menkul kıymetleştirme sanatçılara geleneksel yöntemlere kıyasla daha kârlı bir alternatif sunmaktadır¹⁰⁴. Ayrıca banka kredilerinin aksine mevcut menkul kıymetleştirme uygulamaları doğru yapılandırıldığı takdirde eser sahibine rücu edilememektedir¹⁰⁵. Eser sahibinin sadece gelecekteki telif gelirlerini teminat olarak göstermesi, işlem başarısız olduğunda kişisel malvarlığına rücu edilmesini önlemektedir. Bu nedenle, menkul kıymetleştirme süreci, banka kredilerinden daha az risk taşımakta ve eser sahibine finansman sağlama konusunda daha avantajlı olmaktadır.

Telif hakları birçok sanatçı ve müzik şirketi için kullanılmayan ancak en değerli varlıklarını temsil etmektedir. Menkul kıymetleştirme atıl haldeki bu varlık paketinden daha iyi faydalanmayı sağlayabilecek alternatif bir finansal yöntemdir¹⁰⁶. Öte yandan bu yöntem sermaye piyasasında yatırım seçeneklerini çeşitlendirmekte, fikri haklara yatırıma giriş engellerini ortadan kaldırmaktadır¹⁰⁷. Yatırımcılar açısından sabit geliri temsil etmesinden ötürü de cazip bir seçenek olmaktadır¹⁰⁸.

Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmenin en önemli faydalarından biri ise vergi avantajı sağlamasıdır¹⁰⁹. Genellikle bu tek seferlik ödemeler

¹⁰⁰ Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 58; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 127.

¹⁰¹ Kerr, "Bowie Bonding," 391; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 33.

¹⁰² Chu, "Bowie Bonds," 488; Grant, "Bowie Bond," 1298; Kerr, "Bowie Bonding," 390-391; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 59.

¹⁰³ Jackson, "Royalty Securitization," 218; Kerr, "Bowie Bonding," 390-391; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 316.

¹⁰⁴ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 467; Kerr, "Bowie Bonding," 390-391.

¹⁰⁵ Chu, "Bowie Bonds," 488; Jackson, "Royalty Securitization," 218; Grant, "Bowie Bond," 1298; Kerr, "Bowie Bonding," 390.

¹⁰⁶ Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 308.

¹⁰⁷ Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 127.

¹⁰⁸ Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 34.

¹⁰⁹ Chu, "Bowie Bonds," 485; Kerr, "Bowie Bonding," 391; Klear, "Intellectual Property Securitizations," 799; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 63.

vergi açısından satış olarak değil kredi olarak değerlendirildiğinden vergiden muaf olmaktadır¹¹⁰. Örneğin Bowie, müzik kataloğunu 50 milyon dolara satmış olsaydı satış üzerinden yaklaşık %50 oranında vergilendirilecekti ve eline yalnızca 25 milyon dolar geçecekti. Böylece Bowie, menkul kıymetleştirme sayesinde ciddi bir vergi avantajı sağlamıştır¹¹¹. Öte yandan eser sahibinin ölmesi halinde mirasçılarının bu varlıkların vergisini ödemek için telif hakkını nakde dönüştürmesi gerekmemektedir. Ayrıca telif haklarının mirasçılara geçmesi halinde mirasçılar tahvilin değer kazanması üzerinden vergilendirilmemektedir¹¹².

F. Telif Hakkına Dayalı Menkul Kıymetleştirmenin Riskleri

Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme, sunduğu avantajların yanı sıra bir dizi potansiyel riski de beraberinde getirmektedir. Bowie tahvilleri gerek müzik piyasasında gerekse varlığa dayalı menkul kıymetleştirme uygulamalarında bir devrim olarak görülmüş ve sonrasında telif hakları, marka ve patentlerin konu olduğu menkul kıymetleştirmelerde bir patlama yaşanacağını düşünülmüştür. Ancak beklenen durum gerçekleşmemiştir¹¹³. Fikri haklara dayalı menkul kıymetleştirme halen varlığa dayalı menkul kıymetleştirmelerin küçük bir yüzdesini oluşturmaktadır¹¹⁴. Bu durumun temel sebebi, bu uygulamanın içinde barındırdığı risklerdir. Özellikle müzik piyasasında Bowie tahvillerinden sonra musiki eserlerin telif alacaklarına dayalı menkul kıymetleştirme işlemleri beklenenden daha yavaş ilerlemiş ve müzik endüstrisinde yaşanan kriz nedeniyle sayılı müzisyen telif alacaklarına dayalı menkul kıymetleştirme sürecini başarıyla tamamlayabilmiştir¹¹⁵.

Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmeyi zorlaştıran en önemli faktörlerden biri, değerlendirme sürecinde yaşanan belirsizliklerdir. Fikri haklara

¹¹⁰ Chu, "Bowie Bonds," 485-486; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 467; Grant, "Bowie Bond," 1297; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 316; Khanna, "The Securitization of IP," 94.

¹¹¹ Sylva, "Bowie Bonds," 206; Kerr, "Bowie Bonding," 391.

¹¹² Sylva, "Bowie Bonds," 203; Chu, "Bowie Bonds," 489.

¹¹³ Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 51.

¹¹⁴ Kumar, "Intellectual Property Securitization," 98.

¹¹⁵ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 458; Kerr, "Bowie Bonding," 393; Klear, "Intellectual Property Securitizations," 796; Alekseev, "Securitization," 18; Galuszka ve Legiedz, "Financialization of Music," 7.

özgü risk faktörleri, nakit akışlarını tahmin etmeyi zorlaştırmaktadır¹¹⁶. Fikri hakların somut olmayan doğası da telif hakkının değerinin tespit edilmesini karmaşık hale getirmektedir. Telif hakkının değerlemesine yönelik yöntemlerin hiçbiri olası bütün riskleri hesaba katmamaktadır. Bu durum da potansiyel menkul kıymetleştirmelerin güvenilirliğini etkilemektedir¹¹⁷. Bu sebeple telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme için müzik kataloğunun en azından birkaç yıldır var olması gerekmektedir. Ancak bu sayede gelecek nakit akışının tespiti daha makul bir şekilde hesaplanabilmektedir. Ayrıca gelir riskini bir veya iki eserin popülerliğine değil, birden fazla esere yaymak faydalı olacaktır¹¹⁸.

Bowie tahvillerine benzer menkul kıymetleştirmelerin tekrarlanmasının zor olmasının sebeplerinden biri, çoğu eser sahibinin eserlerinin telif haklarına sahip olmamasıdır¹¹⁹. Bu sebeple menkul kıymetleştirmenin yalnız popüler ve mali haklarını elinde bulunduran sınırlı sayıdaki eser sahipleri için güçlü bir araç olabileceği söylenebilir¹²⁰. Nitekim Bowie tahvillerinin mimarı David Pullman da başarılı ve efsane isimlerin menkul kıymetleştirmeye elverişli olduğunu ve seçkin bir azınlıkla çalıştıklarını belirtmiştir¹²¹. Ayrıca müzik endüstrisinde telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirmelerin az sayıda

¹¹⁶ Chu, "Bowie Bonds," 480-481; Alekseev, "Securitization," 28-29; Klear, "Intellectual Property Securitizations," 812-813; Kumar, "Intellectual Property Securitization," 98; Jarboe ve Furrow, *Intangible Asset Monetization*, 42-43; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 171-172; Khanna, "The Securitization of IP," 96.

¹¹⁷ Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 324 vd.; Kumar, "Intellectual Property Securitization," 98; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 10; Khanna, "The Securitization of IP," 97; Nemlioglu, "Intellectual Property Securitisation," 1007. Fikri hakların değerlemesine yönelik üç temel yaklaşım bulunmaktadır. 1. Piyasa yaklaşımı, 2. Maliyet yaklaşımı, 3. Gelir yaklaşımı. Kredi derecelendirme kuruluşunun bakış açısından ilgili değerlendirme tekniğinin seçimi son derece önemlidir. Menkul kıymetleştirmenin başarısı değerlendirme tekniklerinin kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesine bağlıdır. Bkz. Jarboe ve Furrow, *Intangible Asset Monetization*, 52-53; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 325-326.

¹¹⁸ Jackson, "Royalty Securitization," 221.

¹¹⁹ Kerr, "Bowie Bonding," 393-94; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 37.

¹²⁰ Jackson, "Royalty Securitization," 218; Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 466; Kerr, "Bowie Bonding," 394; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 148.

¹²¹ Hewson Chen, "Don't Sell Out, Sell Bonds: The Pullman Group's Securitization of the Music Industry-An Interview with David Pullman," *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice* 2, no. 2 (2000): 165-166.

olmasının sebeplerinden biri de menkul kıymetleştirme için elverişli olan ünlü sanatçıların sermayeye ihtiyaç duyma olasılığının düşük olmasıdır¹²².

Günümüzde Bowie gibi şarkı söyleyebilen, performans sergileyebilen, beste yapabilen ve enstrüman çalabilen sanatçılar giderek azalmaktadır. Kendi eserlerini yazamayan veya seslendiremeyen bir sanatçının müzik endüstrisinde uzun soluklu, başarılı bir kariyerinin olma ihtimali düşük görülmektedir. Bu sebeple modern müzisyenler için menkul kıymetleştirmeden yararlanma ihtimali oldukça sınırlıdır¹²³. Tek bir hit parçayla tanınan sanatçıların nakit akışı genellikle istikrarsızdır, bu nedenle menkul kıymetleştirme süreci için ideal adaylar olmayabilirler¹²⁴. Yine sanatçının popülerliğini kaybetmesi ve şarkıların modasının geçmesi nakit akışlarını doğrudan etkileyebilmektedir¹²⁵. Sanatçının imajı, tüketicilerin sanatçıyı destekleyip desteklemeyecekleri üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Kamuoyunda sanatçının iyi ya da kötü bir insan olduğu yönünde ortaya çıkan haberler de satışlar üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir. Yatırımcıların bunları göz önünde bulundurması gerekmektedir¹²⁶. Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirmeye elverişli sanatçıların azlığına dair bu soruna önerilen bir çözüm, bir dizi sanatçının portföyünü bir araya getirmektir. Bu sayede bir sanatçının popülaritesinin kaybolması tahvillerin değerini doğrudan etkilemeyecek ve tek bir isme yatırım yapmanın riskini ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, birden çok sanatçıya ait telif hakkının bir havuzda toplanması, telif haklarına dayalı menkul kıymetlerin halka arz edilebilmesini sağlayarak pazarın büyümesine katkıda bulunabilecektir¹²⁷.

Menkul kıymetleştirmeyi tehlikeli kılan sebeplerden bir diğeri ise fikri hakkın ihlal davasına konu olabilmesidir. Zira bu durumun menkul

¹²² Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 444; Kerr, "Bowie Bonding," 396.

¹²³ Kerr, "Bowie Bonding," 395.

¹²⁴ Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 323-324.

¹²⁵ Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 37; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 167; Khanna, "The Securitization of IP," 97

¹²⁶ Jackson, "Royalty Securitization," 222. Örneğin, Michael Jackson ekonomik sıkıntılar yaşadığı dönemde 300.000 şarkıya sahip Sony ATV'deki hisselerinin yarısını teminat göstererek borç almıştır. Ancak hakkında çocukların cinsel istismarına dair dava açılması müzik gelirlerine ciddi şekilde zarar vermiştir. Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 37.

¹²⁷ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 484-485. Ayrıca bkz. Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 66; Grant, s. 1307 vd.

kıymetleştirme sürecine zarar vermesi muhtemeldir¹²⁸. Hip-hop ve rap müzik parçalarının örnekleme (*sampling*) yöntemini kullanması sebebiyle ihlal davalarının gündeme gelme ihtimali daha yüksek olmaktadır. Bu sebeple bu tarz müzikler çoğunlukla menkul kıymetleştirmeye uygun görülmemektedir¹²⁹. Öte yandan musiki eserler ortak bir fikri çaba ile yaratılmış olabilmektedir. Bu durumda ortak veya birlikte eser sahipliği söz konusu olmaktadır. Ortak veya birlikte eser sahipliği durumunda menkul kıymetleştirmeden elde edilen faydaların paylaşılmasında yaşanabilecek olası problemler, menkul kıymetleştirmenin kabulünü zorlaştırabilir. Zira hak sahiplerinin farklı görüşleri, böyle bir sürecin güvenilirliği açısından da dezavantaj oluşturmaktadır¹³⁰. Ünlü şarkıcı Michael Jackson'ın menkul kıymetleştirmeye ilişkin değeri 100 milyon dolardan fazla olması beklenen bir işlem, ortak eser sahipliğinden kaynaklanan bazı sorunlar sebebiyle gerçekleştirilmemiştir¹³¹.

Telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme öncesi durum tespit süreci geleneksel yöntemlere kıyasla daha yüksek maliyet gerektirmekte¹³² ve bu yöntemin başarıyla uygulanabilmesi için daha fazla teknik uzmanlık ve daha büyük işlem hacmi gerekebilmektedir¹³³. Menkul kıymetleştirme süreci, muhasebe firmalarına, avukatlara vb. yapılan ödemeleri de içeren bazı maliyetlerin ortaya çıkmasını gerektirmektedir. Sanatçılar sigortalama, derecelendirme kuruluşu ve yapılandırma ücretlerinden, değerlendirme ve ihraç maliyetleri gibi pek çok maliyetten sorumludur¹³⁴. Örneğin Bowie anlaşmasının ücretleri, tahvillerin ömrü boyunca fonların maliyetinin yaklaşık %10'unu oluşturmaktaydı ve bu ücretlerin bir kısmının önceden ödenmesi

¹²⁸ Alekseev, "Securitization," 32; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 61; Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 168; Khanna, "The Securitization of IP," 97.

¹²⁹ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 477-478; Kerr, "Bowie Bonding," 394; Nemlioglu, "Intellectual Property Securitisation," 1002.

¹³⁰ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 474; Klear, "Intellectual Property Securitizations," 806; Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 320; Khanna, "The Securitization of IP," 97.

¹³¹ Fairfax, "Royalty-Backed Securitization," 474.

¹³² Kumar, "Intellectual Property Securitization," 98; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 128; Jarboe ve Furrow, *Intangible Asset Monetization*, 65; Khanna, "The Securitization of IP," 97.

¹³³ Kumar, "Intellectual Property Securitization," 98; Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 128; Khanna, "The Securitization of IP," 97.

¹³⁴ Solomon ve Bitton, "Intellectual Property Securitization," 174.

gerekiyordu¹³⁵. Bu sebeple, menkul kıymetleştirilecek varlığın makul bir büyüklükte olması önemlidir, böylece menkul kıymetleştirme maliyetleri bu varlıktan kolayca karşılanabilir¹³⁶.

Müzik endüstrisi beklenmeyen değişimlere ve pazar dalgalanmalarına açık bir sektördür¹³⁷. Telif haklarının ekonomik değeri, piyasa talebinin dinamiklerine ve devam eden sektörel gelişmelere göre dalgalanma kabiliyetine sahiptir. Tüketici eğilimleri, teknoloji ve pazarlama stratejilerindeki değişiklikler bir eserin telif hakkı değerini önemli ölçüde etkileyebilmektedir. Örneğin, insanların zevkleri ve tercihleri değiştiğinde bir eserin popülerliği artabilmekte veya azalabilmektedir. Esere olan talep arttığında, telif hakkı değeri hızla yükselirken, eserin gördüğü ilgiyi kaybetmesi telif değerinin hızla düşmesine yol açabilmektedir. Özellikle son yıllarda teknolojik gelişmeler neticesinde müzik endüstrisinde her geçen gün yeni gelişmeler yaşanmaktadır. Öngörülemeyen bu gelişmeler müzik sektöründe yüksek risk potansiyeli yaratmaktadır. Özellikle dijitalleşme ile birlikte müzik tüketimi ve satış yöntemleri hızla farklılaşmaktadır. Örneğin dijitalleşme ile birlikte kaset ve CD satışlarında ani bir düşüş yaşanmıştır. Öte yandan dijitalleşme müzik korsancılığını kolaylaştırmış ve gelir akışlarına ciddi zararlar vermiştir. Bu gibi durumlar menkul kıymetleştirme sürecini olumsuz yönde etkilemektedir¹³⁸. Nitekim Bowie tahvilleri de müziğin dijitalleşmesi ve yasadışı müzik indirmenin gelirleri olumsuz etkilemesi sonucu tahvil notlarının düşürülmesi gibi beklenmeyen risklere maruz kalmıştır¹³⁹. Yine doksanlı yılların sonlarında yapılandırılan müzik işlemlerinin çoğu dijitalleşme sebebiyle beklendiği gibi performans gösterememiştir¹⁴⁰. Müziğin dijitalleşmesi neticesinde küresel kayıtlı müzik gelirlerinde uzun dönem önemli bir düşüş yaşanmıştır. Bununla birlikte makul bir aylık ücret talep eden dijital platformların gelişmesi korsanlığa olan meyili azaltmıştır ve kayıtlı müzik gelirlerinin yeniden artmasını sağlamıştır. Bu sebeple gelir akışları daha tahmin edilebilir hale geldiğinden sanatçıların menkul kıymetleştirmeden yararlanabilmesi günümüzde tekrar cazip bir alternatif olma potansiyeline sahiptir.

¹³⁵ Kerr, "Bowie Bonding," 392.

¹³⁶ Khanna, "The Securitization of IP," 96.

¹³⁷ Sylva, "Bowie Bonds," 209.

¹³⁸ Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 308; Kumar, "Intellectual Property Securitization," 98; Khanna, "The Securitization of IP," 97.

¹³⁹ Gabala Jr, "Intellectual Alchemy," 315; Glasner, "Securitizing Intellectual Property," 37; Nemlioglu, "Intellectual Property Securitisation," 1001-1002.

¹⁴⁰ Kirsch, *Intellectual Property Securitization*, 38.

SONUÇ

Müzik endüstrisinin hızla geliştiği çağımızda yaratıcı faaliyetlerin devamı için gerekli finansmanın sağlanması kritik bir önem arz etmektedir. Bu açıdan musiki eserlerin telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirme, önemli bir alternatif olarak ön plana çıkmaktadır. Bu yöntem sayesinde telif hakkı sahipleri gelecekte elde edilmesi muhtemel telif gelirlerini önceden toplu şekilde alarak finansman ihtiyacını karşılayabilmektedir. Telif hakkı sahiplerine sermaye sağlama yanında ciddi vergi avantajı sunan bu yöntem, yatırımcılara da farklı yatırım fırsatları yaratma potansiyeline sahiptir. Gelişmiş ekonomilere sahip ülkeler, bu finansal yöntemi uzun yıllar önce test etmeye başlamıştır. Ancak bu uygulamaların gerekli hukuki düzenlemelerin ve teknik alt yapının mevcut olması halinde başarıya ulaşabileceği unutulmamalıdır. Ayrıca telif haklarına sağlanan hukuki koruma ve toplumsal bilinç de bu açıdan önem arz etmektedir.

David Bowie, musiki eserlerden elde edilecek telif hakkının yaratıcı bir şekilde finanse edilebileceğini ve yeniden yapılandırılabilirliğini gösteren etkileyici bir örnek olmuştur. Literatüre Bowie tahvilleri olarak adını yazdıran bu finansal başarı, fikir ve sanat eserlerinin menkul kıymetleştirme yoluyla finansman sağlamak için de kullanılabilirliğini göstermesi açısından ilgi çekicidir. Bowie tahvilleri müziği yalnızca bir sanat dalı olmanın ötesine taşıyarak, fikir ve sanat eserlerinin finansal bir varlık olarak kullanılmasının önemini vurgulamıştır. Bowie tahvilleri öngörülebilir nakit akışı sağlayan telif gelirlerinin menkul kıymetleştirme işleminde kullanılabilirliğini göstermiştir. Bu sayede tahviller gerek müzik ve film sektöründe menkul kıymetleştirmeden yararlanmanın kapılarını aralamış, gerekse işletmelerin marka ve patentlerini kullanarak sermaye ihtiyaçlarını karşılamasını sağlayan bir dizi işlemin gerçekleşmesine öncülük etmiştir. Şirketlerin varlıklarının büyük kısmını ve bazen tamamını fikri ve sınai hak bileşenlerinin oluşturduğu düşünüldüğünde, menkul kıymetleştirmenin şirketlerin sermaye ihtiyacını karşılayabilecek etkili bir yöntem olabileceği görülmektedir.

Bowie tahvillerinin üzerinden yıllar geçmesine rağmen, telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme hâlâ Bowie tahvilleriyle anılmaktadır. Müziğin dijitalleşmesinin getirdiği riskler sebebiyle bu yöntemden uzun bir süre faydalanılamamıştır. Ancak küresel kayıtlı müzik gelirlerinin artmasıyla birlikte bu işlemlerin son yıllarda tekrar canlandığı görülmektedir. Bu işlemlerin her sanatçı için değil yalnızca popüler, belirli bir kariyer geçmişine sahip ve düzenli telif geliri sağlayan sanatçılar için başarılı bir finansman

sağlayacağı unutulmamalıdır. Öte yandan, Türk hukukunda menkul kıymetleştirmeye konu olacak varlıkların sınırlı bir şekilde sayılmış olması, maalesef Bowie tahvillerine benzer işlemlerin gerçekleştirilmesine izin vermemektedir. Bu kapsamda, mevzuatta menkul kıymetleştirilebilecek varlıklar arasında fikri ve sınai hakların sayılması faydalı olacaktır. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılacak tebliğler aracılığıyla da fikri ve sınai haklara dayalı menkul kıymetleştirmenin nasıl ve hangi şartlarda yapılabileceğinin detaylandırılması gerekmektedir. Gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, bu uygulamaların neredeyse otuz yıldır uygulandığı düşünüldüğünde, gerek sanatçılar gerekse şirketler için faydalı ama geç kalınmış bir adım olacaktır.

Sonuç olarak telif haklarına dayalı menkul kıymetleştirme süreci şu ana kadar umut verici başarılı örnekler ortaya koymuş olsa da geniş çapta test edilmediği de söylenebilir. Bu durum onun kısmen öngörülemez bir araç olmaya devam ettiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Zira telif hakkına dayalı menkul kıymetleştirme, diğer finansman yöntemleriyle kıyaslandığında daha fazla teknik uzmanlık gerektirdiği gibi geleneksel menkul kıymetleştirmeye kıyasla daha farklı riskler taşımaktadır. Fikri haklara ilişkin değerlendirme sorunları, nakit akışını tahmin etmede yaşanan zorluklar, ihlal ve dava riskleri telif hakları için menkul kıymetleştirme kapsamını daraltmaktadır. Bu sebeple yöntemin yaygınlaşabilmesi için bir yandan ekonomi ve finans alanında daha çok girişimin başarıya ulaşması gerekirken, diğer yandan hukuk ve ekonomi bilimleri arasında disiplinler arası bir yaklaşım benimsenerek yeni çalışmaların yapılması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. *Sermaye Piyasası Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Alekseev, Innokenty Y. "Securitization of Intellectual Property." Yüksek Lisans Tezi, Stanford Law School, 2002.
- Arbek, Ömer. *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Atay, Erhan ve Meryem İnci Gülen. "Aktife Dayalı Menkul Kıymetler: Türkiye ve Dünya Uygulaması." *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 21, no. 1 (2019): 107-123.
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1981.
- Borod, Ronald S. "An Update on Intellectual Property Securitization." *The Journal of Structured Finance* 10, no. 4 (2005): 65-72.
- Boydaş Hazar, Hülya ve Nurgün Komşuoğlu Yılmaz. "Bir Finansal Araç Olarak Menkul Kıymetleştirme ve Muhasebesi." *Maliye ve Finans Yazıları* 111, (2019): 319-340.
- Chen, Hewson. "Don't Sell Out, Sell Bonds: The Pullman Group's Securitization of the Music Industry-An Interview with David Pullman." *Vanderbilt Journal of Entertainment Law & Practice* 2, no. 2 (2000): 161-169.
- Chu, Nicole. "Bowie Bonds: A Key to Unlocking, the Wealth of Intellectual Property." *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 21, no. 2 (1998): 469-499.
- Doğru, Halil. *Menkul Kıymetleştirme & Mortgage, Genel ve Hukuki Esaslar*. İstanbul: Doğru Hukuk Yayınları, 2007.
- Dreier, Thomas ve Gernot Schulze. *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz*. München: C. H. Beck, 2022.
- Eisbruck, Jay H. "Blockbuster or Flop? The History and Evolution of Film Receivables Securitization, 1995-2005." *Journal of Structured Finance* 11, no. 3 (2005): 11-16.
- Erel, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Fairfax, Lisa M. "When you Wish upon a Star: Explaining the Cautious Growth of Royalty-Backed Securitization." *Columbia Business Law Review*, no. 3 (1999): 441-488.
- Gabala Jr, John M. "Intellectual Alchemy: Securitization of Intellectual Property as an Innovative Form of Alternative Financing." *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 3, no. 2 (2004): 307-330.

- Galuszka, Patryk ve Tomasz Legiedz. "Financialization of Music: Song Management Firms and Fractionalized Copyright." *Information, Communication & Society* (2024): 1-17. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2024.2317903>.
- Glasner, Ariel. "Making Something out of Nothing: The Trend towards Securitizing Intellectual Property Assets and the Legal Obstacles That Remain." *Journal of Legal Technology Risk Management* 3, no. 2 (2008): 27-66.
- Göçer, Sultan Gedik ve Memet Cem Danacı. "Yapılandırılmış Varlık Fonlama Tekniği Olarak Menkul Kıymetleştirme ve Türkiye'deki Uygulamaları." *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi* 8, no. 16 (2019): 199-207.
- Grant, Adam. "Ziggy Stardust Reborn: A Proposed Modification of the Bowie Bond." *Cardozo Law Review* 22, no. 3-4 (2000): 1291-1314.
- IFPI. "Global Music Report 2024." erişim tarihi: 5 Nisan 2024. <https://globalmusicreport.ifpi.org/>.
- Jackson, H. John. "Royalty Securitization: Taking CABS to Bankruptcy Court." *Thomas Jefferson Law Review* 21, no. 2 (1999): 209-234.
- Jarboe, Kenan Patrick ve Roland Furrow. *Intangible Asset Monetization: The Promise and the Reality*. Washington, DC: Athena Alliance, 2008. <https://www.issueab.org/resources/2875/2875.pdf>.
- Kerr, Teresa N., "Bowie Bonding in the Music Biz: Will Music Royalty Securitization be the Key to the Gold for Music Industry Participants?." *UCLA Entertainment Law Review* 7, no. 2 (2000): 367-397.
- Khanna, Naina. "The Securitization of IP Assets: Issues and Opportunities." *Journal of Intellectual Property Rights* 23, no. 2-3 (2018): 94-100.
- Kirsch, Alexander. *Intellectual Property Securitization*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller, 2007.
- Klear, Jay C. "Applicability of Private Equity Fund Structure in the Furtherance of Intellectual Property Securitizations." *Columbia Business Law Review*, no. 3 (2002): 796-822.
- Kumar, Jayant. "Intellectual Property Securitization: How Far Possible and Effective." *Journal of Intellectual Property Rights* 11, no. 2 (2006): 98-102.
- Memiş, Tekin ve Gökçen Turan. *Sermaye Piyasası Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Nemlioglu, Ilayda. "A novelty on unlocking businesses' potential growth: Intellectual Property Securitisation." *Procedia Computer Science* 158 (2019): 999-1010.
- Önal, Yıldırım Beyazıt ve Mustafa Topaloğlu. *İpotekli Konut Finansmanı ve Hukuku, Mortgage (Tutsat)*. Adana: Karahan Yayınları, 2007.
- Öztaş, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

- Peukert, Alexander. *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*. München: C.H. Beck, 2023.
- S&P Global. "ABS Frontiers: Music Royalty Securitizations Are Getting The Band Back Together." erişim tarihi: 2 Mart 2024. <https://www.spglobal.com/ratings/en/research/articles/240220-abs-frontiers-music-royalty-securitizations-are-getting-the-band-back-together-13003585>.
- Schack, Haimo. *Urheber-und Urhebervertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.
- Schwarcz, Steven L. "The Alchemy of Asset Securitization." *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 1, no. 1 (1994): 133-154.
- SFA Research Corner. "Music Royalty ABS-Remastered for Streaming and Beyond." erişim tarihi: 2 Mart 2024. https://structuredfinance.org/wp-content/uploads/2019/06/SFA-Research-Corner_-Music-Royalty-ABS-%E2%80%94-Remastered-for-Streaming-and-Beyond-3.pdf.
- Solomon, Dov ve Miriam Bitton. "Intellectual Property Securitization." *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 33, no. 1 (2015): 125-180.
- Sweeney, Grace. "Patent-Backed Securitization for Innovation and Economic Growth in the Life Sciences: A Proposal for Incremental Securities Law Reform." *Canadian Journal of Law and Technology* 11, no. 2 (2013): 283-333.
- Sylva, Jennifer Burke. "Bowie Bonds Sold for Far More Than a Song: The Securitization of Intellectual Property As a Super-Charged Vehicle for High Technology Financing." *Santa Clara Computer and High-Technology Law Journal* 15, no. 1 (1999): 195-230.
- Taylor, Ruth L., Rudy Becerra, Patricia Stuart ve Spencer A. Case. "Securitization of Brand Names: Basic Concepts and Its Use in Practice." *Journal of Brand Management* 17, no. 1 (2009): 62-83.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Turan, Gökçen. *Menkul Kıymetleştirme ve Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012.
- University of Exeter. "Who's Who in Bowie Bonds." erişim tarihi: 2 Mart 2024. <https://projects.exeter.ac.uk/RDavies/arian/bowiebonds.html>.
- Vatansever, Nursen. "Varlığa Dayalı Menkul Kıymet Uygulaması." *Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 1, no. 1 (2000): 259-274.
- Wandtke, Artur-Axel ve Winfried Bullinger. *Praxiskommentar Urheberrecht*. München: C. H. Beck, 2022.
- Yüzbaşıoğlu, Nuray. "Kaynak Sağlama Aracı Olarak Menkul Kıymetleştirme ve Türkiye'deki Son Gelişmeler." *Van Yüzcüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 5, no. 9 (2020): 114-132.

HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDAN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA GÖREVLİ MAHKEMENİN TÜKETİCİ MAHKEMESİ OLMASI VE TALEPLERİN ARABULUCULUK ÇÖZÜM YOLU İLE SONUÇLANABİLMESİ HAKKINDA DEĞERLENDİRME

*Evaluation on the Duty Court is the Consumer Court in Damages
Arising from the Physician's Legal Responsibility and the Claims
Can Be Resulted by Mediation*

Zeynep ÖZCAN*
Keriman Nisa ŞEKER**

ÖZ

Anayasal dayanağı olan ve temel haklarının başında gelen sağlık hakkı, bireyin sağlığının korunmasını, gerektiğinde hukuka uygun şekilde tıbbi müdahalede bulunulmasını sağlar. Malpraktis kavramı; hekimlerin ve hastanelerin kusurlu davranışlar sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluğunu içermektedir. Hekimlerin veya hastanelerin kusurlu davranışları sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluğu malpraktis kapsamında değerlendirilmektedir. Hastanenin kamu veya özel nitelikli olmasına göre sorumluluğun kapsamı değişmektedir. Kamu hastanelerinde çalışan hekimler sebebi ile zarar meydana geldiğinde idareye karşı dava açılmalı ve zararların tazmini istenmelidir. İdare karşılamış olduğu zararları hekime karşı rücu etme hakkına sahiptir. Bağımsız çalışan hekim ve özel

Makalenin Geliş Tarihi: 07.02.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.04.2024.

* Doç. Dr., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: zeynep.ozcan@omu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9525-3139.

** Yüksek Lisans Öğrencisi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Sağlık Hukuku Programı, E-posta: 22281385@stu.omu.edu.tr, ORCID:0009-0008-1095-5501.

hastaneler sebebiyle meydana gelen uyuşmazlıklarda ise ivazlı bir sözleşmesel ilişki yok ise asliye hukuk mahkemeleri ivazlı bir sözleşmesel ilişki var ise tüketici mahkemelerinde hak arama seçenekleri bulunmaktadır. Görev alanı gittikçe genişleyen tüketici mahkemelerinin hasta ile hekim-hastane ilişkilerinden doğan zararlar bakımından da görevli mahkeme olması, hekim ile hasta-hastane arasındaki ilişkinin tüketici hukukuna dayandırılması eleştirilmektedir. Tüketici hukukunda uygulanmaya başlanan arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun sağlık hukuku kapsamında uygulanabilmesi mümkün kılınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Malpraktis, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tazminat, Tüketici Mahkemesi, Arabuluculuk

ABSTRACT

The health right which has a constitutional basis and is one of the fundamental rights, ensures the protection of the individual's health when necessary, medical intervention in accordance with the law. The concept of malpractice is defined as the responsibility of physicians and hospitals for damages caused by faulty behavior. If damage has occurred due to physicians working in public hospitals, a lawsuit should be filed against the administration and compensation for the damage should be requested. The administration has the right to recourse against the physician for the damages it has incurred. In case of disputes arising from independently working physicians and private hospitals, if there is no prudent contractual relationship, the civil courts of first instance; If there is a demanding contractual relationship, there are options to seek rights in consumer courts. It has been criticized that the consumer courts are also the courts responsible for damages arising from the patient-physician-hospital relationship and that the relationship between the physician and the patient-hospital is based on consumer law. The mediation, which has started to be implemented in consumer law, has been made possible within the scope of health law.

Keywords: Malpractice, Legal Liability of the Physician, Compensation, Consumer Court, Mediation.

GİRİŞ

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28 Kasım 2013 tarihinde Resmi Gazetede¹ yayımlanmış ve birçok değişikliği beraberinde getirmiştir. Mesela 4077 sayılı Mülga Kanun'da vekâlet ve eser sözleşmesi tüketici işlemi olarak kabul edilmezken; 6502 s. TKHK m. 3/1 bendinde “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” tüketici işlemi olarak düzenlenmiştir. Böylelikle hukuki niteliği vekâlet bazı durumlarda da eser sözleşmesi olan hekimlik sözleşmesi ile hastaneye kabul sözleşmesi tüketici hukuku kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. Nitekim aynı maddenin (k) bendinde “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tüketicinin tanımı yapılmış ve tüketici işleminin tarafı olan hastanın tüketici olarak kabul edildiği ifade edilmiştir.

Hasta- hekim arasındaki sözleşme ilişkisinin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi yasal düzenlemelerle temellendiriliyor olmakla birlikte bu değerlendirmelerin yerindeliği tartışma konusudur. Nitekim 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun² m. 59 ile 6502 sayılı TKHK. m. 73/A bendi eklenerek tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce dava şartı olarak arabulucuya başvuru şartı ve istisnai halleri getirilmiştir. Çalışmada öncelikle hekimin sorumluluğuna sebep olan hatalı tıbbi müdahale kavramı incelenerek ardından hasta hekim arasındaki sözleşme ilişkisinin tüketici hukuku kapsamına alınması; mevzuat hükümleri, doktrindeki düşünceler, Yargıtay kararları, tıp etiği kuralları gibi farklı birçok açıdan irdelenmiştir. Ardından hasta- hekim, hastane ilişkisinde arabuluculuk alternatif çözüm yolunun uygulanabilirliği ele alınarak bu konuda kendi değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

I. HATALI TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

A. Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale; tıp mesleğini icra eden yetkili kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacı ile kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne

¹ RG, 28.11.2013, S. 28835.

² RG, 28.07.2020, S. 31199.

yönelik gerçekleştirilen her türlü eylem olarak ifade edilmektedir³. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için; müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılması, hastadan aydınlatılmış onam ile rızasının alınması⁴, yapılan müdahalenin tıp biliminin güncel verilerine uygun olması ve tıbbi bir zorunluluk olması şartları aranmaktadır⁵.

B. Hatalı Tıbbi Müdahale (Malpraktis) Kavramı

Hatalı tıbbi uygulamalar malpraktis olarak da adlandırılmaktadır. Malpraktis kavramı köken olarak “mala praxis” kelimelerinden türemiş olup hatalı/yanlış uygulama anlamına gelmektedir⁶. Hekimlik Meslek Etiği

³ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1991), 5; Kürşat Ersöz, Kürşat. “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları,” *Terazi Hukuk Dergisi* 5, 45 (2010): 106; Aykut Cemil Aykın ve Serkan Çınarlı, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 306; Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S.100 (2012): 46; Şatır, Nejd: *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihatları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 15; Karl Otto Bergman, “Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf / durch nichtärztliches Personal,” *MedR* 27 (2009): 7; Erwin Deutsch und Andrea Spickhoff, *Medizinrecht*. (Berlin Heidelberg: Springer, 2007), 54.

⁴ Y.3.HD. T. 24.10.202 E. 2022/7969 K.2023/2853 “...Mahkemece yapılan yargılama sırasında, dava konusu olayın niteliğine uygun, akademisyenlerden oluşan bilirkişi heyetinden alınan, hüküm kurmaya, taraf ve kanun yolu denetimine uygun rapor karşısında; davalı Özel Sağlık Kurumunda, diğer davalı doktor tarafından davacıya uygulanan tıbbi tedavi ve uygulamaların tıp kuralarına uygun yapıldığı, hastanın aydınlatılmış onam formları ile tedavi süreci ve komplikasyonlar konusunda usulünce bilgilendirildiği, davacının tedavisi sonrasında yaşadığı sorunun komplikasyon niteliğinde olduğu ve meydana gelmesine davalı tarafın kusur ve ihmalinin olmadığı anlaşıldığından, Mahkemece davalılara atfi kabil kusur bulunmadığı gerekçesine dayalı olarak davacı tarafından açılan davanın reddine dair verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığı, dava dosyası kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri birlikte değerlendirildiğinde, HMK'nın 355 inci maddesi gereğince istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılan inceleme neticesinde; açıklanan nedenlerle, Mahkemece verilen kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından davacının istinaf talebinin reddine karar verilmiştir” (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 06.02.2024).

⁵ Dietrich Berg and Klaus Ulsenheimer, *Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis und Krankenhausorganisation* (Berlin Heidelberg: Springer, 2006), 197; Ayan, 5; Yahya Deryal, *Sağlık Hukuku Problemleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 61; Kaya, 51.

⁶ Heinrich Honsell, *Handbuch des Arztrechts*, (Zürich: Schulthess Polygrafic Verlag, 1994), 67; Mevlüt Caymaz, “Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hataları Üzerine Bir

Kuralları (HMEK) m. 13'te "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir*" şeklinde açıklanan malpraktis kavramı; Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda yayınlanan "*Tıpta Yanlış Uygulama*" isimli bildirgesinde "*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" malpraktis olarak tanımlanmıştır⁷.

Doktrinde kabul edilen tanıma göre malpraktis; hekimin tıbbi standartlara aykırı şekilde kusurlu davranışlar ile gerçekleştirmiş olduğu tıbbi eylemler olarak tanımlanabilir ve bu eylemler sonucu zarar meydana gelmiş olması beklenmektedir⁸. Tıbbi standarttan kastedilen ise söz konusu ülkede güncel olarak uygulanan tıp bilimidir. Hekimin ortalama bir hekim kadar bilgisi olması beklenir ve yine ortalama bir hekim kadar özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerekir⁹. Yargıtay kararında da tıbbi standart kavramı, hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve

Araştırma," *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2, 4 (Temmuz 2015): 1; Hamit Hancı, *Malpraktis – Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2006), 12; C. Haluk İnce ve Yüksel Aydın Yazıcı, "Adli Tıp Bilimi Açısından "Tıbbi Uygulama Hataları" Davalarına Yaklaşım," *Tıp Hukuku Dergisi* 3, 6 (2014): 95.

⁷ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku II Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2022), 290; Ulaş Can Değdaş, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Ceza Sorumluluk," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S.6 (2018): 42; Aykut Cemil Aykın, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası ve Komplikasyon Ayrımı," *Terazi Hukuk Dergisi* 11, S.119 (2016):70; Atiye Uygur, "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 144 (2019): 364; Yılmaz Yördem, "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, S. 39 (2019): 130.

⁸ Adrian Schmidt-Recla ve Josephine Noack, "Alman Hukuku'nda Hekimin Tazminat Sorumluluğu," *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* (çev. Nedim Meriç) (2012): 74; Fatih Birtek, "Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı," *İstanbul Barosu Dergisi* 81, S.5 (2007): 2003.

⁹ Zarife Şenocak, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat," *Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara (2008): 245; Zeynep Özcan, "Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerinde Etkisi", *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi* (Legal Yayıncılık, 2018), 214-215; Kaya, 51; Uygur, 358; Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law, Comparative Law Study of Civil Liability Arising From Medical Care*, London: Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers 1988, 90; Değdaş, 51; Schmidt-Recla and Noack,74.

denenerek ispatlanmış, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzey olarak tanımlanmıştır¹⁰.

Malpraktis; hekimin hasta bireye karşı tedavi işlemlerini gerçekleştirirken gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi, ihmalkâr davranması, basiretli bir hekim gibi müdahalede bulunmaması sonucu meydana gelebileceği gibi yapılan tıbbi müdahalenin bilgisiz, deneyimsiz bir hekim tarafından gerçekleştirilmesiyle de gerçekleşebilir. Yapılan hatalı tıbbi müdahale sonucu bir zarar meydana gelmeli ve bu zarara hekimin kusurlu hareketi sebebiyet vermelidir. Malpraktis tanı ve tedavi aşamasında meydana gelebileceği gibi tedavi sonrası takip aşamasında da meydana gelebilmektedir¹¹.

II. KOMPLİKASYON KAVRAMININ MALPRAKTİS KAPSAMINDA İNCELENMESİ

Komplikasyon kavramı olarak; mevcut hastalığın başka bir hastalığa dönüşmesi, hastalığın bilinen ve normal gelişimine eklenen ve onun gidişini ağırlaştıran yeni ve değişik durumlar olarak ifade edilmektedir¹².

¹⁰ Y.6. HD. E.2022/855 K.2023/457, 07.02.2023 “04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarihinde 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AVRUPA BİYOTİP SÖZLEŞMESİ 16.03.2004 tarihinde onaylanmış olup, sözleşmenin “Meslek Kurallarına Uyuma” başlıklı 4. maddesinde, “araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” düzenlemesi karşısında, davacıya tıbbi müdahalede bulunulduğuna göre bu sözleşme hükümleri de esas alınarak uyuşmazlığın çözümü zorunludur. Sözleşmenin 4. maddesinde kastedilen standardın da, tıbbi standart olduğu tartışmasız olup, tıbbi standartlara aykırılık teşhis ya da tedavi aşamasında ya da müdahale sonrasındaki süreçte noksanlık ya da yanlışlık şeklinde gerçekleşebilir. “Tıbbi Standart” hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır. Sözleşmenin eser niteliğindeki “estetik müdahalelerde” de uygulanacağı kabulü zorunludur.”(sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 15.08.2023).

¹¹ Zeynep Özcan, “Malpraktis-Komplikasyon Ayrımının Önemi,” *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018), 199; Zeynep Özcan ve Ayşe Betül Özcanoğlu, “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis- Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, S.16 (Aralık 2020), 290.

¹² Mehmet Demir, *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 83; Özcan, 205; Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunda Malpraktis

Komplikasyon izin verilen risk konsepti altında yer almaktadır. Hekim mevcut hastalığın tedavisinde tıp biliminin gereklerini, özen ve dikkat yükümlülüğüne uygun bir şekilde yerine getirmiştir; fakat buna rağmen istenmeyen zararlar meydana gelmiştir. Burada iki durum söz konusudur. Risk eğer öngörülebilir bir risk ise hekimin bunu öngörüp önlemlerini almış olması beklenir. Alınan önlemlere rağmen istenmeyen bir durum meydana gelirse hekimin sorumluluğuna gidilmemektedir. Öngörülemeyen risklerde ise hekimin basiretli bir hekim gibi özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine bakılır. Tüm önlemler alınmış, tıp biliminin gerekleri yerine getirilmiş, özenli ve dikkatli davranılmış, kusurlu bir davranışta bulunulmamış olmasına rağmen yine de zarar meydana geldi ise bu durum malpraktis değil; komplikasyon kapsamına girmekte¹³ ve yine hekimin hukuki veya cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmamaktadır¹⁴.

III. HATALI TIBBİ MÜDAHALE (MALPRAKTİS) HALİNDE HEKİMLERİN SORUMLULUĞU

Hekim tarafından gerçekleştirilen hatalı tıbbi müdahale sonucu hukuki ve cezai yaptırımlar gündeme gelmektedir. Çalışmada tüketici hukuku kapsamında hekimin hukuki sorumluluğu detaylıca incelenmekte olup; cezai sorumluluk gerektiren haller kısaca değinilmiştir.

ve Komplikasyon Ayrımı,” *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, Issue 1 (Mart 2014), 24 (Hakeri, Malpraktis); Hakeri, 1117; Berg und Ulserheimer, 259.

¹³ Y. 3. HD. E. 2023/1360 K. 2023/3207 T. 09.11.2023 “Mahkemece uyulmasına karar verilen bozma ilamında, uzman heyetten rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi istenmiş olup, Mahkemece bozmaya uygun olarak yapılan araştırma neticesinde dosyaya sunulan bilirkişi heyeti raporunda, davacının ... Medikalpark ve ... Devlet Hastanesinde görevli olan doktorlar tarafından yapılan muayene, tetkik ve tedavilerinin tıp kurallarına uygun olduğu, duodenal ülser perforasyonunun herhangi bir ihmale ve kusurlu doktor eylemine bağlı gelişmediği, duodenal ülser perforasyonu onarımı sonrası gelişen klinik tablonun gösterilecek özen ve dikkate rağmen ortaya çıkabilen ve bir kusur izafe edilemeyen komplikasyon olarak değerlendirildiği, söz konusu komplikasyonların giderilmesi için gerekli eylemlerin ve yönlendirmenin yapılmış olduğu, hekimlere atfedilebilecek ihmal ya da kusur bulunmadığı şeklinde görüş bildirildiği görülmüştür. Bu durumda, kararın gerekçesinde hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığı, bozma ilamına uygun şekilde araştırma yapılarak karar verildiği anlaşıldığından davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 15.01.2024).

¹⁴ Demir, 85; Hakeri, Malpraktis, 30; Hakeri, 1117; Özcan, 205; Berg und Ulserheimer, 262.

A. Hekimin Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu

Hekimin cezai sorumluluğundan söz edebilmek için tıbbi müdahalede hukuka uygunluk koşullarının bulunmaması veya sınırın aşılmış olması gerekmektedir. Tıbbi hata halleri özellikle taksirli suçlar olarak kendini göstermektedir. Zira kasten işlenen suçlar tıp mesleğinin icrasından kaynaklanamaz. Bu durumda ancak tıp mesleğinin suça alet edildiği söylenebilir¹⁵. Mesela ötenazi de dahil olmak üzere kasten adam öldürme (TCK m. 81), İntihara yardım TCK m. 84), kasten yaralama (TCK m. 86), taksirle öldürme (TCK m. 85), taksirle yaralama (TCK m. 89) çocuk düşürme-düşürtme suçları (TCK m. 99-100), kısırlaştırma ile ilgili suçlar (TCK m. 101), Kanun'a aykırı organ ve doku ticareti TCK m. (91), insan üzerinde deney yapma (TCK m. 90), genital muayene (TCK. m. 287) mesleğin icrası sırasında kasten işlenebilecek suçlara örnek gösterilebilir¹⁶. Mesleki faaliyet dolayısıyla işlenebilen suçlar ise; rüşvet ve irtikâp suçları (TCK m. 250-252), görevi kötüye kullanma (TCK m. 257), özel hayatın gizliliğinin ihlali (TCK mad.134), kişisel verilerin ele geçirme, verme ve yayma suçu (TCK m. 136), gerçeğe aykırı belge düzenleme (TCK m. 210/II), suçu bildirmeme suçu (TCK m. 279-280) suçlarıdır¹⁷.

B. Hekimin Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

1. Kamu Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu

Hasta bireylerin devlet hastanesine başvurmaları durumunda hasta ile hekim ve hastane arasında özel hukuk kaynaklı bir sözleşme ilişkisi doğmamaktadır. Kamu hastanelerinde kamu hizmeti görülür ve burada hasta ile olan ilişki vekalet değil idare ilişkisidir. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi konumundadır¹⁸. Hasta veya yakınları hatalı tıbbi müdahale sonucu zarara uğramışsa Devlete veya ilgili kamu tüzel kişiliğine karşı idare

¹⁵ Yüksel Ersoy, "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sorumluluğu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53 (2004): 167; Yördem, 132.

¹⁶ Hancı, 57 vd.; Ersoy, 172-173.

¹⁷ Ersoy, 176-177; Şatır, 329.

¹⁸ Demir, *Sorumluluk*, 297; Değdaş, 48; Berg und Ulserheimer, 260; Oktay Özer, "Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği," *İstanbul Barosu Dergisi* 91, S. 3 (2017), 206.

hukuku kapsamında görevli mahkeme olan idare mahkemelerinde tam yargı davası açmalıdır¹⁹.

Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 13 ile AY. m. 40 ve m. 129/V gereği kamu hastanesinde çalışan hekimlerin yetkilerini kusurlu olarak kullanmalarından ötürü gerçekleştirilen haksız işlemler sonucu uğranılan zararlar Devletçe tazmin edilir ve tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin sorumlu olan hekime rücu hakkı saklıdır. Rücuen tazminat sorumluluğunun meydana gelebilmesi için hekimin tıbbi müdahale ve uygulamalarını kusurlu bir şekilde gerçekleştirmiş olması, görevini kötüye kullanmış olması, hastada meydana gelen zararın hekim kaynaklı olması ve hizmet içi kişisel kusurunun mevcut olması gerekmektedir²⁰. Yargıtay'ın da hem Anayasa madde hükümlerine hem de Devlet Memurları Kanunu'na uygun şekilde kararları bulunmaktadır²¹. Hastaların uğramış oldukları zararların tazmini amacıyla açılacak tam yargı davalarında, hatalı tıbbi müdahalenin gerçekleşmiş olduğu yer idare mahkemesi yetkili mahkemedir. İlgili Danıştay kararlarında da yetkili mahkeme hizmetin görüldüğü yer mahkemesi olarak belirtilmektedir²².

¹⁹ Ferhat Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 802 (2019): 157.

²⁰ Emel Badur ve Eser Us Doğan, "Hekimin Rücuen Tazminat Sorumluluğu Hakkında Güncel Gelişme ve Değerlendirmeler," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24 S.2 (2022): 588.

²¹ "...Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlardan ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil Ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir..." Y. 4 HD. E. 2011/7397 K. 2012/4193 T.15.03.2012 (sinerjimevzuat.com.tr). "... Davaya konu edilen olayda; hekim olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalının eylemi nedeniyle tazminat isteminde bulunulmuştur. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, davanın idari yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Davalıya husumet yöneltilemez. Davanın husumet yokluğu nedeniyle reddi gerekir. Karar, açıklanan nedenle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir..." Y. 4. HD. E.2012/11079 K. 2013/267 T. 15.01.2013 (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 15.08.2023).

²² D. 15.D. E.2017/2228 K.2017/6562 K. T. 09.11.2017 "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 36/b. maddesinde ise, idari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında, zarar bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer idare mahkemesinin yetkili olduğu hükmüne yer verilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, emekli albay olan davacı 'e sağlık hizmetinin sunumu İstanbul GATA Haydarpaşa Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde yapılmıştır. Bu durumda, eksik veya hatalı tedavi hizmetinden doğduğu

Anayasa Mahkemesi kişisel kusurun görevin yerine getirilmesi amacıyla, görev sırasında veya görev sebebiyle meydana gelebileceğini, kamu hizmeti ile ilgisi bulunmayan eylemlerin kişisel kusur sayılmayacağını belirtmektedir²³. Böylelikle kamu görevlisi olan hekimlerin, hekimlik sıfatları sebebiyle sahip oldukları hak ve yetkilerini kullanırken gerçekleştirmiş oldukları kusurlu davranışların hizmet kusuruyla iç içe geçmiş olduğunun kabul edildiği ve idarenin de bu kusurlu davranışlardan yönetim, denetim ve iyi eleman seçme yükümlülükleri bulunduğu için sorumlu olduğu, hizmet kusuru var ise bireylerin zararlarının tazmini adına hekime değil sadece idareye başvuru hakkı olduğu ve son olarak kusurla hareket eden hekimin belirlenebilir olduğu durumlarda idarenin karşılamış olduğu zararı ilgili hekimden rücu yoluyla tazmininin mümkün olduğu anlaşılmaktadır²⁴.

Rücu, idarenin sahip olduğu bir hak olmanın ötesinde keyfîyetten uzak, zorunluluk unsuru içeren bir yetkidir. Rücu hakkı hekimin hukuk dışı, keyfî bir şekilde kusurlu davranmasının önüne geçmekte büyük bir rol oynamaktadır. İdarenin tazmin etmiş olduğu zararı ilgili ve kusurlu hekime rücu etmemesi aynı zamanda kamu yararına da aykırılık teşkil eden adaletsiz bir davranış olacaktır²⁵. Danıştay ilgili kararında da rücu hakkının zorunluluğu ve gerekliliğine yer verilmiştir²⁶. Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve

ileri sürülen zararın tazmini istemi ile açılan davanın görev bakımından; 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilen Danıştay'da ilk derece görülecek dava niteliği taşımadığı ve ilk derece olarak İdare Mahkemeleri'nin görevli olduğu, yer bakımından ise 2577 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 36/b maddesi uyarınca son tedavi hizmetinin verildiği GATA Haydarpaşa Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin bulunduğu yer mahkemesi olan İstanbul İdare Mahkemesinin yetkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır." (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 20.08.2023).

²³ Badur ve Us Doğan, 590.

²⁴ Demir, *Sorumluluk*, 295; Badur ve Us Doğan, 591; Canbolat, 156-181.

²⁵ Badur ve Us Doğan, 593-594.

²⁶ "...Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.." Danıştay 5.D. E.2007/7369 K.2008/3234 T. 03.06.2008 (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 11.09.2023).

Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik' te idarenin ve hekimin sorumluluğu kapsamına giren durumlar açıkça belirtilmiştir. İdare tarafından ödenen tazminatın hekime rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içerisinde karar verilmesi gerekmektedir²⁷. Hekimin rücu kararına aykırı davrandığı durumlarda idarenin rücu davası açma hakkı saklıdır. Rücu yetkisi genel hükümlere göre adli yargıda görüldüğü için bu konuda idare adına dava açma yetkisi Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'dür. Bakanlıklar tam yargı davasının kesinleşmesinden sonra ödenen tazminatı ve rücu edilecek kamu görevlilerini Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'ne bildirmektedirler. Bu talep üzerine rücu için dava açılmaktadır²⁸.

2. Bağımsız Çalışan Hekimler ile Özel Hastanede Çalışan Hekimlerin Hastalara Karşı Hukuki Sorumluluk Türleri

a. Hekimlerin Sözleşme Dışı Sorumlulukları

i. Hekimin Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Hekim ile hasta arasında henüz sözleşme ilişkisi kurulmadan önce yapılan görüşmeler sırasında ortaya çıkan sorumluluğa Culpa in Contrahendo sorumluluğu denilmektedir. Burada hekimin hastaya karşı, aydınlatma, bilgilendirme, karşılaşılabileceği sorun ve zararlar hakkında bilgi verme gibi yükümlülükleri bulunmaktadır²⁹. Sözleşme öncesi görüşmeler sonucu ve sözleşme dışı ilişkiden hekimin sorumlu tutulabilmesi için sözleşme görüşmeleri sırasında hekimin yükümlülüklerini kusurlu olarak ihmal etmesi ve bunun sonucunda hastanın zarara uğraması gerekmektedir³⁰.

²⁷ Badur ve Us Doğan, 581-618.

²⁸ M. Savaş Bayındır, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S.1, (2007): 569.

²⁹ Tuğçe Oral, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü," *Ankara Barosu Dergisi* S.2 (2011): 190; Paul Bockelmann, "Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht," *NJW* 21 (1961): 947; Hakeri, 329; Sibel Adıgüzel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 19, 5 (2014): 945.

³⁰ S. Berfin Işık Yılmaz, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 98 (2012): 391; Arslan, 420.

ii. Hekimin Vekaletsiz İş görme Sebebiyle Sorumluluğu

HHY. m. 24 ve 31 ile TBK. m. 526 ve 527 düzenlemeleri kapsamında hekimin hastanın bilincinin kapalı olması nedeniyle veya acil durumda hastanın hayatını veya hayati organlarından birinin zarar görmesini önlemek amacıyla, ondan onam alamadan tıbbi müdahalede bulunması veya hastanın aydınlatılmış onamı alınarak başlatılan ameliyatın sonradan genişletilmesi durumlarında vekaletsiz iş görme hükümleri söz konusudur. Hastanın bilinci kapalı bir şekilde acil servise getirilmesi, hekimin işyeri dışında sosyal bir ortamda aniden fenalaşan hastaya tıbbi müdahalede bulunması veya aydınlatılmış rızası kapsamında ameliyata alınan hastanın daha önce tespit edilmemiş; ameliyat sırasında fark edilen hayati bir duruma hekimin müdahale etmesi hallerinde hekim ile hasta arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hasta irade beyanında bulunarak sözleşme akdedebilecek vaziyette değildir³¹. Tüm bu durumlarda hekim, nasıl hasta ile arasında sözleşme bulunduğu durumlarda özen yükümlülüğünü haiz ise aynı şekilde vekaletsiz iş görmede de gerekli özeni göstermek ve mesleği gereği tıbbi standartlara uygun davranmak zorundadır. Eğer hekimin kusuru ile sebep olduğu bir zarar meydana gelirse sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır³². Bu sebeple TBK. m. 527/I'de düzenlenen vekaletsiz iş gören kişinin sorumluluğunun hafifleyeceğine ilişkin düzenleme bu kapsamda müdahalede bulunan hekim bakımından geçerli değildir.

iii. Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı durumlarda ortaya çıkabilecek diğer bir sorumluluk türü haksız fiil sorumluluğudur. TBK m. 114/II "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır*" hükmü gereği haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır³³. Hekimlik sözleşmesi hukuka, ahlaka aykırılık sebebi ile geçersiz ise, hekim kamu

³¹ Firdevs Arslan, "Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26 S.1 (2020): 417.

³² Zariife Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998), 106; Hayrunnisa Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S.1 (2016): 38; Schmidt-Recla ve Noack, 76.

³³ Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 214.

hastanesinde görev yapmakla birlikte hekimin kişisel kusuru varsa, hekim özel hastane hekimi iken işin hasta ile hekim arasında sözleşmenin bulunmaması halinde haksız fiil hükümleri uygulanır³⁴.

Hasta ile hekim arasında sözleşme veya vekaletsiz iş görme sorumluluğuna ilişkin şartlar yok ise haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilir³⁵. Haksız fiil sorumluluğu “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*” hükmü olan TBK m. 49’da düzenlenmiş olup hekimin kusuru sebebi ile hastada bir zararın meydana gelmesi ve zarar ile kusur arasında illiyet bağı olması gerekmektedir. Kaldı ki hasta ile hekim arasında mevcut bir sözleşme olsa dahi meydana gelen zararın haksız fiil kaynaklı olabilmesi de mümkündür. Bu durumda TBK m. 60 gereği zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe hastanın hem borca aykırılık sebebi ile hem de haksız fiil sebebi ile zararlarının tazmini talebi mümkün olacaktır³⁶.

iv. Hekimin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu

Kusura dayanmayan bir özen sorumluluğu türü olarak hekim birlikte çalışacağı ekibi, personeli seçerken ve tıbbi müdahalede bulunurken özen yükümlülüğünü yerine getirir. TBK. m. 66 gereği hekim ile hasta arasında mevcut bir akit bulunmaması durumunda hekim çalışanın hastaya verdiği zararları gidermekle yükümlü olmakla birlikte özen yükümlülüğünün ispatı halinde çalışanın kusurundan sorumlu olmayacaktır. Hekim hastaya karşı ödediği tazminat için çalışanın sorumlu olduğu kadarını rücu hakkına sahiptir. Zira hekimle hasta arasında akdi ilişki bulunması halinde çalışanların TBK m. 116 yardımcı kişilerin sorumluluğu hükmünce sorumluluğu bulunacaktır³⁷.

b. Özel Hastane, Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Hekimin Sorumluluğu

Özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sağlık Bakanlığı tarafından denetlenen, sağlık hizmeti vermek üzere kurulan gerçek veya özel hukuk tüzel kişiliğine sahip özel ticari kuruluşlardır. Bu kuruluşlarda tedavi gören hasta;

³⁴ Şatır, 28.

³⁵ Schmidt-Recla ve Noack,79; Arslan, 418; Şatır, 28.

³⁶ Şenocak, *Sorumluluk*, 243; Özdemir, 39.

³⁷ Arslan, 419.

kendisine tıbbi müdahalede bulunan hekim ile değil; hastane ile sözleşme ilişkisine tabidir. Hasta ile özel hastane arasında hasta kabul sözleşmesi kurulmaktadır³⁸. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekim ve diğer sağlık çalışanının, çalışma koşulları İş Kanunu çerçevesinde düzenlenmiştir. Özel hastanenin yeterli sayı ve nitelikte personel sağlama, güvenlik önlemleri alma, hastane hijyenini sağlama, tıbbi kayıt ve arşiv sistemi kurma, tıbbi malzeme temin etme, hastanın kişisel verilerini ve sırlarını saklama, teşhis ve tedavi hizmeti sağlama, hasta bilgilendirme sistemi kurma yükümlülükleri bulunmaktadır³⁹. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmediği hallerde ortaya çıkan zararlardan hastane sorumlu olacaktır. Hasta kabul sözleşmeleri de kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır.

i. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmeleri

Hastaneye tam kabul sözleşmesi, hasta ve hastane arasında akdedilen, hekimin ifa yardımcısı konumunda bulunduğu ve dolayısıyla sözleşmeden doğan sorumluluğunun bulunmadığı sözleşmedir⁴⁰. Hastanın ödeyeceği ücret karşılığında hastane, tedavi, bakım, barınma ve beslenme edimlerini borçlanır. Hastanın tedavi süreci, bakım, barınma ve beslenme olarak hastane tarafından programlanıp hastayı tedavi edecek hekim de hastane tarafından belirlenecekse burada hasta ve hastane arasında “*tam hastaneye kabul sözleşmesi*” bulunur. Hasta uğramış olduğu zarardan dolayı doğrudan hekime değil; hastaneye başvurur. Zira TBK. m. 116’da düzenlenen yardımcı kişilerin sorumluluğu hükmü gereği hastane, hastanın zararını karşılamakla yükümlüdür. Zarar tıbbi uygulama hatasından doğmuşsa TBK m. 49 hükmü gereği bu zararını hekimden talep eder. Zira hastanın hekime karşı doğrudan başvuru hakkı, eğer koşulları var ise haksız fiil hükümleri gereği saklıdır. Tam

³⁸ Değdaş, 47.

³⁹ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, (Seçkin Yayıncılık, 2020), 251; Zarife Şenocak, “Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk,” *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (2012): 622; Giesen 415; Margaret Jasper, *Hospital Liability Law* (New York: Legal Almanac Serie 2008) 38 vd.; Marc Anschlag, “*Krankenhaustaftung – Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln*,” *MedR* 27 (2009): 514; Hakeri, 672; Uygur, 368.

⁴⁰ Hayrunnisa Özdemir, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105 (2013): 267; Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, (Ankara: Tekışık Yayınevi, 1993), 21; Gültezer Hatırmaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 103; Schmidt-Recla ve Noack, 81.

hastaneye kabul sözleşmesine tedaviyi yapan hekim ile akdedilen hekimlik sözleşmesi de eklenirse; ortaya çıkacak olan zarardan özel hastane ve hekim müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Ödenen tazminat tarafların kusurları oranında birbirlerine rücu edilir⁴¹.

ii. İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi

Hastane işleticisi tedavi yanında tüm hastane hizmetlerini üstlenmekte, ayrıca tedavi konusunda hekim ile hasta arasında da tedavi sözleşmesi bulunmaktadır. Hekim hastaya karşı sözleşme nedeniyle tedavi yükümlülüğü altında olup verdiği zararlardan dolayı da sözleşme (TBK m.112) ve haksız fiil (TBK m.49) hükümlerine göre sorumludur⁴². Hekim bir yönüyle hastane işleticisinin ifa yardımcısı konumundadır. Ayrıca hekimin tedavi sırasında yardımcı kullanması durumunda, ifa yardımcısı olarak kullandığı hastane personelinin (hemşire, asistan vb.) kusurlu eylemlerinden de TBK 116. maddesi olarak sorumludur.

iii. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmeleri

Tedavi faaliyetinin devamı sırasında hastaneye bağlı olarak görev yapmayan, dışarıdan bir hekim çağrılması halinde bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin varlığından söz edilmektedir. Bu sözleşme türünde özel hastaneden istihdam edilen veya serbest çalışan hekim tedaviyi bizzat üstlenirken; barınma, bakım, beslenme edimleri özel hastane tarafından yerine getirilir. Hekim hastanenin ifa yardımcısı değildir. Zira hasta ve hekim arasında hekimlik sözleşmesi; hastane ile hasta arasında tedavi sözleşmesi şeklinde iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Tıbbi müdahale aşamasından hekim sorumlu olurken; hastanenin sorumluluğu hastanın bakımı süreci ile ilgilidir. Tıbbi müdahalenin yanlış uygulanması sebebi ile açılan malpraktis davalarında hastane değil doktor aleyhine dava açılmaktadır. Zira özel hastane TBK. m. 66 ve 116'ya göre sorumlu olmaz; gereği gibi ifa etmeme hükmü olan TBK. m. 112 hükmünce hekim sorumlu olur⁴³. Ancak her durumda sorumlulukların bu şekilde net ayrımına tabi olmaması da olasıdır. Mesela tıbbi müdahale tamamlandıktan sonra hastanın yoğun bakımda tedavisinin devam

⁴¹ Arslan, 414; Şenocak, 97.

⁴² Ahmet Seyhan, "Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 8, S.1 (2023): 172.

⁴³ Hatırmaz Erol, 107; İsa Yardım, *Tüketici Olarak Hasta Hakları* (Ankara: Adalet Yayınları, 2016), 22; Arslan, 415.

etmesi sürecinde hem hekimin sorumluluğu hem de özel hastanenin sorumluluğu söz konusudur. Dolayısıyla tam hastaneye kabul sözleşmesinden farklı olarak bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde hekimin tedavi ve hastanenin tıbbi bakım hizmetlerinden kaynaklı zarar net olarak birbirinden ayrılıyorsa, hekim ve hastane kendi sorumluluklarından kaynaklanan zararlardan sorumlu olur. Zararın sorumluluk kaynağı net olarak anlaşılamiyorsa hekim ve hastane hastanın uğradığı zarardan müteselsilen sorumlu olurlar.

c. Bağımsız Çalışan Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluğu

i. Hekimlik Sözleşmesi

Hekimin tıbbi müdahale amaçlı edimleri üstlendiği, hastanın ödeyeceği bedelin belirli veya belirlenebilir olduğu; serbest çalışan hekim ile hastanın anlaşarak kurdukları sözleşmedir⁴⁴. Bu sözleşme niteliği gereği her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmedir.

Hekimlik sözleşmesi; hukuki niteliği vekalet sözleşmesi olan teşhis ve tedavi sözleşmesi ile diş protezleri, diş kaplamaları, burun, çene gibi estetik ameliyat ve müdahaleler, yüz gençleştirme operasyonları, saç ekimi şeklinde sonucun üstün tutulduğu tıbbi estetik müdahaleler eser sözleşmesini⁴⁵

⁴⁴ Şebnem Akipek Öcal, "Hasta ile Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması," 4. Tüketici Hukuku Kongresi Makale, Bildiri ve Ses Çözümleri: Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (2015): 286; Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, S.3 (2008): 232; Sera Reyhani Yüksel, "Hekimlik Sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi," Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 23, C.10 (2018): 58; Şebnem Akipek Öcal. "Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu." III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu (Seçkin Yayınları, 2017): 112 (Akipek Öcal, Red); Özcan, Tehlike Sorumluluğu, 553 vd.

⁴⁵ Y.13. HD. E.131, K.2741. T. 05.04.1993 "Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak amacıyla istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun

kapsamaktadır⁴⁶. Teşhis ve tedavi sözleşmesi vekalet sözleşmesi niteliğinde olup⁴⁷ TBK. m. 502 gereği vekalet sözleşmesinin en belirgin özelliği olan sonuç odaklı olmaması bu sözleşme türü bakımından da geçerlidir⁴⁸. Dolayısıyla hekimin özen yükümlülüğü bulunmakla birlikte⁴⁹ tüm tıbbi

düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür ” (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 15.09.2023). Y. 15 HD. E. 2018/415 K. 2018/2123 T.23.05.2018 “Davacının talebi ile davalı tarafından yapılan operasyon davacının göğüslerine güzel bir görünüm kazandırılması işlemi olup estetik bir işlem olduğu ve sonuç olarak tedavi değil güzelleşme amaçlandığından tarafların arasındaki ilişki hizmet ilişkisi değil 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir. Eser sözleşmesinin varlığı halinde uyumsuzluğun da eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Eser sözleşmelerinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli farklı sonuç sorumluluğu, yani tarafların anlaşmaları doğrultusunda yüklenicinin bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmesidir. Sonucu taahhüt eden yüklenici Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesi uyarınca iş sahibinin yararını gözeterek özen görevini sadakatle yerine getirmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışları esas alınacaktır. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma, zararına olacak şeyleri yapmama anlamını da ifade eder” (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 15.09.2023).

Atilla Arıncı ve Sevgi Usta, “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi,” *TJOPS* 25, S.2 (2017) 89; Özdemir, *Sağlık Hukuku*, 80.

⁴⁶ Aşçıoğlu, 21; Arslan, 407- 409; Özcan ve Özcanoğlu, 300.

⁴⁷ Yıldız Abik, “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, S.3 (2005): 249; Hayrunnisa Özdemir, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 80; Oral, 187; Cemal Öztürkler, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2006), 57; Alpaslan Akartepe, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği,” *Sağlık Hukuku Sempozyumu* (2007): 17; Gökcan, 1288-1293; Honsell, 22; Walter Loeffler, *Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung*. (Zürich: Diss 1945), 32.

⁴⁸ Akipek Öcal, *Red*, 112; Öztürkler, 58.

⁴⁹ Mustafa Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 333.

müdahaleleri yapmasına rağmen meydana gelen olumsuz sonuçlar hekimlik sözleşmesine aykırılık teşkil etmez⁵⁰.

Sözleşmenin konusunun insan sağlığı olmasından ötürü hekime asli yükümlülükleri kadar sır saklama yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü, hasta kayıt ve belgeleri saklama yükümlülüğü, özen ve dikkat yükümlülüğü, aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü, hesap verme yükümlülüğü gibi yan yükümlülükler de getirmektedir⁵¹. Yargıtay kararlarında⁵² “*Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (TBK 502-506 md.). Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. O nedenle, davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor tedavi nedeniyle yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Keza, en hafif kusurundan dahi hukuken sorumluluk altındadır.*” şeklinde hüküm kurarak hekimin yükümlülüklerinin tamamının vekalet sözleşmesinin bir uzantısı olduğu vurgulanmıştır⁵³.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesi olmakla birlikte aralarında farklılık da mevcuttur. Mesela TBK m. 505 gereği, vekil kural olarak vekâlet verenin talimatıyla bağlı olmasına karşın hekim hastanın talimatıyla bağlı değildir. Zira hekim mesleğinin gereği tıbbi standartlara uygun şekilde, mesleki bilgi ve deneyiminin kazandırdığı beceri ile hareket ederek hastanın da rızası kapsamında uygun tedaviyi uygular.

ii. Hekimin Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluğuna Başvurulabilmesi İçin Gereken Koşullar

Hekimin sözleşmeden kaynaklı sorumluluğuna başvurulabilmesi için öncelikle geçerli bir hekimlik sözleşmesi kurulmalıdır. Hekimin ihmali veya icrai bir davranışı ile sözleşmenin ihlal edilerek hastanın zarara uğratılması söz konusudur. Hekim hastayı teşhis ve tıbbi müdahale konusunda

⁵⁰ Kıcalıoğlu, 333.

⁵¹ Mehmet Akif Tutumlu, *Tüketici Yargılaması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 138; Şenocak, *Tıbbi*, 630; Arslan, 404; Şatır, 28.

⁵² Y. 13.HD E.11159 K.17474, 28.11.2005; Y.3.HD E.2020/6562 K. 2021/9301, 30.09.2021 (sinerjimev zuat.com.tr) (e.t.: 15.09.2023).

⁵³ Akartepe, 17; Arslan, 409-411; Aşçıoğlu, 21.

aydınlatmalı ve hastanın rızasını alması gerekir⁵⁴. Rızanın hastanın yasal veya iradi temsilcisi tarafından verilecek olması durumunda bu kişilerin de aydınlatılması gerekmektedir⁵⁵. Tedavi aşamasında hekim bütün dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Tıp biliminin gereklerine uygun bir tedavi yöntemi seçmeli, tıbbi standartların altında yöntemler kullanmamalıdır. Aksi taktirde sorumluluğu gündeme gelmektedir⁵⁶. Zira kusurlu davranışı ile hastada meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunan hekimin sorumluluğu doğmaktadır.

3. HEKİMLERE KARŞI AÇILABİLECEK TAZMİNAT DAVALARI

Kamu hastanelerinde çalışan hekimlere karşı doğrudan dava hakkı bulunmamakla beraber hasta uğramış olduğu zararların tazmini amacıyla idareye karşı idare mahkemesinde tam yargı davası açabilmektedir. İdare, eğer hekimin kusuru var ise karşılamış olduğu zararları kendisine rücu etme hakkına sahiptir. Bağımsız çalışan hekimlere karşı, özel hastane ve özel hastanede çalışan hekimlere karşı açılacak davalarda sorumluluğun sözleşme ilişkisine dayalı olması ve sözleşme dışı ilişki olması sebepleri ile iki ayrı görevli mahkeme bulunmaktadır⁵⁷.

a. Sorumluluğun Sözleşme İlişkisine Dayanması Halinde Görevli Mahkeme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda; “*dava konusunun değer veya miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir*” hükmü gereği hatalı tıbbi müdahaleler sonucu hekimlere yöneltilen davalarda genel yetkili mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleriydi⁵⁸. 28/05/2014 tarihinde

⁵⁴ Deryck Beyleveld ve Roger Brownsword, *Consent in the Law*, (Oxford: Cambridge University Press, 2007): 176; Oral, 195; Schmidt-Recla and Noack, 76.

⁵⁵ Andrea Büchler ve Thomas Gächter, *Medical Law in Switzerland*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2011): 100.

⁵⁶ Şenocak, *Tıbbi*, 630.

⁵⁷ Hakeri, 1057 vd.

⁵⁸ Y. 13.HD. E. 2015/4585 K. 2015/9819 T.26.03.2015 “*Somut olayda, müteveffa ile davalı doktor arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyumsuzluğa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak, uyumsuzluğun da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı*

yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte "Tanımlar" başlıklı m. 3/1-(1) gereği hekimin hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat davalarında tüketici mahkemelerinin görevli mahkeme olduğu kabul edilmektedir⁵⁹. Hastanın tüketici sıfatını haiz olup olmadığı yahut; hasta – hekim ilişkisinin tüketici işlemi olarak değerlendirilip değerlendirilmediği TKHK m. 3 "Tanımlar" hükmüne göre tespit edilmektedir. TKHK. m. 3/I fıkrasında "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem.." şeklinde tanımlanmaktadır. Böylece hekim veya özel hastane ile hasta arasında kurulmuş olan vekalet⁶⁰

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1 maddesinde tüketici işlemi, Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, olarak tanımlanmıştır. Buna göre vekalet sözleşmesinden kaynaklanan davalara bakma görevi tüketici mahkemesine ait ise de; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un geçici 1/1.maddesine göre; Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder." (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 14.09.2023).

⁵⁹ Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 193; Ahmet Nezih Kök, "Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır Mı?," *Uyuşmazlık Mahkemeleri Dergisi* (2015): 611.

⁶⁰ Y.3.HD. E.2020/7380 K.2021/808 T. 03.02.2021 "...Somut olayda, davacılar ile davalı doktor ve özel hastane arasındaki ilişki vekalet akdi niteliğindedir ve Dairemizin öteden beri değişmeyen uygulaması da bu yöndedir. Vekalet akdi ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Yasa kapsamına alınmış olup, 28.05.2014 tarihinden sonra açılan davalarda, Tüketici Mahkemeleri görevlidir. Nitekim bu husus 6502 sayılı yasanın geçici 1. maddesiyle çözüme bağlanmış durumdadır. Görev kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görev konusunda kazanılmış hak olmaz. O halde mahkemece, müstakil Tüketici Mahkemesi var ise davaya bakmakla Tüketici Mahkemeleri görevli olduğundan görevsizlik kararı verilmesi, müstakil Tüketici Mahkemesi yok ise ara kararı ile uyuşmazlığa Tüketici Mahkemesi sıfatı ile bakılmasına karar verilmek suretiyle uyuşmazlığın çözülmesi gerekirken, yazılı şekilde davaya Asliye Hukuk Mahkemesi olarak bakılmış olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 17.09.2023).

ve eser⁶¹ sözleşmeleri kapsamında meydana gelen zararların tazmininin tüketici mahkemelerinde görüleceği anlaşılmaktadır⁶².

Aynı Kanuna göre tüketici; “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır⁶³. Kanun’un uygulanma alanının geniş olmasından ötürü hem gerçek hem de tüzel kişilerin tüketici kapsamına dahil edilmeleri amacıyla bu şekilde tanımlanmıştır. Ancak bir hastalık sebebi ile tıbbi müdahalede bulunulması gerçek kişiler bakımından mümkün olup tüzel kişilerin hastalığından söz edilemeyeceğinden TKHK. m. 3/k hükmü kapsamında gerçek kişiler tüketici sıfatını haizdir. Hasta olan ve tıbbi müdahale sebebi ile zarara uğrayan gerçek kişi tüketici işleminin tüketici tarafında yer alır. Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m. 4’te “*sağlık imkânlarından yararlanma ihtiyacı bulunan kimse*” hasta olarak tanımlanmaktadır. Nitekim hasta denildiğinde sadece sağlığı bozulmuş kimse anlaşılmamalıdır. Zira sağlıklı kişilerinde hastalık dışında

⁶¹ Y.6 HD. E.2022/842 K.2023/899, 07.03.2023 “*Taraflar arasında 6098 sayılı TBK’nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisi bulunduğu ihtilaf konusu değildir. Sözleşme ile davacıya estetik müdahalelerde bulunulması kararlaştırılmıştır. Davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin niteliği itibariyle hekim ile hasta arasında tedaviye ilişkin sözleşmeden farklı olduğu ve eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Eser sözleşmesini düzenleyen TBK’nın 470. maddesi uyarınca yüklenicinin edimi bir eser meydana getirmeyi; iş sahibinin edimi ise, karşılığında bedel ödemeyi üstlenmesidir. İlk Derece Mahkemesi sıfatı ile Samsun 1. Tüketici Mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiştir. mahkemece yapılacak iş; dosyanın üniversitelerin plastik ve rekonstrüktif cerrahi ve kulak burun boğaz rinoplasti uzmanı öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kuruluna tevdi edilerek...*” (sinerjimevzuat.com.tr).

⁶² Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, Muhammet Özekes ve Mine Akkan, *Medeni Usul Hukuku, Cilt.I*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 186.

⁶³ Şebnem Akipek Öcal, “Hasta Tüketici Midir?,” içinde *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 349-359, 350; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanma Alanı),” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2001): 56 (Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri); İhsan Erdoğan, “Saticının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu,” *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi* 2 (1996): 14; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım),” *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan* (2000): 663; Alexander Brunner, “Der Konsumentenvertrag im Schweizerischen Recht,” *AJP* (1992): 594.

birçok sebep ile sağlık imkanlarından faydalanma isteği olduğu görülmektedir. Sadece güzellik amacı ile gerçekleştirilen estetik operasyonlar ve de sünnet işlemleri bunun en güzel örnekleridir⁶⁴.

TKHK. m. 3/1-(1)'da sağlayıcı “*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*”⁶⁵ olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre özel hastaneler, sağlık merkezleri ve özel muayenehanesinde sağlık hizmeti sunan hekimler sağlayıcı olarak kabul edilmektedir. Burada önemli olan husus ilgili kişi veya kuruluşların kazanç elde etme amacının olmasıdır. Bu sebeple ticari nitelikte olmayan kamu hastaneleri tüketici işleminin diğer tarafı olan sağlayıcı kapsamında değildir⁶⁶.

Tüketici sözleşmelerinin amacı ivaz karşılığı mal temini veya hizmetin sağlanmasıdır⁶⁷. Hasta da ücret karşılığı bir tıbbi müdahaleden faydalanmak istediğinde, sağlayıcı olan hekim veya özel hastanelerle arasında tüketici sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Ücret alınmadığı durumlarda tüketici sözleşmesinden söz edilmeyeceği gibi uyumsuzluğun Tüketici Mahkemelerinde çözülmesi de mümkün olmayacaktır. Hekimin salt estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, diş ve kol/bacak protezleri, vücuttaki dövmenin lazerle silinmesi gibi sonuç taahhüt ettiği eser sözleşmesi de; hastanın tedavisinin üstlenildiği vekalet sözleşmesi şeklindeki sözleşmeler de ivazlı olduğu takdirde tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Eğer tıbbi müdahale hem tedavi hem de estetik amaçla yapılıyorsa, hangisinin daha baskın olduğu tespit edilerek o sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin hükümler uygulanır.

⁶⁴ Hasan Petek, “Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (2013): 977; Yardım, 143.

⁶⁵ Murat Aydoğdu, “4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal veya Hizmetlerde Tüketicinin Korunması,” *İzmir Barosu Dergisi* 4 (1997): 51; Gül Doğan, “Saticının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2008): 187.

⁶⁶ Gökcan, 1519; Yardım, 156; Uğur Bulut, “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi,” *Ankara Barosu Dergisi* 2 (2012): 327.

⁶⁷ Marlis Koller-Tumler, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht : zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes* (Bern: Stämpfli, 1995), 46; Helmut ve Leander, 244; Schmelzer, 218.

⁶⁸ BGE 132 III 268.

Sözleşme taraflarından birinin tüketici; diğerinin ise mesleki faaliyeti gereği hizmet sunan kişi olması gerekmektedir. Gerçekten de bakıldığında hasta tüketici taraf olmakta hekim veya özel hastane de hizmet veren karşı taraf olmaktadır. Tüketicinin, ticari olmayan amaçlar ile hizmetten faydalanma şartı da hizmetin konusunun sağlık olması sebebi ile gerçekleşmektedir⁶⁹.

i. Tüketici Mahkemelerine Başvuru Adına Getirilen Para Sınırlaması

Tüketici Mahkemelerine başvuru yapılabilmesi için uyuşmazlık konusunun belirli bir para sınırının üzerinde olması gerekmektedir⁷⁰. Bu parasal sınır; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, o yıl için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. 20.12.2023 tarihli Resmi Gazetede⁷¹ yayınlanan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6. maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ'in 3. Maddesine göre "2024 yılı için yapılacak başvurularda değeri 104.000 (yüzdört bin) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, İl veya İlçe Tüketici Hakem Heyetleri görevlidir". 104.000 Türk Lirası altındaki uyuşmazlıklar için dava yoluna gidilmeksizin tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. Tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu tüketici mahkemelerinin iş yükünü hafifletmek ve uyuşmazlıkları daha hızlı çözüme kavuşturmak amacıyla getirilmiştir⁷². Zira bu sınır altında kalan uyuşmazlıklarla ilgili doğrudan tüketici mahkemelerinde dava açılmayacaktır. Ayrıca TKHK m. 73/A-1/a düzenlemesi uyarınca da tüketici hakem heyeti kapsamındaki uyuşmazlıklar hakkında dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak taraflar isterse ihtiyari arabuluculuk çözüm yoluna başvurabilirler.

⁶⁹ Yardım, 150; Petek, 983-984.

⁷⁰ Rüştü Germeyan, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri," *İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayı* 88 (2014): 136; Ömer Ulukapı, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan)* 5, S.1-2 (1996), 88.

⁷¹ RG, 20.12.2023, S. 32045.

⁷² Sevda Tuğçe Turan, "Tüketici Hakem Heyetleri," *İstanbul Barosu Dergisi* 93, S.1 (2019): 227.

ii. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Müessesesinin Uygulanması

Arabuluculuk, taraflar arasında uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması amacıyla, arabulucu adı verilen tarafsız üçüncü bir kişinin, tarafları bir araya getirerek uyuşmazlık üzerinde müzakerede bulunmalarını sağlayan, gönüllülük esasına dayalı alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁷³.

Özel hukuk alanında mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla bazı uyuşmazlık konularında arabulucu alternatif çözüm yoluna başvuru kanunlarca zorunlu tutulmuştur. Dava şartı olarak arabuluculuk kurumu 28/07/2020 tarih ve 31199 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 6502 sayılı TKHK’a eklenen 73/A maddesi ile tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu hale getirilmiştir⁷⁴.

Arabuluculuk müessesinin dava şartı olarak getirilmesi ile uyuşmazlığın yargı aşamasına taşınmadan hızlı ve pratik bir şekilde çözümlenmesi amaçlanmıştır. Arabuluculukta yargı aşamasında olduğu gibi kesin kurallar bulunmamaktadır. Arabuluculuk müessesesi iki tarafa da anlaşılabilir olabilecekleri bir zemin hazırlamaktadır. Yine yargı yöntemine göre daha az maliyetli olması da yeni sorunların ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Arabuluculuk müessesesinde gizlilik ilkesi esastır ve böylelikle taraflar kendilerini daha rahat ve güvende hissedebilmektedir⁷⁵.

iii. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ un Uygulanma Şartları

Özel hastanenin veya hekimin hatalı tıbbi müdahalesinden ötürü zarara uğrayan hastanın tazminat talebini Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında talep edebilmesi için kanunun ifadesi ile ayıplı bir hizmetin mevcut olması gerekmektedir. Sağlayıcı olan hekimin ayıplı hizmetten dolayı

⁷³ Süha Tanrıver, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış,” *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2006): 821; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 16.

⁷⁴ Banu Bilge Sarıhan, “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulanması,” *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S.2 (2021): 423.

⁷⁵ Ferhat Yıldırım, “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk,” *International Journal of Social Sciences and Education Research* 2, S.3 (2016):750.

sorumlu olmayacağına yönelik şartların kabulü mümkün değildir. TSHŞHY m. 5/IV’te “Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddî zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar” haksız şart olarak ifade edilmiştir⁷⁶. TBK m. 115’e göre borçlunun ağır kusurundan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz kabul edilmektedir. Hasta hekim arasında akdedilen vekalet sözleşmesine aykırı şekilde hatalı tıbbi müdahalede bulunulması sonucu zarar doğması veya eser sözleşmesinde kararlaştırılan sonucun gerçekleşmemesi tüketici sıfatını haiz hasta bakımından ayıplı hizmet olarak kabul edilmektedir⁷⁷.

iv. Tüketici Konumundaki Hastanın Sahip Olduğu Haklar (Seçimlik Haklar ve Tazminat İsteme Hakkı)

Tüketici sıfatını haiz hasta, TKHK. m. 13’e göre ayıplı hizmet sonucunda birtakım seçimlik haklara ve tazminat talep hakkına sahiptir. Hekim, hastayı tedavi ederken ilaç veya ameliyat şeklinde bir tedavi uyguladığında, mesleki bilgi veya beceri kusuru ya da özensizlik nedeniyle hastanın muhtemel iyileşmesinin olmaması, eksik olması veya hastanın sağlığına zarar vermesi gibi sonuçlarla karşı karşıya kalınması tüketici hukuku yönünden ayıplı hizmet olarak değerlendirilir. Başka bir deyişle hekimin malpraktis eylemi sözleşme hukuku bakımından borca aykırılık ve tüketici hukuku yönünden ayıplı hizmet olarak nitelendirilir. Hasta bu haklardan durumuna uygun olanı seçebilir. Zarar meydana gelmişse ayrıca tazminat talebinde bulunabilir. Zira tazminat talebi seçimlik bir hak olmayıp; ayrıca talep edilebileceği gibi hasta sadece tazminat talebinde de bulunabilir.

aa. Seçimlik Haklar

Ayıplı hizmetin varlığı halinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar TKHK. m. 15’te düzenlenmiştir. Tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıdan talep edebilir. Kanunda yer alan bu seçimlik haklar sağlık hizmetinin konusu

⁷⁶ Zeynep Özcan ve Ali Türk, “Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28 S.3 (2020): 1468 vd.

⁷⁷ Petek, 984-990.

itibariyle uygun olduğu ölçüde uygulanabilir. Böylelikle sağlık hukuku boyutuyla hastanın talep edebileceği seçimlik haklar; sözleşmeden dönme hakkı, hizmetin yeniden görülmesi hakkı, ayıp oranında bedelden indirim hakkıdır.

Sözleşmeden dönme hakkı diğer haklara oranla daha ağır şartlar içermektedir. Bu hakkın seçiminde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalmakta ve taraflar aldıklarını iade ile yükümlü olmaktadır. Eğer ayıbın daha uygun şekilde giderilmesi mümkün ise hasta sözleşmeden dönme hakkını kullanmamaktadır.

Nitekim hasta diğer bir seçimlik hak olarak eksik veya hatalı yapılmış olan hizmetin yeniden doğru bir şekilde görülmesini talep edebilir. Mesela burun estetiği ameliyatı hekim ile hastanın öncesinde kararlaştırdıkları şekilde sonuçlanmamışsa hasta revizyon ameliyatı talep etme hakkına sahiptir. Yine hekimin kusuru sebebiyle ameliyat esnasında oluşan kesik izlerinin giderilmesi için başka bir operasyon yapılması talebi hizmetin yeniden görülmesi hakkının kullanımınıdır. Bedelden indirim talep etme hakkında ise hasta ayıpsız hizmet ile ayıplı hizmet arasındaki bedel farkını talep edebilmektedir⁷⁸.

bb. Tazminat Hakkı

Hastanın seçimlik haklarını kullanılması için özel hastane veya hekimin tıbbi müdahalede kusurlu olup olmadığına bakılmazken; tazminat talebinde hekimin veya özel hastanenin mutlaka kusuru ile hareket etmiş olması ve bu sebeple hastanın zarara uğraması gerekir⁷⁹. Tazminat talebi doğrudan hasta tarafından talep edilebileceği gibi hastanın vefat etmesi durumunda mirasçıları tarafından da talep edilebilir. Ayrıca ayıplı olduğu bilindiği halde edinilen hizmet sonucu seçimlik hakların kullanımı mümkün olmasa da zarar meydana geldi ise tazminat isteme hakkı saklı kalmaktadır⁸⁰. Tazminat haklarının açılacak maddi ve manevi tazminat davaları ile temini mümkün olmaktadır.

⁷⁸ Özdemir, *Sağlık Hukuku*, 80; Petek, 996-999.

⁷⁹ Nihal Yıldız, "Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat," *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri*, (2018): 118; Deryal, 387.

⁸⁰ Ünal, Mehmet. "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35, S.1 (1978): 401; Petek, 1000-1002.

Tüketici konumundaki hasta seçimlik haklarını kullanırken tazminat talebinde de bulunabilir⁸¹. Yargıtay bir kararında⁸² operasyon sonucunda hastada meydana gelen değişimin hekim ile kararlaştırdıkları şekilde olmadığını; davalı hekimin edimini sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirmediğini bu sebeple hem ödediği bedelin iadesini hem de hastaya manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Aaa. Maddi Tazminat Talebi

Maddi tazminat, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmaların giderilmesi için meydana gelen, zarardan sorumlu kişinin yerine getirmesi gereken edadır. TBK m. 49'da "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" düzenlemesi gereği hastanın malvarlığının zarara sebebiyet veren tıbbi müdahaleden önceki ve sonraki durumu arasındaki fark maddi zararı oluşturur⁸³.

Maddi tazminat davası; sağlık hukuku bakımından hatalı tıbbi müdahale sonucu ölüm veya bedensel zararların gerçekleşmesi durumlarında başvuru yasal yoldur⁸⁴. TBK m. 54'te bedensel zararlar "*tedavi giderleri, kazanç*

⁸¹ Gökcan, 1518 vd.

⁸² Y.15.HD. E.2018/182 K.2019/930 T. 04.03.2019 "*Mahkemece alınan ... Raporunda, davacının sol göğüs üst medialde ele gelen ağırlı kitlesinin olduğu, sağ göğüs alt bölgede ele gelen ağırlı sert kitle, her iki göğüs altında 3'er cm'lik ameliyat skarları bulunduğu, sol göğüs daha büyük görünümde, sağ göğüs sola göre daha sarkık görünümde olduğunun izlendiği belirtilmiştir. Somut olay değerlendirildiğinde, davacıya yapılan estetik müdahalenin sonucu itibarıyla davacı iş sahibi yararına sonuç vermediği, memede başlangıçta amaçlandığı şekilde estetik açıdan daha düzgün ve dik durma olgusunun gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı hekimin edimini sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirmediğinden ödenen bedel olan 5.178,00 TL'nin iadesi ile uygun görülecek oranda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur*" (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 18.07.2023)

⁸³ Ayşe Betül Özcanoğlu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 103-104; Hatırmaz Erol, 407.

⁸⁴ Y. 17. HD. E.2015/1134 K. 2015/5600 T. 09.04.2015 "*...Bu durumda mahkemece davacıların tedaviye gittikleri tarihlerde oturdukları ikamet adresleri ile hastanelerin mesafesi, o tarihlerdeki ticari taksi ücretleri vs. göz önünde bulundurularak TBK. m. 50 hükmü gereğince makul bir ulaşım giderine hükmedilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.*" Y. 3.HD. E. 2014/6966 E. K.2014/11870 T. 16.09. 2014 "*...Adli Tıp Kurumu raporunda da belirtildiği üzere davalı doktorun kusurlu ve yapılan operasyonun da yine raporda belirtildiği üzere*

kayıbı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar”⁸⁵ şeklinde sıralanmıştır. Hasta hatalı tıbbi müdahale sonucu; muayenesini, yapılan tahlilleri, hastalığın teşhisi amacıyla yapılan giderleri, ambulans veya diğer taşıma giderlerini, ameliyat masraflarını, hastane, ilaç, fizik tedavi ve sair giderlerini, hasta evde tedavi görmüş ise hastabakıcı veya hemşireye yaptığı ödemeleri de kapsayan tedavi giderlerini; bu süreçte hastanın çalışmamasından kaynaklanan zararları, geçici nitelikte çalışma gücünün kaybı halinde zarar gören hastanın iyileşme anına kadarki çalışmaması sebebiyle ortaya çıkan kazanç kaybını, çalışma gücü kalıcı olarak azalmış veya kaybedilmiş ise geleceğe yönelik hesaplanacak kazanç kaybını, eğer yaşam boyu başkasının bakımına muhtaç olacak şekilde ağır bir kayıp varsa, yaşam boyu bakım giderlerini tazminat kapsamında talep edilebilmektedir⁸⁶.

Tıbbi müdahalenin ölümle sonuçlanması halinde uğranılan zararlar; TBK m. 53’te cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar şeklinde düzenlenmiştir. Ölüm halinde destekten yoksun kalanlar destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkına sahiptirler. Cenaze giderleri ise; ölünün yıkanması, kefenlenmesi, mezarlık yaptırılması, ilan gibi defin masraflarından oluşmaktadır⁸⁷.

Hakkın temelini tüketici sözleşmesine dayalı olması ve işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesinden ötürü bedensel zararların tazmininde de ölüm sebebiyle yakınların talep edeceği tazminatlarda da uyuşmazlıklar Tüketici Mahkemesinde görülüp karara bağlanmaktadır.

ayıplı olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığından, yapılan işe, işin ayıplı olmasına, davalının kusuruna ve yapılan ödemelere göre değerlendirilip, davacının ameliyat ücreti olarak ödediği bedelin iadesine ilişkin olarak tespit yapıp hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın operasyon bedeli olarak ödediği bedele ilişkin alacak talebinin tümünden reddi cihetine gidilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (e.t.: 17.07.2023)

⁸⁵ Yıldız, 120.

⁸⁶ Halide Savaş, “Yargı Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu,” *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı* 1-3 Kasım 2007, (2008): 189; Görkey, 104-105.

⁸⁷ Görkey, 106-107.

bbb. Manevi Tazminat Talebi

Uygulanan tıbbi müdahale sonucu hastada veya yakınlarında meydana gelen manevi zararların karşılığının manevi tazminat davası yolu ile karşılanması mümkündür. Manevi tazminat TBK m. 56'da "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Yine TBK m.58 "*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*" düzenlemesine yer verilmektedir. Manevi tazminatın esas amacı hasta kişinin veya yakınlarının ruhsal acısını en aza indirmektir. Manevi tazminat, ceza amacıyla veya manevi zararın tam karşılığı olduğu için değil, zarara uğrayanda bir nebze de olsa huzur ve tatmin duygusu oluşturmak amacıyla verilir. Hakim her olayı kendi içinde değerlendirerek hakkaniyete uygun miktarda manevi tazminata hükmeder.

Manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılıp açılmayacağı hususunda; Alman hukuk öğretisinde bu davanın kural olarak kısmi dava şeklinde açılmayacağı yönündedir⁸⁸. Türk Hukukunda genel görüş manevi zararın bölünmezliği ilkesi gereği manevi tazminat davaların kural olarak kısmi davaya konu olamayacağıdır⁸⁹. Ancak art arda birden fazla ameliyat yapılması gibi zararın gelişiminin hüküm aşamasında dahi belirlenemediği durumlarda manevi tazminat davasının kısmi dava şeklinde açılabilmesi mümkündür. Yargıtayın⁹⁰ da belirttiği üzere TMK m.4 gereği hükmedilecek

⁸⁸ Angela Diederichsen, "Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung," *VersR* (2005):438.

⁸⁹ Büşra Kazmaz Tepe, "Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davalarının Dava Türleri Bakımından İncelenmesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S. 2, (2020):1149.

⁹⁰ Y.15.HD. E.2017/1532 K.2018/2987 T.10.07.2018 "*Davalı doktor ve şirketin ihmal ve kusurunun ağırlığı, hatalı tedavi nedeniyle davacının kalıcı cismani zarar görmüş olması yönünden, mahkemenin zararın varlığına ve kusura ilişkin kabulü yerinde olmakla birlikte, bu zararın niteliğine ve giderilmesi için ilaveten yapılacak tedavilerde de çekmek zorunda kalacağı acı ve ızdırabın boyutu, implant işlemi için geçecek süreçlerde eksik dış nedeniyle yaşayacağı olumsuz psikolojik etkiler birlikte değerlendirildiğinde; hükmedilen tazminat miktarı az olduğundan TMK'nun 4. maddesi dikkate alınarak uygun ölçüde bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Açıklanan*

manevi tazminat miktarına hakime tanınan takdir yetkisi kapsamında durumun gerekleri ya da haklı sebepler göz önünde tutularak hukuka ve hakkaniyete göre karar verilir.

v. Zamanaşımı

TKHK. m. 16 “(I) Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. (II) Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.” hükmü gereği hastanın, tıbbi müdahalenin bulunduğu tarihten itibaren iki yıl içerisinde seçimlik haklarını kullanması ve zararlarının tazminini istemesi gerekmektedir. Hekimin ağır kusur ve hile ile hatalı müdahaleyi ve sonucunda doğan zararı gizlemiş olması durumunda TKHK’da belirtilen zamanaşımı süreleri söz konusu olmamaktadır. TKHK. m. 83/I gereği TBK m. 146 “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.” hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması mümkündür.

TKHK m. 16’da kanunlarda daha uzun süreler belirtilmediği hallerde iki yıllık sürenin uygulanacağı ifade edilmiştir. Sağlık hukuku kaynaklı uyumsuzluklar bakımından haksız fiile dayanılması hâlinde tazminat alacağına dair zamanaşımı süresi zarar görenin zararı öğrendiği tarihten başlayarak iki yıldır. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğini teşkil eden vekalet sözleşmesinden doğan alacaklar için ve estetik müdahalelere ilişkin eser sözleşmesi için TBK. m. 146 gereği zamanaşımı süresi ise, TBK m. 147’ye göre 5 yıllık zamanaşımına tabidir⁹¹. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’unun temel amacı tüketici işleminin zayıf konumunda olan tüketiciyi korumak ve en kısa sürede zararının giderilerek hukuki statüsünün ve taleplerinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla tüketici sıfatını haiz olan hastanın daha lehine olan sürelerin kabulü Kanun’un ruhuyla bağdaşmaktadır⁹².

Zamanaşımı hususu talepler bakımından önem arz eder. Zira taraflar dava aşamasında zamanaşımı def’inde bulunarak taleplerin ifasından kaçınılabirler.

nedenlerle mahkemece hükmolunan manevi tazminat makul olmayıp daha uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”
(<https://karararama.yargitay.gov.tr>)(e.t.: 17.07.2023).

⁹¹ Kıcalıoğlu, 474.

⁹² Petek, 1004-1012.

Ancak bir yargılama aşaması olmayan; alternatif uyuşmazlık çözüm yolu teşkil eden arabuluculuk müessesinde taraflar zamanlaşımına uğraması muhtemel taleplerde dahi iradilik ilkesi çerçevesinde anlaşılabilirler.

vi. Yetkili Mahkeme

TKHK. m. 73/V “Tüketici davaları tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir” denilmektedir. Söz konusu yetki kuralı kamu düzeniyle ilgili, mutlak nitelikte bir yetki kuralı değildir. Burada amaç tüketiciye kolaylık sağlamaktır. Tüketici isterse bu kurala göre kendi yerleşim yeri mahkemesinde, isterse de Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre yetkili mahkemelerden birinde dava açma imkanına sahiptir⁹³.

HMK m. 6 gereği tüketici, genel yetkili mahkeme olan davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir. Yani hasta hizmet aldığı özel hastanenin bulunduğu yer mahkemesinde veya özel muayenehane sahibi doktorun yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir. Birden fazla davalı var ise HMK m. 7/I’e göre davalılardan herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.

Eser veya vekalet sözleşmesinden kaynaklanan malpraktis sebebi ile tazminat davalarının aynı zamanda HMK m. 10 gereği sözleşmenin ifa edileceği yer tüketici mahkemesinde de açılma imkânı bulunmaktadır⁹⁴. Nitekim Yargıtay kararında⁹⁵ da taraflarından birinin tüketici sıfatını

⁹³ Hatırmaz Erol, 441; Petek, 1013-1014.

⁹⁴ Can Tüzün, *Tüketici Mahkemeleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: 2018), 58.

⁹⁵ Y. 20HD. E. 2018/641, K.2018/1426, 26.02.2018 “Dava, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. İstanbul 23. Asliye Hukuk Mahkemesince, uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklandığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. İstanbul 1. Tüketici Mahkemesi ise davalının kanunda açıklandığı şekilde tüketici işlerinde satıcı, sağlayıcı, aracı, üretici konumunda olmadığı, hiçbir ticaret sicilinde kaydı olmayan, emlakçılık veya simsarlık gibi bir mesleki faaliyeti olmayan bir kişi olduğu, akrabalar arasında mirasın kalan malların intikali konusunda yetkilendirilen bir şahıs olduğu anlaşıldığından uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklanmadığı, genel hükümlere göre çözülmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Somut olayda, davacı ile davalı arasında taşınmaz satışına ilişkin vekalet sözleşmesi bulunduğu, ancak davalının vekalet görevini kötüye kullanarak satış parasını davacıya ödemediği anlaşılmaktadır. 28/05/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında öncelikle görev

taşımadığı vekalet sözleşmeleri bakımından görevli mahkemenin genel mahkemeler olacağı belirtilirken, diğer bir kararda⁹⁶ avukat veya doktor ile

açısından inceleme yapılmıştır. 6502 sayılı Kanunun 2. maddesi her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaların bu kanun kapsamında olduğu belirlendikten sonra, 3. maddesi ile buna yönelik tanımlar yapılmış olup, 3. maddenin birinci bendinde açıkça tüketici işlemi tanımlanmış olup, buna göre "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık vb. sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemin" tüketici işlemi olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, uyumsuzluk tüketici işleminden kaynaklanmamakta, vekalet görevinin kötüye kullanılması ve sebepsiz zenginleşme söz konusu olduğundan genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görüleceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, uyumsuzluğun İstanbul 23. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." (sinerjimevzuat.com.tr).

⁹⁶ Y. 13.HD. E.2016/18107 K. 2018/3804, 29.03.2018 "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesine göre tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder. 6502 sayılı yasanın 73. maddesi, bu Kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Bir hukuki işlemin sadece 6502 Sayılı yasadaki düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyumsuzluğun tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Somut olayda, davacılar, davalı hastanede çalışan diğer davalı doktor tarafından yapılan muayene sonucu tedavi için kullanılan ilacın vücutta meydana getirdiği zararlar nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Davacı ile davalı arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi niteliğindedir ve dairemizin öteden beri değişmeyen uygulaması da bu yöndedir. Vekalet sözleşmesi ise 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı yasa kapsamına alınmış olup, 28.5.2014 tarihinden önce açılan davalarda, açıldığı tarihte görevli olan mahkemeler görevlidir. Nitekim bu husus 6502 sayılı yasanın geçici 1. maddesiyle çözüme bağlanmış durumdadır. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Mahkemece, davanın 6502 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra 14.4.2015 tarihinde açıldığı ve bu bağlamda uyumsuzluğun çözümünde görevli mahkemenin Tüketici Mahkemesi olduğu gözetilerek Tüketici Mahkemeleri'ne görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 06.07.2023)

kurulan vekalet sözleşmeleri bakımından ise müvekkil ya da hastanın tüketici sıfatını taşıdığı, dolayısı ile uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde çözümlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

b. Sorumluluğun Vekaletsiz İş Görme ve Haksız Fiile Dayanması Halinde Görevli Mahkeme

6502 sayılı TKHK kapsamına kanunun lafzından anlaşılacağı üzere vekalet, eser ve benzeri sözleşmeler girmektedir. Sağlayıcı olan hekim ve özel hastane ile tüketici konumundaki hasta arasında karşılıklı edimlerin yüklenmiş olduğu bir sözleşmenin mevcut olmadığı durumlarda tüketici ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Sözleşme ilişkisinin olmadığı örneğin vekaletsiz iş görme durumlarında veya hekimin sözleşme dışı haksız fiil sorumluluğunda HMK m. 2 “*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” hükmü gereği genel yetkili olan Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli mahkemelerdir. Bu gibi durumlarda kusur ile ortaya çıkmış olan maddi ve manevi zararların tazminini talep etmek mümkündür.

c. Sorumluluğun Vekaletsiz İş Görme ve Haksız Fiile Dayanması Halinde Yetkili Mahkeme

Hukuki ilişkinin haksız fiil kaynaklı olduğu durumlar için HMK m.16’da “*haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Burada davacıya çeşitli seçimlik haklar tanınmıştır. Sözleşme dışı kurulan hukuki ilişkilerde özel bir yetki kuralı bulunmadığından davacı HMK m. 6 genel yetki kuralı gereği davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde de davayı açma hakkına sahiptir.

IV. BAĞIMSIZ ÇALIŞAN HEKİM VE ÖZEL HASTANELERE KARŞI AÇILAN DAVALARIN TÜKETİCİ MAHKEMELERİNİN GÖREV ALANINA GİRMESİNE DAİR DEĞERLENDİRMELER

Hasta ile hekim ve özel hastane arasında tüketici-sağlayıcı ilişkisinin varlığına ilişkin olumlu ve olumsuz yönde çeşitli eleştiri ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu bölümde ilk olarak olumlu değerlendirmelere ardından olumsuz değerlendirmelere son olarak da kendi görüşümüze yer verilmiştir.

A. Olumlu Değerlendirmeler

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesine kadar bağımsız çalışan hekim, özel hastaneler ve hastalar arasındaki uyuşmazlıklarda görevli mahkeme Asliye hukuk mahkemesiydi. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren bağımsız çalışan hekim, özel hastane ve hasta arasındaki eser ve vekalet sözleşmesi tüketici hukukuna tabi kılınmış ve bu tarihten itibaren açılan davalara ilişkin uyuşmazlıklar Tüketici mahkemesinde görülmeye başlanmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki davaların Tüketici mahkemelerinde görülmesinin amacı, genel yetkili olan Asliye hukuk mahkemelerinin iş yükü azaltmak ve uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesine olanak sağlamaktır. Keza alternatif çözüm yöntemi olan arabuluculuğun da bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak uygulanması doğrudan dava açmanın önünü keserek mahkemelerin iş akışını olumlu etkilemektedir. Ayrıca arabuluculuk kurumunda geçerli olan gizlilik ilkesi gereği hasta mahremiyeti korunmakta, hekimin üzerine atılı iddiaların da mahkeme sürecinde alenileşmesine engel olunmakta ve özel hastanenin ticari itibarı da korunmaktadır.

2024 yılı itibari ile uyuşmazlık miktarının 104.000 TL⁹⁷'nin altında kalması durumunda kural olarak doğrudan tüketici mahkemesinde dava açılmayıp, öncelikle Tüketici hakem heyetine başvuru yapılması gerekmektedir. Tüketici mahkemelerine başvuru yapılabilmesi için gerekli olan para sınırlaması; dava yoluna başvurulmadan da uyuşmazlıkların çözümlenebilmesini sağlamakta, dava yığılmasının önüne geçilmesi amaçlanmakta, mahkemelerin iş yükünün azaltılarak uyuşmazlıkların hakem süreci ile daha hızlı ve kısa sürede çözülmesine yardımcı olmaktadır.

Mahkemeye başvurmadan önce parasal bir sınırın olması ve dava şartı olarak arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun getirilmesinin hasta ve sağlayıcılar açısından olumlu birtakım sonuçları vardır. Şöyle ki; tüketici konumundaki hastalar uğramış oldukları zararların tazminine hızlı ve erken bir şekilde kavuşabilmektedirler. Hekimler veya özel hastaneler ise bu iki şartın varlığı sayesinde dava sürecine girmeden karşılıklı taraf iradeleri ile uyuşmazlığı çözümlenmiş olmaktadır.

⁹⁷ RG, 20.12.2023, S. 32405.

TKHK m.73/II'de harçlara ilişkin yer alan düzenleme tüketici sıfatını haiz hasta bakımından da olumlu bir düzenlemedir. Zira ilgili hüküm gereği tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanun'unda düzenlenen harçlardan muaftır. Bu muafiyet tüketici konumundaki hastanın dava açma aşamasında işini kolaylaştırmakta, zaten maddi veya manevi mağduriyeti bulunan hastaya bir de dava açma aşamasında ekstra külfet yüklenmesinin önüne geçmektedir. Yine TKHK m. 73/IV gereği tüketici uyuşmazlıklarının hızlıca çözümlenebilmesi amacıyla Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar basit yargılama usulüne tabidir.

B. Olumsuz Değerlendirmeler

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereği tüketici mahkemelerinde açılacak davalarda tüketiciden harç alınmamasının olumlu yönü olmakla birlikte hasta hekim- hastane ilişkisinde uygulanması hekimler bakımından olumsuz süreçlere sebep olabilmektedir. Şöyle ki; en ufak kusurlarından dahi sorumlu tutulan hekimlere karşı kendisinden dava harcı alınmayan tüketicinin hemen hemen her durumda dava açabilme ihtimali olması hekimler üzerinde baskı oluşturmaktadır. Bu husus ülkemizde son yıllarda sıklıkla duyulan defansif tıp kavramıyla ifade edilmektedir. Defansif tıp "*hekimlerin cezai müeyyide doğuracak davalardan kaçınmak, yaptıkları veya yapmadıkları işlemlerden dolayı tazminatla karşılaşmamak, mesleki sorumluluk sigorta poliçe primlerini artırmamak, hastayı memnun etmek veya hasta tarafından herhangi bir şiddete maruz kalmamak gibi amaçlarla, hastanın teşhis ve tedavisi için gerekli olan tahlil ve tetkiklerin ötesine geçmesi veya malpraktis davasına konu olabilecek tıbbi işlemlerden kaçınması durumu*" olarak tanımlanabilir⁹⁸. Nitekim uygulamada doktorlarla yapılan nitel bir çalışmada⁹⁹, defansif tıp uygulamalarında en önemli sebebin tıbbi malpraktis davalarından kaçınmak olduğu görülmüştür. Katılımcıların büyük çoğunluğu tıbbi malpraktis davalarının, iş yaşamlarında üzerlerinde ciddi baskıya neden olduğunu, tanı ve tedavi sürecindeki işlemleri defalarca gözden geçirdiklerini belirtmişlerdir. Dava edilme korkusunun yanında şikâyet mercilerine yapılan ve haksız çıkan başvuruların hekimleri psikolojik olarak etkilediği; işine tam

⁹⁸ Fatma Mansur ve Ömer Ceylan, "Defansif Tıp ve Defansif Tıp Konusunda Yapılan Akademik Çalışmalar Üzerine Bir Derleme," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 23, S.3 (2021): 737.

⁹⁹ Mansur ve Ceylan, 730.

olarak konsantre olamadıkları, iş yükünün çok arttırdığı hekimler açısından olumsuz koşullardır. Çalışma sonucunda ulaşılan önemli bir başka bulgu ise, gündün güne yeterli tıbbi eğitim almamış hekimlerin sayısının arttığı ve bu hekimlerin hastalara daha defansif yaklaştığıdır. Ayrıca sağlık alanında görülen şiddet ve performans sisteminin de defansif tıp uygulamalarını tetiklediği belirtilmiştir¹⁰⁰. Bu durumun sonucu olarak da riskli alanları seçen doktor sayısı azalmakta ve tedaviye ihtiyaç duyulduğunda hastanelerde hekim istihdamı konusunda zorluklar yaşanmaktadır.

Mahkemelerin yoğunluğu bakımından ise, genel yetkili mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla vekalet ve eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Tüketici mahkemelerinin görev alanına dahil edilmesi bu kez de tüketici mahkemelerinin iş yükünü bir hayli arttırmıştır. Bu durum yargılamanın amaçlandığı gibi makul sürede çözülmesine engel teşkil etmektedir¹⁰¹. Nitekim hasta, hekim-özel hastane ilişkisinin kapsamı oldukça geniştir. Uyuşmazlık konusu insan sağlığıdır. Yaşam hakkı ve beraberinde sağlık hakkı anayasal temeli olan, ihlal edilmesinin kabul edilemeyeceği haklardandır. Tüketici mahkemesinde uyuşmazlıkların basit yargılama usulüyle çözümlenmesi; konusu insan sağlığı olan bir uyuşmazlığın çözümünde yetersiz kalmaktadır.

Bir diğer ve esasında en temel olan problem ise hekim hasta ilişkisinin gerçekten tüketici hukuku mantığı ile değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Bir görüşe göre¹⁰² tanı ve tedavi amacı taşıyan tıbbi müdahalelerin tüketici hukuku kapsamında çözümlenmesi mümkün değildir. Sağlık hizmetleri yüzyıllar öncesine dayanan, bizzat insan beden ve ruh sağlığını konu edinen, insanların dini inançlarını dahi kapsayan oldukça geniş bir alandır ve tüketici hukuku içerisinde kendisine karşılık bulması mümkün gözükmemektedir. TKHK m.3/h bendinde mal kavramı “*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 malları..*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımın tıbbi müdahalenin öznesini oluşturan insan bedenine ne şekilde uyarlanacağı oldukça tartışmalı bir husustur. Nitekim TKHK m. 3/d bendinde “*Bir ücret*

¹⁰⁰ Mansur ve Ceylan, 730.

¹⁰¹ Çiğdem Kırca, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı,” *Yargıtay Dergisi* 43, S.2 (2017): 292.

¹⁰² Kök, 613.

veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu ” olarak tanımlanan hizmet kavramı; tüketici işleminin kapsamının tespitine yönlendirmektedir. TKHK. m. 3/1 bendinde tanımlanan tüketici işlemi kavramı ise “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” olarak düzenlenmiştir. Bu görüşe göre sadece bu maddeler bile tıp hukuku, sağlık hukuku ile tüketici hukukunun bağdaşmadığının göstergesidir. Bir diğer husus da 6502 sayılı TKHK’a göre hazırlanan ve 27.11.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yürürlüğe girmiş olan Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği’nin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılmasıdır. Tıp ve ticaret konularının bir araya gelmesi tıp etiği ilkelerinden oldukça uzak bir durumdur¹⁰³.

C. Değerlendirmelerimiz

Hasta ile hekim ve özel hastane arasında tüketici-sağlayıcı ilişkisine dair olumlu ve olumsuz değerlendirmelerden bahsedilmiştir. İki değerlendirme sonucu ortaya çıkan hususlar bulunmaktadır. Sağlık hukukunda tedavi sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin temel gerekçe TKHK m. 3’te yer alan tüketici tanımına hastanın, sağlayan tanımına hekimin veya özel hastanelerin; tüketici işlemi tanımına da taraflar arasında akdedilen vekalet veya eser sözleşmesi niteliğindeki tedavi sözleşmesinin dahil edilmesidir. Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi kapsamında hasta tüketici olarak kabul edilebilir. Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanan sağlayıcı sıfatını özel hastane veya hekim haiz olabilir. Nitekim bu taraflar arasında bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu oluşturan hizmeti konu edinen eser ve vekâlet sözleşmeleri de tüketici işlemi olarak kabul edilebilir.

Söz konusu uyuşmazlıkların Asliye hukuk mahkemesinin görevi kapsamından alınmalarının bir sebebi olarak fazla iş yükü ve uzun süren

¹⁰³ Kök, 613-615.

yargılama gösterilmiş olsa da uygulamada malpraktis davalarının çözümlenmesi uzun sürmektedir. Bu sebeple tüketici mahkemelerinin görevli mahkeme olmasının süreci hızlandırdığından söz edilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Vekaletsiz iş görme, haksız fiil, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk ve de kamu hastaneleri kapsamında meydana gelen hatalı tıbbi müdahalelerin tüketici hukukuna dahil edilmemiş olması, tüketici işlemi tanımında sayılan sağlık hukuku alanında tüketici mahkemelerinin görev alanına dahil olan eser ve vekalet sözleşmelerinin ivazlı niteliği haiz olması; bir işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için sağlayıcı tarafın ticari bir amacı özgülmesi, işin ticari bir amaçla yapıldığının göstergesidir. İnsan sağlığını konu alan uyuşmazlıkların ticari mahiyette olması tıp biliminin ruhu ile bağdaşmayan bir niteliktedir. Nitekim TDN m. 8'e göre; tabiplik ve diş tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilemez. Yine HMEK m. 11 "*Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez.*" hükmü de bu görüşü desteklemektedir. İHBS m. 21 "*İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır.*" şeklindeki yasal düzenlemelerin kapsamından da anlaşılacağı üzere tıp biliminin ticaret ile bağdaştırılması uygun değildir.

Her ne kadar tüketici konumundaki hastaya; zarar meydana gelmese dahi kanun gereği seçimlik haklar tanınmasının olumlu bir sonuç olduğu ifade edilse de en azından tedavi sözleşmeleri niteliğinde olan vekalet sözleşmelerinin tüketici mahkemelerinin görev alanından çıkarılması sadece eser sözleşmelerinin tüketici hukuku kapsamında kalması kanımızca daha uygun bir tutum olacaktır. Şöyle ki, eser sözleşmesi vekalet sözleşmesinden farklı olarak bir eserin ortaya çıkmasının taahhüt edildiği, hekimin hastaya karşı sonuca ilişkin vaatlerde bulunduğu bir sözleşme türüdür. Mesela burun ameliyatından önce hasta ile hekim burnun nasıl olacağına dair görüşme süreci gerçekleşir. Hasta nasıl bir burun istediğini ifade eder; hekim de hastanın beklentisini karşılayacağını düşünüyor ise ameliyatı gerçekleştirir. Gerçekten de bakıldığında eser sözleşmesi kapsamında olan bir estetik ameliyat sonucunda ortaya çıkan eserin ayıplı olması durumu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen "*ayıplı hizmet*" kavramıyla uyum sağlamaktadır. Ameliyat sonucu burnun konuşulduğu gibi olmaması durumunda yani "*ayıplı*" olması durumunda hasta yeniden yapılmasını talep edebilir, ödediği bedelden indirim talep edebilir ve aynı zamanda da zararı var

ise maddi ve/veya manevi tazminini talep edebilir. Bu sebeplerle sağlık hukuku kapsamında eser sözleşmesinden kaynaklanan taleplerin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun düzenlemesi ile uyumlu olduğu söylenebilmektedir ki hasta bu taleplerini genel hükümler niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanarak da talep edebilir. Fakat hekimin herhangi bir sonuç taahhüdünde bulunmadığı vekalet sözleşmesi kapsamında beyin ameliyatı olan bir hastanın konuşmada tutukluluk yaşaması veya kalp kapakçığı ameliyatının yanlış kapakçığa yapılmış olmasının tüketici hukuku kapsamında “ayıplı hizmet” hükümleriyle değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde değildir.

Uyuşmazlıkların Tüketici mahkemesi veya Asliye hukuk mahkemesinde görülmesi yerine kanaatimizce en doğru çözüm ihtisas mahkemelerinin kurulması olacaktır. Nitekim bankacılık işlemleri, simsarlık, taşıma, sigorta işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar gibi birbiri ile bağlantısı olmayan pek çok alanda görevli mahkeme olarak yargılama yapan tüketici mahkemesinin insan sağlığını konu edinen sözleşme ilişkisinden doğan talepler bakımından görevli olmaması en doğrusudur. İhtisas mahkemeleri genel mahkemelerin dışında belirli türde, uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklara bakmak için kurulan yargı yeridir. Hekimlerin en küçük kusurlarından dahi sorumlu tutulduğu¹⁰⁴ göz önüne alındığında ticari mahiyette olan ve tüketici lehine uygulama yapan

¹⁰⁴ Y.3.HD. T. 24.10.2023 E. 2022/7969 K.2023/2853 “*Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı ... ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki ... gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir ... gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşları için de geçerlidir.*” (sinerjimevzuat.com.tr) (e.t.: 06.02.2024).

tüketici mahkemeleri veya genel yetkili olan Asliye hukuk Mahkemeleri yerine, sağlık hukuku alanında uzmanlaşmış hakimlerden oluşan Tıp İhtisas Mahkemelerinin kurulması insan sağlığına dair uyuşmazlıkların çözülmesinde daha hakkaniyetli sonuçların ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Böylelikle zararların tazmini ve diğer talepler daha hızlı, seri şekilde sonuçlanacaktır. Tıp İhtisas Mahkemelerinin kurulması gereği konusunda aynı görüşte olan *Kök*'e¹⁰⁵ göre de hekim-hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiği ve halihazırda vekalet sözleşmesi hükümlerinin sağlık personeli lehine olan bazı hükümlerinin uygulanmadığı yönünde önemli gerekçelerin ileri sürüldüğü bu süreçte hekim hasta arasındaki ilişkinin kendine özgü bir sözleşme olarak yeniden yapılandırılması ve uyuşmazlıkların çözümünün bu alanda ihtisaslaşan hakimlerin görev aldığı Tıp İhtisas Mahkemelerinde görülmesi en yerinde çözümdür.

Tüketici hukukunun uygulanmasına bakımından açıklanması gereken diğer bir husus; 2024 yılı itibarıyla 104.000 TL miktarın altındaki taleplerde Tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğudur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk kapsamında taraflar isterlerse ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurabilirler. Hasta ile hekim veya özel hastane arabulucunun da bulunduğu oturum toplantılarında kendi iradeleri ile uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışırlar. Eğer son tutanağı anlaşma ile imzalarlarsa anlaşmış oldukları hususları tekrar dava konusu yapamazlar. Sağlık hukuku bakımından bu kuralın istisnası hasta ile hekim veya özel hastanenin arabuluculuk sürecinde üzerinde anlaşmış oldukları maluliyet oranlarıdır. Maluliyet oranının sonradan artması hâlinde, yeniden başvuru yapabilmek için; yeni bir komplikasyonla maluliyetin artması ve artan maluliyetle arasında illiyet bağı olması gerekmektedir. Böylece kusur oranına ilişkin yapılan anlaşma sonrasında tekrar başvuru yapılamazken; maluliyet oranında sonradan artış yaşanması istisna teşkil eder. Zira kusur oranı değişmez¹⁰⁶. Hakem heyeti kararına karşı itiraz yolu ile tüketici mahkemesine dava açılabilir ki mahkemenin itiraz üzerine vermiş olduğu karar kesindir. 104.000TL üzeri miktarlar da tüketici mahkemesine dava açılabilirle birlikte dava şartı arabuluculuk hükümleri gereği öncelikle arabuluculuk çözüm yoluna

¹⁰⁵ Kök, 615.

¹⁰⁶ Selda Kutlay ve Şebnem Akipek Öcal, ed., *Sağlık Hukukunda Uzman Arabuluculuk Kitabı* (Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020), 122.

başvurulur. Arabuluculuk aşamasında anlaşamazlarsa anlaşmama son tutanağını da mahkemeye sunarak dava açabilirler. Ancak tüketici sıfatı ile hastanın veya hekim/özel hastanenin davacı sıfatı ile açacağı itirazın iptali davaları yargılamaya muhtaç olması sebebi ile miktara bakılmaksızın ve Tüketici hakem heyetine başvurulmaksızın Tüketici mahkemesinin görev alanındadır.

Arabuluculuk aşamasına ilişkin önemli olan diğer bir husus taraflardan birinin sigorta şirketi olmasıdır. Hekimler mesleğini icra ederken hastalarına verebilecekleri zararlara karşı mesleki sorumluluk sigortası yaptırarak tıbbi malpraktis sonucu ortaya çıkabilecek zararlara karşı maddi teminat sağlayabilirler. Hasta, tıbbi müdahale sonucu zararının tazmini için hekimle birlikte sigorta şirketine karşı da başvuru yapabilir. TKHK. m. 3/1 gereği sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici işlemidir. Ancak sigorta hukukundan kaynaklanan davalar aynı zamanda TTK. m.4 gereği mutlak ticari davadır. 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten dolayı TTK. m.4 ve 5 hükmünce ticari dava sayılan uyuşmazlıklar tüketici mahkemesi tarafından yargılaması yapıldığında tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı hükümlerine tabi olur ve arabulucu süreci tüketici hukuku uyuşmazlığına ilişkin usullere göre sürdürür. Mesela tüketici sıfatını haiz hastanın geçerli mazeret olmaksızın ilk toplantıya katılmaması ve arabuluculuk sürecinin anlaşmama ile sonuçlanması halinde sonrasında tüketici mahkemesinde dava açılırsa hasta aleyhine yargılama masraflarına hükmedilemez; hatta lehine vekalet ücretine hükmedilebilir. Nitekim hasta yargılama harcından muafır; keza arabuluculuk süreci anlaşma ile sonuçlanırsa karşı taraf arabuluculuk ücretinin yarısını öderken; tüketici sıfatını haiz hasta arabuluculuk ücreti ödemez. Onun ücreti 2 saatlik ücreti geçmeyecek şekilde Adalet Bakanlığı bütçesinden arabulucuya ödenir. Yine arabuluculuk süreci 3 hafta ve zorunlu hallerde 1 hafta daha uzatılabilmesi sebebiyle en fazla 4 haftalık (28 gün) süreçte tamamlanır. Böylece tüm süreç tüketici hukuku hükümlerine uygun şekilde yürütülür.

Arabuluculuk alternatif çözüm yolu hekimler, özel hastaneler ve sigorta şirketleri hatta hasta tarafından da tercih edilmektedir. Arabuluculuğa hâkim olan ilkelerden en önemlisi gizlilik ilkesidir. Arabulucu ve taraflar dışında sürece ilişkin kimsenin bilgi sahibi olması mümkün değildir. Zira anlaşmama sonucu dava açıldığında mahkemeye sunulan son tutanak hariç süreçteki tüm tutanaklar gizlidir. Böylece dava aşamasına geçmeden var ise, kusur oranı belirlenmeyen hekim, arabuluculuk yolu ile mesleki itibarını korumaktadır.

Keza özel hastane de adının ve itibarının dava konusu olmasına hasta ile anlaşarak engel olabilmektedir. Hasta bakımından ise ortaya çıkan zararını en kısa sürede giderebilmesi için hekim veya özel hastane ile anlaşabilmesi, tazminat konusunda uzlaşabilmeleri için önemli bir çözüm yoludur. Nitekim yargılama sonucu bilirkişi veya uzman raporları ile tespit edilecek kusur oranlarının ne olacağının belirsizliği, ortaya çıkan zararın mahkeme tarafından malpraktis veya komplikasyon olarak karar verilmesinin, talep edilen miktarın tamamına hükmedilip edilmeyeceğinin belirsiz olması ve dava sürecinin uzunluğunu göze almak istemeyen hasta için de arabuluculuk çözüm yolu önemli bir alternatif çözümdür.

SONUÇ

Tıp biliminde yaşanan gelişmeler ile insan hakları ve hukuk sisteminde yapılan değişikliklerin ortak sonucu olarak hekim- hasta ilişkisi ile hasta hakları oldukça önem kazanmıştır. Sağlık hizmetleri yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin gereklerine uygun olarak tıbbi standartlar çerçevesinde sunulur. En küçük kusurlarından dahi sorumlu tutulan hekimin tıbbi müdahalede bulunurken en yüksek seviyede özen yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Aksi halde hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşılır. Hastalara uygulanan tıbbi müdahalede hekimin veya hastanelerin gereken tüm özeni göstermiş olsalar dahi istenmeyen durumun ortaya çıkması hali komplikasyondur. Komplikasyon izin verilen risk anlamına gelmekte ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenlerin kusuru bulunmamaktadır. Kusur olmadığı için sorumluluk da gündeme gelmemektedir. Hekimin veya hastanelerin gereken tüm özeni göstermemeleri halinde tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişilerin kusurları ile ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmaları söz konusudur.

Hukuki sorumluluk bakımından kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin kusurlu davranışları ile zarara sebebiyet vermeleri halinde bu zararın tazmini için idareye karşı tam yargı davası açılır. İdare de karşılamış olduğu zararları kusuru oranında hekime rücu etme hakkına sahiptir. Bağımsız çalışan hekim ve özel hastanelere karşı, hukuki sorumluluğun sözleşmeden veya sözleşme dışından kaynaklanması şeklinde ayrıma tabidir. Hasta ile hekim arasında culpa in contrahendo, vekaletsiz iş görme, haksız fiil, adam çalıştıran sıfatıyla veya yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk durumlarında uyuşmazlıkların çözüleceği görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir. Fakat hekim-hastane ile hasta arasında ivazlı bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğun varlığı halinde tüketici mahkemesinde dava açılması gerekir.

Burada hasta ile hekim-hastane arasında tüketici-sağlayıcı ilişkisi kurulmuş olup aralarında vekalet veya eser sözleşmesinden kaynaklanan ilişki tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre çözümlenir. Bu durumun gerekçesi TKHK m. 3'te yer alan tüketici, sağlayıcı, hizmet ve tüketici işlemi kavramlarının tedavi sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi ilişkisine uygulanıyor olmasıdır. Söz konusu ivazlı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici hukuku kapsamında çözümlenmesi tartışılan bir konudur. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla 2024 yılı için 104.000TL miktardan az olan talepler için Tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Hakem heyeti kararına karşı itiraz yolu ile tüketici mahkemesine başvurulur. Sağlık hukuku uyuşmazlıkları bakımından bunun istisnasını yargılama yapılması gerekli olan itirazın iptali davaları oluşturur; miktara bakılmaksızın ve hakem heyetine başvurmaksızın hasta, hekim veya özel hastane tüketici mahkemesine dava açar. Mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla uygulanan tamamen tarafların iradeleri ile uyuşmazlığın çözümünü hedefleyen, gizlilik esasına dayalı arabuluculuk alternatif çözüm yolu da sağlık hukuku uyuşmazlıklarında uygulanmaktadır. Bu çözüm yolu hekim, hasta ve özel hastaneler tarafından daha hızlı ve kolay çözüme ulaştırmasından dolayı tercih edilmektedir.

Hekimin malpraktis sebebi ile hastaya verebileceği zararlara karşı mesleki sorumluluk sigortası yaptırması durumunda arabuluculuk alternatif çözüm yolu ile uyuşmazlığın çözülmesi halinde sigortanın da taraf olmasından ötürü hukuki ilişki TTK m. 4 gereği mutlak ticari dava kategorisindedir. Ancak 7251 s. Kanun gereği TTK m.4 ve m.5'e göre ticari nitelikte değerlendirilen dava türlerinin tüketici mahkemelerinde görülmesi durumunda 28.07.2020 tarihi itibari ile tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kurallarına tabi olmaktadır. Dolayısıyla ticari dava kategorisinde olsa da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine tabi olup; tüketici sıfatını haiz hastanın harç muafiyeti, arabuluculuk ücretini ödememesi; Adalet Bakanlığı bütçesinden onun ödemesi gereken ücretin ödenmesi, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması halinde yargılama masraflarına hükmedilmemesi, aleyhine vekalet ücreti hükmedilememesi, uyuşmazlığın 4 haftada (28 gün) arabulucu tarafından sonuçlandırılması gereği gibi hükümler uygulanmaktadır.

Gerek hastanın gerekse hekim veya özel hastanenin sözleşme ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarında en doğru çözüm sağlık hukuku alanında ihtisaslaşan hakimlerin görev yapacağı ihtisas mahkemelerinin kurulmasıdır. Böylelikle konusunu insan sağlığının oluşturduğu bu sözleşmelerde daha hızlı ve yerinde kararlar verilmesi, tarafların taleplerini doğru şekilde elde edebilmeleri bakımından önemlidir. Nitekim sağlık hukuku alanında da yaygınlaşan arabuluculuk alternatif çözüm yolu taraflar tarafından tercih edilmekte; kendi iradeleri ile talepleri doğrultusunda anlaşarak uyuşmazlığı sona erdirmeleri de olumlu bir süreçtir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, 3 (2005): 241-287.
- Adıgüzel, Sibel. “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 19, 5 (2014): 943-995.
- Akartepe, Alpaslan. “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.” *Sağlık Hukuku Sempozyumu* (2007): 13-22.
- Akipek Öcal, Şebnem. “Hasta ile Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması.” 4. *Tüketici Hukuku Kongresi Makale, Bildiri ve Ses Çözümleri: Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (2015): 284-299.
- Akipek Öcal, Şebnem. “Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu.” III. *Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu* (Seçkin Yayınları, 2017): 111-124 (Akipek Öcal, Red).
- Akipek Öcal, Şebnem. “Hasta Tüketici Midir?.” *İçinde Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, 349-359. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021. (Akipek Öcal, Tüketici).
- Akipek Öcal, Şebnem ve Kara, İlhan. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Anschlag, Marc. “Krankenhaustaftung –Beweiserleichterungen bei Hygienemängeln.” *MedR* 27 (2009): 513-516.
- Arıncı, Atilla ve Usta, Sevgi. “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi.” *TJOPS* 25, S.2 (2017): 84-93.
- Arslan, Firdevs. “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26 S.1 (2020): 400-422
- Aşçıoğlu, Çetin. *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*. Ankara: Tekişik Yayınevi, 1993.
- Ayan, Mehmet. *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Yayınevi, 1991.
- Aydoğdu, Murat. “4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal veya Hizmetlerde Tüketicinin Korunması.” *İzmir Barosu Dergisi* 4 (1997): 28-81.
- Aykın, Aykut Cemil. “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası ve Komplikasyon Ayrımı.” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, S. 119 (2016): 56-76.

- Aykın, Aykut Cemil ve Serkan Çınarlı. *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Badur, Emel ve Us Doğan, Eser. “Hekimin Rücuen Tazminat Sorumluluğu Hakkında Güncel Gelişme Ve Değerlendirmeler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, S.2 (2022): 581-618.
- Bayındır, M. Savaş. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 S.1 (2007): 551-590.
- Berg, Dietrich and Ulsenheimer, Klaus. *Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis und Krankenhausorganisation*. Berlin Heidelberg: Springer, 2006.
- Bergman, Karl Otto. “Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf / durch nichtärztliches Personal.” *MedR* 27 (2009): 1-10.
- Beyleveld, Deryck ve Brownsword, Roger. *Consent in the Law*, Oxford: Cambridge University Press, 2007.
- Birtek, Fatih. “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı.” *İstanbul Barosu Dergisi* 81, S.5 (2007): 1997-2006.
- Bockelmann, Paul. “Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht,” *NJW* 21 (1961): 945-951.
- Brunner, Alexander. “Der Konsumentenvertrag im Schweizerischen Recht.” *AJP* (1992) 591-605.
- Bulut, Uğur. “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 2 (2012): 21-346.
- Büchler, Andrea ve Gächter, Thomas. *Medical Law in Switzerland*. Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Canbolat, Ferhat. “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 80 (2009): 156-181.
- Caymaz, Mevlüt. “Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hataları Üzerine Bir Araştırma.” *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2, S.4 (Temmuz 2015): 1-14.
- Değdaş, Ulaş Can. “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S.6 (2018): 41-65.

- Demir, Mehmet. "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, S.3 (2008): 225-252.
- Demir, Mehmet. *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018 (Demir, Sorumluluk).
- Deryal, Yahya. *Sağlık Hukuku Problemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Deutsch, Erwin und Spickhoff, Andrea. *Medizinrecht*. Berlin Heidelberg: Springer, 2007
- Diederichsen, Angela. "Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung." *VersR* (2005): 433-442.
- Doğan, Gül. "Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2008): 185-204.
- Ekmeççi, Ömer, Muhammet Özekes ve Murat Atalı. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Erdoğan, İhsan. "Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu." *Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi* 2 (1996): 12-18.
- Erlüle, Fulya. *Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ersoy, Yüksel. "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sorumluluğu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 53 (2004): 161-190.
- Ersöz, Kürşat. "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları." *Terazi Hukuk Dergisi* 5, S.45 (2010): 105-122.
- Germeyan, Rüştü. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri." *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayı* 88 (2014): 129-142.
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Giesen, Dieter. *International Medical Malpractice Law, Comparative Law Study of Civil Liability Arising From Medical Care*, London: Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku II Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Hakeri, Hakan. "Tıp Hukukunda Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı." *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, Issue 1 (Mart 2014): 23-28. (Hakeri, Malpraktis).

- Helmut, Heiss und Leander, D. Loacker. *Grundfragen des Konsumentenrechts*. Zürich: Schulthess, 2020.
- Hancı, Hamit. *Malpraktis – Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2006.
- Hatırnaz Erol, Gültezer. *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Honsell, Heinrich. *Handbuch des Arztrechts*. Zürich: Schulthess Polygrafic Verlag, 1994.
- Işık Yılmaz, Ş. Berfin. “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 98 (2012): 389-410.
- İnce, C. Haluk ve Yüksel, Aydın Yazıcı. “Adli Tıp Bilimi Açısından “Tıbbi Uygulama Hataları” Davalarına Yaklaşım.” *Tıp Hukuku Dergisi* 3, S.6 (2014): 93-101.
- Jasper, Margaret. *Hospital Liability Law*. New York: Legal Almanac Serie, 2008.
- Kaya, Mine. “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S.100 (2012): 45 – 82.
- Kazmaz Tepe, Büşra. “Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davalarının Dava Türleri Bakımından İncelenmesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, S.2, (2020): 1123-1153.
- Kıcalıoğlu, Mustafa. *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Kırca, Çiğdem. “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı.” *Yargıtay Dergisi* 43, S.2 (2017): 285-342.
- Koller-Tumler, Marlis. *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht: zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes*. Bern: Stämpfli, 1995.
- Kök, Ahmet Nezh. “Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır Mı?.” *Uyuşmazlık Mahkemeleri Dergisi* (2015): 605-616.
- Kutlay, Selda ve Akipek Öcal, Şebnem, ed. *Sağlık Hukukunda Uzman Arabuluculuk Kitabı*. Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020.
- Loeffler, Walter. *Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung*. Zürich: Diss 1945.
- Mansur, Fatma ve Ömer Ceylan. “Defansif Tıp ve Defansif Tıp Konusunda Yapılan Akademik Çalışmalar Üzerine Bir Derleme.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 23, S.3 (2021): 721-744.

- Oral, Tuğçe. "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü." *Ankara Barosu Dergisi S.2* (2011): 185-210.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)." *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (2000): 663-692.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanma Alanı)." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2001): 55-90 (Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri).
- Özcan, Zeynep. "Malpraktis-Komplikasyon Ayrımının Önemi." *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul* (2018): 197-212.
- Özcan, Zeynep. "Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerinde Etkisi." *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, İstanbul* (2018): 213-225. (Özcan, Tıbbi Standart).
- Özcan, Zeynep. "Hastane İşletmecisinin Enfeksiyon Riskine Bağlı Tehlike Sorumluluğu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63, S.3 (2014): 551-567. (Özcan, Tehlike Sorumluluğu)
- Özcan Zeynep ve Ali Türk, "Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S.3 (2020): 1465-1504.
- Özcan Zeynep ve Ayşe Betül Özcanoğlu. "Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis-Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, S.16 (Aralık 2020): 289-315.
- Özcanoğlu Görkey, Ayşe Betül. *Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S.1 (2016): 33-81.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105 (2013): 263-290 (Özdemir, Zarar).
- Özdemir, Hayrunnisa. *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017. (Özdemir, Sağlık Hukuku).
- Özer, Oktay. "Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği." *İstanbul Barosu Dergisi* 91, S.3 (2017): 193-207.
- Öztürkler, Cemal. *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

- Pekcanitez, Hakan, Hülya Taş Korkmaz, Muhammet Özekes ve Mine Akkan. *Medeni Usul Hukuku, C. I.* İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Petek, Hasan. "Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (2013): 969-1017.
- Reyhani Yüksel, Sera. "Hekimlik Sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi." *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 23, C.10 (2018): 57-82.
- Sarıhan, Banu Bilge. "Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulanması." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, S.2 (2021): 415-440.
- Savaş, Halide. "Yargı Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu." *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı*, 1-3 Kasım 2007, (2008): 171-198.
- Schmelzer, Mikael. *Der Konsumentenvertrag-Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung.* Zürich: Verlag Rüegger, 1995.
- Schmidt-Recla, Adrian ve Josephine Noack. "Alman Hukuku'nda Hekimin Tazminat Sorumluluğu." *VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* (çev. Nedim Meriç) (2012): 73 -83.
- Seyhan, Ahmet, "Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 8, S.1 (2023):170 -185.
- Şatır, Nejd. *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Yargıtay-Danıştay İçtihatları.* Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şenocak, Zarife. *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu.* Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- Şenocak, Zarife. "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat." *Sağlık Hukuku Kurultayı* Ankara (2008): 241-254. (Şenocak, Sorumluluk)
- Şenocak, Zarife. "Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk." *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (2012): 622-631. (Şenocak, Tıbbi).
- Tanrıver, Süha. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış." *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* Ankara (2006): 821-842.
- Tanrıver Süha. *Medeni Usul Hukuku, Cilt I.* Ankara: Yetkin Yayınları, 2021. (Tanrıver, Usul).

- Tutumlu, Mehmet Akif. *Tüketici Yargılaması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Turan, Sevda Tuğçe. "Tüketici Hakem Heyetleri." *İstanbul Barosu Dergisi* 93, S.1 (2019): 225-252.
- Tüzün, Can. *Tüketici Mahkemeleri*. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi İstanbul: 2018.
- Ulukapı, Ömer. "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof.Dr.Şakir Berki'ye Armağan)* 1-2 (1996): 77-101.
- Uygur, Atiye. "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 144 (2019): 355-381.
- Ünal, Mehmet. "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35, S.1 (1978): 397- 437.
- Yardım, İsa. *Tüketici Olarak Hasta Hakları*, Ankara: Adalet Yayınları, 2016.
- Yıldırım, Ferhat. "Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk." *International Journal of Social Sciences and Education Research* 2, S.3 (2016):748-762.
- Yıldız, Nihal. "Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat." *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri*, (2018): 113-124.
- Yördem, Yılmaz. "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, S.39 (2019): 129-155.
- Yücel, Özge. "Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları." *İçinde Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, 287-328. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.

İnternet Kaynakları

sinerjimevzuat.com

DEMANSIN AYIRT ETME GÜCÜ BAKIMINDAN ÖLÜME BAĞLI TASARRUF YAPMA EHLİYETİNE ETKİSİ

*The Effect of Dementia on the Testamentary Capacity in
Terms of the Capacity of Judgement*

Hale ŞAHİN*

Öz

Demans sendromu, bireylerde çoğunlukla altmış beş yaşından sonra görülen bilişsel, davranışsal ve işlevsel yetenekleri etkileyen çeşitli hastalıkları içeren bir kavramdır. Demanslı kişilerin ayırt etme gücü, bu sendrom sebebiyle ortadan kalkabilmektedir. Bu durum, ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği açısından önem taşımaktadır. Zira, mirasbırakan çoğunlukla altmış beş yaşından sonra ölüme bağlı tasarruf yaparak terekesi üzerinde tasarrufta bulunmak istemektedir. Fakat, mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yaptığı anda demans sebebiyle ayırt etme gücüne sahip değilse bu hukuki işlem dava yoluyla iptal edilebilir. Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır. Bundan dolayı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yaptığı sırada ayırt etme gücünü haiz olması onun yapmış olduğu bu işlemin geçerli sayılması için yeterlidir. Bununla birlikte, bir kimse hakkında akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlama kararı verilmesi onun yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun iptali talep edildiği takdirde ispat yükünün dağılımı açısından önem taşımaktadır. Bu sebeple, çalışmamızda demans sendromu hakkında bilgi verildikten sonra demansın ayırt etme gücüne etkisi ele alınmış, demanslı mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun ehliyet eksikliği sebebiyle iptaline yönelik dava açıldığı takdirde bunun ispatı meselesine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Demans, Ayırt Etme Gücü, Ölüme Bağlı Tasarruf, Ölüme Bağlı Tasarruf Yapma Ehliyeti, Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davası

Makalenin Geliş Tarihi: 22.04.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 10.07.2024.

* Arş. Gör. Dr., Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: halesahin@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9811-7239.

Abstract

Dementia is a term used for different human diseases that affect cognitive, behavioral, and functional abilities, mostly appearing after sixty-five years of age. Dementia can cause incapacity of judgment. This situation is significant for the validity of the testamentary capacity, as persons usually prefer to make their last will after the age of sixty-five. If the testator lacks the testamentary capacity while making a will, this will can be declared invalid. In such cases, the presumption of the capacity of judgment and appointment of a guardian to the testator due to a mental weakness or mental sickness determine the distribution of the burden of proof. Therefore, the effect of dementia on the presumption of capacity of judgment and the distribution of the burden of proof in the action for declaration invalidity proceedings should be specifically examined. For this purpose, this study first focuses on dementia and the effect of dementia on the capacity of judgment, then explores the issue of proving the incapacity of testators with dementia in actions for annulment of the testament.

Keywords: Dementia, Capacity of Judgement, Testamentary Disposition, Testamentary Capacity, Action for Annulment of the Testament

GİRİŞ

Demans sendromu, bireylerin zihinsel işlevlerini etkileyen hastalıklar için kullanılan şemsiye bir kavramdır¹. Demans, çoğunlukla altmış beş

¹ İ. Hakan Gürvit ve Bengi Baran, “Demanslar ve Kognitif Bozukluklarda Ölçekler,” *Nöropsikiyatri Arşivi* 44, no. 2 (2007): 58; “Global Action Plan on the Public Health Response to Dementia 2017-2025,” Dünya Sağlık Örgütü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/259615/9789241513487-eng.pdf?sequence=1>; “Alzheimer ve Diğer Demans Hastalıkları Klinik Protokolü,” T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, https://shgmargestddb.saglik.gov.tr/Eklenti/38985/0/alzheimerkpyayinverspdf.pdf?_tag1=9846AFFD60426582E76AF7500012C853DC551775; “Types of Dementia,” Alzheimer’s Disease International, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/>; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demans-nedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir>.

yaşından sonra *Alzheimer* hastalığı şeklinde görülmektedir². Türkiye'deki yaşlı nüfusun yıllar içerisindeki artışına bağlı olarak demansa yakalanan kişi sayısında da çoğalma gözlemlenmektedir³. Bu durum, ölüme bağlı tasarruflar açısından önem arz etmektedir. Zira, kişiler çoğunlukla altmış beş yaşından sonra ölüme bağlı tasarruflarda bulunarak terekeleri üzerinde tasarruflarda bulunmak istemektedir. Fakat, mirasbırakanın demanslı olması, onun ayırt etme gücünü ve dolayısıyla ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim İsviçre'de mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetine sahip olmamasının en sık görülen sebebinin demans olduğu tespit edilmiştir⁴.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetine sahip olmadığı hâllerde, onun yapmış olduğu bu hukuki işlem dava yoluyla iptal edilebilmektedir [Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 557/1]. Ölüme bağlı tasarrufun iptali davası, ancak mirasbırakanın ölümünden sonra açılabilirdiği için demanslı mirasbırakanın bu hukuki işlemi yapabilecek ehliyetine sahip olup olmadığı geriye dönük (*post-mortem*) olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda, demansın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetine etkisi özel olarak incelenmelidir. Bu amaçla, çalışmamızda demans sendromu hakkında bilgi verildikten sonra, demansın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetine ve dolayısıyla ayırt etme gücüne etkisi ele alınmıştır. Bunları takiben, çalışmamızda demanslı mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun ehliyet eksikliği sebebiyle iptali için açılan davalarda demansın ayırt etme

² "Global Dementia Observatory (GDO)," Dünya Sağlık Örgütü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.who.int/data/gho/data/themes/global-dementia-observatory-gdo>.

³ 2030 yılında Türkiye'de altmış beş yaş üzerindeki nüfusun toplam nüfus içindeki oranının yüzde on üç, 2060 yılında yüzde yirmi iki, 2080 yılında ise yüzde yirmi beş civarında olacağı ve buna bağlı olarak demans sendromu gösteren kişi sayısının sürekli bir şekilde artış göstereceği tahmin edilmektedir ("Alzheimer ve Diğer Demans Hastalıkları Klinik Protokolü," T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://shgmargestddb.saglik.gov.tr/Eklenti/38985/0/alzheimerkpyayinverspdf.pdf?tag1=9846AFFD60426582E76AF7500012C853DC551775>).

⁴ Eugen Bucher ve Regina E. Aebi-Müller, *Berner Kommentar: Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag, 2017), 220; Sara Sommer, "Testierfähigkeit von Demenzkranken." *Aktuelle Juristische Praxis*, no. 4 (2020): 492. Türkiye bakımından aynı yönde bkz. Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 280; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Yayınları, 2023), 102.

gücüne etkisinin ispatı meselesine yer verilmiştir.

I. DEMANS

Demans, bireylerin beyin hücreleri arasındaki iletişimi engelleyerek onların bilişsel, davranışsal ve işlevsel yeteneklerini etkileyen çeşitli nörolojik hastalıklar için kullanılan şemsiye bir kavramdır⁵. Demans bir hastalık olmayıp sendromdur⁶. Demans sendromuna sebep olan hastalıklara, *Alzheimer* hastalığı, *Parkinson* hastalığı, *Lewy* cisimcikli demans, *fronto-temporal* demans, vasküler demans, B12 vitamin eksikliği, tiroit hormon bozukluğu, ilaçlar veya alkolizm sebebiyle görülen demans örnek olarak verilebilir⁷. Demans, bireylerin bilişsel ve entelektüel işlevlerini

-
- ⁵ Gürvit ve Baran, “Demanslar ve Kognitif Bozukluklarda Ölçekler,” 58; “Global Action Plan on the Public Health Response to Dementia 2017-2025,” Dünya Sağlık Örgütü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024; “Alzheimer ve Diğer Demans Hastalıkları Klinik Protokolü,” T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://shgmargestddb.saglik.gov.tr/Eklenti/38985/0/alzheimerkpyayin-verspdf.pdf?ag1=9846AFFD60426582E76AF7500012C853DC551775>; “Types of Dementia,” Alzheimer’s Disease International, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/>; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerin in%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir>.
- ⁶ “Alzheimer ve Diğer Demans Hastalıkları Klinik Protokolü,” T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://shgmargestddb.saglik.gov.tr/Eklenti/38985/0/alzheimerkpyayin-verspdf.pdf?ag1=9846AFFD60426582E76AF7500012C853DC551775>.
- ⁷ “Alzheimer ve Diğer Demans Hastalıkları Klinik Protokolü,” T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://shgmargestddb.saglik.gov.tr/Eklenti/38985/0/alzheimerkpyayin-verspdf.pdf?ag1=9846AFFD60426582E76AF7500012C853DC551775>; “Types of Dementia,” Alzheimer’s Disease International, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/>; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir>; “Demans Nedir ve Belirtileri Nelerdir?,” *Liv Hastaneleri*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.livhospital.com/liv-saglik-kosesi/demans-nedir-belirtileri-nelerdir>; “Demans,” Acıbadem Sağlık Grubu,

azaltmaktadır. Bunun sonucunda, demanslı kişiler algılama, yargılama, soyut düşünme, hesaplama yapma, problem çözme, hafıza ve konuşma gibi bilişsel yeteneklerin en az ikisinde bozukluk yaşamaktadır. Demanslı bireylerin beyin hücreleri zaman içerisinde ölmektedir. Bundan dolayı, demanslı kişilerin günlük yaşam aktivitelerini eskisi gibi sürdürmeleri mümkün olmamaktadır⁸.

Toplumda en sık rastlanan demans sendromu *Alzheimer* hastalığıdır. 2024 yılında dünya genelinde elli beş milyondan fazla insanın demans olduğu⁹, bu sayının 2030 yılında yetmiş sekiz milyona yaklaşacağı ve bunların yüzde ellisi ile yüzde yetmiş beşinin *Alzheimer* hastası olduğu tespit edilmiştir¹⁰. Sağlık Bakanlığı'nın 2020 yılına ait bir raporunda¹¹ da Türkiye'de yaklaşık sekiz yüz bin kişinin demans olduğu ve bunların üçte ikisinin *Alzheimer* hastası olduğunun tahmin edildiği belirtilmiştir. Aynı raporda, demans hastalarının yüzde doksandan fazlasının altmış beş yaşın üzerinde bulunduğu ve 2018 yılında altmış beş yaşın üzerindeki nüfusun toplam nüfus içindeki oranının yüzde sekizin üzerinde olduğu tespit edilmiştir. 2023 yılındaki verile göre¹², Türkiye'nin nüfusunun yüzde onundan fazlası altmış beş yaşın üzerindedir. Bu durumda, Türkiye'de demans sendromuna sahip kişi sayısı yıllar içerisinde artış göstermektedir¹³.

Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/demans/>.

⁸ "Alzheimer Hastalığı Nedir?," Türkiye Alzheimer Derneği, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.alzheimerderneği.org.tr/alzheimer-hastalığı-nedir/>.

⁹ "Global Dementia Observatory (GDO)," Dünya Sağlık Örgütü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.who.int/data/gho/data/themes/global-dementia-observatory-gdo>.

¹⁰ "Dementia Statistics," Alzheimer's Disease International, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/dementia-statistics/>; "Alzheimer's Disease," Alzheimer's Disease International, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/alzheimers-disease/>.

¹¹ "Alzheimer ve Diğer Demans Hastalıkları Klinik Protokolü," T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, https://shgmargestddb.saglik.gov.tr/Eklenti/38985/0/alzheimerkp_yayin-verspdf.pdf?agl=9846AFFD60426582E76AF7500012C853DC551775.

¹² "Yaş Grubuna göre Nüfus," Türkiye İstatistik Kurumu Nüfus İstatistikleri Portalı, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://nip.tu.ik.gov.tr/?value=YasGrubunaGoreNufus>.

¹³ 2030 yılında Türkiye'de altmış beş yaş üzerindeki nüfusun toplam nüfus içindeki oranının yüzde on üç, 2060 yılında yüzde yirmi iki, 2080 yılında ise yüzde yirmi beş civarında olacağı ve buna bağlı olarak demans sendromu gösteren kişi sayısının sürekli artış göstereceği tahmin edilmektedir ("Dementia Statistics," Alzheimer's Disease

Demans sendromunun evreleri erken, orta ve geç evre ile hafif, orta ve ağır derece demans olarak sınıflandırılmaktadır¹⁴. Demansın erken evresinde genellikle bireyler unutkanlık yaşamakta (örneğin eşyasını yanlış yere koymakta, alışık olduğu yerlerde kaybolmakta, son olayları hatırlayamamakta, zamanın farkına varamamakta) ve yeni bilgileri ezberlemekte zorluk çekmektedir (örneğin aynı soruyu tekrar sormaktadır). Demansın erken evresindeki kişiler, çeşitli zorluklar yaşasalar da hayatlarını kendi başlarına idame ettirebilmektedir¹⁵. Demansın orta evresindeki bireyler, yaşadıkları son olayları veya tanıdıklarının isimlerini untabilmekte, kaybolabilmekte, hafızalarının zayıflaması sebebiyle iletişim sorunları yaşayabilmekte ve kişisel bakımlarını yapmakta güçlük çekebilmektedir¹⁶.

International, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/dementia-statistics/>; “Alzheimer’s Disease,” Alzheimer’s Disease International, Nisan 12, 2024, <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/alzheimer-disease/>.

¹⁴ Ömer Övünç Eşsiz, “Demansın Hukuki Boyutları” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012), 8; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 492; Julia Blattner, “Demenz im Erbrecht.” *Aktuelle Juristische Praxis*, no. 12 (2022): 1287; Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, “Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, [https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyi%20hücrelerini%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabal%20edilir.](https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyi%20hücrelerini%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabal%20edilir.;);

“Demans Nedir ve Belirtileri Nelerdir?,” *Liv Hastaneleri*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.livhospital.com/liv-saglik-kosesi/demans-nedir-belirtileri-nelerdir>.

¹⁵ Eşsiz, “Demansın Hukuki Boyutları,” 8; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 492; Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1287; Aygül Kızılay-Güneylioğlu, “Alzheimer Hastalarının Fiil Ehliyetinin İncelenmesi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, 4 (2022): 2252; “Alzheimer Hastalığı Nedir?,” Türkiye Alzheimer Derneği, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.alzheimerderneği.org.tr/alzheimer-hastaligi-nedir/>; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024,

<https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyi%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabal%20edilir.>;

“Demans Nedir ve Belirtileri Nelerdir?,” *Liv Hastaneleri*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.livhospital.com/liv-saglik-kosesi/demans-nedir-belirtileri-nelerdir>.

¹⁶ “Alzheimer Hastalığı Nedir?,” Türkiye Alzheimer Derneği, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.alzheimerderneği.org.tr/alzheimer-hastaligi-nedir/>; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim

Orta evre demans olan kimseler, diğer kişilerden daha fazla desteğe ihtiyaç duymaktadır¹⁷. Demansın geç evresindeki bireyler ise zamandan ve buldukları yerden tamamen habersiz olmakta, yakınlarını tanıyamamakta, kişisel bakımlarını yapamamakta ve ruh hâllerinde hızlı durum değişiklikler yaşamaktadır¹⁸. Geç evredeki demanslı kişiler, bilinçlerini kaybettikleri için bir başka kimse olmadan günlük faaliyetlerini gerçekleştirememektedir¹⁹.

Tarihi: Nisan 12, 2024, [https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir.](https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir.;);

demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir.;

“Demans Nedir ve Belirtileri Nelerdir?,” *Liv Hastaneleri*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.livhospital.com/liv-saglik-kosesi/demans-nedir-belirtileri-nelerdir>.

¹⁷ Eşsiz, “Demansın Hukuki Boyutları,” 8; Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1297.

¹⁸ Isabel Baur, Cristina Garcia Gonçalves ve Marc Wohlwend, “Demenz, Urteilsfähigkeit und Sterbewunsch,” *Jusletter*, Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2018, [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2018/946/demenz_-urteilsfahig_f16de7b972.html__ONCE&login=false](https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2018/946/demenz_-urteilsfahig_f16de7b972.html__ONCE&login=false;); “Alzheimer Hastalığı Nedir?,” Türkiye Alzheimer Derneği, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.alzheimerderneği.org.tr/alzheimer-hastaligi-nedir/>; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, [https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir.](https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir.;);

¹⁹ Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 492; Eşsiz, “Demansın Hukuki Boyutları,” 8; Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1287; “Alzheimer Hastalığı Nedir?,” Türkiye Alzheimer Derneği, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.alzheimerderneği.org.tr/alzheimer-hastaligi-nedir/>; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, [https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir.](https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir.;);

Demansın tedavisi genellikle mümkün değildir²⁰. Sadece tedavi edilebilir demans olarak nitelendirilen B12 vitamin eksikliği, tiroit hormon bozukluğu gibi sebeplerle görülen demansın altında yatan sebepler tam olarak tedavi edildiğinde, bunlara bağlı olarak görülen demansın da tamamen kaybolduğu gözlemlenmektedir²¹.

II. DEMANS VE ÖLÜME BAĞLI TASARRUF YAPMA EHLİYETİ

A. Genel Olarak

Kanun koyucu, mülkiyet hakkına ve irade özgürlüğüne verdiği önem sebebiyle mirasbırakana ölüme bağlı tasarruf yapma imkânı tanımıştır²². Fakat, ölüme bağlı tasarrufların hüküm ve sonuçları, mirasbırakanın

²⁰ Kızılay-Güneylioğlu, “Alzheimer Hastalarının Fiil Ehliyetinin İncelenmesi,” 2251, dn. 3; “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, [https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyi%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir](https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyi%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir;); “Demans Nedir ve Belirtileri Nelerdir?,” *Liv Hastaneleri*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.livhospital.com/liv-saglik-kosesi/demans-nedir-belirtileri-nelerdir>; “Demans,” *Acıbadem Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/demans/>.

²¹ “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?,” *Memorial Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024, <https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demansnedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyi%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir>; “Demans Nedir ve Belirtileri Nelerdir?,” *Liv Hastaneleri*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.livhospital.com/liv-saglik-kosesi/demans-nedir-belirtileri-nelerdir>; “Demans,” *Acıbadem Sağlık Grubu*, Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024, <https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/demans/>.

²² Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri I* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975), 20; Nüşin Ayiter ve Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınları, 1991), 30; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2024), 5 vd.; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku*, (İstanbul: Filiz Yayınları, 2023), 1 vd.; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 13; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 37 vd.; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Yayınları, 2023), 165; Bilge Öztan ve Fırat Öztan, “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun’daki ve Noterlik Kanunu’ndaki Şekil Şartları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 3585. Benzer yönde bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Yayınları, 1978), 6.

ölümünden sonra ortaya çıktığı için bu tür hukuki işlemlerin geçerliliği sınırlı sayı ilkesine tâbi tutulmuş ve sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Buna göre, mirasbırakan son arzularını münhasıran vasiyetnamede veya miras sözleşmesinde açıklayabilmektedir (TMK m. 531 vd.). Bir başka deyişle, ölüme bağlı tasarruflar sadece vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde düzenlenebilmektedir. Aksi takdirde, mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf dava yoluyla iptal edilebilmektedir (TMK m. 557/4).

Kanun koyucu, ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğini şekle bağladığı gibi, bu arzuları açıklayabilecek kişilere yönelik de belirli koşullar öngörmüştür. Bu koşullar ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetini oluşturmaktadır²³. Ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş²⁴, ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti hak ehliyetinin özel bir türü olarak kabul etmektedir. Çünkü bu ehliyete sahip olmayan bir kimsenin yerine kanuni temsilcisinin ölüme bağlı tasarruf yapması mümkün değildir. Bir başka deyişle, ölüme bağlı tasarruf yapma hakkının mevcudiyeti kanunda aranan koşulların varlığına bağlıdır²⁵. Öğretideki bir başka görüşe göre²⁶, ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti fiil ehliyeti kapsamında yer almaktadır. Kanımızca haklı olan öğretideki diğer görüşe göre²⁷ ise ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti hem hak ehliyetinin hem de fiil ehliyetinin sınırlanması anlamına gelmektedir. Zira, ölüme bağlı

²³ Köprülü, *Miras Hukuku*, 122; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 76; Öztan, *Miras Hukuku*, 179.

²⁴ Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 76 vd.; Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 62.

²⁵ Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 76 vd.; Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 62.

²⁶ İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 61; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 87; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 213. Aynı yönde bkz. Y. 1. HD, E.2021/2073, K.2022/3118, 14.04.2022, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-2073-k-2022-3118-t-14-4-2022>); Y. 7 HD, E.2021/976, K.2021/3060, 22.11.2021, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2021-976-k-2021-3060-t-22-11-2021>); Y. 3. HD, E.2016/10091, K.2017/18167, 25.12.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-10091-k-2017-18167-t-25-12-2017>); Y. 3. HD, E.2015/17485, K.2017/3830, 27.03.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-10091-k-2017-18167-t-25-12-2017>).

²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 135; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku*, 58; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 277; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 116 vd.; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)* (Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 158.

tasarruf yapma ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin ölümüne bağlı tasarrufta bulunması mümkün olmadığı gibi, onun bu tür hukuki işlemlerde bulunulabilmesinin koşulu da ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyetine sahip olmasıdır.

Kanun koyucu, ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyetini vasiyetname ve miras sözleşmesi bakımından farklı koşullara tâbi kılmıştır. TMK m. 502'ye göre, vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş olmak gerekmektedir. TMK m. 503 uyarınca miras sözleşmesi yapabilmek için ise ayırt etme gücünü haiz ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekmektedir. Bu durumda, miras sözleşmesi yapma ehliyetinin koşulları tam ehliyet sahibi olmaktır²⁸.

Mirasbırakan vasiyetname veya miras sözleşmesini ölümüne bağlı tasarruf ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapmışsa bu tür hukuki işlemlerin iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçılar veya vasiyet alacaklıları dava yoluyla bu işlemin iptalini talep edebilmektedir (TMK m. 557/1, 558/I). Bundan dolayı, demanslı mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf yaptığı sırada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı onun yapmış olduğu bu işlemin geçerliliği bakımından önem taşımaktadır.

B. Ayırt Etme Gücü

1. Genel Olarak

Mirasbırakanın vasiyetname veya miras sözleşmesi yapabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücü, TMK m. 13'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya buna benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes ayırt etme gücünü haizdir. Bu durumda, ayırt etme gücü kişinin davranışlarının sebep ve sonuçlarını doğru anlayabilecek bilinç ve iradeye sahip olmasıdır²⁹. Bir başka deyişle, ayırt etme

²⁸ Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku*, 104; Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 70; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 279; Antalya, *Miras Hukuku*, 216; Öztan ve Öztan, "Ölümüne Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları," 3586.

²⁹ Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch. I: Art. 1 – 456 ZGB* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2022), 204; Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980), 374; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 61; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe

gücünün iki unsuru vardır. Bunlar, bilinç (idrak, zihin) ve iradedir³⁰.

Bilinç, kişilerin davranışlarının sebep ve sonuçlarını değerlendirebilme yeteneğidir³¹. Bir kimsenin bilinçli olarak nitelendirilmesi için onun davranışının tüm sonuçlarını anlamış olması gerekmektedir. Kişinin sahip olduğu bilgiye göre, ulaşmak istediği sonuçları bilmesi ve buna göre davranması yeterlidir³². Bu durumda, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf ehliyetine sahip olması için yapmış olduğu bu hukuki işlemin sebep ve sonuçlarını anlaması, yani ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu bilincinde olması gerekir³³. Mirasbırakan terekesinin miktarı ve içeriği hakkında en

Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz Yayınları, 2024), 62 vd.; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Yayınları, 2022), 57; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 288 vd.; Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), 21; Rona Serozan, Baki İlkay Engin ve Yeşim M. Atamer, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022), 433; İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)* (Ankara: Gazi Yayınları, 2020), 236; Antalya, *Miras Hukuku*, 214; Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 3 (2011): 488; Regina E. Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” *Successio: Zeitschrift für Erbrecht*, no. 6 (2012): 7.

³⁰ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 57; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 290; Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 154 vd.; Erkan ve Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” 488. Benzer yönde bkz. İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 375. Aynı yönde bkz. Aynı yönde bkz. BGE 124 III 5, 16.12.1997, (http://relevancy.bger.ch/php/c_lir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-III-5%3Ade&lang=de&type=show_document).

³¹ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979), 34; Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 57; Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku*, 59; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 290; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 38; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk: Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 85; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 158; Erkan ve Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” 488.

³² Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 57; Erkan ve Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” 488.

³³ Yılmaz, *Medeni Hukuk: Miras Hukuku*, 85; Fikret Eren, *Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların Dâvası* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası Yayınları, 1966),

azından genel bir bilgiyi haiz olmalı, ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunmak istediği veya mirasçılıktan çıkarmak istediği kişilerle arasındaki ilişkilerin mevcut durumunun farkında olmalıdır³⁴. Bir başka deyişle, mirasbırakanda ayırt etme gücünün bulunması için onun “büyük resmi görebiliyor olması” gerekir. Bundan dolayı, ölüme bağlı tasarrufla bulunma ehliyetinde aranan bilinç unsuru, diğer günlük işlere ilişkin hukuki işlemleri yapmak için gerekli olan bilinç unsuruna kıyasla daha yüksektir³⁵. Bu anlamda, kendi yaşamına dair temel hatıralarını unutmuş bir kimsenin ölüme bağlı tasarrufla bulunma ehliyeti bulunduğundan söz edilemez. Demanslı bir mirasbırakanın bu hukuki işlemin yapılması sırasında gösterdiği semptomlara göre kendi yaşını, medeni durumunu ve yakınlarını unutmuş olması buna örnek olarak gösterilebilir³⁶.

20; Gamze Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 37; Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 7; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 493; Nafiye Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2022): 423.

³⁴ Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 7, 13 vd.; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 493; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 423. Mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilirken onun daha önceki ölüme bağlı tasarruflarında terekesinin miktarını belirtip belirtmediğine [BGE 124 III 5, 16.12.1997, (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-III-5%3Ade&lang=de&type=show_document)] ve mirasçılıktan çıkardığı veya aynı kökteki aile üyeleri arasında farklı miras payları öngördüğü durumlara dikkatle yaklaşılmalıdır (Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 14). Fakat, bu değerlendirme sırasında mirasbırakanın farazi iradesi esas alınmamalıdır. Bir başka deyişle, mirasbırakanın terekesi üzerindeki tasarruf özgürlüğüne müdahale edilmemelidir. Aynı yönde bkz. Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 21.

³⁵ Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 8. Aynı yönde bkz. BGer 5C.193/2004, 17.01.2005, (https://www.bger.ch/ext/euros/pider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F17-01-2005-5C-193-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES&).

³⁶ Benzer yönde bkz. Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 141 vd.; Aebi-Müller,

Ayırt etme gücünün irade unsuru, kişinin bilinciyle vardığı sonuçları dış alemde gerçekleştirirken iradesinin serbest olmasıdır. Hukuki işlem veya eylemde bulunan kişi, buna ilişkin iradesinin oluşumu aşamasında kendisini dış etkenlere karşı koruyabilecek gücü haiz olmalıdır³⁷. İrade unsuru gereği, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunurken başkalarının fikirlerini dikkate alsa da bu hukuki işlemi kendi iradesiyle yapmalıdır³⁸. Aksi takdirde, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapmaya yönelik iradesinin varlığından bahsedilemez. Benzer şekilde, bir kimse kendi başına bir karar almış, fakat üçüncü kişilerin fikirleri sebebiyle bu karara uygun hareket etmemişse onun iradesinin varlığından söz edilemez. Çünkü bu durumda, kişi başkasının iradesinin hâkimiyeti altındadır³⁹. Mirasbırakanın üçüncü kişilerin karşıt görüşleri sebebiyle kendi vardığı karara göre ölüme bağlı tasarrufta bulunmaması buna örnek olarak gösterilebilir⁴⁰. Burada demanslı kişiler bakımından mirasbırakanın bakıma muhtaç olmasının ve mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunurken onun yanında bulunan kimselerin üzerinde özel olarak durulmalıdır⁴¹.

TMK 13'e göre, bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması için akla uygun davranması gerekir. Kişiler, davranışlarının sebep ve sonuçlarını doğru anlamalı ve buna uygun şekilde hareket etmelidir. Bireyler, mevcut gerçeklikleri kavrayabilecek ve belirli davranışlarının sonuçlarını görebilecek biçimde akli faaliyet sergileyemiyorsa akla uygun davranma yeteneğinden

“Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 8.

³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 63 vd.; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 57 vd.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 290; Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 155; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 25; Erkan ve Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” 488.

³⁸ Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 9; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 424. Benzer yönde bkz. Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 493.

³⁹ Geiser ve Fountoulakis, *Zivilgesetzbuch I*, 205; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 64. Aynı yönde bkz. Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 493. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 6. HD, 9/03/2022, E. 2020/1422, K. 2022/542.

⁴⁰ Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 10; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 424.

⁴¹ Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 9 vd., 22 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1292 vd.

yoksundur⁴².

Kanun koyucu, TMK m. 13'te ayırt etme gücünü olumsuz bir biçimde tanımlamıştır. Bu anlamda, TMK m. 13 uyarınca bir kimsede ayırt etme gücünün bulunması için gerekli diğer husus, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran durumlardan birinin onda bulunmamasıdır. Bu hükme göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve bunlara benzer hâller ayırt etme gücünü ortadan kaldıran durumlardır. Bir kimse ayırt etme gücünü ortadan kaldıran durumlardan birinin içinde olup bu sebeple akla uygun davranma yeteneğinden yoksunsa ayırt etme gücünü haiz değildir. Bir başka deyişle, bir kimsenin akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olması münhasıran onun ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayıp bu hususun TMK m. 13'te yer alan durumlardan birinden kaynaklanması gerekmektedir⁴³. Bu anlamda, bir kimsenin örneğin kızgın olması sebebiyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olması onun ayırt etme gücünü haiz olmadığı anlamına gelmemektedir⁴⁴.

2. Akıl Hastalığı, Akıl Zayıflığı ve Sarhoşluğa Benzer Sebepler

TMK m. 13'te akıl hastalığı ve akıl zayıflığı ayırt etme gücünü ortadan kaldıran durumlar arasında sayılmıştır. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı arasındaki ayırım tıbbi veya hukuki olmayıp suni niteliktedir⁴⁵. Bununla birlikte, öğretide akıl hastalığı bir kimsenin akli, ruhi ve iradi yetilerindeki bozukluk, değişiklik veya anormallik yaratan hastalık olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Akıl zayıflığı ise akli ve ruhi yetilerin normal şekilde

⁴² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 62; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 21; Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme Gücü," 489.

⁴³ Aebi-Müller vd., *Zivilgesetzbuch. I*, 203; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 35; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 64; Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 141.

⁴⁴ Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 88; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 422. Bu konuda ayrıca bkz. Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 21; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 422.

⁴⁵ İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 380.

⁴⁶ İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 381; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 292; Öztan, *Miras Hukuku*, 146; Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 10.

gelişmemesi veya gerilemesidir. Akıl zayıflığı, bir hastalık olmayıp akli yetilerdeki gelişim eksikliği veya gerilemedir⁴⁷. Akıl hastalığında idrak etmede, zekâda ve iradede zafiyet söz konusudur. Akıl zayıflığında ise idrak etme yetisinden çok iradede zafiyet vardır⁴⁸.

TMK m. 13'e göre ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hâllerden biri "sarhoşluk ve bunlara benzer sebepler" in varlığıdır. Buradaki "bunlara benzer sebepler" ifadesinin sadece sarhoşluğa benzer sebepleri mi, yoksa diğer başka benzer sebepleri de mi içerdiği öğretilerde tartışmalıdır⁴⁹. Bununla birlikte, öğretilerdeki hâkim görüş⁵⁰, sarhoşluğa benzer sebep olan uyuşturucu madde bağımlılıklarının (esrar, eroin, morfin vd.) yanında, ateşli hastalıklardaki nöbetlerin, uyurgezerlik, hipnoz hâli gibi durumların da ayırt etme gücünden yoksunluğa sebep olabileceğini kabul etmektedir.

Bir kimsenin akıl hastası olması, akıl zayıflığı veya sarhoşluğa benzer bir sebep içinde bulunması doğrudan onun ayırt etme gücünü ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumların ayırt etme gücünü ortadan kaldırması için kişinin içinde bulunduğu akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya sarhoşluğa benzer

⁴⁷ Bucher ve Aebi-Müller, *Berner Kommentar: Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB*, 237 vd.; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 37; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 381; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 66; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 59; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 293; Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 147; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 22; Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme Gücü," 492; Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 10.

⁴⁸ Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme Gücü," 492.

⁴⁹ Bu konuda bkz. Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 67; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 38; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 67; Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 148 vd.; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 24; Erdoğan ve Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, 265 vd.; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, 88; Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme Gücü," 493 vd.

⁵⁰ Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 38; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 376; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 67; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 60; Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme Gücü," 493 vd. Yaşlılığın da sarhoşluğa benzer sebep olarak nitelendirilebileceğine ilişkin bkz. Bucher ve Aebi-Müller, *Berner Kommentar: Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB*, 237.

sebepler nedeniyle yapmış olduğu hukuki işlem veya eylem bakımından akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olması gerekmektedir. Bundan dolayı, akıl hastası, akıl zayıflığı veya sarhoşluğa benzer bir sebep içinde bulunan bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı her olay bakımından özel olarak değerlendirilmektedir⁵¹. Bir başka deyişle, ayırt etme gücünün nisbiligi zamana ve içeriğe ilişkindir⁵².

İsviçre hukukunda demans sendromu akıl zayıflığı (*physische Störung*) sayılmaktadır⁵³. Türk hukuk öğretisinde TMK m. 13'teki "bunlara benzer sebepler" ifadesinin sarhoşluğa benzer sebeplerle sınırlı olmadığını kabul eden bir görüş⁵⁴, demans sendromunu akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve sarhoşluğa benzer sebeplerden biri olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce demans sendromu duruma göre akıl zayıflığı veya sarhoşluğa benzer sebep

⁵¹ Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 36 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 68; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 59; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 293.

⁵² Bucher ve Aebi-Müller, *Berner Kommentar: Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB*, 238; Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 12. vd.; Sommer, "Testierfähigkeit von Demenzkranken," 494; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 426. Ayırt etme gücünün nisbiligi konusunda bkz. aşağıda aşağıda II, B, 3.

⁵³ 28.06.2006 tarihli Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 7043; Baur, Garcia Gonçalves ve Wohlwend, "Demenz, Urteilsfähigkeit und Sterbewunsch," 3 vd.; Sommer, "Testierfähigkeit von Demenzkranken," 493; Blattner, "Demenz im Erbrecht," 1288 vd. Yaşlılarda görülen demans bakımından aynı yönde bkz. Geiser ve Fountoulakis, *Zivilgesetzbuch I*, 210. 2008 yılında İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 16'da yapılan değişiklikle "akıl zayıflığı (*Geistesschwäche*)" ifadesinin yerini "ruhi engellilik (*physische Störung*)" kavramı almıştır. Bu değişikliğin ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu konusunda herhangi bir değişiklik yaratmadığına ilişkin bkz. Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 10.

⁵⁴ Kızılay-Güneylioğlu, "Alzheimer Hastalarının Fiil Ehliyetinin İncelenmesi," 2253. Karş. 2008 yılında ZGB m. 16'da yapılan değişiklikle "sarhoşluk (*Trunkenheit*)" ifadesinin yerini "içicilik (*Rausch*)" kavramı almıştır. Böylece, alkol ve uyuşturucu maddelerin de içicilik kavramına dâhil olduğu kabul edilmiştir. 28.06.2006 tarihli Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), 7094.

olarak nitelendirilebilir. Örneğin yaşlılarda veya *Alzheimer* hastalarında görülen demans akıl zayıflığı sayılır⁵⁵. Buna karşılık, tiroit hormon bozukluğu nedeniyle görülen demans geçici nitelikte olduğu için sarhoşluğa benzer sebep olarak kabul edilmelidir. Yukarıda yer verildiği üzere, TMK m. 13'te yer alan ayırt etme gücünü ortadan kaldıran durumlardan birinin varlığı, tek başına ayırt etme gücünden yoksunluğu neden olmamaktadır. Bu anlamda, demansın akıl zayıflığı veya sarhoşluğa benzer sebep içinde değerlendirilmesi ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu bakımından ehemmiyet arz etmemektedir. Ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu açısından önem taşıyan husus, demanslı bireyin ölümüne bağlı tasarrufta bulunduğu sırada bu durumlardan biri sebebiyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olup olmadığıdır⁵⁶.

Demansın akıl zayıflığı içinde değerlendirilmesi ile sarhoşluğa benzer bir sebep sayılması arasındaki fark iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi akıl zayıflığı sebebiyle hakkında kısıtlama kararı verilmiş bir kimsenin miras sözleşmesi yapması mümkün değildir (TMK m. 503). Böyle bir mirasbırakanın yapmış olduğu miras sözleşmesi, onun bu hukuki işlemi yaparken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilmeksizin kısıtlama kararına dayanılarak ölümüne bağlı tasarruf yapma ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle iptal olunur. Demansın akıl zayıflığı içinde değerlendirilmesi ile sarhoşluğa benzer bir sebep sayılması arasındaki ikinci fark ise demans sebebiyle kısıtlanmış mirasbırakanın yaptığı ölümüne bağlı tasarrufun iptali talep edildiğinde ispat yükünün davacıya mı davalıya mı ait olduğu noktasındadır⁵⁷.

3. Ayırt Etme Gücünün Nisbiligi

Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır. Zira, bir kimsede ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespit edilmesi için onun yapmış olduğu somut işlem veya eylemin sebeplerini ve sonuçlarını değerlendirebilecek

⁵⁵ Geiser ve Fountoulakis, *Zivilgesetzbuch I*, 210.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 65; Blattner, "Demenz im Erbrecht," 1289; Kızılay-Güneylioğlu, "Alzheimer Hastalarının Fiil Ehliyetinin İncelenmesi," 2254. Aynı yönde bkz. BGer 5c.259/2002, 06.02.2003, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-02-2003-5C-259-2002&lang=de&type=show_document&zoom=YE S&). Benzer yönde bkz. Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 38.

⁵⁷ Bu konuda bkz. aşağıda III.

güçte olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu anlamda, ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu her olay bakımından özel olarak incelenmelidir⁵⁸.

Ayırt etme gücünün nisbiliği, zamana ve içeriğe ilişkindir⁵⁹. Bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, yapmış olduğu her hukuki işlem ve eylem bakımından birbirinden ayrı değerlendirilmektedir. Bu husus, karmaşık ve güç bir iş hakkında karar vermek için gerekli karar verme yeteneği ile günlük bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik hukuki işlem için gerekli karar verme yeteneğinin birbirinden farklı olmasına uygundur⁶⁰. Gerçekten örneğin

⁵⁸ Geiser ve Fountoulakis, *Zivilgesetzbuch I*, 211; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 77; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 34; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 61 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 68; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 60; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 291; Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 149 vd.; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 24; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 55 vd.; Erdoğan ve Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, 264, 266; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 159; İlhan Helvacı, “Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı,” içinde Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, ed. Abuzer Kendigelen (İstanbul: Beta Yayınları, 2002), 1138 vd.; Erkan ve Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” 494; Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 11 vd.; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 494. Aynı yönde bkz. Y. 1. HD, E.2021/2073, K.2022/3118, 14.04.2022, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-2073-k-2022-3118-t-14-4-2022>); Y. 7 HD, E.2021/976, K.2021/3060, 22.11.2021, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2021-976-k-2021-3060-t-22-11-2021>); Y. 3. HD, E.2016/10091, K.2017/18167, 25.12.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-10091-k-2017-18167-t-25-12-2017>); BGE 124 III 5, 16.12.1997, (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-III-5%3Ade&lang=de&type=show_document); BGer 5C.193/2004, 17.01.2005, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F17-01-2005-5C-193-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES&).

⁵⁹ Geiser ve Fountoulakis, *Zivilgesetzbuch I*, 211; Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 12 vd.; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 494; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 426.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 152; Erkan ve Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” 494 vd.; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt

ölüme bağlı tasarruflar genellikle diğer hukuki işlemlerden daha karmaşıktır⁶¹. Keza, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların karmaşıklık derecesi de birbirinden farklıdır. Bu anlamda, ölüme bağlı tasarruf yapmak için gerekli olan ayırt etme gücü bu işlemin içeriğine göre değişmektedir⁶².

El yazılı vasiyetnamelerde mirasbırakanın bu işlemi yaparken ayırt etme gücünü haiz olup olmadığı, vasiyetnameyi imzaladığı ana göre belirlenmektedir⁶³. Buna karşılık, resmi vasiyetnameler ile resmi vasiyetnameyle aynı şekil şartlarına tâbi miras sözleşmelerinde işlemde birlik kuralı (*unitus actus*) geçerli olduğu için mirasbırakan bu işlemlerin yapıldığı

Etme Gücü,” 426. Karmaşık hukuki işlemler yapan bir kimse bu hususta gerekli bütün bilgileri haiz olmayabilir. Böyle hâllerde, bu kişi gerekli bilgilere sahip olmadığı için onun ayırt etme gücünün bulunmadığı sonucuna varılamaz. Bu kişi, karar verebilmesi için ek bilgilere sahip olması gerektiğini idrak edebiliyorsa ayırt etme gücünü haizdir [Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 64].

⁶¹ Helvacı, “Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı,” 1139; Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 13; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 494; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 426 vd. Ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin varlığı veya yokluğu değerlendirilirken mirasbırakanın terekesinin miktarı ve bu terekeye dahil hak, alacak ve borçların türleri de dikkate alınmalıdır (Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 13). Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi’nin mirasbırakanın oğluna sadece saklı payını bıraktığı bir vasiyetnameyi karmaşık bir hukuki işlem olarak kabul etmediği kararı için bkz. BGer 5C.32/2004, 06.10.2004, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-10-2004-5C-32-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES&. Karmaşık ölüme bağlı tasarruflarda daha karmaşık kısım bakımından kısmi iptalin söz konusu olabileceğine ilişkin bkz. Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht-unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 14.

⁶² Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1290; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 426. Aynı yönde bkz. BGer 5C.193/2004, 17.01.2005, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F17-01-2005-5C-193-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES&).

⁶³ Aynı yönde bkz. Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1289; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 426. Karş. Ölmüş bir kimsenin ayırt etme gücünü haiz olup olmadığını değerlendirmenin zorluğu karşısında bu değerlendirme için ölüme bağlı tasarrufun yapılmasından hemen önceki veya hemen sonraki anın esas alınabileceğine ilişkin bkz. İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 62.

süre boyunca ayırt etme gücüne sahip olmalıdır⁶⁴. Sözlü vasiyetnamelerde ise mirasbırakan tanıklara iradesini açıkladığı anda ayırt etme gücünü haiz bulunmalıdır⁶⁵.

Ayırt etme gücü nisbi bir kavram olduğu için bir kimsenin ayırt etme gücünü sürekli veya geçici olarak kaybetmesi her somut olay bakımından özel olarak incelenmelidir⁶⁶. Bu anlamda, örneğin orta evredeki demanslı bir mirasbırakan ölümüne bağlı tasarruf yaptığı anda bu hukuki işlemin sebebini, hüküm ve sonuçlarını anlayabiliyorsa onda ayırt etme gücünün bulunmadığından bahisle bu işlemin iptal olunması mümkün değildir. Benzer şekilde, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf yaptıktan sonra bunu hatırlamaması onun yapmış olduğu bu işlemin geçerliliğini etkilemez⁶⁷.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 12; Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1289 vd. Karş. İsviçre Federal Mahkemesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, vasiyetçinin iradesini açıklaması, noterin ona hukuki tavsiyelerde bulunması ve noteri tarafından vasiyetname metnini hazırlanması sabah, vasiyetçinin vasiyetnameyi noterin önünde okuyarak vasiyetnamenin diğer geçerlilik şartlarının yerine getirilmesi öğleden sonra gerçekleşmiştir. Federal Mahkeme, bu olaya ilişkin kararında vasiyetnamenin metin hâline getirilmesine kadar aranacak ayırt etme gücünün, vasiyetnamenin noter önünde okunmasında ve bundan sonraki aşamalarda bulunan ayırt etme gücünden daha yüksek olduğunu kabul etmiştir. Bu karar için bkz. BGE 117 II 231, 23.05.1991, (Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 12).

⁶⁵ Ferhat Koyuncu, *Sözlü Vasiyetname* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 42; Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, 88.

⁶⁶ Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 24.

⁶⁷ Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 160; Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 12 vd. Aynı yönde bkz. Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2024), 306; Ayan ve Ayan, *Miras Hukuku*, 117; Antalya, *Miras Hukuku*, 302; A. Dilşad Keskin ve H. Reyhan Demircioğlu, *Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 233; Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, 39. Mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olmadığı sırada yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarruf onun ayırt etme gücünü kazanmasından sonra kendiliğinden geçerli hâle gelmez. [Dural ve Öz, *Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku*, 59; İnan, Ertaş ve Albaş, *Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku*, 171, 306; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 281; Ayan, *Miras Hukuku*, 117; Antalya, *Miras Hukuku*, 214; A. Dilşad Keskin ve H. Reyhan Demircioğlu, *Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)*, 233; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 163].

III. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA DEMANSIN İSPATI

Kanun koyucu, TMK m. 13'te ayırt etme gücünü düzenlerken buna ilişkin bir karine öngörmüştür⁶⁸. Bu hüküm uyarınca yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya buna benzer sebeplerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan kişiler ayırt etme gücüne sahiptir. Bu durumda, ergin olup akıl hastası veya akıl zayıflığı içerisinde bulunmayan herkesin ayırt etme gücünü haiz olduğu kabul edilmelidir⁶⁹. Ayırt etme gücü karinesi, işlem güvenliğini sağlamak için öngörülmüş adi bir karinedir⁷⁰. Bundan dolayı, bu karinenin aksinin ispatı mümkündür⁷¹.

⁶⁸ Ayırt etme gücü karinesini TMK m. 13 uyarınca aksi ispat edilebilir kanuni bir karine olarak kabul eden görüş için bkz. Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993), 373; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 294 vd. Aynı yönde bkz. BGer 5C.193/2004, 17.01.2005, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F17-01-2005-5C-193-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES &); BGer 5C.32/2004, 06.10.2004 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-10-2004-5C-32-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES). Karş. Ayırt etme gücü karinesinin kanuni karine olmadığına, genel hayat tecrübelerine dayanan fiili bir karine olduğuna yönelik bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 64; Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61; Helvacı, "Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı," 1140 vd.; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 427.

⁶⁹ Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 373; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 295; Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 156.

⁷⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 71; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 295; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 25; Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme Gücü," 496. Aynı yönde bkz. BGer 5C.193/2004, 17.01.2005, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F17-01-2005-5C-193-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES &); BGer 5C.32/2004, 06.10.2004, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-10-2004-5C-32-2004&lang=de&type=show_document&zoom=YES &).

⁷¹ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61; Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme

TMK m. 6'ya göre, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Bu sebeple, kanunda açıkça istisna olarak öngörülen hâllerde veya genel hayat tecrübelerine göre karşı tarafın ispatla yükümlü olduğu durumlarda ispat yükü yer değiştirmektedir⁷².

TMK m. 557 vd.'de ölüme bağlı tasarrufların iptali bakımından özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu durumda, ölüme bağlı tasarrufların iptalinde TMK m. 6 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, ölüme bağlı tasarrufun iptali için açılan bir davada bu hukuki işlemin iptalini talep eden davacı buna ilişkin sebebin varlığını ispatla yükümlüdür⁷³. Ölüme bağlı tasarrufun iptali talebinin ehliyet eksiliğine dayandığı hâllerde, ayırt etme gücünün varlığı karine olduğu için mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olmadığını iddia eden davacı kural olarak bunu ispatla yükümlüdür⁷⁴. Bununla birlikte, vasiyetnamelerde ayırt etme gücünün ispatı bakımından (küçük yaştakiler ve) akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle hakkında kısıtlılık kararı verilmiş kişiler ile diğer sebeplerle hakkında kısıtlılık kararı verilmiş kişiler arasında bir ayırım yapılmalıdır⁷⁵.

Gücü," 496.

⁷² Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 365; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 276 vd.; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununu Başlangıç Hükümleri* (İstanbul: Filiz Yayınları, 2023), 207 vd.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 206 vd.; M. Kemal ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 320 vd.; Erdoğan ve Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, 202.

⁷³ Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 228. Ölüme bağlı tasarrufun ehliyet eksikliği sebebiyle iptalini talep eden kimsenin bunu ispatla yükümlü olması, ölüme bağlı tasarruflarda mirasbırakanın iradesine üstünlük tanınması esasına da uygundur.

⁷⁴ Ayırt etme gücünü karinesini kanuni karine olarak kabul ederek bu sonuca varan görüş için bkz. Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 373; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 295. Karş. Ayırt etme gücü karinesinin fiili bir karine olduğunu kabul ederek aynı sonuca varan görüş için bkz. Ataay, *Şahıslar Hukuku*, 67; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 71; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 26; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 39; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 427. Ayrıca bkz. İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 64; Yılmaz, *Medeni Hukuk: Miras Hukuku*, 99.

⁷⁵ Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 35; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 377; Eren

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle hakkında kısıtlılık kararı verilmiş kişilerde kural olarak ayırt etme gücünün bulunmadığı kabul edilmelidir⁷⁶. Zira, TMK m. 409/II'ye göre bir kimse hakkında akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlılık kararı verilmesi için resmî sağlık kurulu raporu alınması zorunludur. Bu sebeple, hakkında kısıtlılık kararı verilen bu kişilerin ayırt etme gücünün bulunduğunu iddia etmek oldukça zordur⁷⁷. Bu durumda, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle hakkında kısıtlılık kararı verilmiş kişiler bakımından ispat yükü yer değiştirmektedir⁷⁸. Bu kimselerin yapmış olduğu vasiyetnamelerin iptalini talep eden davacı, mahkemenin kısıtlama kararını ileri sürerek ispat yükünden kurtulur. Böyle hâllerde, mirasbırakanın vasiyetnameyi yaparken ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden davalı bunu ispatla yükümlüdür⁷⁹.

Akıl hastası veya akıl zayıflığı içinde olduğu iddia edilen mirasbırakan hakkında kısıtlama kararı verilmemişse bu kişinin vasiyetname veya miras sözleşmesi yaparken akıl hastalığı veya akıl zayıflığı içinde bulunduğunu iddia eden davacı kural olarak bunu ispatla yükümlüdür. Bununla birlikte, böyle bir kimse hakkında kısıtlama kararı verilmiş olmasa da bu kişinin akıl hastalığı veya akıl zayıflığı içinde olduğu herkes tarafından biliniyorsa onun ölüme bağlı tasarruflarda bulunurken ayırt etme gücüne sahip olduğunu (*lucid*

ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 228 vd.; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 26; Yılmaz, *Medeni Hukuk: Miras Hukuku*, 36; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 62 vd.; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 39. Karş. Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61; Erkan ve Yücer, "Ayırt Etme Gücü," 497. Yukarıda yer verildiği üzere, hakkında kısıtlama kararı verilmiş kişilerin miras sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple, bu kişilerin yaptığı miras sözleşmeleri onların bu işlemin yapılması sırasında ayırt etme gücünü haiz olmalarından bağımsız olarak geçersizdir.

⁷⁶ Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 35; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 377; Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 228 vd.; Eren, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların Dâvası*, 21; Turan, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*, 38.

⁷⁷ Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 35; Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 229; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 162.

⁷⁸ Ataay, *Şahıslar Hukuku*, 67; Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 78; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 35; İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 377; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 63; İnan, Ertaş ve Albaş, *Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku*, 172; Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 229; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 427 vd.

⁷⁹ Eren ve Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 229; İnan, Ertaş ve Albaş, *Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku*, 172; Yılmaz, *Medeni Hukuk: Miras Hukuku*, 87; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 162.

interval) ispat yükü bunu iddia eden davalıya aittir⁸⁰. Bu durumda, hakkında kısıtlama kararı verilmemiş demanslı bir kimsenin günlük yaşamdaki işler yönünden anlık akli ve ruhi durumunun yerinde olmasına rağmen onun yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf bakımından da aynı ispat yükü geçerli olmalıdır⁸¹. Nitekim bundan dolayı, hafif derece demanslı mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflarda ayırt etme gücünün varlığının, buna karşılık ağır derecede demanslı bakımından ise ayırt etme gücünün yokluğunun esas olduğu kabul edilmelidir⁸².

⁸⁰ Aynı yönde bkz. Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61; Yılmaz, *Medeni Hukuk: Miras Hukuku*, 87; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 161; Erkan ve Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” 497; BGer 5C.259/2002, 06.02.2003, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-02-2003-5C-259-2002&lang=de&type=show_document&zoom=YES&). Ağır derece demanslı bireyler bakımından aynı yönde bkz. Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 495; Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1289 ve BGer 5C.259/2002, 06.02.2003, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-02-2003-5C-259-2002&lang=de&type=show_document&zoom=YES&).

⁸¹ Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 16. Aynı yönde bkz. BGer 5A_272/2017, 07.11.2017, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-11-2017-5A_272-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES&). İspat yükünün kime ait olduğu noktasında önem taşıyan bir husus, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin (örneğin *Alzheimer* hastalığı sebebiyle demansın) uzun süredir bu durumda olmasıdır [Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 16; Alexander Biri, *Testierfähigkeit und deren Beweis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung* (Zürich, Basel, Genf: Schulthess, 2016), 50]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaşlılarda demansı uzun süredir devam eden durum olarak kabul ederek bu kişilerde ayırt etme gücünün varlığını ispat yükünü karşı tarafa yüklediği kararı için bkz. BGer, 5A_748/2008, 16.03.2009, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F16-03-2009-5A_748-2008&lang=de&type=show_document&zoom=YES&).

⁸² Geiser ve Fountoulakis, *Zivilgesetzbuch I*, 209; Baur, Garcia Gonçalves ve Wohlwend, “Demenz, Urteilsfähigkeit und Sterbewunsch,” 5; Sommer, “Testierfähigkeit von Demenzkranken,” 495; Blattner, “Demenz im Erbrecht,” 1289. Aynı yönde bkz. BGer 5C.259/2002, 06.02.2003, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-02-

Bir hukuki işlem veya eylemin yapılması sırasında kişinin ayırt etme gücünü haiz olup olmadığı hâkim tarafından değerlendirilmektedir⁸³. Burada hâkim maddi bir olayı değerlendirerek hukuki olaya yönelik sonuca varmaktadır. Zira, hâkimin bir kimsenin akli ve ruhu durumunu ve onun iradesinin diğer kişilerden bağımsız bir şekilde oluştuğunu belirlemesi maddi bir olay, bu durumun somut olaydaki ayırt etme gücüne etkisini tespit ederek sonuca varması ise hukuki bir olaydır⁸⁴. Bu iki olay birbirinden farklı olduğu için akıl hastalığı veya akıl zayıflığı içinde olan bir kimsenin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun geçerli sayılması mümkündür⁸⁵.

Hâkim, bir kişinin akli ve ruhu durumunu belirlemek için tanık beyanlarına, tıbbi kayıtlara ve bilirkişiye başvurabilir⁸⁶. Fakat, kişinin demans hastalığı sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilirken tanık beyanlarına ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Zira, akut semptomlarla dışarıdan anlaşılmayan fakat genel olarak akli durumlarda azalmaya yol açan akıl zayıflıkları eğitimsiz kişilerin gözünden kolaylıkla kaçabilmektedir. Bu tür zayıflıkların teşhisi ve etkisi genellikle sadece tıp doktorları tarafından belirlenebilmektedir⁸⁷. Buna karşılık, bazı hâllerde ise kişinin yakınları onun davranışlarındaki, konuşma tarzındaki ve günlük işlerini halletme biçimindeki

2003-5C-259-2002&lang=de&type=show_document&zoom=YES&); BGER 5A_272/2017, 07.11.2017, (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/ht tp/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-11-2017-5A_272-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES&).

⁸³ Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 26; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 429.

⁸⁴ Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 40; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61 vd.; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 26; Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 11, 17. Benzer yönde bkz. Erdoğan ve Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, 265.

⁸⁵ Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis,” 12.

⁸⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 65; Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*, 61; Öztan, *Miras Hukuku*, 158; Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 112; Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 87; Yücedağ, “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü,” 429. Aynı yönde bkz. Y. 3. HD, E.2016/10091, K.2017/18167, 25.12.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-10091-k-2017-18167-t-25-12-2017>).

⁸⁷ BGE 124 III 5, 16.12.1997, (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-III-5%3Ade&lang=de&type=Show_document).

küçük değişiklikleri hemen fark edebilmektedir⁸⁸. Diğer yandan, tanıkların beyanı mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu sırada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığından ziyade onun genel durumu hakkında bilgi vermektedir⁸⁹. Bu sebeplerle, tanık beyanları somut olayın bütün koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁹⁰. Örneğin el yazılı vasiyetnamelerde mirasbırakanın imza anında ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını belirlemek oldukça güçtür. Zira, vasiyetçi bu tür vasiyetnameleri genellikle yalnızken yapmayı tercih etmektedir. El yazılı vasiyetnamelerde bunların yapıldığı gün, ay ve yıl yer almaktadır. Fakat, bu tarih demanslı bir kimsenin vasiyetnameyi yaptığı andaki akli ve ruhi durumunu belirlemek için yeterli değildir. Böyle hâllerde, mirasbırakanın hastalığının zaman içerisindeki ilerleyişini belirlemek gerekir. Bunun için mirasbırakanın mesleki, sosyal ve sportif faaliyetlerini ayrıntılı şekilde güvenilir tarihlerle anlatan tanık ifadelerine başvurulabilir. Böylece, uzman bir tıp doktoru mirasbırakanın hastalığının evresini tespit ederek onun vasiyetname yaptığı andaki akli ve ruhi durumu hakkında güvenilir bir sonuç çıkarabilir⁹¹.

Ayırt etme gücüne yönelik maddi değerlendirmede bulunulurken mirasbırakanın tıbbi kayıtları, doktor raporları ve hasta gözlem kayıtları ispat aracı olarak kullanılabilir. Bu anlamda, ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu an da dahil olmak üzere uzun süre aynı doktor tarafından takip edilmiş ve detaylı tıbbi kayıtları olan bir mirasbırakanın ayırt etme gücünü haiz olup olmadığı daha kolay tespit edilebilir⁹². Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu sıradaki doktoru veya hemşiresinin tanıklığı da bu konuda kolaylık sağlayabilir⁹³.

⁸⁸ Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 18; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 429.

⁸⁹ Helvacı, "Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı," 1136.

⁹⁰ Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 429.

⁹¹ Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 18.

⁹² Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 18; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 430.

⁹³ Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 18. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunurken hukuki bir yardım almış, örneğin bir avukata danışmışsa bu

Mirasbırakanın ayırt etme gücünün tespitinde tıbbi testler, ispat aracı olarak kullanılabilir⁹⁴. Fakat, bu tür testlerin hukuki olarak anlam ifade edecek hâle getirilmesi gerekir. Özellikle demanslı kişilerin ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde bu hususa dikkat edilmelidir⁹⁵. Zira, örneğin hafif derece demans teşhisi konmuş kişilerin davranışları sekiz-on iki yaşındaki küçüklerin işlevsel kapasitelerine, orta derece demans teşhisi konmuş kimselerin davranışları ise beş-yedi yaşındaki küçüklerin işlevsel kapasitelerine karşılık gelmektedir⁹⁶. Diğer yandan, tıbbi testler bireylerin hukuki olarak ayırt etme güçlerini tespit etmek için geliştirilmemiştir. Bu sebeple, bireylerin ayırt etme gücü sadece tıbbi testler göz önünde tutularak belirlenmemelidir. Bu tür testlerle birlikte, kişilerin duygusal durumu, aile ortamı, kişisel, ailevi ve sosyal ilişkileri de dikkate alınmalıdır⁹⁷. Bu durum, ölüme bağlı tasarruflar bakımından özel bir öneme sahiptir. Zira, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufun içeriğini belirlemesinde onun duygusal durumu, yasal mirasçıları ile mirasçı olarak atadığı veya belirli mal bıraktığı kişilerle arasındaki ilişkiler etkili olmaktadır⁹⁸.

Yukarıda yer verildiği üzere, bir kimsenin akli ve ruhi durumunun belirlenmesi özel ve teknik bilgiyi gerektiren maddi bir olaydır. Bunun için uygulamada hâkimler, demanslı mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını belirlemek için bilirkişiye [Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 266] başvurmak zorundadır⁹⁹. Uygulamada mahkemeler, TMK m. 409/II

durum da onun ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu konusunda emare teşkil edebilir (Sommer, "Testierfähigkeit von Demenzkranken," 500).

⁹⁴ Aynı yönde bkz. Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 18.

⁹⁵ Demans testlerinden elde edilen verilerin ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu konusunda kesin bir sonuç vermediğine yönelik bkz. Baur, Garcia Gonçalves ve Wohlwend, "Demenz, Urteilsfähigkeit und Sterbewunsch," 4 vd.; Blattner, "Demenz im Erbrecht," 1289. Demans testleri hakkında bkz. Biri, *Testierfähigkeit und deren Beweis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, 43 vd.

⁹⁶ Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 18 vd.

⁹⁷ Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 19. Aynı yönde bkz. Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 278.

⁹⁸ Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 19.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel*

uyarınca akıl hastalığı veya akıl zayıflığına dayalı kısıtlama kararının resmi sağlık kurulu raporu üzerine verileceğinden yola çıkarak mirasbırakanın bu durumlar sebebiyle ayırt etme gücünden yoksunluğu değerlendirmesi için en yetkili makam olan Adli Tıp Kurumu'na başvurmuştur¹⁰⁰. Fakat, hâkim mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf yaparken ayırt etme gücü bulunup bulunmadığı hususunda karar vermek için Adli Tıp Kurumu raporuyla yetinmemelidir. Çünkü hukuki olayları değerlendirmek hâkimin görevidir¹⁰¹. Aynı sebepten dolayı, hâkim demanslı mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunduğu anda ayırt etme gücünü haiz olup olmadığını doğrudan doğruya adli tıp kurumuna sormamalıdır¹⁰².

Hâkim, hukuki değerlendirmeyi kendisi yaptığı için bilirkişinin raporuyla bağlı değildir. Mahkemeler, somut olayın bütün koşullarını göz önünde bulundurarak mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunurken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına karar vermelidir (HMK m. 266). Bununla birlikte, hâkim bilirkişinin raporunda vardığı sonuçtan farklı bir sonuca varıyorsa bunu gerekçesiyle ortaya koymalıdır¹⁰³.

Resmi vasiyetname ile bununla aynı şekil kurallarına tâbi miras sözleşmesini yapan mirasbırakanın bu tür hukuki işlemleri yaparken ayırt etme gücünü haiz olup olmadığını belirlemek için bunların noterde hazırlanması aşaması dikkate alınabilir¹⁰⁴. Bu anlamda, noter ölümüne bağlı

Kişiler), 69; Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 26; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 431.

¹⁰⁰ Y. 1. HD, E.2021/2073, K.2022/3118, 14.04.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-2073-k-2022-3118-t-14-4-2022>); Y. 7 HD, E.2021/976, K.2021/3060, 22.11.2021, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2021-976-k-2021-3060-t-22-11-2021>); Y. 3. HD, E.2016/10091, K.2017/18167, 25.12.2017 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-10091-k-2017-18167-t-25-12-2017>); Y. 3. HD, E.2015/17485, K.2017/3830, 27.03.2017, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-10091-k-2017-18167-t-25-12-2017>).

¹⁰¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 72 vd.; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 431 vd.

¹⁰² Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 20. Karş. Erhan Günay, *Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davaları* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 98.

¹⁰³ Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 58; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 432.

¹⁰⁴ Antalya, *Miras Hukuku*, 215; Öztan ve Öztan, "Ölümüne Bağlı Tasarruflara İlişkin

tasarrufu mirasbırakanın talimatları doğrultusunda hazırladığı için bu talimatların göz önünde bulundurulması, bir başka deyişle ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin dikkate alınması mümkündür¹⁰⁵. Bu konuda ehemmiyet arz eden diğer husus, Noterlik Kanunu m. 72/III uyarınca noterlerin uygulamada ölüme bağlı tasarrufu düzenlemeden önce mirasbırakandan ayırt etme gücü olduğuna dair sağlık raporu istemesidir¹⁰⁶. Fakat, bu rapor mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunurken ayırt etme gücüne sahip olduğunu kesin bir şekilde ispatlamamaktadır. Zira, doktorun raporu düzenlediği an ile ölüme bağlı tasarrufun noterde yapıldığı an arasında belli bir zaman dilimi bulunmaktadır¹⁰⁷. Mirasbırakanın ayırt etme gücünü haiz olduğuna ilişkin sağlık raporu sadece ispat yükü bakımından önem taşımaktadır. Bu tür sağlık raporları, mirasbırakanın ayırt etme gücünün varlığına yönelik adi karine teşkil etmektedir¹⁰⁸. Diğer yandan, noterde yapılan ölüme bağlı tasarruflarda tanıkların mirasbırakanı bu hukuki işlemi yapmaya ehil gördüklerine ilişkin şerh vermeleri bu işlemin yapılması sırasında mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olduğuna yönelik bir emare

Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları," 3595; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 433. Demanslı kişiler henüz erken evrede olsalar dahi alışmış oldukları çevreden farklı bir ortamda bulduklarında bilişsel bozukluklarında artış görülebilir. Fakat, demanslı bireyler bu sendromu yaşadıklarının farkında olmamakta veya bunun sebep olduğu semptomları başkalarına belli etmemeye çalışmaktadır (Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 26; Blattner, "Demenz im Erbrecht," 1291). Demanslı kimselerin ölüme bağlı tasarrufu yaptığı sırada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilirken bu husus da göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁰⁵ Aebi-Müller, "Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis," 23. Aynı yönde bkz. BGE 124 III 5, 16.12.1997, (http://relevancy.bger.ch/php/c_lir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-III-5%3Ade&lang=de&type=show_document).

¹⁰⁶ "Bu konuda detaylı bilgi için bkz. "Özü: Noterlik işlemlerinde kullanılacak hukuki işlem yapma ehliyetine ilişkin doktor raporları" olan 12.06.2019 tarihli Genelge No. (2) Nisan 18, 2024, <https://portal.tnb.org.tr/Lists/BirlestirilmisGenelgelerListesi/Attachments/2/Birlestirilmis%20Genelge%202.pdf>.

¹⁰⁷ Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 433.

¹⁰⁸ Antalya, *Miras Hukuku*, 215; Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, 163; Yücedağ, "Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü," 433. Aynı yönde bkz. Öztan ve Öztan, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları," 3595. Karş. Ayiter ve Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 79.

sayılabılır¹⁰⁹. Ayrıca, bu şerh bir şekil şartı olarak ölüme bağlı tasarrufların geçerlilik şartıdır (TMK m. 534/II, 535/II, 557/4).

SONUÇ

Demans, bilişsel, davranışsal ve işlevsel yeteneklerini etkileyen çeşitli nörolojik hastalıklarda görülen semptomlar bütünüdür. Demanslı bireylerin ayırt etme gücü, bu sendrom sebebiyle ortadan kalkabilmektedir. Ayırt etme gücü, ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin koşullarından biridir. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu sırada ayırt etme gücüne sahip değilse TMK m. 557/1uyarınca bu hukuki işlem dava yoluyla iptal edilebilir.

Ayırt etme gücü, TMK m. 13'te olumsuz bir biçimde tanımlanmıştır. Buna göre, bir kişide ayırt etme gücünün bulunması için onun akla uygun davranma yeteneğine sahip olması ve ayırt etme gücünü ortadan kaldıran durumlardan (yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve buna benzer sebepler) birinin içinde olmaması gerekir. Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır. Bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı her hukuki işlem ve eylem bakımından özel olarak değerlendirilmektedir. Bu husus, hukuki işlemlerin karmaşıklık derecesinin birbirinden farklı olmasına da uygundur.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yaptığı sırada ayırt etme gücünü haiz olması için onun yapmış olduğu bu işlemin sebep ve sonuçlarını anlaması, terekisinin miktarı ve içeriği hakkında en azından genel bir bilgiye sahip olması, ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunmak istediği veya mirasçılıktan çıkarmak istediği kişilerle arasındaki ilişkilerin mevcut durumunun farkında olması ve diğer kişilerden bağımsız olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunma kararı almış olması gerekir. Ayrıca, mirasbırakan yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya buna benzer bir sebeple akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmamalıdır. Fakat, demanslı birey, bu durumu nedeniyle semptomlarının sebebine göre ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu sırada akıl zayıflığı veya sarhoşluğa benzer bir sebep içinde olabilir.

Demansın akıl zayıflığı içinde değerlendirilmesi ile sarhoşluğa benzer bir

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Helvacı, “Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı,” 1146; BGE 124 III 5, 16.12.1997, (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F124-III-5%3Ade&lang=de&type=show_document).

sebeplendirilmesinin sonuçları iki açıdan birbirinden farklıdır. Birincisi akıl zayıflığı sebebiyle hakkında kısıtlama kararı verilmiş bir kimsenin miras sözleşmesi yapması mümkün değildir. İkincisi ise akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanmış kişiler ile sarhoşluğa benzer sebep içindeki kişilerin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının ispatı noktasındadır.

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunduğu sırada bu işlemi yapma ehliyetine sahip olmadığını iddia eden davacı kural olarak bunu ispatla yükümlüdür. Fakat, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle hakkında kısıtlılık kararı verilmiş kişiler bakımından ispat yükü tersine çevrilmiştir. Zira, bu kişilerin akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmasının esas olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanan demanslı mirasbırakanın vasiyetname yaptığı sırada ayırt etme gücünü haiz olduğunu iddia eden davalı bunu ispatla yükümlüdür.

Akıl hastası veya akıl zayıflığı içinde olduğu iddia edilen mirasbırakan hakkında kısıtlama kararı verilmemişse onun vasiyetname veya miras sözleşmesi yaparken ayırt etme gücünden yoksun olduğunu iddia eden davacı kural olarak bunu ispatla yükümlüdür. Fakat, bu kişiler hakkında kısıtlama kararı verilmiş olmasa da onların akıl hastalığı veya akıl zayıflığı içinde olduğu herkes tarafından biliniyorsa bu kişilerin ölümüne bağlı tasarrufta bulunduğu sırada ayırt etme gücüne sahip olduğunu ispat yükü bunu iddia eden davalıya aittir.

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunduğu anda akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olup olmadığı hâkim tarafından değerlendirilmektedir. Burada hâkim maddi bir olayı değerlendirerek hukuki bir olaya yönelik sonuca varmaktadır. Hâkim, mirasbırakanın akli ve ruhu durumunu tespit etmek için tanık beyanlarına, tıbbi kayıtlara ve bilirkişiye başvurabilir. Demanslı mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf ehliyetini belirlemek için bilirkişiye başvurulması HMK m. 266 gereği zorunludur. Uygulamada hâkimler, TMK m. 409/II'ye göre, akıl hastalığı veya akıl zayıflığına dayalı kısıtlama kararının resmi sağlık kurulu raporu üzerine verilmesinden yola çıkarak mirasbırakanın bu durumlar sebebiyle ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığının bu konudaki en yetkili makam olan Adli Tıp Kurumu tarafından değerlendirilmesini istemektedir. Fakat, mahkemeler mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf ehliyeti hususunda karar vermek için Adli Tıp Kurumu raporuyla yetinmemelidir. Çünkü hukuki olayları değerlendirmek hâkimin görevidir. Nitekim bundan dolayı, mahkemeler bilirkişi raporuyla bağlı değildir. Bununla birlikte, bilirkişi raporundan farklı bir sonuca varan hâkim buna ilişkin gerekçesini ortaya koymalıdır.

KAYNAKÇA

- Acıbadem Sağlık Grubu. “Demans.” Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024. <https://www.acibadem.com.tr/ilgi-alani/demans/>.
- Aebi-Müller, Regina E. “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis.” *Successio: Zeitschrift für Erbrecht*, no. 6 (2012): 4-32.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Alzheimer’s Disease International. “Types of Dementia.” Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024. <https://www.alzint.org/about/dementia-facts-figures/types-of-dementia/>.
- Antalya, O. Gökhan. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Arpacı, Abdülkadir. *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.
- Ataay, Aytekin. *Şahıslar Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Atlı, Banu. *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ayiter, Nüşin ve Ahmet M. Kılıçoğlu. *Miras Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 1991.
- Baur, Isabel, Cristina Garcia Gonçalves ve Marc Wohlwend. “Demenz, Urteilsfähigkeit und Sterbewunsch.” Jusletter. Erişim Tarihi: Ağustos 27, 2018. https://jusletter.weblaw.ch/jus/issues/2018/946/demenz_urteilsfahig_f16de7b972.html__ONCE&login=false.
- Biri, Alexander. *Testierfähigkeit und deren Beweis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*. Zürich, Basel, Genf: Schulthess, 2016.
- Blattner, Julia. “Demenz im Erbrecht.” *Aktuelle Juristische Praxis*, no. 12 (2022): 1285-301.
- Bucher, Eugen ve Regina E. Aebi-Müller. *Berner Kommentar: Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.
- Çabri, Sezer. *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununu Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Yayınları, 2023.

- Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. *Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Yayınları, 2022.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku: Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Yayınları, 2023.
- Dünya Sağlık Örgütü. "Global Action Plan on the Public Health Response to Dementia 2017-2025." Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024. <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/259615/9789241513487eng.pdf?sequence=1>.
- Edis, Seyfullah. *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993.
- Erdoğan, İhsan ve A. Dilşad Keskin. *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*. Ankara: Gazi Yayınları, 2020.
- Eren, Fikret. *Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların Dâvası*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası Yayınları, 1966.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Erkan Vehbi Umut ve İpek Yücer. "Ayırt Etme Gücü." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no 3 (2011): 485-522.
- Eşsiz, Ömer Övünç. "Demansın Hukuki Boyutları." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Geiser, Thomas ve Christiana Fountoulakis. *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2022.
- Günay, Erhan. *Bilimsel Görüşler ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Gürvit, İ. Hakan ve Bengi Baran. "Demanslar ve Kognitif Bozukluklarda Ölçekler." *Nöropsikiyatri Arşivi* 44, no. 2 (2007): 58-65.
- Hatemi, Hüseyin. *Miras Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.
- Helvacı, İlhan. "Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı." İçinde *Prof. 55. Yaş Günü Armağanı*, Ed. Abuzer Kendigelen, 1113-50. İstanbul: Beta Yayınları, 2002.
- İmre, Zahit. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2024.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş. *Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2024.

- İşgüzar, Hasan, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Keskin, A. Dilşad ve H. Reyhan Demircioğlu. *Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Yayınları, 2023.
- Kızılay-Güneylioğlu, Aygül. “Alzheimer Hastalarının Fiil Ehliyetinin İncelenmesi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 4 (2022): 2249-66.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Yayınları, 1978.
- Koyuncu, Ferhat. *Sözlü Vasiyetname*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Köprülü, Bülent. *Miras Hukuku Dersleri I*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975.
- Liv Hastaneleri. “Demans Nedir ve Belirtileri Nelerdir?.” Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024. <https://www.livhospital.com/liv-saglik-kosesi/demans-nedir-belirtileri-nelerdir>.
- Memorial Sağlık Grubu. “Demans (Bunama) Nedir? Demans Belirtileri Nelerdir?.” Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024. <https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demans-nedirdemanshastaligibelirtileri#:~:text=Demans%2C%20beyin%20hücrelerinin%20birbirleri%20ile,demans%20hastalığı%20olarak%20kabul%20edilir>.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk: Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Yayınları, 2024.
- Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.
- Öztaş, Bilge. *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Öztaş, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Yayınları, 2023.
- Öztaş, Bilge ve Fırat Öztaş. “Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun’daki ve Noterlik Kanunu’ndaki Şekil Şartları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 3585-615.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Serozan, Rona, Baki İlkay Engin ve Yeşim M. Atamer. *Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.
- Sommer, Sara. “Testierfähigkeit von Demenzkranken.” *Aktuelle Juristische Praxis*, no. 4 (2020): 491-501.

- T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü. “Alzheimer ve Diğer Demans Hastalıkları Klinik Protokolü.” Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024. <https://shgmarges.tddb.saglik.gov.tr/Eklenti/38985/0/alzheimerkpyayinverspdf.pdf?tag1=9846AF6D60426582E76AF7500012C853DC551775>.
- Turan, Gamze. *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Türkiye Alzheimer Derneği. “Alzheimer Hastalığı Nedir?.” Erişim Tarihi: Nisan 13, 2024. <https://www.alzheimerderneği.org.tr/alzheimer-hastaligi-nedir/>.
- Türkiye İstatistik Kurumu Nüfus İstatistikleri Portalı. “Yaş Grubuna göre Nüfus.” Erişim Tarihi: Nisan 12, 2024. <https://nip.tuik.gov.tr/?value=YasGrubunaGoreNufus>.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk: Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Yücedağ, Nafiye. “Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti için Gerekli Ayırt Etme Gücü.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2022): 421-36.

EVLİ OLMAYAN KİŞİLERE ÜREMeye YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNDEN YARARLANMA HAKKI TANINMAMASININ HUKUKİ GEREKÇELERİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

An Evaluation of the Legal Grounds for Not Allowing Unmarried People to Receive Medically Assisted Reproduction Treatment

Zeynep Damla TAŞKIN*

Öz

Türk hukukunda üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanma hakkı sadece evli kişilere tanınmıştır. Doğal yoldan çocuk sahibi olamayan evli kişiler, birbirlerine ait üreme hücrelerini kullanarak yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olabilmektedir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurabileceklere ve yöntemin kendisine ilişkin bu sınırlama, bugüne kadar çeşitli açılardan hukuka aykırılık iddialarına konu edilmiştir. Ancak bu iddiaları değerlendiren Danıştay, yürürlükteki miras hukuku ve soybağı hükümleri göz önünde bulundurulduğunda anılan sınırlamaların yerinde olduğuna karar vermiştir. Bu çalışmada Danıştay tarafından sunulan gerekçelerin, evli olmayan kişilerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden dışlanmasını meşru kılıp kılamayacağı irdelenmiştir. Bu sırada, elde edilmiş embriyoların eşlerden birinin ölümü üzerine imha edilmesini öngören Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 20. maddesinin ilgili kısmı hakkında verilen yürütmeyi durdurma kararı da çiftin evli olması zorunluluğu açısından değerlendirilmiştir. Çalışmanın sonunda ise, evli ve evli olmayan çiftler arasında yapılan ve meşru bir dayanağı olmayan bu ayrımın ortadan kaldırılması için yapılabilecek düzenleme tekliflerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, evlenme, soybağı, doğum öncesi tanıma, erkeğin ölümünden sonra yapay dölleme.

Makalenin Geliş Tarihi: 21.09.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 03.06.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: damla.taskin@bilgi.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3069-6753.

Abstract

Turkish law grants the right to medically assisted reproduction exclusively to married couples. Married couples who cannot bear children naturally, make use of their own gametes through artificial insemination. The restrictions regarding the methods to be applied in terms of medically assisted reproduction and the circle of possible applicants had been called into question for several reasons. However, considering the succession law and child-paternity regulations in force, the Council of State found these allegations to be unfit. This article puts into question whether the grounds presented by the Council of State justifies the fact that unmarried couples are deprived of access to medically assisted reproduction. The article also evaluates the marriage requirement in a close link with the stay of execution rendered by the Council of State regarding Article 20 of Regulation for Medically Assisted Reproduction Treatments and Assisted Reproduction Treatment Centers, according to which the embryos shall be destroyed following the death of one of the spouses. On a final note, possible amendments have been drafted in an attempt to overcome the unjustified treatment towards unmarried couples who wish to benefit from medically assisted reproduction.

Keywords: Medically assisted reproduction methods, marriage, parent-child relationship, prenatal recognition, posthumous medically assisted reproduction.

İnceleme Konusunun Sınırlandırılması

Bu çalışmanın kapsamını 15 Kasım 2018 tarihinde 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a (2238 sayılı Kanun) yapılan bir ekleme ile ilk defa kanuni bir dayanağa kavuşan üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ve bu uygulamanın, bireylerin kanunlar önündeki eşitliği ilkesine aykırı düzenlenme biçimi oluşturmaktadır. 2238 sayılı Kanun Ek Madde 1'de doğal yollarla çocuk sahibi olunamaması halinde, kadın ve/veya erkeğe ait üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hale getirilmesi ve vücut içinde veya dışında döllenme sağlanmasının mümkün olduğu belirtilmiş; ancak bu yöntemin uygulama alanı evli eşler ile sınırlandırılmıştır. Bu çalışmada hareket noktası, bahse konu tedavi yöntemlerine erişimin sadece evli çiftlere açık olmasının, evli olmayan ancak çocuk sahibi olabilmek için üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasına ihtiyaç duyan kişiler açısından bir eşitsizlik

yarattığıdır¹. Çalışmanın devamında ise, bu eşitsizliği meşru kılabilecek bir gerekçenin olup olmadığı araştırılacaktır.

I. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerini Evli Çiftlerle Sınırlayan Düzenlemelerin Kanunlaşma Süreci

2238 sayılı Kanun'un evli çiftlere ilişkin sınırlaması Türk hukuku açısından bir yenilik yaratmış değildir. Zira bu konu ilk defa 1987 yılında İnvitro Fertilizasyon ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği² adı altında düzenlendiğinde de üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanabilecek kişilerin evli olması gereği mevcuttu^{3,4}. Bu durum ne bahse konu yönetmeliği yürürlükten kaldıran 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te (2010 ÜYTE)⁵ ne de bugün aynı isimle yürürlükte olan 2014 tarihli Yönetmelik'te (ÜYTE Yönetmeliği)⁶ değişti. 2238 sayılı Kanun'da Ek Madde 1 altında yer verilen düzenlemenin, maddi hukuk alanında bir farklılık yaratmamış olmakla beraber, yönetmeliğe dayanılarak çıkarılan bir kanun hükmü olması sebebiyle kanun çıkarma tekniği açısından düşündürücü olduğu söylenebilir. Zira normlar hiyerarşisi açısından beklenen, tam tersi yönde bir kronolojidir.

¹ Bu konuda bir çalışma için bkz. Aysen Çilenti Konuralp, "Medeni Hale Dayalı Bir Ayrımcılık Örneği: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik," içinde *Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri, Cilt I*, ed. Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim, Özlem Karaman Coşgun ve Hanife Doğrusöz Koşut (İstanbul: On İki Levha, 2022), 403 vd.

² RG, 21.08.1987, S. 19551.

³ Bu yöndeki düzenlemeler için bkz. İnvitro Fertilizasyon ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 1, 19, 20 ile "Hasta Seçim Kriterleri" başlıklı eki.

⁴ Türkiye'de üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler ve kısıtlamaların gelişim sürecinin aktarımı için bkz. Ertunç Mega et al., "Türkiye'de Tıbbi Yardımla Üreme Tedavisine Erişim ve Üreme Hakları," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (Bahar 2021): 282 vd.

⁵ RG, 06.03.2010, S. 27513. Tedavi yöntemlerinden yararlanmak için başvuracak kişilerin birbirleri ile evli olması gereğini vurgulayan hükümler için bkz. 2010 ÜYTE Yönetmeliği m. 1, 15 ile "ÜYTE Uygulanacak Çiftlere Ait Bilgilendirilmiş Muvafakat Formu", "Embriyo Saklama Bilgi Formu", "Embriyo Çözme Bilgi Formu" ve "Embriyo İmha Bilgi Formu" başlıklı ekleri.

⁶ RG, 30.09.2014, S. 29135. Tedavi yöntemlerinden yararlanmak için başvuracak kişilerin birbirleri ile evli olması gereğini vurgulayan hükümler için bkz. ÜYTE Yönetmeliği m. 1, 4 (ğ), 19 ve "Müeyyide Formu" başlıklı eki.

Söz konusu yönetmeliklerin üremeye yardımcı tıbbi yöntemlere başvurabilecek kişileri evli çiftlerle sınırlayan ve eşlere de sadece kendilerine ait üreme hücrelerini kullanma imkanı tanıyan düzenlemelerinin hukuka aykırı olduğu iddiası zaman zaman gündeme gelmiştir. Hukuka aykırılık sebebiyle ilgili düzenlemelerin iptalinin istendiği bu davalarda, Danıştay hukuka aykırılık iddialarını reddetmiştir⁷. Ancak aynı yönde hüküm kurulmuş olmasına rağmen, 22 Ocak 2018 tarihli Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında Danıştay Tetkik Hakimi, üreme hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı" kapsamında korunan bir hak olduğuna ve bu nedenle, Anayasa'nın 90. ve 13. maddeleri gereğince, bu temel hakkın yönetmelik ile değil, sadece kanun ile sınırlanabileceğine dikkat çekmiştir⁸. 2018 yılında 2238 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in en azından bu açığı kapatmayı amaçladığı söylenebilir. Nitekim söz konusu ek maddenin 2238 sayılı Kanun'a eklenmesine ilişkin 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. Maddesinin gerekçesinde de, kanun hükmünden ziyade ÜYTE Yönetmeliği'ndeki düzenlemelerin gerekçelendirildiği dikkat çekmektedir: *"Halkımızın inançları, değer yargıları ve sosyo kültürü muvacehesinde üremeye yardımcı tedavi işlemleri kapsamında uygulanabilen donasyon, üreme hücreleri ve embriyonun başkalarında kullanılması, taşıyıcı annelik gibi işlemlere izin verilmemekteydi."* ifadeleri ile, adeta kanun hükmü olmayan bir dönemde yine de bu tür sınırlamalara yer verilmiş olması meşrulaştırılmak istenmiştir.⁹ Hemen ardından ise son yıllarda bu alanda yaşanan ihlaller ve meselenin arz ettiği önem sebebiyle, ÜYTE Yönetmeliği ile getirilen düzenlemenin kanuna da alınması ihtiyacının doğduğuna işaret edilmiştir.

⁷ İlgili kararlar için bkz. D. 10. D., E. 2019/12377, K. 2021/4701, 12.10.2021, Lexpera; D. 15. D., E. 2016/10499, K. 2018/6470, 26.9.2018, Lexpera ve bu kararı onayan İDDK., E. 2019/723, K. 2020/2693, 25.11.2020, Lexpera. Ayrıca 2010 ÜYTE Yönetmeliği döneminden aynı yönde bir karar için bkz. İDDK., E. 2015/186, K. 2018/70, 22.1.2018, Lexpera; D. 15. D., E. 2013/2818, K. 2015/6180, 16.10.2015, Lexpera.

⁸ İDDK., E. 2015/186, K. 2018/70, 22.1.2018, Lexpera: Kararda iptali istenen hükümler 2010 ÜYTE Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir.

⁹ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in özel hayat ve onun bir parçası olan aile hayatının korunması çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. Çilenti Konuralp, "Medeni Hal," 409 vd.

Bununla beraber bu çalışmada incelenecek olan husus hükmün normlar hiyerarşisi açısından sorunlu olup olmadığı değil; üreme hakkına getirilen sınırlamanın nasıl gerekçelendirildiğidir. Bu çerçevede öncelikle Danıştay'ın bu sınırlamanın hukuka aykırı olmadığı yönündeki kararlarını dayandırdığı gerekçelerin yerindeliği sorgulanacaktır. Bunun ardından ise eşlerden birinin ölümü halinde saklanan embriyoların imha edilmesini düzenleyen ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5)'in ilgili kısmının yürütmesinin durdurulması yönünde verilmiş olan 31 Mayıs 2022 tarihli Danıştay 10. Hukuk Dairesi kararı ele alınacak ve bu karar, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasını evli çiftlere hasreden sınırlamanın kaldırılması açısından değerlendirilecektir.

II. ÜYTE Yönetmeliği ile Üreme Hakkına Getirilen Sınırlamaların Hukuka Aykırı Olmadığı Yönündeki Danıştay Kararlarında Sunulan Gerekçelerin Değerlendirilmesi

Bu başlık altında değinilecek Danıştay kararları incelenirken, iptali istenen düzenlemelerin birbirinden ayrılması gerekir. Zira kimi kararlarda iptal isteminin konusu üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin sadece evli çiftlerin erişimine açık olmasıyken, Danıştay 15. Hukuk Dairesi'nin 2015 yılında vermiş olduğu kararda evli çiftlerin sadece kendilerine ait üreme hücreleri kullanabilmesine ilişkin sınırlamanın iptali talep edilmiştir. Aşağıda da görüleceği üzere, kararlar gerekçeleri yönünden birbirine oldukça yakındır. Ancak sunulan gerekçelerin, iptal isteminin konusu açısından yeterince ikna edici olup olmadığı kararların her biri için ayrı olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle bu çalışmada Danıştay'ın ilgili kararları, konuları bakımından gruplanarak iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

A. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Evli Çiftlerle Sınırlanması Gereğine İlişkin Danıştay Kararları

İnceleme konusunu ilgilendiren en yakın tarihli karar Danıştay 10. Dairesi tarafından verilmiştir. Karara konu istem, bu çalışmanın kapsamı dışında kalan bazı düzenlemeler yanında, ÜYTE Yönetmeliği m. 1'de yer alan "evli" ibaresinin, m. 4 (ğ)'de yer alan "kocanın" ve "Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin" ibarelerinin iptalidir. Kararda öncelikle üreme hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde, hem özel yaşama saygı hem de aile yaşamına saygı hakkı bağlamında korunduğunun altı çizilmiştir. Ancak bunun hemen devamında, "üremeye yardımcı tedavide hızlı ilerleyen tıbbi ve bilimsel gelişmelere karşın, toplumların etik ve ahlak anlayışları dikkate alındığında bu konularda

devletlerin geniş bir takdir alanına sahip olduğu” hususuna da dikkat çekilmiştir¹⁰. Karar tarihinde 2238 sayılı Kanun’a üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin hüküm eklenmiş olup; çalışma konusunun kanuni dayanağını oluşturan Ek Madde 1’in gerekçesine de karar metninde atıf yapılmıştır. Danıştay 10. Dairesi, davalı İdare’nin soybağına ilişkin yürürlükteki mevzuat hükümlerini göz önünde bulundurmuş olduğunu – diğer bir ifadeyle, davalı İdare tarafından soybağı ve nesillerin korunması amacıyla hareket edildiğini – vurgulamıştır. Sonuç itibariyle, halkın değer yargıları, sosyo-kültürel yapısı ile soybağı ve miras hukuku hükümleri göz önünde bulundurularak, soybağının korunması amacıyla yapıldığı anlaşılan düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

2010 ÜYTE Yönetmeliği döneminde, başvuranların “evli çift” olmasını ve “evlilik cüzdanı fotokopisi” sunulmasını arayan düzenlemelerin iptali için açılan davada da, Danıştay 15. Dairesi’nin yine soybağı ve miras hukuku hükümlerine vurgu yaptığı görülmektedir. 2015 yılında verilen bu kararda, yönetmeliğin dava edilen ve çalışma konusunu ilgilendiren tüm hükümlerinin, “soybağı ile miras hukuku hükümleri de göz önünde bulundurularak, anne veya anne adayları ile çocuğun beden ve ruh sağlığının korunması, çağdaş bilimin gereklerine uygun, hızlı, kolay erişilebilir, verimli, kaliteli, hakkaniyete uygun yaygın, sürdürülebilir yüksek standartlara sahip sağlık hizmeti sunulması amacıyla kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurulmak suretiyle oluşturulduğu ve yürürlüğe konulduğu” sonucuna varılmıştır¹¹. Bu çerçevede çalışma konusu ile ilgili hükümlerin de hukuka aykırı olmadığı yönünde karar verilmiştir.

Yukarıda anılan iki kararda da, davalı İdare tarafından soybağı ve miras hukuku hükümlerinin göz önünde bulundurulmuş olduğunun altı çizilmiştir. Ancak hangi soybağı ve miras hukuku hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, soybağının korunabilmesi için üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin sadece evli çiftlerle sınırlı olarak uygulanması gerektiği kararlardan anlaşılabilir. Bunun yanında, Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) miras hakkına ilişkin düzenlemelerinde, çocuğun evlilik içinde doğup doğmamasına bağlı bir ayırım yapılmadığını da belirtmek gerekir. Önemli olan çocuğun anne ve babası ile soybağının kurulmuş olup olmadığıdır. Bu soru olumlu yanıtlandığında, çocuğun hem annesine hem de babasına mirasçı olması evlilik içinde doğup doğmamasından bağımsız olarak mümkündür.

¹⁰ D. 10. D., E. 2019/12377, K. 2021/4701, 12.10.2021, Lexpera.

¹¹ D. 15. D., E. 2013/2818, K. 2015/6180, 16.10.2015, Lexpera.

Anne ile soybağı doğum yoluyla kurulan çocuğun, annesi ile evli olmayan babası ile de soybağı pekala kurulabilecektir. Anne ile evlilikte (doğum sırasında veya daha sonra) kendiliğinden kurulan baba yönünden soybağı, anne ve babanın evli olmadığı hallerde de tanıma veya babalık hükmü yoluyla kurulmaktadır. Bu anlamda evli olmaksızın çocuk sahibi olmak isteyen bir çiftin karşısına soybağı ve miras hukuku düzenlemelerinin engel olarak çıkarılması düşündürücüdür¹².

Danıştay 15. Dairesi'nin anne ve anne adayları ile çocuğun beden ve ruh sağlığının korunması gereğini vurguladığı gerekçesi de yeterince açık değildir. Evli olmayan kişilere üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulandığında, anne ya da anne adayları ile çocuğun beden ve ruh sağlıklarının nasıl bir tehlikeye düşeceği sorusu kararda cevaplanmış değildir¹³. Yine evli olmayan çiftlerin, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin çağdaş bilimin gereklerine uygun, hızlı, kolay erişilebilir, verimli, kaliteli, hakkaniyete uygun, yaygın, sürdürülebilir yüksek standartlara sahip sağlık hizmeti sunulabilmesi amacını gerçekleştirmesine nasıl engel olabileceği de soru işaretidir. Danıştay 15. Dairesi'nin 2010 ÜYTE Yönetmeliği'nde iptali istenen tüm hükümler için ortak bir gerekçe sunmuş olması sebebiyle bu soruları cevaplandırmak ne yazık ki mümkün olmamaktadır.

B. Evli Çiftlerin Sadece Kendilerine Ait Üreme Hücrelerini Kullanabileceğine İlişkin Danıştay 15. Dairesi Kararı

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin evli çiftlerle sınırlandırılmasının gerekçesi olarak sunulan soybağı ve miras hukuku hükümleri, tüm muğlaklığına rağmen, Danıştay'ın farklı kararlarında da yer bulmuştur. Örneğin 2020 yılında İDDK kararı ile onanan Danıştay 15. Daire kararına konu istem, ÜYTE Yönetmeliği'nin "Müeyyide Formu" başlıklı ekinin 4. ve 5. maddelerinin iptalidir¹⁴. Söz konusu hükümlerin ilkinde, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuracak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin devamında da bunu destekler şekilde, donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması yasaklanmıştır.

¹² Aynı yönde bkz. Çilenti Konuralp, "Medeni Hal," 413.

¹³ Aynı yönde bkz. Çilenti Konuralp, "Medeni Hal," 414.

¹⁴ D. 15. D., E. 2016/10499, K. 2018/6470, 26.9.2018, Lexpera.

Danıştay 15. Dairesi, iptali istenen düzenlemenin “soybağı ile miras hukuku hükümleri de göz önünde bulundurularak, anne veya anne adayları ile çocuğun beden ve ruh sağlığının korunması, çağdaş bilimin gereklerine uygun, hızlı, kolay erişilebilir, verimli, kaliteli, hakkaniyete uygun, yaygın, sürdürülebilir yüksek standartlara sahip sağlık hizmeti sunulabilmesi amacıyla kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurulmak suretiyle oluşturulduğu ve yürürlüğe konulduğu anlaşılmalı Yönetmeliğin dava konusu edilen hükümlerinde hukuka aykırılık bulunmadığı” sonucuna varmıştır. Görülebileceği üzere, alıntılanan kısımdaki ifadeler, aynı dairenin 3 yıl önce verdiği ve üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulama alanını evli çiftlerle sınırlayan düzenlemeye ilişkin kararındakilerle birebir aynıdır. Oysa iptali istenen Müeyyide Formu m. 4’te, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanmak isteyen evli çiftlerin sadece kendi üreme hücrelerini kullanmalarına izin verilmiştir. Bu hükümde, evli bir çiftin çocuk sahibi olmak ve bu çocukla anne ve baba yönünden soybağı kurmak üzere üçüncü bir kişinin üreme hücrelerinden yararlanmaları veya kendi üreme hücreleri kullanılmasına rağmen, embriyoların başka adaylara transferi yasaklanmıştır. Dolayısıyla yapılan inceleme ve inceleme sırasındaki gerekçelendirmeler de bu konuyla sınırlı olarak düşünülmelidir.

İlgili hükmün iptal edildiği bir ihtimalde, anne ya da anne adaylarının ve çocuğun beden ve ruh sağlığının nasıl bir tehlikeye düşeceği sorusu bu kararda da cevaplanmış değildir. Ancak söz gelimi embriyonun bir taşıyıcı anneye uygulanması durumunda yumurtası döllenmiş kadın (genetik anne) ve çocuğu doğuracak kadının farklı kişiler olmasından kaynaklanan bir soybağı sorunu olacaktır. Türk hukukunda anne ile soybağının doğumla kurulduğu düşünülecek olursa, dünyaya gelen çocuğun annesi hukuken taşıyıcı anne olmalıdır. Bu durumda taşıyıcı annenin evli olması halinde çocukla baba yönünden soybağı kurulacak kişi de taşıyıcı annenin eşi olacak; taşıyıcı anne evli değilse, çocuğun baba yönünden soybağı – tanıma veya babalık hükmü ile soybağı kurulmadığı takdirde – boş kalacaktır. Diğer bir deyişle taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmak isteyen çiftin çocukla hukuki yönden hiçbir ilişkisi olmayacaktır. Oysa açıklanan bu sonuçlar, taşıyıcı anneliğin amacına ters düşmektedir¹⁵. Öğretide çocuk ve anne arasında doğum yoluyla

¹⁵ Yapay dölleme halinde çocuk ile annesi arasında kurulacak soybağı hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Şeyda Dursun Karaahmetoğlu ve Tülay Aydın Ünver, “Ana ile Çocuk Arasında Kurulan Soybağının Reddi,” içinde *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt I*, ed. Zeynep Özlem Üskül Engin (İstanbul: On İki Levha, 2019), 305 vd.

kurulan soybağının reddedilebileceğinin de savunulduğu görülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, mevzuattaki yasağa rağmen taşıyıcı annelik gerçekleşecek olursa, taşıyıcı anne ile çocuk arasında kurulan soybağı taşıyıcı anne veya üreme hücresi kullanılan kadın tarafından reddedilebilmelidir¹⁶. Ancak bir an için bunun kabul edilebileceği düşünülecek olsa dahi, bunun ancak Türk Medeni Kanunu'nun soybağı açısından öngördüğü çerçevenin genişletilmesi yoluyla mümkün olacağı yadsınamaz.

Öte yandan, mevcut düzenlemeler çerçevesinde, evli bir kadının yumurtası eşi dışındaki bir erkeğin spermi ile döllenirse, çocuğun soybağı kadının kocası ile kurulacaktır. Esasen evli bir kadının, eşi dışında bir erkekle cinsel ilişkiye girerek doğal yolla gebe kalması da pekala mümkündür. Bu durumda doğacak çocuğun baba yönünden soybağı biyolojik babasıyla değil, annesinin eşiyle kurulacaktır. Diğer bir ifadeyle, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri çerçevesinde bir başka erkeğin spermi kullanıldığında varılacak

¹⁶ Haluk N. Nomer, "Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri," içinde *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, ed. Nami Barlas, Abuzer Kendigelen ve Suat Sarı (İstanbul: Beta, 2000), 570 vd. (Bir üçüncü kişinin döllenmiş yumurtası rahmine nakledilen kadının amacı çocuğu sahiplenmek ise ve yumurtasını bağışlayan kadın da bu amaçla hareket etmiş ise, doğuran kadın artık çocuk ile arasındaki soybağını reddedemez, Nomer, "Nesep Problemleri," 568); Saibe Oktay Özdemir ve Gülen Sinem Tek, "Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri," içinde *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, ed. Tufan Öğüz (İstanbul: Filiz, 2013), 919. Ana yönünden soybağının reddinin mümkün olmadığı görüşünde bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2017), III § 5 N. 17. Çocuk ile arasında soybağı kurulacak kişinin onu doğuran kadın değil, üreme hücreleri kullanılan kadın olduğu görüşünün benimsenmesinin daha isabetli olduğu yönünde bkz. Başak Baysal, "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı," içinde *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I*, ed. Baki İlkay Engin (İstanbul: On İki Levha, 2010), 517. Karş. A. Dilşad Keskin, "Bölünmüşlük Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (Nisan-Mayıs 2020): 2011; A. Dilşad Keskin, "Tüp Bebek Tedavisinde Yanlış Embriyo Naklinin Soybağı Hukuku Bakımından Sonuçları," içinde *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt II*, ed. Süheyla Suzan Gökalp Alıca ve Necdet Basa (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2019), 862 vd.: Yazar, taşıyıcı annenin soybağını reddetmesine karşı çıkarken, rahmine yanlış embriyo transfer edilen annenin soybağını reddebileceğini savunmaktadır. Taşıyıcı annelik uygulamasına en azından son çare olarak izin verilmesi ve gönüllü anne ve babanın çocukla soybağı kurmasını kolaylaştıracak bir düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz. Şafak Parlak Börü, "Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler," *Public and Private International Law Bulletin* 39, no 1 (2020): 105.

sonuç, anne ve bir başka erkek arasında cinsel birliktelik sonucu doğal döllenme gerçekleştiğinde varılacak sonuç ile aynıdır. Bu durumda annenin kocası ile çocuk arasında kurulacak soybağının yine bu kişi tarafından reddinin mümkün olup olmadığı sorgulanabilir. Çocuk ile soybağı kurulmuş kocanın bilgisi ve rızası dahilinde bir yapay döllenme söz konusuysa, aynı kişinin soybağının reddi davası açmasının çelişkili bir davranış olduğu kuşku götürmez¹⁷. Bu çerçevede ne kocanın ne de TMK m. 291’de sayılan ve baba olduğunu iddia eden kişi dışında kalan diğer ilgililerin¹⁸ soybağının reddi davası açması mümkün olur. Ancak annenin kocası ile bu yolla kurulan soybağının, çocuk veya biyolojik baba tarafından koparılıp koparılamayacağı konuları, üzerinde düşünmeyi gerektirir¹⁹. Öte yandan Anayasa Mahkemesi’nin son dönemde verdiği kararlar ile soybağının reddini talep edebilecek kişiler çevresinin genişleyeceği söylenebilir. Şöyle ki 26.07.2023 tarihli ve 2023/37 esas sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, “*anne tarafından davacı sıfatıyla çocuğun biyolojik babasının koca olmadığı ileri sürülerek babalık karinesinin çürütülmesi için yargı mercilerine başvurulmasına imkân tanımayan*” TMK m. 286 (1)’in özel hayata saygı

¹⁷ Serozan, *Çocuk*, III § 5 N. 41; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 339-340; Keskin, “Yanlış Embriyo,” 852. İsviçre hukukunda üçüncü bir kişinin üreme hücrelerinin kullanılması yoluyla yapay döllenmeye rıza gösteren eşin soybağının reddi davası açamayacağı açıkça düzenlenmiştir (Art. 256 (3) ZGB).

¹⁸ Hemen belirtmek gerekir ki öğretilerde kimi yazarlarca, kocanın çocuğu benimsemesi halinde baba olduğunu iddia eden kişinin TMK m. 291 uyarınca sahip olduğu dava hakkının düşmeyeceği savunulmaktaydı, Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüüş, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2023), N. 1385. Fakat Anayasa Mahkemesi’nin 23.01.2024 tarihli, 2023/135 esas sayılı kararı ile baba olduğunu iddia eden kişi ve diğer ilgililerin dava hakkı birbirinden kesin olarak ayrılmış; baba olduğunu iddia eden kişiye, hakkında babalık karinesi işletilen kişininkinden bağımsız bir dava hakkı tanınmasının yolu açılmıştır.

¹⁹ İsviçre hukukunda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri arasında sperm bağışına da izin verilmektedir. Ancak diğer yöntemlerden farklı olarak sperm bağışından yararlanabilecek kişilerin evli olması gerekir (Art. 3 (3) Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)). Bu yöntem uygulanarak dünyaya gelen çocuğun veya çocuğun soybağı ile bağlı olduğu annenin eşinin soybağının reddi davası açma hakkı bulunmadığı kanunda açıkça düzenlenmiştir (Art. 23 (1) FMedG). Aynı hükmün devamında, sperm bağışında bulunan kişiye karşı babalık davası açılmasının kural olarak mümkün olmadığı da belirtilmektedir (Art. 23 (2) FMedG). Üreme hücrelerinin evli olmayan kadına bağış yoluyla üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine izin veren Fransız hukukunda da, çocuk ve bağış yapan kişi arasında soybağı kurulması mümkün değildir (Art. 342-9 Code Civil (CCiv)).

gösterilmesini isteme hakkı bağlamında etkili başvuru hakkını ihlal ettiğine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiş olup; söz konusu iptal kararı 20.07.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir²⁰. Bunu takiben 23.01.2024 tarihinde verilen 2023/135 sayılı kararında ise Anayasa Mahkemesi, baba olduğunu iddia eden kişiyi TMK m. 291 uyarınca hakkında babalık karinesi işleyen kişiye bağlı olarak davacı olabilecek diğer ilgililer arasından çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi, baba olduğunu iddia eden kişinin soybağının reddi davası açabilmesi için TMK m. 291'de aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kişinin kendi iradesinde olmadığından hareketle, düzenlemenin iptale konu kısmının kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.²¹ İptal kararı, 06.03.2024 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmasından dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir.

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda çocuğun hukuken soybağı ile bağlı olduğu kişilerin, biyolojik ailesi ile örtüşmesi konusundaki titizlik, kimi zaman çocuğun menfaatinin zedeleyebilecek kadar ileri götürülmektedir. Örneğin baba yönünden soybağı olmayan bir çocuk, biyolojik babası olmayan bir kişi tarafından tanındığında bu işlemin iptalini isteyebilecek kişilerin çevresi TMK m. 298'de Cumhuriyet savcısı ve Hazine dahil olmak üzere tüm ilgilileri kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur. Çocuğun baba yönünden soybağının, annesi ile sonradan evlenen ancak aslında biyolojik babası olmayan bir erkekle kurulduğu durumlarda Cumhuriyet savcısına itiraz hakkı tanınması da benzer bir hükümdür (TMK m. 294). İki durumda da biyolojik gerçeklik ve hukuki durum arasındaki farklılığın tespit edilmesi üzerine harekete geçebilecek kişi çevresi, soybağının kurulmasından doğrudan etkilenen kişi çevresinden daha geniştir²². Biyolojik gerçeklik ile hukuki

²⁰ AYM, E. 2023/37, K. 2023/140, 26.7.2023, RG, 20.10.2023, S. 32345.

²¹ AYM, E. 2023/135, K. 2024/18, 23.1.2024, RG, 06.03.2024, S. 32481. Ayrıca bkz. Mustafa Alper Gümüş, "Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki 'Diğer İlgililerin' [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m. 291/I, III)," içinde *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, ed. Tufan Ögüz (İstanbul: Filiz, 2013), 572-573: Yazar, AYM'nin anılan kararından önceki dönemde dahi, açılacak soybağının reddi davasının aileyi sarsıcı nitelik taşımadığı, koca ve annenin evliliğinin boşanma veya mutlak butlan davası gibi ölüm dışı bir sebeple sona erdiği veya annenin biyolojik baba ile evlendiği ya da babalık karinelerinin çakıştığı durumlarda biyolojik babanın soybağının reddi davasını doğrudan açabilmesi gerektiğini savunmaktadır.

²² Serozan, *Çocuk*, III § 5 N. 60.

durumu olabildiğince bağdaştırmayı amaçlayan böyle bir hukuk sisteminde²³, çocukla soybağı kurulan kişiler ile çocuğun dünyaya gelmesi için üreme hücreleri kullanılan kişilerin farklı olması yadırganabilir. Cumhuriyet savcısı veya Hazine'nin biyolojik gerçeklik ve hukuki durum arasındaki farkı tespit ettiklerinde harekete geçmekle görevli oldukları böyle bir sistemde, yine devlet izniyle faaliyet gösteren üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin bu farklılığa zemin hazırlayacak uygulamalar icra etmesine izin verilmemesi de sürpriz değildir. Bu nedenle de soybağı hükümlerinin bilimin elverdiği imkanlar göz önünde bulundurulurken yeniden düşünülmesinin kaçınılmaz olduğu açıktır²⁴. Bununla beraber bu çalışmanın konusu, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin bilimsel olanakların hukuk sisteminde nasıl karşılık bulacağı değildir. Diğer bir deyişle, bilimsel olarak gerçekleştirilmesi mümkün üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının her birine hukuki dayanak yaratılması için soybağı hükümlerinde ne gibi değişiklikler yapılması gerekebileceği bu çalışmada ele alınmayacaktır.

C. Kararların Değerlendirilmesi ve Çeşitli Sorunlara Çözüm Önerileri

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde kanaatimce üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanabilecek kişilerin sadece evli çiftlerle sınırlanması ile üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanmak isteyen evli çiftlerin sadece kendilerine ait üreme hücrelerini kullanabilecek olması hususları birbirinden ayrılmalıdır. Yukarıda anılan kararlarda bu iki hususa ilişkin düzenlemelerin ayrı ayrı iptalinin istendiği, farklı nitelikteki bu istemlerin ise aynı gerekçelerle reddedildiği görülmektedir. Oysa evli olmayan bir kişinin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanamamasının mevcut soybağı ya da miras hukuku hükümleri ile gerekçelendirilmesi kanaatimce ikna edici değildir. Bunun sebebi ise bekar kişilerin bu tedaviye başvurmalarının tek başına miras hukuku veya soybağı açısından hiçbir soruna yol açmayacak olmasıdır. Kuşkusuz evli olmayan kişilere bu imkanın tanınması, tedavi sırasında yapılacak denetimlerin artırılmasını gerektirebilir. Ancak bu çözüm, bireylerin üreme hakkının sınırlanmasından çok daha tercih

²³ Anayasa Mahkemesi'nin 26.7.2023 tarihli, 2023/37 esas sayılı ve 23.01.2024 tarihli, 2023/135 esas sayılı kararlarından hareketle, annenin ve baba olduğunu iddia eden kişinin doğrudan soybağının reddi davası açmalarının da önü açılmış olup; biyolojik soybağı ve hukuki soybağı arasındaki farklılıkların törpülenmesinin daha da kolaylaşacağı sonucuna varılabilir.

²⁴ Aynı yönde bkz. Erdem ve Makaracı Başak, *Aile*, 437-438.

edilir olmalıdır. Öte yandan bu tedavi için başvuran anne adayının, gebelik sonrası bir başkasıyla evlenmesi halinde durumun biraz daha çetrefilli hale gelebileceği iddia edilebileceği gibi, bu iddiada haklılık payı da olabilir. Fakat yine de evli olmayan kişileri bu tedavi yöntemlerinden mahrum bırakmadan önce, bunun neden bir zorunluluk olduğunu tartışmak gerekir. Bu başlık altındaki açıklamalarda da irdelenecek olan, böyle bir zorunluluğun bulunup bulunmadığıdır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak dünyaya gelen çocuğun daha en baştan bir kadın ve erkekle soybağının kurulması için tedaviye başvuracakların evli olmasını aramak kesin bir çözüm sayılabilir. Ancak bu, bahse konu amaç için tek yol değildir. Bu yöntemle doğan çocuk ve babası arasında soybağını daha en baştan kurabilmek için akla gelebilecek bir diğer fikir, embriyonun anneye transferi için rızası alınan erkeğin eş zamanlı bir tanıma beyanında bulunmasıdır²⁵. Ne de olsa çocuğun doğumundan önce tanınması önünde bir engel bulunmamaktadır²⁶. Kanunda bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte, çocuğun doğumundan önce babalık hükmü alınabilmesi yönündeki TMK m. 303 (1), tanıma için de pekala uygulanabilir²⁷. Böylelikle çocuğun doğumu anında biyolojik babası ile soybağının kurulması sağlanmış olur. Ancak yukarıda da değinildiği üzere üremeye yardımcı tedavi yöntemine başvurulmuş olması, bu kişilerin başkalarıyla evlenmesine engel değildir. Söz gelimi biyolojik babanın anneye nakledilen embriyoyu tanıdığı ancak annenin daha sonra bir başkasıyla evlendiği bir durum ortaya çıkabilir. Hatta bu nedenle, doğum öncesi tanımanın sonuç doğurabilmesi için, çocuğun sağ olarak doğduğu sırada annenin bir başkası ile evlenmemiş olması gerekeceği de öğretide

²⁵ Fransız hukukunda buna benzer bir düzenlemenin kadın çiftler için getirildiği görülmektedir. İki kadından oluşan çiftlerin üremeye yardımcı tedaviye başvurusu halinde, bu kişilerin birlikte tanıma beyanında bulunmaları gerekir. Bu sayede sadece çocuğu doğuran kadın ve çocuk arasında değil, çocuğu doğurmayan kadın ile çocuk arasında da soybağı kurulmuş olacaktır (Art. 342-11 CCiv). Tanıma beyanında bulunulduğu sırada aynı zamanda bağış yoluyla üreme hücresi kullanılmasına da izin verilmektedir.

²⁶ Serozan, *Çocuk*, III § 5 N. 53. Henüz doğmamış ve cenin olarak da mevcut olmayan bir çocuğun tanınamayacağı yönünde bkz. Arzu Genç Arıdemir, “Tanıma Yolu İle Kurulan Soybağı,” içinde *Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan*, (İstanbul: Der, 2009), 8; Makaracı Başak ve Erdem, *Aile*, 361, dn. 675.

²⁷ Serozan, *Çocuk*, III § 5 N. 53.

savunulmaktadır²⁸. Zira aksi halde çocuk evlilik içinde doğmuş sayılacak, soybağı da annenin kocası ve çocuk arasında kurulacaktır.

Tanıma beyanının, çocuğun doğumundan önce yapılacak bir evlilik nedeniyle geçersiz olacak olması, üremeye yardımcı tedavî yöntemleri çerçevesinde üreme hücresi kullanılan genetik baba ve çocuk arasında soybağı kurulmasına – en azından ilk aşamada – engel olabilir. Fakat bu ihtimal, evli olmayan çiftlerin üremeye yardımcı tedaviden faydalanması yolunu kapamamalıdır. Zira gebelik, tek başına, evlenmeye engel değildir. Gebe olan kadının evlendiği kişi doğacak çocuğun babası olabileceği gibi, bir üçüncü kişi de olabilir. Bu aşamada yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olduğu yönünde karar verilen²⁹ TMK m. 132’den de bahsetmek gerekir. Anılan hükme göre evliliği sona eren kadın, sona erme anından itibaren üçyüz gün geçmedikçe yeniden evlenemez. Bu süre, kadının – eğer gebe ise – doğurmasıyla kendiliğinden sona erecek; önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya sona eren evliliğindeki eşiyile yeniden evlenmek istemesi halinde ise mahkeme tarafından kaldırılacaktır. Görülebileceği üzere bahse konu bekleme süresi, sadece evliliği sona ermiş kadının yeniden evlenmesi hali için getirilmiştir³⁰. Buna karşılık ilk defa evlenecek veya ilk evliliğinin sona ermesi üzerinden üçyüz gün geçmiş gebe bir kadının evlenmesine ilişkin bir sınırlamaya Türk hukukunda yer verilmemiştir. Bu çerçevede, başarılı bir tedavi sonucunda

²⁸ Serozan, *Çocuk*, III § 5 N. 53; Ingeborg Schwenzer ve Michelle Cottier, “Art. 260 ZGB,” içinde *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB)*, ed. Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2022), N. 4; Olivier Guillo, “Art. 260 ZGB,” içinde *Commentaire Romand Code Civil I (Art. 1-456 CC)*, ed. Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx ve Christiana Fountoulakis (Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2023), N. 6; Martina Rusch ve Antje Götschi, “Art. 260 ZGB,” içinde *Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ed. Andrea Büchler ve Dominique Jakob (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018), N. 6; Johannes Reich, “Art. 260 ZGB,” içinde *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz (Art. 1-456 ZGB – PartG)*, ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Basel – Genf: Schulthess, 2016), N. 4.

²⁹ AİHM, Nurcan Bayraktar v. Türkiye, Başvuru no: 27094/20.

³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce de ortaya konduğu üzere TMK m. 132, kadın ve erkek arasında cinsiyete dayalı bir ayrımcılık örneğidir (AİHM, Nurcan Bayraktar v. Türkiye, Başvuru no: 27094/20, N. 81 vd.). Dahası, aynı hüküm daha önce evlenmiş ve hiç evlenmemiş kadınlar arasında da bir ayrımcılık yapmaktadır (Başvurucunun bu yöndeki değerlendirmesi için bkz. AİHM, Nurcan Bayraktar v. Türkiye, Başvuru no: 27094/20, N. 62.).

gebe kalan anne adayları gebelik sırasında evlenebilecek ve evlilik sırasında doğan çocuğun evlilikteki koca ile soybağı kurulacaktır. Başka bir ifadeyle, doğal yollarla gebe kalan bir kadının yapacağı evliliğin soybağı açısından yaratacağı sonuçlar, üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ile gebe kalan kadının yapacağı evliliğin sonuçlarından farklı olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2024 tarihli ve 2023/135 esas sayılı kararı ile, tanıma beyanının sahibi biyolojik babanın, doğan çocuk ve evlilikteki koca arasında kurulan soybağının reddini dava etme hakkı olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki çocuk henüz doğmamışken yapılabilecek tanıma beyanının, doğumdan ne kadar önceye götürülebileceği konusu tartışmalıdır. Örneğin kimi yazarlar yumurtanın döllenmiş olmasını yeterli görmemekte, embriyonun mutlaka anneye nakledilmiş olmasını aramaktadırlar. Bu görüşe göre, anneye nakil gerçekleşmediği sürece çocuk ve anne arasında soybağı kurulması teorik olarak dahi mümkün olmayacağından, embriyonun baba tarafından tanınması da mümkün olmaz^{31,32}. Öte yandan tanımanın döllenmenin gerçekleşmesini takiben herhangi bir anda mümkün olduğu da öğretilerde savunulmaktadır³³. Bu konu özellikle üreme hücreleri dondurulan erkeğin ölümüne bağlı olarak tartışılmıştır. Erkeğin hayatta olduğu sırada yapacağı bir tanıma beyanıyla, ölümünden sonra kullanılacak sperm ile döllenecek embriyoyu tanıyamayacağı belirtilmektedir³⁴. Bu çalışmada önerilen kurguda ise tanıma

³¹ Açıklama ve eleştiri için bkz. Guillod, "Art. 260 ZGB," N. 7: Yazar, İsviçre hukukunda yumurta ve embriyo bağışının yasak olmasından hareketle bu gerekçelendirmeyi eleştirse dahi, çocuğun dünyaya gelmesinin bu aşamada yeterince güçlü bir olasılık olmadığından hareketle varılan sonuca katılmıştır.

³² Anne ile soybağı bulunmayan çocuğu tanımanın mümkün olmadığı, TMK m. 295 (3)'ün İsviçre hukukundaki karşılığı olan Art. 260 (1)'in zıt anlamından çıkarılabilmektedir. TMK m. 295 (3)'te başka bir erkekle soybağı bulunan çocuğun tanınmayacağı ifade edilirken, Art. 260 (1)'de sadece anne yönünden soybağı kurulmuş çocuğun tanınabileceği düzenlenmiştir.

³³ Schwenger ve Cottier, "Art. 260 ZGB," N. 4 ve özellikle 5; Rusch ve Götschi, "Art. 260 ZGB," N. 6-7; Claudia Stehli, "Art. 260 ZGB," içinde *OFK - Orell Füssli Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (Zürich: Orell Füssli, 2021), N. 2; Reich, "Art. 260 ZGB," N. 4.

³⁴ Schwenger ve Cottier, "Art. 260 ZGB," N. 5. Böyle bir durumda çocuğun önceden tanınabilmesine ılımlı yaklaşmakla beraber, bu durumun miras hukuku açısından çözülmesi zor sorunlara yol açacağı yönünde bkz. Serozan, *Çocuk*, III § 5 N. 53; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), § I N. 142:

beyanı, yumurtanın döllenmesinden sonra, embriyonun anneye naklinden hemen önce yapılacaktır.

Evli olmayan kişilerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanmasının yeni nesillerin korumasız kalması tehlikesine yol açıp açmadığı da düşünmeyi gerektirir. Esasen evlenecek kişilerin evlenmeye engel oluşturacak bir akıl hastalığının olmaması gerekir (TMK m. 133). Evlenmeye engel nitelikte bir akıl hastalığı, kişinin ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan ancak çiftin biyolojik çocuklarına etki edebilecek nitelikteki hastalıklardır³⁵. Bunun dışında evlenmeye engel olabilecek hastalıklar ise Umumu Hıfzısıhha Kanunu ile sayılmış olup, sayılan hastalıkların sona erdiği veya bulaşıcılığının geçtiği sağlık raporu ile ortaya konmadıkça evlenme başvurusunun reddine sebep olabilir³⁶. Kalıtsal bir hastalık riskinin evlenmek için başvuran çiftlerin tabi tutulacakları bir sağlık kontrolünde ortaya çıkması mümkündür. Bu nedenle üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulama çevresini gelecek nesillerin sağlığı açısından evli çiftlerle sınırlamak makul görülebilir. Fakat evli olmayan kişilerin yapay döllenmeden faydalanmak istedikleri bir durumda, tedavinin devamı için benzer bir sağlık kontrolü şartı pekala getirilebilir. Yine Türk Medeni Kanunu'nda belirli derece hısımlar arasında evliliğin yasaklanmış olması da bu bağlamda düşünülebilir. Zira yürürlükteki mevzuata göre bu evlilikleri yasaklamak, bu çiftlerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanmasına da engel olmak anlamına gelir. Oysa evli olmaksızın üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden

Yazarların da belirttiği gibi burada temel kaygı, mirasın açılmasından yıllar sonra yeni bir mirasçının ortaya çıkabilecek olmasıdır. Bununla beraber kaygı yaratan bu durumun, kanun ile açıkça izin verilen farklı soybağı kurma yollarında da mümkün olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Babalık hükmü ile kurulan soybağı buna bir örnek oluşturabilir. Şöyle ki, bir kişiye karşı o öldükten sonra dahi babalık davası açılabilir. Eğer bu davayı açan kişi davalı ile arasında soybağı kurulmasını isteyen çocuk ise, bu davanın bağlı olduğu herhangi bir hak düşürücü de yoktur. Dolayısıyla hakkında dava açılacak kişi daha önce ölmüş ve mirası paylaşmış olsa dahi, babalık davası kabul edildiğinde çocuk ve baba arasında soybağı kurulduğu gibi, çocuk da ölmüş olan babasına mirasçı olacaktır.

³⁵ Burcu Yağcıoğlu, “Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 2 (2021): 956-957; Metin İkizler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (Ankara: Seçkin, 2018), 171; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Aile Hukuku* (Ankara: Beta, 2021), 79.

³⁶ Bu son halde evlenme engelinin kesin olmadığı, dolayısıyla buna rağmen gerçekleşmiş bir evliliğin hükümsüz kılınamayacağı da belirtilmelidir.

yararlanmak için başvuran kişilerin kimlik tespiti ile aynı sonuca varılması da pekala mümkündür³⁷.

Anılan kararlarda pek somutlaştırılmamış olsa dahi, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanmanın miras hukuku hükümleri göz önünde bulundurularak evli çiftlerle sınırlandırıldığı da belirtilmektedir. Çocuğun anne ve babası ile soybağının kurulması kaydıyla, evlilik içinde doğup doğmamasının miras hukuku açısından hiçbir önemi olmadığına yukarıda değinilmişti³⁸. Çocuğun baba ile kurulan soybağı yönünden miras hukukuna ilişkin bir sorunla karşılaşılabilmesi için, henüz embriyonun anne karnına transferi gerçekleşmeden babanın ölmesi gerekir. Zira embriyo transfer edilmiş ve gebelik gerçekleşmişse, TMK m. 582 uyarınca cenin sağ doğma koşuluyla babasına mirasçı olacaktır. Embriyonun transferi henüz gerçekleşmemişken baba adayının ölmesi durumunda ise, yürürlükteki mevzuat miras hukuku açısından herhangi bir sonucun doğmasını engelleyecek bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bahse konu düzenlemeye göre eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar imha edilecektir (ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5))³⁹. Dolayısıyla Danıştay'ın yukarıda açıklanan kararlarının verildiği sırada embriyo transferinin miras hukuku açısından herhangi bir sorun yaratması, en azından teorik olarak, olası değildir⁴⁰. Bununla beraber, hemen aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek

³⁷ Nitekim İsviçre hukukunda, sperm bağıışı yoluyla üreme sağlandığı hallerde, gametleri kullanılan kişiler arasında evlenmeye engel derecede hısımlık olmaması gereği ayrıca düzenlenmiştir (Art. 22 (3) FMedG).

³⁸ Bkz. III. A.

³⁹ ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (4) uyarınca alınan üreme hücreleri de sahibinin ölümü üzerine imha edilecektir.

⁴⁰ Kanun veya yönetmelik uyarınca getirilen yasaklar, yasaklanan sonucun gerçekleşmesini fiilen engellemeye tek başına yetmez. Yurtdışında gerçekleştirilen üremeye yardımcı tedavi uygulamaları çerçevesinde, eşinin ölmesine rağmen onun spermelerini kullanarak çocuk sahibi olduğuna ilişkin bir örnek için bkz. Uğur Dündar ve Ertuğrul Erbaş, "Öldükten 10 ay sonra baba oldu," erişim tarihi: 1 Kasım 2023, <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/oldukten-10-ay-sonra-baba-oldu-352029>. Söz konusu olayda, erkek eşin ölümünden sonra spermeleri kullanılarak dünyaya gelen çocuk nedeniyle, halihazırda düzenlenmiş mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi düzenlenmesi istemli dava Bakırköy 5. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bu kararı da kapsayan ayrıntılı bir inceleme için bkz. Bahar Öcal Apaydın ve Nurten İnce Akman, "Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin Veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal

olduğu üzere, Danıştay 10. Dairesi'nin 31.05.2022 tarihli ve 2022/1700 sayılı kararı ile bu düzenlemede yer alan “eşlerden birinin ölümü” ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. İlgili kısmın iptaline karar verilmesi durumunda ise Danıştay kararlarında endişe edildiği anlaşılan miras hukuku sorunlarının neler olabileceği ve bunlar için getirilebilecek çözümler, bu çalışmanın inceleme konusu ile bağlantılı olduğu ölçüde, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

III. Eşlerden Birinin Ölümü Üzerine Embriyonun İmhasını Öngören ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5)'in Yürütmesinin Durdurulmasına İlişkin Danıştay 10. Dairesi Kararının Düşündürdükleri

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri alanında yakın tarihte yaşanan bir gelişme, ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5)'te yer alan “eşlerden birinin ölümü” ibaresinin eksik düzenleme sebebiyle yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiş olmasıdır⁴¹. Henüz sadece yürütmesi durdurulan bu ifadenin ileride iptal edilmesi durumunda, mevcut soybağı hükümleri açısından da çeşitli sonuçların doğması kaçınılmaz olacaktır. Bu başlık altında halihazırda verilen yürütmeyi durdurma kararının gerekçeleri incelenecek olup, bu gerekçeler evli olmayan kişilerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurması açısından değerlendirilecektir.

Söz konusu karara konu olayda, doğal yollarla ortak çocuk sahibi olamayan davacı ve eşi üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurmuştur. Bu kapsamda davacı ve eşinden alınan üreme hücreleri ile ana rahmi dışında embriyo oluşturulması ve bu embriyoların ana rahmine nakledilmesine karar verilmiştir. Bu amaçla oluşturulan dört embriyonun ikisi ana rahmine

Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2020): 63-108. Aynı konuda bkz. Öztürk Aydın, “Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 358 vd.; Nurten İnce Akman, “Erkeğin Ölümünden Sonra Gerçekleştirilen Döllenme (Postmortal Döllenme) ve Bu Döllenme Sonucunda Doğan Çocuğun Menfaatinin Korunması,” içinde *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, ed. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek (Ankara: Seçkin, 2021), 19 vd.; Özdemir ve Tek, “Tıp Bilimindeki Gelişmeler,” 920 vd.

⁴¹ D. 10. D., E.:2022/1700, 31.05.2022, UYAP Bilişim Sistemi (Yayımlanmamış Danıştay kararı).

nakledilmekle beraber gebelik gerçekleşmemiştir. Üçüncü embriyo nakli ise 30 Ağustos 2021 tarihinde yapılmak üzere planlanmıştır. Ancak bu tarihte davacının eşi Covid-19 salgını nedeniyle yoğun bakıma alınmış olup, transfer için gerekli onam formunu imzalamadığından söz konusu işlem gerçekleştirilememiştir. Davacının eşi 24 Eylül 2021 tarihinde ölmüştür. ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5) uyarınca, eşlerden birinin ölümü üzerine dondurulan embriyoların imha edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle davacının embriyo naklinin gerçekleştirilmesine ve bu mümkün olmazsa, embriyoların muhafazası için kendisine teslim edilmesine ilişkin talebi, üremeye yardımcı tedavi merkezi tarafından reddedilmiştir.

Davacının yürütmenin durdurulması isteminin dayanakları arasında gösterdiği kimi hususlar bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Örneğin embriyonun yaşam hakkı olup olmadığı, varsa bu hakkın hangi andan başladığı gibi hususlar bu çalışmada tartışmaya açılmayacaktır. Bununla beraber Danıştay Tetkik Hakimi'nde yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği yönündeki düşüncenin oluşumuna etki eden ve bu çalışma açısından da önem arz eden bazı konuların üzerinde durulması gerekir. Kararda, dondurularak saklanan embriyoların evlilik birliği içinde ve davacı ile eşine ait üreme hücrelerinin kullanılarak elde edildiğine değinilmiş; davacının ölen eşinin embriyoların dondurulması, transfer edilmek üzere çözdürülmesi ve transferi aşamalarında rıza göstererek eşinden çocuk sahibi olma iradesini açıkça ortaya koyduğu belirtilmiştir. Kararda ölen eşin bu iradesinin, saklama süresi boyunca embriyonun sağ kalan eş tarafından kullanılmasını da örtülü olarak kapsadığı çıkarımı yapılmıştır. Görülebileceği üzere kararda çıkış noktası, embriyonun yürürlükteki mevzuata uygun olarak evlilik sırasında eşlere ait üreme hücreleri kullanılarak elde edilmiş olmasıdır. Evliliğin, üçüncü embriyonun nakli öncesinde ölüm sebebiyle sona ermesi ise beklenmeyen bir olay olarak nitelenmiş; böyle bir olayın daha önceden açıklanmış iradeyi ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir. Bu gerekçe ile davacının taleplerinin reddinin hukuka uygun olmadığına ve işlemin kaynağındaki düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Kanaatimce bir kişinin sağlığında çocuk sahibi olmak üzere ortaya koyduğu iradenin, ölümünden sonra çocuk sahibi olma iradesini de kapsadığını kesin olarak söylemek güçtür. Nitekim üremeye yardımcı tedavi için başvuran 106 çiftle anket yapılarak gerçekleştirilen bir araştırmada, bu kişilerin yüzde 77,8'inin ölümlerinden sonra üremeye yardımcı tedaviye devam edilmesini isterken, yüzde 16,5'inin bunu istemediği, yüzde 4,7'sinin

ise fikir belirtmediği ortaya çıkmıştır. Yine aynı araştırma, kadın katılımcıların yüzde 21'inin ve erkek katılımcıların da yüzde 29'unun, ölüm halinde üremeye yardımcı tedaviye devam edilmesi konusunda partnerlerinin ne düşüneceği sorusunda yanlış tahminde bulunduğunu göstermiştir⁴². Her ne kadar Danıştay 10. Dairesi karara konu olaydaki şartların, ölen eşin sağlığında gösterdiği iradenin ölümünden sonraya uzandığının kabul edilmesini gerektirdiğini belirtmişse de, erkek eşin ölmesi üzerine embriyonun sağ kalan eşe transfer edilmesinin hukuken düzenlenebilmesi adına çeşitli önerilere de yer verildiği görülmektedir. Erkek eş henüz hayattayken, embriyonun ölümünden sonra da eşi tarafından kullanılabilmesine yazılı olarak izin vermesi; embriyonun erkek eşin ölümünden sonra bu şekilde kullanılmasının belirli bir süre ile sınırlandırılması; sağ kalan kadının eşinin ölümünden sonra evlenmesi halinde embriyonun imha edilebilmesi bu öneriler arasındadır.

Danıştay 10. Dairesi'nin yürütmeyi durdurma kararının gerekçesi, sadece iptal konusu edilen, “*eşlerden birinin ölümü*” ifadesi ile sınırlı bir değerlendirme içermektedir. Oysa eşlerden birinin ölmesi, embriyonun imha edilmesini gerektiren hallerden sadece biridir. Bunun yanında evliliğin boşanma yoluyla sona erdiği haller de embriyonun imhasını gerektirmektedir. Evlilik birliğinin ölüm sebebiyle sona ermesinden sonra nakil işleminin gerçekleşmeyecek olmasına ilişkin düzenlemenin üreme hakkına aşırı bir müdahale teşkil ettiğini savunmak; ancak boşanan çiftler açısından bunu kabul etmemek kanaatimce hiçbir şekilde tutarlı olmayacaktır. Ölen kişinin daha önceki davranışlarından ortaya çıkarılan örtülü iradeye veya sağlığında vermiş olduğu açık yazılı beyana itibar edilerek ölümden sonra embriyo nakline izin verilebilecek ise, hayatta olmakla beraber evliliğini sona erdirmiş bir kişinin embriyo nakli işleminin yapılması için ortaya koyduğu irade de yeterli olmalıdır. Nitekim bir kişinin eşi ile evliliğini sürdürmek istememesi, kesin olarak bu kişi ile ortak çocuk sahibi olmak istemediği anlamına gelmez. Özellikle anlaşmalı olarak boşanan ve yaşı itibarıyla ya da farklı gerekçelerle çocuk sahibi olmak için geç kaldığını düşünen kişilerin, boşandıkları eşleri ile ortak bir çocuk sahibi olma fikrine sıcak bakmaları olasıdır. Kaldı ki davalı İdare'nin savunmasında vurgulanan birtakım hususlar da bu düşüncüyü desteklemektedir. Davalı İdare, erkek eşin ölümünden sonra embriyonun

⁴² Gary S. Nakhuda, M.D., Jeff G. Wang, M.D. ve Mark V. Sauer, M.D., “Posthumous assisted reproduction: a survey of attitudes of couples seeking fertility treatment and the degree of agreement between intimate partners,” *Fertility and Sterility* 96, no. 6 (Aralık 2011): 1464 vd.

anneye nakli ile ortaya çıkacak gebeliklerde en önemli sorunun, doğacak çocuğun bile bile babasız bırakılması ile ruhsal ve toplumsal açıdan bir kaos ortamında yaşatılması olduğu yönünde bir savunmada bulunmuştur. Davalı İdare'nin savunması iptal isteminin konusunu oluşturan ölüm olayına hasredilmiş olmakla beraber, en azından boşanma açısından çocuğun "babasız" kalacak olması gibi bir endişeye yer olmadığı açıktır. Zira boşanan çiftlerin çocukla kişisel ilişki kurma imkanı mevcut olup, kanunda açıkça düzenlenerek de koruma altına alınmıştır (TMK m. 323 vd.). O halde söz gelimi evlilik devam ederken alınan üreme hücreleriyle oluşturulan embriyonun boşanmadan sonra imha edilmesinin de üreme hakkına aşırı bir müdahale niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

Yukarıda da değinildiği üzere, ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5)'te eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması durumunda embriyoların imha edileceği düzenlenmiştir. Embriyonun imhasını gerektiren tüm bu durumların farklılıklarına rağmen bir arada ele alınmış olması kanaatimce düzenlemenin hareket noktasının isabetsizliğini gözler önüne sermektedir. Eşlerin birlikte imha talebinde bulunması ikisinin de bu tedavi yönteminden vazgeçtiğine ilişkin tereddütsüz bir irade açıklamasıdır⁴³. Bununla beraber ölüm ve boşanma hallerinin bir imha sebebi

⁴³ Bu düzenleme, eşlerin embriyonun imhası konusunda farklı fikirde olmaları halinde nasıl hareket edileceğine bir açıklık getirmemektedir. Ancak ÜYTE Yönetmeliği'nin çeşitli maddelerinde, sadece eşlerin anlaşması durumunda değil, anlaşamamaları durumunda da embriyonun imha edileceğinin düzenlendiği görülebilir. Örneğin ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5)'in hemen başında, adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden ikisinin de rızası alınarak embriyoların saklanacağı; saklama süresinin bir yıldan uzun olması halinde ise, çiftlerin her yıl embriyonun saklanması için başvuruda bulunarak, taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelerinin gerekeceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede eşlerden sadece birinin talepte bulunmasının, embriyonun saklanmaya devamı için yeterli olmayacağı söylenebilir. Bu durumda eşlerden biri dahi saklamanın devamı için gerekli rızayı göstermezse, embriyonun imhası gündeme gelecektir. Diğer bir deyişle, mevcut düzenlemeler karşısında, embriyonun imhası konusunda hemfikir olunmaması halinde, saklama süresinin sonuna kadar beklenecek; bu süre dolduğunda embriyo imha edilecektir. Ancak saklama süresi içinde ortak irade ile imha pekala mümkündür. Karş. Art. 16 (2), (3) FMedG: İlgili hükümlerde anne ve baba adayından herhangi birinin yazılı olarak rızasını geri çekmesi halinde, embriyonun imha edileceği düzenlenmiştir. İsviçre hukukundaki bu düzenlemenin fazla katı olduğu ve üremeye yardımcı tedavi uygulamasına başvuran anne ve baba adayının ikisinin ortak rızasının aranmasının daha isabetli olacağı yönündeki bir görüş için bkz. Tiffaine Stegmüller, "5ème partie: Le consentement et la procréation / Le consentement et ses conditions dans le cadre de

olarak düzenlenmesinin ardında, benzer bir irade açıklaması bulmak mümkün görünmemektedir. Ölen bir kişinin iradesinden bahsetmenin mümkün olmayacağı ve bu nedenle tedaviye devam için rıza gösteremeyeceği iddia edilebilirse de, boşanan kişinin tedaviye devam etme yönündeki iradesi pekala devam edebilir. Bunun göz ardı edilmiş olmasından, düzenlemede devamı arananın kişilerin tedaviye yönelik iradesi değil; evlilik birliği olduğu anlaşılabilir. Evliliği merkezine alan bir tedavinin, evlilik sona erdikten sonra devam ettirilebilmesi uygun bulunmamıştır. Evliliğin ölüm veya boşanma yoluyla sona ermesi arasında bir ayrıma gidilmemiş olması da bu çıkarımı destekler niteliktedir.

Bu durumda kanaatimce ölen eşin rızasının açık veya örtülü olarak ölümden önce alınmış olması halinde embriyo transferi yapılabilecekse, boşanan eşlerin de arzu etmeleri halinde tedaviye devam edebileceklerini evleviyetle kabul etmek gerekir. Bunun mümkün kılınabilmesi için, yürütmeyi durdurma kararında belirtildiği şekilde, tedavinin evlilik içinde başlamış olması yeterli görülerek, bir çıkış noktası olarak alınabilir. Ancak, yukarıda da açıklanmış olduğu üzere kanaatimce Danıştay kararlarında ifade edilenin aksine, bu tedaviyi evli çiftlerle sınırlamayı gerektiren herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu tedavi uygulanarak çocuk sahibi olmak isteyen fakat evli olmayan kişilerin de, evli çiftlerle aynı koşullara tabi olmak kaydıyla bu imkana kavuşturulması gerekir. Öte yandan yürütmesi durdurulan düzenlemenin iptaline karar verilmemesi, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının evli çiftlerle sınırlandırılmış olmasını hiçbir şekilde meşrulaştırmaz. Zira evli olmayan çiftlerin üreme hakkına getirilen bu sınırlamanın eleştirilmesinin temel sebebi, mevcut düzenlemeler çerçevesinde bu sınırlamayı haklı gösteren hiçbir gerekçe bulunmamasıdır.

IV. Sonuç ve Düzenleme Önerileri

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini evli çiftlere hasreden düzenlemelerin sadece Türk hukukunda mevcut olmadığını vurgulamak gerekir. 2022 yılında 80 ülkenin katılımıyla yürütülen bir araştırmada, katılımcı ülkelerin yüzde 54'ünde bu yöntemlere başvurulabilmesi için

la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA),” içinde *Le consentement en droit*, ed. Samantha Besson, Yves Mausen, Pascal Pichonnaz ve Xenia Karametaxas (Genève – Zurich – Bâle: Schulthess, 2018), 172.

başvurucuların düzenli bir ilişkide olması arandığı ortaya çıkmıştır⁴⁴. Düzenli ilişkinin somut olay özelinde nasıl tespit edileceği konusu haliyle yoruma açık olmakla beraber, bu koşulu arayan ülkelerin bir kısmının düzenli ilişki kavramını evlilikle sınırlamadığı rahatlıkla söylenebilir.

Anne ve baba adaylarının üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurması için evli olmalarını aramayan ülkelerden biri de – sperm bağış yoluyla üreme hariç tutulacak olursa – İsviçre’dir. İsviçre hukukunda başvuruçuların ilişkilerinin düzenli olması gereğinden de bahsedilmemiş; sadece yaşları ve kişisel durumları itibarıyla çocuk reşit olana kadar onu yetiştirebilecek durumda olmaları bir değerlendirme ölçütü olarak sayılmıştır (Art. 3 (2) (a) FMedG). Bununla beraber başvuruçuların çocukla soybağı kurması mümkün kişilerden olması zorunlu tutulduğundan⁴⁵, aynı cinsiyete sahip çiftlerin bu yolla çocuk sahibi olması mümkün değildir. Avusturya da üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin evli olmayan çiftlere de uygulandığı ülkelerdendir. Ancak bu çiftlerin ya partnerlik statüsüne sahip olmaları ya da birlikte yaşamaları gerekmektedir. Ayrıca iki kadının birlikte yaşadığı durumlarda da üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurulabileceği kabul edilmektedir.⁴⁶ Fransız hukukunda ise medeni halleri ne olursa olsun heteroseksüel çiftlerin, iki kadından oluşan çiftlerin ve tek başlarına bekar kadınların üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurmalarına izin verilmektedir.⁴⁷

Tüm bu ülkelerin farklı sınırlamalarla da olsa evli olmayan kişilerin üreme hakkını koruyan bir alan açmış olması, Türkiye açısından da yol gösterici olabilir. Ancak Türk hukukunun örnek olarak sayılan bu ülkelerden

⁴⁴ “International Federation of Fertility Societies’ Surveillance (IFFS) 2022: Global Trends in Reproductive Policy and Practice”, International Federation of Fertility Societies, Bölüm 5, Tablo 1, erişim tarihi: 1 Kasım 2023, <https://www.iffsreproduction.org/wp-content/uploads/2022/10/IFFS-Surveillance-2022-Published.pdf>. 2019 yılında 84 ülkede gerçekleştirilen araştırmanın sonuçlarıyla karşılaştırıldığında bu oranda bir artış olduğu da ifade edilmelidir. 2019’da yapılan araştırmaya katılan ülkelerin yüzde 62’sinde üremeye yardımcı tedavi uygulamalarından yararlanmak için ne devlet tarafından tanınan ne de düzenli bir ilişki içinde olmanın arandığı sonucuna ulaşılmıştır (International Federation of Fertility Societies, “International Federation of Fertility Societies’ Surveillance (IFFS) 2022: Global Trends in Reproductive Policy and Practice,” 58).

⁴⁵ Bu zorunluluk için bkz. Art. 3 (2) (b) FMedG.

⁴⁶ FMedG § 2.

⁴⁷ Art. 342-10 CCiv.

herhangi birinin sistemini olduğu gibi benimsemesi mümkün değildir. Zira bu konuda verilecek karar çerçevesinde ortaya çıkacak sonuçların, halihazırda yürürlükte olan aile hukuku hükümleri ile örtüşmesi gerekir. Bu çerçevede yapılması gereken mevcut düzende üremeye yardımcı tedavi yöntemleri için oluşturulan sistemin evli çiftler için getirilmiş kilit noktalarını tespit etmek ve bu sistemi evli olmayan çiftleri de kapsayacak şekilde düzenlemektir. Böylelikle evli olmayan kişilerin, tıpkı evli kişiler gibi, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanması mümkün olacaktır. Bu yönde bir açılım, evli kişilerin bu yöntemlere sadece birbirleri ile başvurabilmesine ilişkin sınırlamayı etkilemez. Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmanın ve taşıyıcı anneliğin yasaklanmış olması bir hukuk politikası tercihi olup; bu çalışmanın amacı bu tercihi sorgulamak ya da değiştirmeye çalışmak değildir. Bununla beraber evli olmayan çiftlerin de evli çiftlerin tabii olduğu sınırlar çerçevesinde üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanması mümkünken, bu yönde bir düzenleme yapmaktan kaçınarak bireylerin üreme hakkını sınırlamak ve bu yolla ayrımcılığı beslemek isabetli bir tutum değildir. Bir an için bunun bir hukuk politikası tercihi olduğu düşünülebilirse de, bu tercih hukuki bir dayanağa oturtulamamış; aksine üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin evli olmayan çiftlere uygulanmasına esasen engel teşkil etmeyen soybağı ve miras hukuku düzenlemelerinin arkasına saklanılmıştır.

Bu çerçevede, 2238 sayılı Kanun Ek Madde 1'in ilk iki fıkrasında aşağıdaki şekilde bir değişiklik yapılması düşünülebilir⁴⁸:

Yürürlükteki Düzenleme	Değişiklik Önerisi
Doğal yollarla çocuk sahibi olunmadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir.	Doğal yollarla çocuk sahibi olunmadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir. Bu tedavi uygulamaları, Bakanlıkça belirlenen tıbbi

⁴⁸ Yürürlükteki düzenlemeden çıkarılması önerilen ifadeler sol sütunda kalın, italik karakter ve üstü çizili olarak; eklenmesi önerilen ifadeler ise sağ sütunda kalın karakter ve altı çizili olarak gösterilmiştir.

<p>Bu yöntem sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilir. Bu tedavi uygulamaları, Bakanlıkça belirlenen tıbbi esaslar çerçevesinde yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmiş hekimler tarafından ve Bakanlıkça ruhsatlandırılan üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinde gerçekleştirilebilir. Üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinin açılması, çalışması ve denetlenmesi usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.</p> <p>Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.</p>	<p>esaslar çerçevesinde yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmiş hekimler tarafından ve Bakanlıkça ruhsatlandırılan üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinde gerçekleştirilebilir. Üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinin açılması, çalışması ve denetlenmesi usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.</p> <p><u>Başvurucu anne ve baba adayından</u> biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.</p> <p><u>Evlilik devam ettiği sürece evli kişiler, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ancak birlikte başvurabilir.</u></p> <p><u>Evli olmayan anne ve baba adayları, mevcut tedaviyi sonlandırmadıkları sürece bir başkasıyla üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanmak için başvuramayacaklardır.</u></p>
--	---

Önerilen bu değişiklikler sayesinde evli olmayan kişiler de bu yöntemden yararlanabilecekse de, sadece birlikte başvuran anne ve baba adaylarının üreme hücreleri kullanılacaktır. Böylelikle evli çiftler için getirilmiş donör kullanılmaması; donör kullanılarak embriyo elde edilememesi; adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılmamasına ilişkin sınırlamalar, tüm başvurularda yaygın hale getirilmiş olacaktır. Öte yandan

yürürlükteki mevzuatta sadece evli kişilerle sınırlı bir uygulamaya izin verilmiş olması, başvuruçulara birden fazla kişiyle eş zamanlı olarak tedavi uygulanmasına da engeldir. Bu doğrultuda, anne ve baba adaylarının evli olmadığı hallerde, bu kişilerin bir başka kişi ile üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına başvurabilmeleri için sürmekte olan tedavinin durdurulması aranmalıdır.⁴⁹ Benzer şekilde tedavi devam ederken anne veya baba adaylarının üçüncü kişilerle evlenmesi halinde de tedavinin durdurulması gerekir. Zira evlilik devam ettiği sürece, evli kişilerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ancak birlikte başvurması esas olmalıdır. Tedavinin durdurulması ise elde edilen embriyonun imhası anlamına gelmez. Kaldı ki geri dönüşü olmayan bu şekilde bir müdahaleyi gerekçelendirmek de kolay değildir. Bu çerçevede elde edilen embriyonun yürürlükteki mevzuat hükümleri çerçevesinde saklanabilmesi mümkün olmalıdır. Fakat tedavi durmuşken, elde edilen embriyonun anne adayına transfer edilmeyeceği ya da henüz yumurta döllememişse, dölleme aşamasına geçilmeyeceği açıktır.

⁴⁹ Bu sistemin sağlıklı işleyebilmesi için üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuran kişilerin kayıtlarının düzgün tutulması ve gerekli olduğu hallerde, bu kayıtların merkezler arasında aktarılması konusu gündeme gelecektir. Ancak belirtilmelidir ki bu kapsamda başvuruçulardan alınan ve kaydı tutulan her türlü bilgi kişisel veri olarak değerlendirileceğinden, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki düzenlemeler bu konu açısından da uygulama alanı bulacaktır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurulmasından başlayarak, bu başvuru ve tedavi çerçevesinde alınan tüm bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğu yönünde bkz. Emel Badur, “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korunması,” içinde *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, ed. Emel Badur ve Gamze Turan Başara (Ankara: Seçkin, 2016), 187 vd. Bu verilerden sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel veri teşkil edenler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 6 (3)’te getirilmiş olan “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi*” istisnasına dahil sayılabilir. Bununla beraber şüphe halinde bu hususa ilişkin özel bir kanuni düzenleme yapılması da düşünülebilir. Zira 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 33. Maddesi ile KVKK m. 6 (2) yürürlükten kaldırılırken, özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenebileceği istisnai durumları düzenleyen KVKK m. 6 (3)’te de değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik uyarınca, sağlık ve cinsel hayatı ilgilendirenler de dahil olmak üzere tüm özel nitelikli kişisel verilerin kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi 01.06.2024 itibarıyla mümkün olacaktır.

Önerilen bu değişiklik ile uyumlu olarak, ÜYTE Yönetmeliği'nde evliliğe vurgu yapan “koca”⁵⁰ ve “eşler”⁵¹ ifadeleri, sırasıyla “baba adayı” ve “başvurucular/anne ve baba adayları” şeklinde değiştirilerek; tedaviye başvuru için evli olmayı⁵² ve evlilik cüzdanının ibrazını⁵³ arayan hükümler kaldırılmalıdır. Evlilik cüzdanı yerine, başvuru arasında evlenmeye engel teşkil edecek hısımlık olmadığı ve yine başvuru arasında evlenmeye engel bir sağlık durumu olmadığını ortaya koyan belgelerin ibrazının istenmesi ise yeterlidir. ÜYTE Yönetmeliği m. 20 (5)'te embriyonun imhası için sayılan gerekçelerden biri olan “boşanmanın hükmen sabit olması” ifadesi de, üremeye yardımcı tedaviden yararlanabilme imkanını evli olmaya bağlaması sebebiyle kaldırılmalıdır.

Bununla beraber hükmün yürütmesi durdurulan ve eşlerden birinin ölümü halinde embriyonun imha edileceğinin düzenlendiği kısmın akıbeti farklı bir değerlendirme gerektirecektir. İlk bakışta, evliliğin üremeye yardımcı tedavi için şart olarak aranmadığı bir hukuk sisteminde, eşlerden birinin ölmesi sebebiyle evliliğin sona ermesinin de tedaviyi durduracak bir durum olmadığı iddia edilebilir. Oysa bu defa sorun, tedavi başlarken sahip olunan iradenin ölümden sonrası için de geçerli olup olmadığını tespit etmektir. Elde edilen embriyonun, üreme hücresi kullanılan erkeğin ölümünden sonra transfer edilebilmesinin bu kişinin henüz hayattayken vereceği bu yönde bir rıza ile mümkün olup olmadığı, bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Ancak özellikle bu çalışmada irdelenen yürütmeyi durdurma kararı ile açılan yolda varılacak sonuç, bu tedaviden yararlanmak isteyen tüm çiftler için – evli olup olmadıklarına bakılmaksızın – belirleyici olmalıdır⁵⁴. Bu nedenle ölümden sonra embriyo transferi (ve hatta daha da ileri giderek üreme hücresinin kullanımı⁵⁵) için hayattayken verilen rızanın geçerli olup

⁵⁰ ÜYTE Yönetmeliği m. 4 (1) ğ.

⁵¹ ÜYTE Yönetmeliği m. 19 (2), m. 19 (3) a, m. 20 (7) a.

⁵² ÜYTE Yönetmeliği m. 1.

⁵³ ÜYTE Yönetmeliği m. 19 (2), m. 19 (3) a.

⁵⁴ Karş. Art. 3 (5) FMedG: İsviçre hukukunda üremeye yardımcı tedavi için başvuran anne ve baba adayından birinin ölmesi durumunda elde edilmiş embriyonun imha edileceği açıkça düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda sperm bağıışı dışındaki üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında anne ve baba adaylarının evli olması aranmadığından, başvuru arasında birinin ölümüne ilişkin bu düzenleme bu yönetime başvuran tüm çiftler için geçerlidir.

⁵⁵ Karş. Art. 3 (5) FMedG: İsviçre hukukunda üremeye yardımcı tedavi için başvuran anne ve baba adayından birinin ölmesi durumunda, bu kişi(ler)den elde edilmiş üreme

olmayacağı konusundaki karara bağlı olarak, tüm başvuruçuları kapsayıcı bir düzenleme yapılması gerekir.

Türkiye özelinde bir değerlendirme yapıldığında, heteroseksüel çiftlerin çoğunlukla bir evlilik birliği içinde yaşadığı görülebilmektedir. Bu nedenle de evli olmayan kişilerin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurması yolunu açmanın gerçekten bir ihtiyaç olup olmadığı sorgulanabilir. Özellikle de aynı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu çiftlerin veya bir birliktelik içinde olmayan tek başına bireylerin bir üçüncü kişinin üreme hücresinden yararlanarak çocuk sahibi olmalarına ilişkin yasakların kaldırılmadığı bir kurguda, evlilik zorunluluğundan vazgeçmenin üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına başvurularda bir artışa yol açmayacağı pekala söylenebilir. Ancak yine de evli olmayan çiftlerin embriyo dondurmalarına izin verilmesi, çocuk sahibi olmak isteyen kişiler açısından mevcut alternatiflere göre daha güven veren bir yöntem olabilecektir. Şöyle ki, ÜYTE Yönetmeliği m. 20’de erkek veya kadının üreme hücrelerini dondurmalarına izin verilen zorunlu haller belirtilmiştir. Söz gelimi bu hallerden birini karşılayan bir kadının yumurtalarını dondurması ve böylelikle gelecekte gebe kalma imkanı koruması mümkündür. Bu imkan, özellikle mevcut düzenleme çerçevesinde evli olmayan kadınlar için tercih edilir olmuştur. Zira yumurta dondurmak isteyen kadının evli olup olmadığının bir önemi yoktur.

Yumurtasını donduran bir kadının gelecekte gebe kalacağı kesin olmamakla beraber; bugün sahip olunan teknolojik imkanlar ışığında, yumurta dondurma ve embriyo dondurmanın birbirine son derece yakın bir gebelik olasılığı sağladığı ifade edilmektedir. İki yöntemin başarı oranları arasında eskiden mevcut olan fark, vitrifikasyon yöntemi ile dondurma teknolojisinin gelişmesiyle bugün büyük ölçüde kapanmıştır⁵⁶. Ancak yine de embriyo dondurmayı öne çıkaran bazı özelliklerden bahsedilebilir. Yumurtalarını donduran bir kadın, bu aşamada gebeliğin ve sağlıklı doğumun gerçekleşip

hücresinin imha edileceği açıkça düzenlenmiştir. Fakat sperm bağışi yoluna başvurulması halinde, sperm donörünün ölmesi bu hükmün istisnasını oluşturur.

⁵⁶ Vitrifikasyon teknolojisiyle yumurta dondurma yolunun başarı oranının yüzde 90 üstü, embriyo transferinin başarı oranının ise yüzde 95 olduğu yönünde bkz. “Freezing Eggs vs. Freezing Embryos”, Extend Fertility, erişim tarihi: 1 Kasım 2023, [https://www.onefertilitykitchenerwaterloo.com/freezing-eggs-vs-embryos/](https://extendfertility.com/freezing-eggs-vs-freezing-embryos/#:~:text=freezing%20embryos%3A%20the%20differences,has%20largely%20eliminated%20this%20difference;“Freezing Eggs vs. Freezing Embryos: The Pros and Cons”, ONE Fertility Kitchener Waterloo, erişim tarihi: 1 Kasım 2023, <a href=).

gerçekleşmeyeceğini bilebilecek bir durumda değildir. Yumurtanın döllendiği ve embriyonun oluşturularak dondurulduğu bir ihtimalde ise, embriyolara yapılacak testler sayesinde gebelik ve sağlıklı doğum ihtimali hakkında çok daha fazla bilgi sahibi olunabilmektedir. Böylelikle elde edilen embriyolardan hangisinin kullanılacağı tespit edilebilecek ve ihtiyaç halinde yeni embriyolar elde edilecektir⁵⁷. Yumurta dondurmada ise bu şekilde testler yapılamadığından, yumurtasını donduran kadının bir bilinmezlik içinde olacağı ve gebe kalma imkanını arttırmak için mümkün oldukça fazla yumurta dondurmaya çabalayacağı açıktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında çiftlerin henüz evlenmediği ve hatta evlenmek isteyip istemediklerinden de emin olmadıkları, ancak iki tarafın da çocuk sahibi olmayı arzu ettiği ilişkilerde üreme hücrelerinin dondurulması yerine embriyo transferinin tercih edilebileceği söylenebilir. Özellikle kadınların yumurta veya embriyo dondurma yöntemlerine belirli bir yaştan önce başvurmalarının başarı şanslarını arttıracığı da göz önünde bulundurulduğunda, bu an geldiğinde evli olmamaları çocuk sahibi olmaya karar veren çiftin önüne bir engel olarak çıkarılmamalıdır.

⁵⁷ Kenosha Gleaton, “Egg Freezing vs Embryo Freezing: Pros and Cons”, erişim tarihi: 1 Kasım 2023, <https://natalist.com/blogs/learn/egg-freezing-vs-embryo-freezing-pros-and-cons>; Nidhee Sachdev, “Eggs vs. Embryos: Which Is Right For You?”, erişim tarihi: 1 Kasım 2023, <https://www.ocfertility.com/blog/eggs-vs-embryos-which-is-right-for-you>; “Egg Freezing: Freezing Eggs vs. Embryos”, Fertility IQ, erişim tarihi: 1 Kasım 2023, <https://www.fertilityiq.com/egg-freezing/freezing-eggs-vs-embryos>.

KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler**

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Aile Hukuku*. Ankara: Beta, 2021.
- Aydın, Öztürk. "Homolog Dölllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 349-74.
- Badur, Emel. "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korunması." İçinde *Evensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, editör: Emel Badur ve Gamze Turan Başara, 173-94. Ankara: Seçkin, 2016.
- Baysal, Başak. "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı." İçinde *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I*, editör: Baki İlkay Engin, 493-534. İstanbul: On İki Levha, 2010.
- Çilenti Konuralp, Ayşen. "Medeni Hale Dayalı Bir Ayrımcılık Örneği: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik." İçinde *Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri, Cilt I*, editör: Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim, Özlem Karaman Coşgun ve Hanife Doğrusöz Koşut, 403-17. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2023.
- Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda ve Tülay Aydın Ünver. "Ana ile Çocuk Arasında Kurulan Soybağının Reddi." İçinde *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt I*, editör: Zeynep Özlem Üskül Engin, 299-332. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Genç Arıdemir, Arzu. "Tanıma Yolu İle Kurulan Soybağı." İçinde *Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan*, 1-37. İstanbul: Der, 2009.
- Guillod, Olivier. "Art. 260." İçinde *Commentaire Romand Code Civil I (Art. 1-456 CC)*, Editör: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx ve Christiana Fountoulakis. Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2010.
- Gümüş, Mustafa Alper. "Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki 'Diğer İlgililerin' [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m. 291/I, III)." İçinde *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, editör: Tufan Öğüz, 568-78. İstanbul: Filiz, 2013.
- İkizler, Metin. *Evlencenin Hükümsüzlüğü*. Ankara: Seçkin, 2018.

- İnce Akman, Nurten. “Erkeğin Ölümünden Sonra Gerçekleştirilen Döllenme (Postmortal Döllenme) ve Bu Döllenme Sonucunda Doğan Çocuğun Menfaatinin Korunması.” İçinde *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, editör: Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek, 19-74. Ankara: Seçkin, 2021.
- Keskin, A. Dilşad. “Tüp Bebek Tedavisinde Yanlış Embriyo Naklinin Soybağı Hukuku Bakımından Sonuçları.” İçinde *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt II*, editör: Süheyla Suzan Gökalp Alica ve Necdet Basa, 847-86. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2019.
- Keskin, A. Dilşad. “Bölünmüşlük Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi.” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (Nisan-Mayıs 2020): 1989-2016.
- Mega, Ertunç, Özlem Yenerer Çakmut, Gürkan Sert, Pınar Ata ve Fulya İlçin Gönenç. “Türkiye’de Tıbbi Yardımla Üreme Tedavisine Erişim ve Üreme Hakları.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (Bahar 2021): 273-94.
- Nakhuda, Gary S., Jeff G. Wang ve Mark V. Sauer. “Posthumous assisted reproduction: a survey of attitudes of couples seeking fertility treatment and the degree of agreement between intimate partners.” *Fertility and Sterility* 96, no. 6 (Aralık 2011): 1463-66 e1.
- Nomer, Haluk N. “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri.” İçinde *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, editör: Nami Barlas, Abuzer Kendigelen ve Suat Sarı, 545-94. İstanbul: Beta, 2000.
- Oktay Özdemir, Saibe ve Gülen Sinem Tek. “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri.” İçinde *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, editör: Tufan Ögüz, 909-31. İstanbul: Filiz, 2013.
- Öcal Apaydın, Bahar ve Nurten İnce Akman. “Dondurularak Saklanmış Üreme Hücrelerinin Veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2020): 63-108.
- Parlak Börü, Şafak. “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler.” *Public and Private International Law Bulletin* 39, no 1 (2020): 63-110.
- Reich, Johannes. “Art. 260 ZGB.” İçinde *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz (Art. 1-456 ZGB – PartG)*, editör: Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo. Basel – Genf: Schulthess, 2016.

Rusch, Martina ve Antje Götschi. “Art. 260 ZGB.” İçinde *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, editör: Andrea Büchler ve Dominique Jakob. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2018.

Schwenzer, Ingeborg ve Michelle Cottier. “Art. 260 ZGB.” İçinde *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB)*, editör: Thomas Geiser ve Christiana Fountoulakis. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2022.

Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2017.

Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.

Stehli, Claudia. “Art. 260 ZGB.” İçinde *OFK - Orell Füssli Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, editör: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser. Zürich: Orell Füssli, 2021.

Stegmüller, Tiffaine. “5ème partie: Le consentement et la procréation / Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA).” İçinde *Le consentement en droit*, editör: Samantha Besson, Yves Mause, Pascal Pichonnaz ve Xenia Karametaxas, 155-182. Genève – Zurich – Bâle: Schulthess, 2018.

Yağcıoğlu, Burcu. “Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 2 (2021): 933-98.

İnternet Sitesi Kaynakları

Dündar, Uğur ve Ertuğrul Erbaş. “Öldükten 10 ay sonra baba oldu.” Erişim tarihi: 1 Kasım 2023.

<https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/oldukten-10-ay-sonra-baba-oldu-352029>.

Extend Fertility. “Freezing Eggs vs. Freezing Embryos.” Erişim tarihi: 1 Kasım 2023.

<https://extendfertility.com/freezing-eggs-vs-freezing-embryos/#:~:text=freezing%20embryos%3A%20the%20differences,has%20largely%20eliminated%20this%20difference>.

Fertility IQ. “Egg Freezing: Freezing Eggs vs. Embryos.” Erişim tarihi: 1 Kasım 2023.

<https://www.fertilityiq.com/egg-freezing/freezing-eggs-vs-embryos>.

Gleaton, Kenosha. “Egg Freezing vs Embryo Freezing: Pros and Cons.” Erişim tarihi: 1 Kasım 2023.

<https://natalist.com/blogs/learn/egg-freezing-vs-embryo-freezing-pros-and-cons>.

International Federation of Fertility Societies. "International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2022: Global Trends in Reproductive Policy and Practice." Erişim tarihi: 1 Kasım 2023.

<https://www.iffsreproduction.org/wp-content/uploads/2022/10/IFFS-Surveillance-2022-Published.pdf>.

ONE Fertility Kitchener Waterloo. "Freezing Eggs vs. Freezing Embryos: The Pros and Cons." Erişim tarihi: 1 Kasım 2023.

<https://www.onefertilitykitchenerwaterloo.com/freezing-eggs-vs-embryos/>.

Sachdev, Nidhee. "Eggs vs. Embryos: Which Is Right For You?" Erişim tarihi: 1 Kasım 2023.

<https://www.ocfertility.com/blog/eggs-vs-embryos-which-is-right-for-you>.

Yararlanılan Kararlar

AYM, E. 2023/135, K. 2024/18, 23.1.2024, RG, 06.03.2024, S. 32481.

AYM, E. 2023/37, K. 2023/140, 26.7.2023, RG, 20.10.2023, S. 32345.

D. 10. D., E.:2022/1700, 31.05.2022, UYAP Bilişim Sistemi (Yayımlanmamış Danıştay kararı).

D. 10. D., E. 2019/12377, K. 2021/4701, 12.10.2021, Lexpera.

İDDK., E. 2019/723, K. 2020/2693, 25.11.2020, Lexpera.

D. 15. D., E. 2016/10499, K. 2018/6470, 26.9.2018, Lexpera.

İDDK., E. 2015/186, K. 2018/70, 22.1.2018, Lexpera.

D. 15. D., E. 2013/2818, K. 2015/6180, 16.10.2015, Lexpera.

ÇEKİN İPTALİNİN MÜRACAAT HAKKINA ETKİSİ

Effects of Cancellation a Check on the Right of Recourse

Emek TORAMAN ÇOLGAR*

Özet

Bu çalışmada, çekin iptal edilmesinin müracaat borçlularının sorumluluklarına etkisi tartışılmıştır. Senedi zayi eden ve iptal kararını alan kişinin müracaat hakkını kullanıp kullanmayacağı meselesini yaratan husus, çeki uygulanacak hükümleri düzenleyen TTK m. 818/1 (s)'de açıkça m. 764/2'ye gönderme yapılmamış olmasıdır. Kanun koyucunun söz konusu tercihi nedeniyle öncelikle TTK m. 764/2'nin anlamı ortaya konulmuş ve anılan hükmün poliçe ve bonoda müracaat hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı irdelenmiştir. Ardından da sorunun muhtemel yanıtları dikkate alınarak, TTK m. 764/2 hükmüne çekte atıf yapılmamış olmasının anlamı ortaya konulmuştur. Yani, acaba çeki TTK m. 764/2 hükmünün uygulanmayacağı öngörülmesi ile Türk ve mehz İsviçre kanun koyucusu müracaat hakkı bakımından çek ile poliçe ve bonoyu ayırmakta mıdır, sorunun olumlu yanıtlanması hâlinde böyle bir ayırım yapılmasının haklı herhangi bir gerekçesi var mıdır? Mesele hakkında bir kanaatte bulunurken, Türk hukukunda mehz İsviçre hukukundan farklılık arz eden hususlara da değinilmiş ve İsviçre öğretisinde ileri sürülen görüşler bu farklılıklar dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Ancak öncesinde müracaat hakkının kullanım şartları ve iptal davası hakkında sadece konu ile bağlantılı olduğu ölçüde bilgi verilmiştir. Son olarak, müracaat borçlularının alt ilişki nedeniyle sorumlulukları tartışılmıştır.

Abstract

This study discusses the impact of cancelling a cheque on the right of application. The key issue arises from the absence of a clear reference to

Makalenin Geliş Tarihi: 15.02.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.05.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: ecolgar@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7210-0647.

Article 764/2 in Article 818/1(s) of the Turkish Commercial Code (TCC), which governs the provisions applicable to cheques. Due to the legislator's choice, the meaning of Article 764/2 of TCC is first clarified, and whether this provision invalidates the right of application in bills of exchange and bonds is examined. Subsequently, considering potential responses to the issue, the meaning of the absence of reference to Article 764/2 of TCC in cheques is explained. Therefore, the question arises whether the Turkish and Swiss legislators, by foreseeing the non-application of Article 764/2 of the TCC to cheques, distinguish between cheques and other promissory notes regarding the right of application, and if so, whether there is a justifiable reason for such differentiation. The differences between Turkish law and model Swiss law are also addressed, and opinions advanced in Swiss doctrine are evaluated considering these differences. However, prior to this, relevant information has been provided on the conditions for using the right of application and the right to request cancellation. Lastly, the responsibility due to sub-relationships are discussed.

Anahtar Kelimeler: Çek, Kambiyo Senetleri, Zıya, Müracaat Hakkı, İptal.

Keywords: Check, Promissory Notes, Loss, Right of Recourse, Cancellation.

Giriş

I. Çekin Zayi Olması ve Zıya Hâlinde Uygulanacak Hükümler

Çekin çalınması, kaybolması, yanması, metninin okunamaz hâle gelmesi gibi nedenlerle zayi olması¹ durumunda söz konusu çekin iptal edilmesi gereklidir. Bu gereklilik kıymetli evrakta hak ile senedin iç içe

¹ Zayi olma kavramı ve örnekleri için bkz. Hayri Domaniç, *TTK. Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku* (İstanbul: Temel Yayınları, 1990), 40; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), N. 134; Hanife Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Zıya ve İptali* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990), 8-12; Hüseyin Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 56-59; Özkan Gültekin, *Kıymetli Evrakın Zıya ve İptali* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006), 42-44; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 75; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), N. 133-136; Melih Sönmez, "Kambiyo Senetlerinin Zıya Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi," *TBB Dergisi*, no.159 (2022): 442.

geçmesinin/kaynaşmasının [6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK” veya “Kanun”) m. 645] ve hakkın senetsiz olarak ileri sürülemeyeceği kuralının doğal bir sonucudur. Nitekim iptal kararı ile hak ve senet arasındaki bu sıkı bağ koparılarak hakkın senetsiz olarak ileri sürülmesi mümkün olur². Zıyaa ilişkin verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere, zıyaa bazı hâllerde hak sahibinin senet üzerindeki zilyetliğini kaybetmesi şeklinde karşımıza çıkarken bazı hâllerde senedin asli unsurlarının hasar görmesi durumunda söz konusu olur.

Kıymetli evrakın zayi olmasının sonuçları TTK’da dağınık³ ve ödeme başta olmak üzere ilgili diğer konularla yeterli bağlantı kurulmadan düzenlenmiştir. Bu çalışma ile söz konusu eksikliklerin belirlenmesi ve bu eksikliklerin yarattığı sorunlara çözüm bulunması amaçlanmıştır. TTK’nın zıyaa dair hükümlerinin mehzazı İsviçre Borçlar Kanunu⁴ (“OR”) olduğundan, meselenin çözümünde özellikle İsviçre öğretisinde savunulan görüşlerden yararlanılmıştır.

² Hans Kuhn, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG* (Zürih: Schulthess, 2012), Art 971, N. 2; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 133c-134; İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2* (Ankara: Beta Yayınları, 2004), 2067; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 125; Tamer Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022), 119-120. Belirtmek gerekir ki, tedavüle çıkarıldığı sırada eksik unsurları bulunan ve senedin borçlusu tarafından lehdara bu unsurların doldurulması hususunda yetki verilmiş olan açık senetler için de iptal davası açılabilmesine rağmen [Martin Stranz, *Wechselgesetz* (Berlin: Walter de Gruyter, 1952), Art. 90, N. 3] iptal edilen bu senetlerde hakkın senetsiz olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Bkz. Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 128.

³ Bu konuda ayrıntılı ve kapsamlı benzer bir eleştiri için bkz. Domaniç, *TTK. Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*, 42-45; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 130-131.

⁴ Bu hükümlerin mehzazını İsviçre OR Art. 971, 972, 977, 982 vd. ile 1072-1080 oluşturmaktadır. Cenevre Yeknesak Kurallarında ise iptal konusuna yer verilmemiştir. Cenevre istişareleri sırasında bu konunun üye ülkelerin düzenlemelerine bırakılması gerektiği belirtilmiştir. Sadece poliçe ve bono ile ilgili kanunlar ihtilafı anlaşmasının 9. maddesinde senetlerin çalınmaları ya da kaybolmaları hâlinde ödeme yeri ülkesinin hukukunun uygulanacağı belirtilmiş ve bu irade teyit edilmiştir. Bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 2. İsviçre’de konu hakkındaki düzenleme 1936 değişikliği ile yapılmıştır. Bkz. Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 140. İsviçre, bu konudaki düzenlemeleri Yeknesak Kurallara koyduğu çekince sayesinde yapmıştır. Bkz. Hans Kuhn, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG*, Art. 1072-1080, N. 1.

Konu hakkında ayrıntılı açıklama yapılmadan önce, TTK'nın Kıymetli Evrak başlıklı üçüncü kitabının sistematüğinden kısaca söz edilmesinde fayda vardır. Kanun'da öncelikle tüm kıymetli evrak türleri için ortak hükümler birinci kısımda düzenlendikten sonra, ikinci kısım nama yazılı senetlere, üçüncü kısım ise hamiline yazılı senetlere ayrılmıştır. Emre yazılı senetlere ilişkin ayrı bir genel kısma Kanun'da yer verilmemiş, bunun yerine kanunen emre yazılı senetlerden kambiyo senetleri ve bu bölümde de ayrıntılı şekilde poliçe düzenlenmiştir. Bono ve çek için ise, ayrıksı hükümler dışında, poliçeye gönderme yapılmıştır.

Keza iptal meselesinde de aynı yaklaşım benimsenmiş ve genel hükümler başlığı altında TTK m. 651'de iptal kararının şartları ile TTK m. 652'de iptal kararının sonuçları düzenlenmiştir. Ardından da nama yazılı senetler hakkındaki TTK m. 657'de, özel hükümler saklı tutularak, hamiline yazılı senetlerin iptali hakkındaki hükümlere (TTK m. 661-668) gönderme yapılmıştır. Poliçenin iptali ise TTK m. 757-765'te düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde emre ve nama yazılı poliçeler arasında bir fark gözetilmemiştir. Bono hakkındaki TTK m. 778/1 (ı) hükmünde ise poliçenin iptaline ilişkin hükümlerin tamamının, bononun niteliğine aykırı düşmedikçe, bonoya da uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece, nama ve emre yazılı poliçe ile nama ve emre yazılı bonoya, genel hükümler başlığı altındaki TTK m. 651, 652⁵ ile TTK m. 757 ilâ 765 arasındaki hükümlerin uygulanacağı tespit edilmektedir.

Bilindiği üzere poliçe ve bonoda lehdarın zorunlu unsur olması (TTK m. 671, 776) nedeniyle bu senetlerin, çekin aksine, hamiline yazılması mümkün değildir. Çeke uygulanacak poliçeye ait hükümler hakkındaki TTK m. 818'de, çekin türü bakımından bir ayırım yapılmadan, TTK m. 764/2 ve 765 dışındaki iptale ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle öğretide hâkim olan⁶ ve kabul edilmesi gereken görüş uyarınca, hamile yazılı çekin

⁵ TTK m. 652'nin poliçe, bono ve çek için de uygulanabilir olması konumuz açısından büyük önemi haizdir ve aşağıda ayrıntılı olarak gerekçeleriyle açıklanacaktır. Bkz. Bölüm III, D.

⁶ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, C. III Ticari Senetler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), 361-362; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), 286-301; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 60; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 550; Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, 36; Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*,

iptaline de poliçe hükümlerinin uygulanması gereklidir. Zira TTK'nın poliçe hakkındaki hükümlerinin, kanunen emre yazılı senet niteliği rekta kaydı ile değiştirilmiş nama yazılı poliçe ve bonolar ile nama ve hamiline yazılı çeklere uygulanmaması tercih edilmiş olsaydı bu hususun açıkça belirtilmesi gerekirdi. Halbuki kanun koyucu tercihini bu yönde kullanmamış ve poliçe hükümlerinin, devir şekillerine göre bir ayırım yapılmaksızın tüm kambiyo senetlerine uygulanmasını tercih etmiştir. Bu nedenle de nama yazılı bono, poliçe ve çek ile hamiline yazılı çeker poliçe hükümlerinin uygulanması gereklidir⁷.

Çalışmanın konusunu oluşturan zayı olan çekte iptal kararını alan kişinin müracaat hakkını kullanıp kullanmayacağı meselesini yaratan husus, çeker uygulanacak hükümleri düzenleyen TTK m. 818/1 (s)'de açıkça m. 764/2'ye gönderme yapılmamış olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle kanun koyucu çeker uygulanacak poliçe hükümlerini açıkça sayarken, TTK m. 764/2 ve 765'i dışlamıştır⁸. Bu dışlama nedeniyle çeker uygulanmayacak TTK m. 764/2 iptal kararının sonucu hakkındadır ve söz konusu düzenleme, "*Poliçenin iptaline karar verilmiş olmasına rağmen⁹, dilekçe sahibi kabul edene karşı poliçeden doğan istem hakkını ileri sürebilir.*" hükmünü haizdir.

78; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 1982), 72; Diğdem Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptali* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017), 103-104; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 130. Hamiline yazılı çekin iptalinde hamiline yazılı kıymetli evrakın iptaline, nama yazılı çekin iptalinde nama yazılı kıymetli evrakın iptaline ilişkin hükümlerin uygulanacağı görüşü için bkz. Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2020), 45-494-495. Kalpsüz ise, emre ve nama yazılı çeklere poliçe hükümlerinin, hamile yazılı çekin iptalinde ise hamile yazılı senetlerin iptali usulünün uygulanacağı görüşündedir. Bkz. Turgut Kalpsüz, "Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahlili," *BATİDER*, no. 2 c.11 (Aralık 1981): 40.

⁷ Poliçe hükümlerinin özel hüküm niteliği nedeniyle öncelikle uygulanacağı görüşü için bkz. Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 67; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2018), 40; Sönmez, "Kambiyo Senetlerinin Zıyı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi," 445.

⁸ Öte yandan bono hakkındaki TTK m. 778/1, (1) hükmünde herhangi bir ayırım yapılmadan iptale dair poliçe hükümlerine eksiksiz bir şekilde gönderme yapılmıştır.

⁹ Bu ifadenin, mehaz İsviçre OR Art. 1079/2 hükmüne paralel şekilde o poliçenin iptaline karar verildikten sonra şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 279.

Mesele hakkında bir değerlendirmede bulunabilmek için öncelikle, TTK m. 764/2 nedeniyle, iptal edilen poliçede (ve bonoda) hamilin sadece asıl borçluya mı başvurmasına izin verildiği, diğer bir ifadeyle hamilin müracaat hakkına sahip olup olmadığı sorusu yanıtlanmalıdır. Ardından da sorunun muhtemel yanıtları dikkate alınarak, TTK m. 764/2 hükmüne çekte atıf yapılmamış olmasının anlamı ortaya konulmalıdır. Yani, acaba çeke TTK m. 764/2 hükmünün uygulanmayacağına öngörülmesi ile Türk ve mehz İsviçre kanun koyucusu müracaat hakkı bakımından çek ile poliçe ve bonoyu ayırmakta mıdır, sorunun olumlu yanıtlanması hâlinde böyle bir ayırım yapılmasının haklı herhangi bir gerekçesi var mıdır? Yoksa, TTK m. 818/1 (s) ile çeke TTK m. 764/2'nin uygulanmayacağına öngörülmesinin müracaat hakkının bulunup bulunmamasından başkaca bir anlamı mı vardır?

Akla gelen soruların yanıtlanabilmesi için öncelikle gönderme yapılmayan TTK m. 764/2 hükmünün anlamı ortaya konulmalı ardından da bu hükme yollama yapılmamış olmasının çekte müracaat hakkına etkileri üzerinde durulmalıdır. Ancak öncesinde, poliçe hakkındaki hükümlerin çek nazara alınarak açıklanmasında ve iptal usulünün hatırlanmasında fayda vardır. Dolayısıyla aşağıda, poliçe hükümleri çeke uygulanabildiği ölçüde doğrudan çek için açıklanmıştır. Ardından, zıya nedeniyle iptal kararı verilen çekteki hak sahibinin müracaat hakkı yanında, hangi koşullarda ne gibi talepleri olabileceği değerlendirilmiştir.

II. İptal Davası

İptal meselesi Kanun'da esas itibariyle çekin hak sahibinin¹⁰ elinden çıkması ve bir üçüncü kişinin eline geçmesi ihtimali düşünülerek düzenlenmiştir. Nitekim, önleyici tedbir kararı olarak çekin ödenmekten menedilmesi (TTKm. 757)¹¹, çeki eline geçiren kişinin bilinmesi hâlinde bu

¹⁰ Hak sahibi ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği ve bu bağlamda intifa ve rehin hakkı sahibi ile senede bir borç ilişkisine istinaden zilyet bulunan kişilerin de hak sahibi olarak kabul edileceği yönünde bkz. Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 142a; Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 57; Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 138; Sami Karahan et al., *Kıymetli Evrak Hukuku* (Konya: Mimoza Yayınları, 2014), 126.

¹¹ Belirtmek gerekir ki, emre yazılı senetlerde iptal davası açılmadan doğrudan ödeme yasağı talebinde bulunulması da mümkündür. Bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 288; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 125. Önleyici tedbir TTK'da alacak senetleri dikkate alınarak düzenlenmiş ve bunun neticesinde ödeme yasağı

kişiyeye karşı iade davası açılması (TTK m. 758), çeki eline geçiren kişinin bilinmemesi hâlinde ise çekin mahkemeye getirilmesi için ilanen ihtar yapılması (TTK m. 760, 761) ve çekin ilana rağmen mahkemeye getirilmemesi durumunda iptal edilmesi (TTK m. 764) usulü hep bu ihtimale ilişkindir. Öte yandan çekin hak sahibinin elinde olmasına rağmen hakkın ileri sürülememesi ya da senedin yok olmasında söz konusu olduğu gibi hiç kimse tarafından ileri sürülmeyecek olması da ihtimal dahilindedir ve aşağıda bu ihtimaller ayrı ayrı ele alınmıştır.

A. Senedin Üçüncü Kişinin Eline Geçme İhtimalinin Olması

TTK m. 757/1 uyarınca, iradesi dışında çek (poliçe) elinden çıkan kişi ödeme yerindeki ya da ikametgahının bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden muhatap bankanın ödemekten menedilmesini isteyebilir. Bu durumda mahkeme, men kararında *vadede* keşideciye çek bedelini tevdi etme yükümü öngörebilir ve tevdi yerini gösterir (TTK m. 757/2). Çeklerde tevdi, muhatap bankanın hesaptaki karşılık oranında çek bedelini bloke etmesi şeklinde gerçekleşir¹².

Hemen belirtmek gerekir ki TTK m. 757/2, özellikle¹³ çekin ibraz süresinden önce zayi olması durumunda önemlidir ve öncelikle bu ihtimal üzerinde durulacaktır. Öte yandan çekin, süresinde ibraz edilmesinden ve hatta ödenmemesi nedeniyle karşılıksızlık işlemine tabi tutulmasından sonra zayi olması ve bu nedenle iptal edilmesi de mümkündür. Aşağıda bu ihtimaller ayrıca tartışılacağından şimdilik bu hususun hatırlatılmasıyla yetinilmiştir.

TTK m. 757'ye paralel şekilde, gönderme nedeniyle çeke uygulanacak poliçe hükümlerinin birçoğunda vade kavramına rastlamak mümkündür.

öngörülmüştür. Zayi olan senedin pay senedi olması ihtimalinde önleyici tedbir senedi eline geçiren kişinin pay sahipliğinden kaynaklanan hakları kullanmaktan men edilmesi şeklinde gerçekleşir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Murat Sevi, "Pay Senetleri ve İlmuhaberlerin Zayi Olması ve İptali," *Terazi Hukuk Dergisi*, no.187 (Mart 2022): 105.

¹² Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 497-498; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 146.

¹³ Çekten cayılmamışsa ibraz süresinden sonra da muhatap bankanın ödeme yapmak konusunda takdir hakkı bulunduğundan, ibraz süresi geçtikten sonra çekin zayi olması hâlinde de ödeme yasağı konulmasının işlevi vardır. Ancak, ödeme yasağı konulması özellikle ibraz süresinden önce zayi olması hâlinde önem taşır.

Nitekim iptal meselesinde önem taşıyan ve poliçenin iade edilmesi için yapılacak ilanlar hakkındaki TTK m. 761’de de sürelerin kural olarak vadeden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle anılan düzenlemelerdeki vade kavramının öncelikle çek nazara alınarak yorumlanması gereklidir. Bilindiği üzere TTK m. 795 uyarınca çek görüldüğünde ödenir, dolayısıyla çek için TTK’da teknik olarak vade yoktur. Ancak Çek Kanunu’nun konu hakkındaki özel düzenlemeleri ile çekte “vade” kavramı kanun koyucu tarafından adeta kabul edilmiştir¹⁴. Zira Çek Kanunu’nun pek de geçici olmayan¹⁵ geçici maddesi 3/5 hükmü uyarınca üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir. Yine Çek Kanunu m. 3/8 uyarınca, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamaz. Dolayısıyla anılan bu iki hüküm yürürlükte olduğu müddetçe TTK m. 761 anlamında vadenin çekin üzerinde yazılı keşide tarihi olarak kabul edilmesi gerekir.

Burada ayrıca poliçedeki vadenin çekin ibraz süresine (TTK m. 796) uzayacak şekilde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Kanımca bu soruyu olumsuz yanıtlamak gerekir. Zira bilindiği üzere, belirli vadeli poliçelerin de vadeden itibaren iki gün içinde ödenmek üzere ibrazı mümkündür. Ancak kanun koyucu süreleri ödeme gününden değil, vadeden itibaren başlatmayı tercih etmiştir. Bu nedenle, poliçedeki vade ile çekin üzerinde yazılı keşide tarihinin benzer sonuç doğurduğu kabul edilmelidir. Çünkü, çekin bir üçüncü kişinin elinde olması hâlinde de bu kişi çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çeki ne geçerli şekilde ibraz edebilir ne de karşılıksızlık işlemi yapabilir.

¹⁴ Çekte vade sorunu ve ileri tarihli çek uygulamasının kanun koyucu tarafından kabulüne ilişkin süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 259-270; Ali Haydar Yıldırım, “Türk Hukuku’nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.4 C. XXI, (2017): 93-96. Kanun koyucunun söz konusu tercihinin eleştirisi için bkz. Ömer Teoman, “Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler”, in *Tüm Makalelerim Cilt III: 2002-2010* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 150-152; Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 165-168.

¹⁵ İlk kez 03.02.2012 tarihinde kabul edilen bu hükmün yürürlüğü, her seferinde süresi dolmadan uzatılmıştır. Ocak 2024 itibarıyla geçici madde 3/5, 31.12.2025 tarihine kadar yürürlüktedir.

1. Çeki Ele Geçiren Kişinin Bilinmesi

Çeki ele geçiren kişinin bilinmesi hâlinde, dilekçe sahibi tarafından bu kişiye karşı iade davası açılması gereklidir (TTK m. 758/1). Eğer iade davası açılırsa, bu davanın neticesine göre çek ya istem sahibine iade edilir ya da edilmez. Ancak her iki durumda da çekin iptali söz konusu olmaz ve mahkeme kararına kadar taraflara herhangi bir ödeme yapılmaz. Öte yandan hak sahibi, mahkeme tarafından verilen süre içinde iade davası açmazsa, mahkeme ödeme yasağını kaldırır ve keşideci çeki elinde bulunduran kişiye ödeme yaparak borcundan kurtulur. Keşidecinin hesabından çek bedelinin tahsil edilmemesi hâlinde ise müracaat hakkı kullanılır. Ancak bu durumda da çekin iptali söz konusu olmaz. Bu nedenle çeki ele geçiren kişinin bilinmesi ihtimaline de iptal davasına ilişkin düzenlemelerde yer verilmesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹⁶.

2. Çeki Ele Geçiren Kişinin Bilinmemesi

Çekin bir üçüncü kişinin eline geçmesi muhtemelse iptali de esas itibariyle ele geçiren kişinin bilinmemesi durumunda söz konusu olur (TTK m. 759/1). Kıymetli evrakın iptalinin çekişmesiz yargıya giren işlerden olması da esas itibariyle bu yüzden olup davada bir hasım gösterilmez¹⁷. Bu aşamada dilekçe sahibinin çek elinde iken çekin zıya uğradığını inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri mahkemeye sunması ve senedin içeriği hakkında bilgi vermesi gereklidir (TTK m. 759/2¹⁸). Dilekçe sahibinin iptal isteminin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi gerekli ve yeterlidir. Hükmün açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere burada yaklaşık olarak ispat edilmesi gereken hususlar, (i) senet üzerinde hak sahibi olduğu ve (ii) bu senedin zayı

¹⁶ Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1992), 43-44; Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 135; Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 38.

¹⁷ Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 132.

¹⁸ Çeke de uygulanacak TTK m. 759/2'de dilekçe sahibinin çek elinde iken zıya uğradığını inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri mahkemeye sunması ve senedin bir suretini mahkemeye ibraz etmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak çeki uygulanacak poliçe hükümlerini genel olarak düzenleyen TTK m. 818'de poliçe sureti hakkındaki TTK m. 746 ve 747 hükümlerine gönderme yapılmaması nedeniyle çekte suret yasağının söz konusu olduğu hatırlanmalıdır. Bkz. Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 679.

olduğudur¹⁹. Senedin keşidecisi, düzenlenme tarihi, çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesi ve tutarı gibi senet içeriği hakkında bilgi verilmesi (senedin ferdileştirilmesi²⁰) yaklaşık ispat bakımından yeterli görülmektedir²¹. Bu hususta elbette senedin bir fotokopisinin bulunması iddianın ispatı için önemli kolaylık sağlayacaktır.

Mahkeme kendisine sunulan bilgi ve belgeleri inandırıcı bulursa, kural olarak Ticaret Sicil Gazetesi'nde üç kez yapılacak ilanla çekin mahkemeye sunulmasını, aksi takdirde senedin iptal edileceğini ihtar eder (TTK m. 760, 762). İlanlarda belirtilecek çeki mahkemeye getirme süresi TTK m. 761'de düzenlenmiştir. Bu hüküm müracaat hakkının doğumu için aranan şartlar bakımından önemlidir ve bu nedenle ayrıntılı açıklama ilgili bölümde yapılmıştır²².

Verilen süre içinde çekin mahkemeye sunulması hâlinde, TTK m. 758'e paralel şekilde yine mahkeme iade davası açması için dilekçe sahibine süre verir ve verilen süre içinde bu dava açılmazsa ödeme yasağını kaldırır. Dolayısıyla bu hâlde de çek iptal edilmez. Öte yandan, elden çıkan çek verilen süre içinde mahkemeye sunulmazsa çekin iptaline karar verilir (TTK m. 764).

B. Senedin Üçüncü Kişinin Eline Geçme İhtimalinin Olmaması

Çekin zayi olduğu bazı durumlarda hak sahibi senet zilyetliğini yitirmişse de senedin üçüncü bir kişinin eline geçmesi söz konusu değildir. Örneğin

¹⁹ Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 150. Öğretide Kanun'da aranan bu şartlar yanında, senedin içerdiği hakkın varlığını sürdürmesi, kaybedilen senedin zilyetliğinin elde edilmesinin mümkün olmaması, senedin iptali kabil bir senet olması ve ilgili senedin gerekli şekil şartlarını sağlaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 270-273; Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, 26-34; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 122.

²⁰ Kavram için bkz. Domaniç, *TTK. Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*, 441-444.

²¹ Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 150. Yargıtay bir kararında davacının iptalini talep ettiği çekin keşidecisinin kim olduğunu, verildiği banka ve şubesini, çek numarasını ve çek tutarını mahkemeye bildirmiş olması gerekçesiyle, davacının daha fazlasını ispata zorlanmasının, zayi nedeniyle çek iptali hükümlerini uygulanmaz hale getireceğine hükmetmiştir. Bkz. Y. 11. HD, E. 2018/11761, K. 2018/3544, 14.05.2018 (Lexpera). Benzer yöndeki bir başka kararında da anılan senetlerin esas içeriği hakkında bilgi sunulmasını yeterli görerek, talep edenin hamil olduğunun anlaşıldığını belirtmiştir. Bkz. 11. HD, E. 2015/14991 K. 2015/2821, 02.03.2015 (Lexpera). Y. 11. HD, E. 2013/9292, K. 2013/7541, 17.04.2013 kararı için ayrıca bkz. Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, 110.

²² Bkz. Bölüm III, B.

senedin tamamen yanıp yok olmasında durum böyledir. Bazen de hak sahibi hâlâ senedin zilyedidir ancak senedin içerdiği hakkın ileri sürülmesi mümkün değildir, çünkü senet bir araya gelemeyecek şekilde yırtılmış ya da üzerindeki yazılar okunamaz hâle gelmiştir.

Öğretide savunulan bir görüş uyarınca, hamilin elinde olmakla birlikte senedin hasara uğraması nedeniyle tedavül edilemez hâle gelmesi durumunda iptal davası açılmaz²³. Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş ise, haklı olarak bir ayrıma gitmiş ve senedin asli unsurlarının anlaşılacak kadar yıpranması hâlinde iptal davasının açılabileceğini²⁴, ancak, içeriğinin anlaşılır olması hâlinde senedin iptali gerekmeyp, hak sahibinin kendisine yeni bir senet verilmesini talep etmesi gerektiğini belirtmiştir²⁵.

Gerçekten de senedin hak sahibinin zilyetliğinden çıkmasına rağmen yok olması gibi bir nedenle üçüncü kişinin eline geçmesinin mümkün olmadığı hâllerde de senedin iptal edilmesi ve hak ile senet arasındaki sıkı bağın

²³ Azınlıkta kalan, iptal davasının ancak senet zilyetliğinin yeniden kazanılmasının mümkün olmaması hâlinde açılabilmesi görüşü için bkz. Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, 101-102. Yargıtay da verdiği bir kararda, yıkanıp yıkanmama nedeniyle yazıları silinmiş bir çekin iptal edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Y. 11.HD, E. 2010/14952, K. 2012/5745, 10.04.2012 (Lexpera).

²⁴ Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl ve Matthias Casper, *Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs* (Münih: Beck, 2020), Art. 90, N. 2.

²⁵ Bkz. Ertekin ve Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, 33; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 134; Sevi, "Pay Senetleri ve İlmuhaberlerin Zayi Olması ve İptali," 101-102; Karahan et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 123. Senedin içerdiği hakkın sona ermesi nedeniyle yırtılması da ihtimal dahilindedir ve özellikle bu ihtimal yargı kararlarına konu olmuştur. Yargıtay da birçok kararında senedin hala alacaklının elinde iken yırtılmış olmasını senedin ödendiğini gösteremeyeceğini, zira borçlunun senedin teslimi neticesinde ödeme yapması gerektiğini belirtmiştir. Kararlar için bkz. Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyat ve İptali*, 12, dn. 36. Alman öğretisinde de katlama veya kazara yırtılma yoluyla birkaç parçaya bölünmenin, parçalar yeniden birleştirilebiliyorsa zayi anlamına gelmeyeceği savunulur. Ancak, senet sahibi veya üçüncü bir kişi tarafından yanlışlıkla yapılmış olsa bile, belgenin açıkça küçük parçalara ayrılması veya ön yüzünün çizilmesi imha olarak kabul edilir. Bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 5; Baumbach, Hefermehl ve Casper, *Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs*, Art. 90, N. 2. Senetteki çıkıntı ve silintilerin kural olarak onaylanmamış olsalar bile tarafları bağlayacağı, ancak hasarın senedin anlamına ve geçerliliğine etki edecek nitelikte olması hâlinde mahkemece senedin geçersiz kılınacağı yönünde bkz. Adnan Deynekli, *Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 72.

koparılarak, hakkın senetsiz olarak ileri sürülmesinin temini zorunludur. Ancak bu gibi hâllerde, senedin üçüncü bir kişinin eline geçmesi söz konusu olmadığından ödeme yasağına ilişkin önleyici tedbir alınmasına şüphesiz ihtiyaç olmayacak, senedin geri getirilmesi için mahkemece vadeden itibaren başlayacak süre verilmeyecek ve senet derhal iptal edilebilecektir.

Benzer şekilde, senedin hak sahibinin elinde bulunmasına rağmen örneğin sadece, keşidecinin imzasının üzerine kahve ya da kül dökülmesi nedeniyle okunamaması veya bedel, vade gibi senet metnine dahil olan hususların tespiti mümkün olmayacak şekilde karalanması ya da boyalarının uçması gibi bir sebepten senedin içerdiği hakkın ileri sürülememesi hâlinde de iptal kararının TTK m. 761'de öngörülen sürelerin beklenmesine gerek olmadan hemen verilmesi mümkündür. Böylece, ileri tarihli bir çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce iptal edilmesi mümkün olabilecektir. Bu örneklerde dikkat edileceği üzere, senedin arka yüzündeki cırolar etkilenmemekte ve kolaylıkla okunabilmektedir.

Dolayısıyla müracaat hakkının mevcudiyetine ilişkin bir tercihte bulunabilmek için farklı ihtimaller değerlendirilmeli ve menfaat hukukçuluğu yapılarak hükümler yorumlanmalıdır ki aşağıda buna çaba gösterilmiştir. Çünkü eğer, TTK m. 764'ün müracaat hakkını istisnasız her durumda ortadan kaldırmadığı görüşü benimsenirse, hak sahibinin kendisine yeni bir senet verilmesini talep etmesi, bu senet ile ibraz süresinde çeki ibraz etmesi ve ödenmeme nedeniyle müracaat borçlularına başvurabilmesi mümkündür. Şüphesiz bu sonuca, ancak TTK m. 764'ün anlamı ortaya konduktan sonra varılması mümkün olabilir²⁶.

III. Çekin Zayi Olmasının Müracaat Hakkına Etkisi

A. Müracaat Hakkının Genel Olarak Kullanım Şartları

Temel ilişkiden bağımsız, tamamen kambiyo hukukuna dayalı müracaat hakkının²⁷ kullanılabilmesi için çekin süresinde ibraz edilmesi (TTK m. 796), ibraza rağmen ödenmemesi²⁸ ve ödenmediğinin bu süre içinde belgelenmesi

²⁶ TTK m. 764 hükmünün yorumu için bkz. Değerlendirme Bölümü.

²⁷ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 364.

²⁸ Belirtmek gerekir ki, müracaat hakkının kullanılabilmesi için çekin sadece ödenmemesi yeterli değildir. Ödemeden kaçınmanın haksız olması gereklidir. Yani, örneğin muhatap banka, hükümsüzlük def'ine ya da senet metninden anlaşılan bir

(TTK m. 808, 809/1) gerekir²⁹. Başvurma hakkına ilişkin bu şartlar emredici kabul edildiğinden, şartların somut uyuşmazlıkta sağlanıp sağlanmadığının mahkemece re'sen dikkate alınması gerekir³⁰.

Müracaat hakkı bakımından özellikle tartışılmayı hak eden ihtimal, çekin ibraz süresinden önce zayi olmasıdır. Zira bu hâlde, müracaat hakkı için Kanun'da aranan ibraz şartının fiilen yerine gelmesi mümkün değildir. Ayrıca, çekin düzenlenme tarihinden, hatta ibraz süresinden sonra zayi olması da mümkün olduğundan aşağıda bu ihtimaller ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

B. Çekin Düzenlenme Tarihinden Önce Zayi Olması Hâlinde Müracaat Şartlarının Değerlendirilmesi

1. Çekin Süresinde İbraz Edilmesi

Çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde, şüphesiz bu çek süresinde ibraz edilemez. Çünkü TTK m. 796 uyarınca senedin aslının ibrazı zorunludur. Bu anlamda senedin kopyasının ödenmek üzere ibrazı, ibraz şartını karşılamamaktadır³¹.

Kaldı ki Çek Kanunu'nun getirdiği özel düzenlemeler uyarınca, iptal kararının ibraz süresi sona ermeden verilmesinin mümkün olmaması da çekin süresinde ibrazına engel oluşturur. Zira, TTK m. 818/1 (s) uyarınca çekte de uygulanacak, iptal davasında senedin geri getirilme süresini düzenleyen TTK m. 761/1'de mahkemenin yapacağı ilanla çekin geri getirilme süresinin, en az üç ay, en fazla bir yıl olarak belirlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Anılan hükümde sürelerin başlangıç tarihi poliçenin *vadesine* göre

def'ye dayanarak ödemedi haklı olarak kaçınırsa hamil müracaat hakkını kullanamaz. Bkz. Muzaffer Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994), 33.

²⁹ Müracaat hakkının kullanım şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hayri Bozgeyik, *Poliçede Müracaat Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), 73-91; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 370-373.

³⁰ Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, 52; Bozgeyik, *Poliçede Müracaat Hakkı*, 173; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 370; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 764.

³¹ Poliçe hakkındaki TTK m. 708/1 için de aynı sonuç geçerlidir. Bkz. Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 516. Müracaat hakkının kullanılabilmesi için senedin ibrazının şart olması nedeniyle poliçe ve bonoda bu hakkın kullanılamayacağı yönünde bkz. Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 136c.

belirlenmiştir. Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, Çek Kanunu geçici madde 3/5 hükmü uyarınca üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir. Dolayısıyla geçici madde yürürlükte olduğu sürece ileri tarihli bir çekte ilanların başlangıç anının üzerinde yazılı keşide tarihi olarak kabul edilmesi gereklidir. Buna göre ileri tarihli çek düzenlenme tarihinden önce zayi olsa ve mahkemeye başvurulsa dahi, mahkemenin yine çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihini beklemesi ve üç ay ilâ bir yıllık süreyi düzenlenme tarihinden itibaren başlatması gerekecektir. Öte yandan zıya nedeniyle mahkemeye çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden sonra başvurulmuşsa, süreler birinci ilan gününden itibaren işlemeye başlar (TTK m. 761/3)³².

Örnek vermek gerekirse, üzerinde yazılı düzenlenme tarihi 22 Mart olan bir çekin zayi olduğu iddiası ile mahkemeye, bu tarihten önce (örneğin 2 Ocak'ta) başvurulmuş olsa dahi, mahkeme ilanında süre 22 Mart'tan itibaren başlar ve bu tarihten itibaren en az üç ay çekin getirilmesi beklenir. Öte yandan çekin zayi olması nedeniyle mahkemeye 22 Mart'tan sonra başvurulduysa süreler mahkeme tarafından yapılacak ilanlardan itibaren işlemeye başlar. Görüldüğü üzere, her halükârda çek, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden en az üç ay sonra iptal edilir. Kanun'da en uzun ibraz süresinin üç ay olduğu düşünüldüğünde (TTK m. 796), çek iptal edildiğinde ibraz süresi geçmiş olacaktır. Dolayısıyla bu husus, müracaat hakkının doğumu için aranan, çekin süresinde ibraz edilmesi koşulunun sağlanmasına engel oluşturur³³.

Ocak 2024 itibariyle geçici madde 3/5, 31.12.2025 tarihine kadar yürürlüktedir. Bu sürenin uzatılacağı düşünülmekle birlikte bir an için bu sürenin uzatılmadığını ve geçici maddenin 2025 yılı sonunda, ya da bir sonraki uzatmanın bitiminde, yürürlükten kalktığını kabul edelim. İşte böyle

³² Yıldırım, "Türk Hukuku'nda Vadeli Çek," 117; Sönmez, "Kambiyo Senetlerinin Zıyaı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi," 457. Öte yandan, Çek Kanunu'nun vadeli çekte izin veren hükümleri yürürlükteyken, 2015 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta alt derece mahkemesi 11.06.2015 düzenlenme tarihli çekin iptaline 04.06.2015 tarihinde karar vermiştir. Görüldüğü üzere, ileri tarihli bir çekte mahkeme ilanların başlangıç anı için çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihini beklememiştir. Yargıtay tarafından da bu karar onanmıştır. Bkz. Y. 11. HD, E. 2015/13998, K. 2017/1845, 28.03.2017 (Lexpera).

³³ Çek Kanunu'nun vadeye ilişkin düzenlemelerinin kabulünden önce yazılan eserinde de aynı soruna Öztürk (Dirikkan) tarafından dikkat çekilmiştir. Bkz. Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali*, 92-93.

bir ihtimalde, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin ibrazı geçerli olacağından, çek zayi olmasaydı, hamil çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihini beklemeden bankaya başvurabilecek, hesapta para varsa çeki tahsil edebilecek, ancak hesapta yeterli para bulunmuyorsa karşılıksızlık işlemini yapamayacaktı (Çek Kanunu m. 5/8). Dolayısıyla, ileri tarihli bir çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce zayi olması ve mahkemeye başvurulması durumunda ilanların, çekin görüldüğünde ödenmesi kuralı gereği, hemen yapılması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, ilan yapılması için çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinin beklenmesi gerekli olmayacaktır. Böylece, çekin üzerinde yazılı keşide tarihinin mahkemece verilecek üç ay ilâ bir yıllık sürenin dolmasından sonra gelmesi mümkündür. Örneğin, 1 Ocak 2026 tarihinde fiilen düzenlenen, ancak üzerinde yazılı düzenlenme tarihi 1 Mart 2027 olarak belirtilen çekin, 1 Şubat 2026'da zayi olması ihtimalinde, mahkemece yapılacak ilanda geri getirme süresi azami süre olan bir yıl olarak belirlense dahi iptal kararı, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce verilecektir. Böyle bir durumda ise, iptal kararı ile ya da yeni senet ile süresinde ibraz şartının sağlanabileceği kabul edilmelidir.

Son olarak çekin zayi olması hâlinde ibraz şartının çekin varsa nüshası ile sağlanma ihtimali değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere, TTK m. 818/1 (o) hükmünün göndermesi nedeniyle poliçe nüshası hakkındaki TTK m. 744 çeki de uygulanır. Ancak, TTK m. 813'te çekin birden fazla nüsha olarak düzenlenebilmesi için ilave şartlar öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, nüsha düzenlenebilmesi için çekin hamiline yazılı olmaması ve herhangi bir yabancı ülke ya da bir ülkenin denizaşırı kısımları ile ilgili bulunması gereklidir. Her ne kadar, ödeme ve düzenlenme yerlerinin denizaşırı ülkelerde bulunmasının yaratacağı güvenlik risklerine karşı öngörülmüş olan bu hükmün günümüzde bir önemi kalmadığı belirtilse de³⁴, teorik olarak şartları sağlayan ve nüshası bulunan bir çekin nüshası ile ibraz şartının sağlanabileceği belirtilmelidir.

2. Karşılıksızlık İşleminin Yapılması

Çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde, müracaat hakkının doğumu açısından sorun teşkil eden bir başka mesele de bu ihtimalde kanunen öngörülen süre içinde karşılıksızlık işleminin yapılamayacak olmasıdır. Zira, Çek Kanunu m. 3/8 uyarınca, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin karşılıksızlık işlemine tabi tutulması

³⁴ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 199; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 679.

mümkün değildir. Dolayısıyla karşılıksızlık işleminin yapılabileceği en erken tarih, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihidir. Yani, yine yukarıdaki örnekten hareketle, üzerinde yazılı düzenlenme tarihi 22 Mart olan bir çekin karşılıksızlık işleminin bu tarihten önce henüz çek zayi olmadan yapılması mümkün olmadığı gibi ibraz süresi içinde de yapılması mümkün değildir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, bu çek kanunen öngörülen ibraz süreleri içinde, derdest iptal davası nedeniyle, fiilen ibraz edilememektedir. Bu durumda, TTK m. 764/2'nin anlamından bağımsız şekilde, düzenlenme tarihinden önce zayi olan bir çekte başvuru sahibinin müracaat hakkını kullanamayacağı, zira müracaat hakkı için aranan şartların gerçekleşmeyeceği pekâlâ savunulabilir³⁵. Öte yandan geçici maddenin yürürlüğünün uzatılmaması hâlinde, iptal kararının, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce verilebilmesi nedeniyle, yeni bir senedin ibrazı ve dolayısıyla karşılıksızlık işlemi yapılması mümkün olacaktır.

C. Çekin Düzenlenme Tarihinden Sonra Zayi Olması

Çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden sonra zayi olması durumunda müracaat hakkı bakımından ele alınması gereken üç farklı ihtimal bulunmaktadır: Çekin, (i) ibraz süresi içinde ancak ödenmemenin tespitinden önce, (ii) ödenmemenin tespitinden sonra³⁶, (iii) ödenmemenin tespiti için öngörülen süre geçirildikten ve bu tespit yapılmadan zayi olması.

Yukarıda sayılan ilk ihtimal (çekin ibraz süresi içinde ancak ödenmemenin tespitinden önce zayi olması) çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâli ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle varılan sonuçlar bu ihtimal bakımından da geçerlidir³⁷.

Öte yandan çekin ödenmemenin tespitinden sonra zayi³⁸ olması hâli, üzerinde detaylıca düşünülme hak eder. Zira, çekin ödenmemesi kıymetli

³⁵ Protesto çekilmemesi hâlinde başvuru hakkının kullanılamayacağı yönünde bkz. A. Hulusi Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar* (İstanbul: Cem Ofset, 1985), 796.

³⁶ Alman hukukunda da senedin kabulden, vadeden veya protesto çekilmesinden önce ya da sonra iptal edilmesi mümkündür. Hatta protesto belgesinin zayi olması hâlinde bu belgenin de iptali özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 3.

³⁷ Bkz. Değerlendirme Bölümü.

³⁸ Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, çekler nadiren protesto edilir. Bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 281. Karşılıksızlık işlemi, daha ziyade TTK m. 808/1

evrak niteliğini etkilemediğinden³⁹, çekin ibraz edildikten sonra kaybedilmesi, iptal davası açılmasına engel olmaz⁴⁰. Hatta Yargıtay'ın verdiği bazı kararlarda müracaat hakkının kullanımını kategorik olarak reddetmediği⁴¹ ancak hakkın kullanılması için protesto çekilmesi şartını aradığı görülmektedir. Örneğin 28.09.1967 tarihli bir kararında⁴² mahkeme TTK m. 764/2 (eTTK m. 676/2) hükmünü müracaat hakkının düşmesi hakkındaki TTK m. 730 (eTTK m. 642) ve poliçe nedeniyle borç altına girenlerin müteselsil sorumluluğu hakkındaki TTK m. 724 (eTTK m. 636) hükümleriyle birlikte yorumlamış ve somut uyuşmazlıkta protesto çekilmiş senet için hamilin müracaat hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Benzer yöndeki bir başka kararında mahkeme yine müracaat hakkının kullanılması için protesto çekilmesi şartını aramış ancak somut uyuşmazlıkta protesto çekilmemesi nedeniyle hamilin müracaat hakkına sahip olmadığına hükmetmiştir⁴³. Ancak

(b) uyarınca, muhatap tarafından ibraz günü de gösterilmek suretiyle, çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir beyanla gerçekleştirilir.

³⁹ Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 128 ve orada anılan kararlar: Y. 11. HD, E. 2016-9338 K. 2018/2622, 11.04.2018; Y. 11. HD, E. 2016-1199, K. 2018/4372, 06.06.2018.

⁴⁰ Yargıtay'ın aynı yöndeki kararı için bkz. Y. 11. HD, E. 2016-9338, K. 2018/2622, 11.04.2018.

⁴¹ Yakın tarihli bir kararında da Mahkeme müracaat hakkını reddetmemiş ve görüşünü, “Öncelikle dava hasımsız olduğundan, üçüncü kişiler açısından kesin hüküm doğurmadığından, mahkemece iptal kararı verilse dahi yasal çerçevede çeki elinde bulunduran kişi henüz ödeme yapmamış keşideci, lehtar veya kendisinden önceki cirantalara müracaat edebilir. Alınan iptal kararı da meşru hamilin senetten kaynaklanan haklarını sona erdirmez.” şeklinde gerekçelendirmiştir. Bkz. İstanbul BAM, 12. HD, E. 2022/2431, K. 2022/1869, 29.12.2022 kararı. Protesto çekilmesi hâlinde müracaat hakkının bulunduğu yönünde bkz. Sönmez, “Kambiyo Senetlerinin Zıyaı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi,” 465.

⁴² Y. TD, E. 1967/174, K. 1967/3415, 28.09.1967 kararı. Karar için bkz. Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 794-795; Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1994), 72; Erdoğan Moroğlu ve Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 642; Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2*, 2066; Gültekin, *Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali*, 126; Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptali*, 171.

⁴³ “Zayı nedeniyle iptallerine karar verilen senetler hakkında ödememe protestosu çekilmediğinden, senedi imza eden borçlu dışındaki (senet aslı borçlusunu) ciranta ve diğer sorumlular aleyhine ödemeye dayalı tüm hakların yitirileceği...” Kararlar için

ödenmemenin tespitinden sonra müracaat hakkının varlığı hususunda bir kanaate varılabilirliği için öncelikle TTK m. 764'ün yorumlanması gereklidir ve aşağıda bu husus tartışılmıştır⁴⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yukarıda sayılan ihtimallerden üçüncüsünde (ödenmemenin tespiti için öngörülen süre geçirildikten ve bu tespit yapılmadan çekin zayi olması) müracaat hakkı bakımından tartışılmayı hak eden bir sorun yoktur. Zira, zaten TTK m. 764/2 hükmünün anlamından bağımsız olarak, müracaat hakkı için aranan şartlar, çek zayi olmadan önce sağlanamamıştır.

D. Değerlendirme

Mehaz İsviçre hukukundan farklı olarak, Çek Kanunu'nun "vade"ye ilişkin hükümleri uyarınca, çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde dahi, iptal kararı ancak kanuni ibraz süresinin bitiminden sonra verilebilmektedir. Bu nedenle, çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde süresinde ibraz edilmesi, süresinde ibrazına rağmen ödenmemesi ve ödenmeme nedeniyle karşılıksızlık işleminin yapılması mümkün değildir.

Benzer şekilde, poliçe ve bononun da vadeden önce zayi olması hâlinde, TTK m. 761 nedeniyle iptal kararının ancak vadeden sonra verilmesi mümkündür. Dolayısıyla ilk başta, iptal kararı ile dilekçe sahibinin "kabul edene" karşı poliçeden doğan istem hakkını ileri sürebileceğini hükme

bkz. Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 796. Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. Y. 11 HD, E. 1985/7161 K. 1985/6808, 09.12.1985. Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, 92, dn. 32; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 281, dn. 74. "Dava, karşılıksızdır işlemi yapılan kambiyo senedinin zayi olması nedeniyle iptaline ilişkindir. Hamil tarafından bankaya ibraz edilip, karşılıksızdır kaşesi vurulan çekin kaybı ve buna bağlı olarak iptali halinde hamilin çekin, keşidecisi ve cirantalarına karşı çeke dayalı alacağını senetsiz olarak dermeyer etme ve dava açma imkânı olduğundan, davada hukuksal yararın varlığının kabulüyle işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, böyle bir çekin tedavül kabiliyetini yitirdiği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Y. 11. HD, E. 2012/627, K. 2012/11629, 02.07.2012 tarihli kararı için bkz. Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak Poliçe – Bono – Çek – Makbuz Senedi – Varant* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 215.

⁴⁴ Bkz. Değerlendirme Bölümü.

bağlayan TTK m. 764/2'nin, poliçenin sadece asıl borçlusuna başvurulabileceği şeklinde yorumlanması düşünülebilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ibrazını geçersiz sayan geçici madde 3/5 yürürlükte olduğu sürece, müracaat hakkı şartlarına ilişkin çek ile poliçe/bono arasında bir fark yoktur. Öte yandan Mehaz OR'de, çek görüldüğünde ödeneceğinden, ileri tarihli bir çekin ibraz süresinin iptal kararından sonra gelmesi mümkündür ve bu nedenle müracaat hakkı bakımından bir ayırım yapıldığı düşünülebilir. İsviçre öğretisinde ileri sürülen görüşler değerlendirilirken ayrıca, TTK'dan farklı olarak⁴⁵, İsviçre hukukunda ödeme yasağı konulmasının mümkün olduğu unutulmamalıdır. Hatta OR Art. 1119/1'in (TTK m. 799/1) emredici olmaması nedeniyle İsviçre hukukundaki genel uygulamanın, taraflar arasındaki sözleşmede çek kaybolmasa dahi, ibraz süresi dolmadan çekten cayılabilmesinin kararlaştırılması yönünde olduğu belirtilmektedir⁴⁶. Elbette, OR Art. 1119/3 uyarınca ödeme yasağı sadece çekin keşidecisi tarafından konulabilir, yani çek elinde iken zayi olan kişinin ödeme yasağı koydurması mümkün değildir⁴⁷. Ancak keşideci tarafından ödeme yasağı konulması imkânı, iptal davasına nazaran çok daha etkin ve hızlıdır. Son olarak ifade etmek gerekir ki öğretide çekteki kısa ibraz süreleri nedeniyle, çekin zayi olması hâlinde istisnalar bir yana uygulanan poliçenin iptaline ilişkin hükümlerin önemli bir fonksiyonu bulunmadığı ifade edilmektedir⁴⁸. Türk hukukunda ise, ödeme

⁴⁵ “Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimsenin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabı çeki ödemekten menedebilir.” şeklindeki eTTK m. 711/3 hükmü 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un m. 32/19 hükmü ile 18.02.2009 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, Türk hukukunda ödeme yasağı konulması mümkün değildir.

⁴⁶ Kuhn, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG*, Art. 1119, N. 3 ve oradan naklen Jaeggi/Druey/von Greyerz, s. 321; von der Crone-Schmocker, s. 52; Zobl, ZSR 1983 I, s. 331.

⁴⁷ Ancak elbette, çek rızası hilafına elinden çıkan hamilin keşideciye başvurması ve ondan muhataba ödemededen men talimatı vermesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda keşidecinin, talebi ciddi ve inandırıcı bulursa ödemededen men talimatını vermesi gerektiği, aksi hâlde çeki ele geçiren kişinin iyi niyetli olması ihtimalinde ödeme yapmak zorunda kalacağı ifade edilmiştir. Bkz. Abuzer Kendigelen, “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TTK 711)”, in *Makalelerim Cilt I 1986-2001* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 112.

⁴⁸ Jörg Schwarz, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Zürich: Orell Füssli, 2023), Art. 1143, N. 23.

Yasağına ilişkin hükmün kaldırılmış olması, çekten caymanın ancak ibraz süresi bitiminden sonra hüküm doğurması ve daha da önemlisi çekte vadenin kabul edilmiş olması nedenleriyle, çekin zayi olması ihtimalinde açılacak iptal davası ve bu davanın sonuçları daha büyük önemi haizdir.

Alman hukukunda ise TTK m. 764/2'ye paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zıya nedeniyle senedin iptal edilmesi Alman Wechselgesetz ("WG") m. 90'da⁴⁹ düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, kaybolan ya da hasara uğrayan senet geçersiz kılınabilir. Lehdarın geçersizlik ilan edilinceye kadar teminat göstermesi hâlinde, asıl borçludan vade tarihinde ödeme talep edebilmesi mümkündür⁵⁰. Dikkat edileceği üzere Alman hukukunda mehaz İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak lehdarın iyi niyetli üçüncü kişinin muhtemel zararını gidermek için teminat göstermesi gereklidir. Alman öğretisinde de iptal kararına dayanan talebin senetten doğan taleple aynı kaldığı kabul edilir⁵¹. Kendisine iptal kararı ile başvuru asıl borçlu, başvuranın senetteki hakları ileri sürmeye yetkili kişi olmadığı konusunda bir itirazda bulunamaz. Bununla birlikte diğer tüm itirazların, senede dayalı olarak talep edildiğinde olduğu gibi, borçlu tarafından ileri sürülmesi mümkündür. İtiraz durumunda, alacaklı senedin içeriğini kanıtlamak zorundadır. Borçlu, örneğin, kabulü imzalamadığını, senedin şekil şartlarının eksikliği nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürebilir ve m. 17'de izin verildiği ölçüde, temel hukuki ilişkiye dayalı itirazlarda bulunabilir⁵². Asıl borçludan senet bedelinin tahsil edilmesi hâlinde tüm müracaat borçlularının da borçları sona erer⁵³. Ancak senet bedelinin tahsil edilememesi hâlinde, iptal kararı ile, müracaat hakkının kaybedilmemiş olması kaydıyla, müracaat borçlularına da başvurulabilir⁵⁴. Ancak, mahkeme tarafından yapılan ilan

⁴⁹ Çekler için ise konu Scheckgesetz m. 59'da düzenlenmiştir. Çek Kanunu (Scheckgesetz) m. 59 uyarınca teminat karşılığı keşideciden ödeme talep edilebilmesi mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ernst Jacobi, *Wechsel- Und Scheckrecht* (Berlin: Walter De Gruyter, 1956), 181.

⁵⁰ Hükmün açık lafzı nedeniyle bu aşamada müracaat borçlularına başvurulması mümkün değildir. Bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 9.

⁵¹ Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 13.

⁵² Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 9.

⁵³ Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 10.

⁵⁴ Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 16; Baumbach, Hefermehl ve Casper, *Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs* Art. 90, N. 8; Peter Bülow,

(*Aufgebot*) ne asıl borçlu ne de müracaat borçluları için geçerli olan zamanaşımı süresini keser. Benzer şekilde ilanlar, protesto süresini uzatmadığı gibi, senetsiz protesto çekilmesi de mümkün değildir⁵⁵. İptal kararı ancak senedin vadesinden sonra verilebileceğinden (FamFG § 475) ve protesto da ilana dayanılarak yapılamayacağından müracaat borçlularının sorumluluğu genellikle, başka bir nüshaya⁵⁶ dayanılarak protesto yapılmadığı sürece, protesto çekildikten sonra senedin kaybolması veya tahrip olması halinde ortaya çıkar⁵⁷.

Görüldüğü üzere, Alman hukukunda sadece WG’de, senetlerin iptal edilebileceğine ilişkin genel bir hükme yer verilerek, iptal prosedürü FamFG’de düzenlenmiştir. Senedin zayi olması hali bizatihi müracaat hakkına engel görülmemiş ancak bu hakkın kullanımı için gerekli şartların mevcudiyeti aranmıştır. Öte yandan Türk hukukunda benimsenen hükümler mehzaz İsviçre hukukundan da çeşitli ve önemli farklar içermektedir. Bu nedenle aşağıda önce İsviçre, ardından da Türk öğretisinde konu hakkında ileri sürülen görüşlere değinilecek ve meseleyle ilgili bir kanaat açıklanacaktır.

Mehzaz İsviçre hukukundaki bir görüşe göre, talep sahibi OR Art. 1079/2 (TTK m. 764/2) nedeniyle iptal kararı verilmesinden sonra sadece senedin asıl borçlusuna başvurabilir. İkinci derecede sorumlulara gidilmesi ise mümkün değildir⁵⁸. Öte yandan, OR Art. 1143/1 (19)’da [TTK m. 818/1 (s)] OR Art. 1079/2’ye atıf yapılmamış olması nedeniyle çekler söz konusu olduğunda talep sahibinin müracaat hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir⁵⁹. Aksi

Wechselgesetz Scheckgesetz mit AGB-Sparkassen, AGB-Banken, AGB-Postbank und Scheckbedingungen Kommentar (Münih: Beck, 2013), Art. 90, N. 8.

⁵⁵ Bu nedenle senedin protesto çekilmeden zayi olması hâlinde, protestonun düzenlenmesi ancak senedin bir suretinin elde bulundurulması hâlinde mümkündür. Bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 12; Heinz Hildebrandt, *Wertpapierrecht* (Berlin: Walter De Gruyter, 1957), 271.

⁵⁶ Madde 64 III uyarınca, yalnızca “hamil” ek nüshaların çıkarılmasını talep etme hakkına sahiptir, bu nedenle senet alacaklısı, senedin kaybindan sonra, senedi düzenleyenden başka bir nüsha çıkarılmasını talep edemez. Bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 90, N. 16.

⁵⁷ Baumbach, Hefermehl ve Casper, *Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs*, Art. 90, N. 8.

⁵⁸ Matthew Reiter, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht OFK* (Zürih: Orell Füssli, 2023), 3044.

⁵⁹ Reiter, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht OFK*, 3044.

yöndeki görüşe göre, OR Art. 1079/2 kural olarak müracaat hakkını ortadan kaldırmamakta, sadece mahkeme hükmü ile asıl borçluya başvurulabileceğini düzenlemektedir. Zira bu görüşe göre müracaat borçlularına başvurulması için yeni bir senet düzenlenmesi gerekir⁶⁰. Öte yandan müracaat hakkını OR Art. 1079/2 nedeniyle kategorik olarak dışlamayan bu görüş, müracaat hakkının kullanılabilmesi için aranan maddi ve şekli şartların somut olayda da bulunması gerektiğini belirtmiştir⁶¹. Federal Mahkeme ise konu hakkında verdiği önemli bir kararda, iptal kararının senedin içerdiği hakkı sona erdireceğine ve hak sahibinin hukuki durumunun, o hâlâ senedin zilyedi olsa idi sahip olacağı duruma eşdeğer olduğuna hükmetmiştir⁶².

Türk hukukunda öğretinin önemli bir kısmı, İsviçre öğretisine paralel şekilde, TTK m. 764/2 hükmünün lafzından hareketle iptal kararı ile talep sahibinin sadece senedin asıl borçlularına (poliçede kabul eden muhatap, bonoda düzenleyen) başvurabileceğini, ancak müracaat borçlularına başvurusunun mümkün olmadığını savunmaktadır⁶³. Aksi yöndeki görüşe göre, süresinde protesto çekilmesi kaydıyla müracaat hakkının bulunduğu kabul edilmelidir⁶⁴. Ancak, kendisine başvuru müracaat borçlusunun borca

⁶⁰ Arthur Meier-Hayoz ve Hans Caspar von der Crone, *Wertpapierrecht* (Bern: Stampfli, 2000), 204; Kuhn, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG*, Art. 1072-1080, N. 5.

⁶¹ Meier Hayoz ve von der Crone, *Wertpapierrecht*, 204. Yazarların, müracaat hakkının kullanım şartlarına ilişkin yaptıkları açıklamada ise, çekin zayi olması hakkında herhangi bir istisnaya rastlanmamaktadır. Türk öğretisinde aynı görüş için bkz. Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 164.

⁶² BGE 82 II 224. Türk öğretisinde bkz. Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 136.

⁶³ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 281; Karayalçın, *Ticaret Hukuku, C. III Ticari Senetler*, 373; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 136c; Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 59-60; Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 53-54; Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2*, 2067-2068; Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 796; Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 72; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 94; Karahan et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 137-138; Gültekin, *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, 126; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 130-131.

⁶⁴ Bu görüşteki yazarlar, kural olarak başvuru sahibinin sadece asıl borçluya başvurabileceğini belirtmekle birlikte, zayi kararından önce protesto çekilmesi kaydıyla müracaat borçlularına başvurulabileceğini belirtmektedir. Bkz. A. Nevzat Erol, *Takip Hukukunda Kambiyo Senetleri – Poliçe- Bono – Çek ve Bankalar Kanunu* (Ankara: Doğu Matbaası, 1971), 167; Fadlullah Cerrahoğlu, “Kıymetli Evrakın Ziyai

itiraz etmesi hâlinde talep sahibinin iddiasını genel hükümlere göre ve senetle ispat etmesi gerekeceğinden, senedi elinde bulundurmayan talep sahibinin senet bedelini müracaat borçlusundan tahsil etmesinin güç olduğu ifade edilmektedir⁶⁵.

TTK m. 764/2 hükmünün poliçe ve bonoda müracaat hakkını kaldırdığı yönünde görüş belirten öğretici kendi içinde tutarlı bir şekilde çekler bakımından, bu hükme atıf yapılmaması nedeniyle, farklı sonuca varmış ve iptal kararını alan hamilin müracaat borçlularına başvurabileceğini savunmuştur⁶⁶. Bu durumda hamil senet nedeniyle borç altına girenlerden hakkını iptal kararını ya da talep ettiği yeni senedi ileri sürerek talep eder⁶⁷.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, TTK m. 764/2'nin iki farklı şekilde yorumlanması mümkündür. İlk olarak, hâkim görüşüne paralel ve hükmün lafzına uygun şekilde poliçe ve bonoda başvuru sahibinin müracaat hakkı bulunmadığı kabul edilebilir. Bu sonuç çoğu zaman, müracaat hakkı için aranan şartların sağlanamamasından kaynaklanır. Zira, vadeden önce zayi olan poliçe ve bonoda iptal kararı vadeden sonra verilmektedir ki bu da poliçenin süresinde ibraz edilmesine ve ödenmemesi nedeniyle protesto çekilmesine engel oluşturur. Bu açıdan değerlendirildiğinde, poliçe ve bonoda müracaat hakkını dışlayan mehzaz İsviçre ve TTK kanun koyucusunun, çekte farklı bir sonucu benimsemesi haklı görülebilir. Çünkü, çekte kural olarak vade yoktur ve ileri tarihli bir çekin zayi olması hâlinde, ilanların hemen yapılabilecek olması nedeniyle iptal kararı kanuni ibraz süresi geçmeden verilebilir. Yani iptal kararı alındığı anda müracaat hakkı için aranan şartların sağlanması hâlâ mümkün olabilir.

ve İptali," *İstİTİAD*, no.1 (1973): 194-195; Ertekin ve Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, 65; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 93. TTK m. 764/2'ye atıf yapılmaması nedeniyle çekte kural olarak müracaat hakkının bulunduğu ancak, çekin iptal edildiği tarihte protesto süresinin geçmiş olması ihtimalinde bu hakkın kullanılmayacağı yönünde bkz. Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, 172.

⁶⁵ Ertekin ve Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, 66.

⁶⁶ Karayalçın, *Ticaret Hukuku, C. III Ticari Senetler*, 374; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 281; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2017*, 58; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 136c; Karahan et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 138; Gültekin, *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, 128; Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, 172; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 131.

⁶⁷ Karayalçın, *Ticaret Hukuku, C. III Ticari Senetler*, 374.

Öte yandan Çek Kanunu'nun, üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce çekin ibrazını geçersiz sayan geçici maddesi yürürlükte olduğu sürece, poliçeye paralel şekilde, çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâline, çekin iptali ancak kanuni ibraz süreleri sona erdikten sonra söz konusu olur. Dolayısıyla, TTK m. 764/2'nin, vadeden önce zayi olan poliçenin iptal edilmesi ihtimalinde, süresinde ibraz ve karşılıksızlık işlemi yapılması gibi müracaat hakkı için aranan şartlarının bulunmaması nedeniyle başvuru sahibinin sadece asıl borçluya gidebileceği savunulduğunda, çek için de farklı bir sonuca varılamayacaktır. Zira, geçici madde yürürlükte olduğu sürece, yine iptal kararı, kanuni ibraz süresinden sonra verilecektir. Öte yandan geçici maddenin yürürlük süresinin uzatılmaması ihtimalinde, çekin görüldüğünde ödenmesi gereği nedeniyle, mahkemece yapılacak ilanlarla verilecek süre, ileri tarihli bir çekin keşide gününden önce dolabilir ve böylece hala kanuni ibraz süresi içinde ibraz şartı yerine getirilebilir⁶⁸.

Bu konuda ileri sürülebilecek ikinci görüşe göre, TTK m. 764/2 poliçe ve bonoda müracaat hakkını ortadan kaldırmamaktadır⁶⁹. Nitekim, İsviçre öğretisinin bir bölümü tarafından ifade edildiği üzere, TTK m. 764/2'de poliçenin iptal edilmesine rağmen dilekçe sahibinin kabul edene karşı poliçeden doğan istem hakkını ileri sürebileceğinin hükme bağlanmasının anlamı, mahkeme tarafından verilen iptal kararı ile sadece asıl borçluya başvurulabileceğidir. Gerçekten de iptal kararı, senet ile hak arasındaki bağı kopardığından bu karar, başvuru sahibine hakkını senetsiz olarak ileri sürme

⁶⁸ Belirtmek gerekir ki, poliçede ve bonoda ilanların vadeden itibaren yapılacak olması nedeniyle iptal kararı her durumda vadeden sonra verilecektir. Bu husus öğretilerde de vurgulanmıştır. Bkz. Nurkut İnan, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981), 87; Ertekin ve Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, 65; Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 80; Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 153; Sönmez, "Kambiyo Senetlerinin Zıyı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi," 464. Ancak TTK'nın çekte vadeyi reddeden düzenlemeleri nedeniyle, Çek Kanunu'nun kabulünden önce, çekin kanuni ibraz süresinden önce iptal edilmesi mümkündür.

⁶⁹ Poliçe ve bonoda da müracaat hakkı bulunduğu yönünde bkz. Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, 173; Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 164. Nitekim, Kırca, hak sahibinin kendisine en son ciro yapılan kişi olabileceği gibi, ödeme yapan ve kendinden öncekilere başvuru hakkına sahip olan bir müracaat borçlusuna da olabileceğini belirtmekte ve müracaat hakkının varlığını kategorik olarak dışlamamaktadır. Bkz. Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 137.

imkânı verirken, borçluya da iptal kararını getiren hamile ödeme yaparak borcundan kurtulma imkânı verir. Öte yandan bu karar, ne maddi hak sahipliğine ilişkin bir tespitte bulunur⁷⁰ ne de senet yerine kaim olan bir senet niteliği taşır⁷¹. İptal kararı, senedi ikame etmediği için bu karar ile senetteki diğer müracaat borçlularına başvurulması mümkün değildir. Nitekim sadece iptal kararı ile müracaat borçlularına başvurulması onların durumunu ağırlaştıracağından⁷² bu yorum anlamlıdır. Zira, müracaat borçlularının sorumluluklarının ikinci derece olması ve ödeyen bir müracaat borçlusunun, kendisine göre borçlu olan diğer borçlulara sıra gözetmeksizin başvurabilecek olması, sadece iptal kararı ile kendilerine başvurulmasına engel olur. Bu nedenle, cirantalara başvurulabilmesi için, talep sahibine tüm ciroları eksiksiz gösteren yeni bir senet verilmesi gereklidir⁷³. Ancak böylece iptal kararına istinaden ödeme yapan ciranta da kendisine göre sorumlu olan kişilere başvurabilecek ve senedin zayi olmadığı bir ihtimale göre durumu daha ağırlaşmamış olacaktır.

Kanıma, yukarıdaki iki görüşün de eleştiriye açık yanları bulunmaktadır. Evvela, TTK m. 764/2'nin her durumda müracaat hakkını ortadan kaldırdığı görüşünün reddedilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, Mehaz İsviçre OR ve TTK'nın poliçenin iptaline ilişkin hükümleri sadece senedin üçüncü kişinin eline geçme ihtimaline istinaden düzenlenmiştir ve senedin iptali de ancak ele geçiren kişinin bilinmemesi hâlinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ihtimalde ise iptal kararı her hâlükârda vadeden sonra verileceğinden müracaat hakkı için aranan şartlar

⁷⁰ Y 11. HD, E. 1984/5809, K. 1985/52, 22.01.1985 kararı (Lexpera), ayrıca bkz. Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 161; Sönmez, "Kambiyo Senetlerinin Zıyı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi," 457.

⁷¹ Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 787; Moroğlu ve Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, m. 652, 508; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 133c-136-136c; Karahan et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 136.

⁷² Hâlbuki iptal kararı borçlunun durumunu ne hafifletmeli ne de ağırlaştırmalıdır. Bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2017*, 58; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 162.

⁷³ Meier Hayoz ve von der Crone, *Wertpapierrecht*, 204; Kuhn, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG*, Art. 1072-1080, N. 5.

gerçekleşmez⁷⁴. Dolayısıyla TTK m. 764/2'nin müracaat hakkını kaldırdığı görüşü sadece senedin üçüncü kişinin eline geçme ihtimalinde geçerlidir. Diğer bir deyişle, bu hüküm senedin zayi olduğu her durumda müracaat hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin, senedin hamilin zilyetliğinde bulunmasına rağmen esaslı unsurlarının hasar görmesi nedeniyle açılan iptal davasında, senedin geri getirilmesi için ilan yapılması gerekmeyeceğinden, iptal kararının vadeden önce verilmesi mümkün olur. Gerçekten de keşidecinin imzasının okunamaz hâle gelmesine rağmen, ciro zincirinin eksiksiz şekilde belirlenebilir olduğu hâllerde müracaat hakkının bulunmadığını ileri sürmek menfaatler dengesine aykırıdır.

İleri sürülen ikinci görüş ise, herhangi bir ayırım yapmadan yeni bir senet verilebileceğini ileri sürmesi bakımından sorunludur. Yeni bir senet düzenlenmesini talep hakkı poliçenin iptali hakkında öngörülen düzenlemelerde yer almamakta, genel hükümler başlıklı Birinci Kısım'da TTK m. 652/1'de düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, iptal kararı üzerine hak sahibi hakkını senetsiz olarak ileri sürebileceği gibi, yeni bir senet düzenlenmesini de isteyebilir⁷⁵. Öte yandan poliçenin iptalinin hükümleri hakkındaki TTK m. 764'te sadece iptal kararı ile dilekçe sahibinin asıl borçluya başvurabileceği belirtilmiş ancak, kendisine yeni bir senet verilmesini talep hakkından söz edilmemiştir. Halbuki, TTK m. 657 hükmünün yaptığı gönderme nedeniyle nama yazılı senetlere de uygulanacak olan hamiline yazılı senetlerin iptali hakkındaki TTK m. 666/3'te açıkça dilekçe sahibinin kendisine yeni bir senet verilmesini talep etme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İlk bakışta, TTK m. 764'ün, genel hükmün aksine ve özel bir düzenleme yapmadığı⁷⁶, zira Kıymetli Evrak kitabındaki birçok hüküm gibi burada da

⁷⁴ Nitekim İsviçre OR gerekçesinde de iptal kararıyla kabul eden borçlu ve avalistlerine gidilebileceği açık olsa da başvuru borçlularına gidilmesinin tartışmalı olduğu; kanun taslağında ise bu sorunun olumsuz cevaplandığı belirtilmiştir. Bkz. İsviçre OR gerekçe, 336.

⁷⁵ Yeni senet verilebilmesi için borcun muaccel olmaması gerekir. Bkz. Kuhn, *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG*, Art. 972, N. 2.

⁷⁶ Aksi görüş için bkz. Cerrahoğlu, "Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali," 195; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 280; Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 81. Öte yandan yazarlar, çekler için TTK m. 764/2'ye gönderme yapılmaması nedeniyle yeni bir senet verilebileceği görüşündedir.

sadece bir tekrara yer verildiği, genel hüküm nedeniyle uygulanacak bir sonucun, hamiline ve nama yazılı senetler için teyit edildiği pekâlâ savunulabilir. Nitekim, öğretide TTK m. 764'ün genel hükmün uygulamasını ortadan kaldırmayı haklı gösterecek bir özel hüküm olduğunu kabul etmeyen ve yeni bir senet verilebileceğini savunan birçok yazar bulunmaktadır⁷⁷. Gerçekten de yeni bir senet verilebileceği görüşü kabul edildiğinde müracaat hakkının varlığı daha kolay kabul edilebilir. Ancak bu noktada, yeni senedin iptal kararından sonra ve keşideci tarafından verilecek olması⁷⁸ ciro zincirinin gösterilmesi bakımından tereddüt yaratmaktadır. Çünkü, hasımsız açılan iptal davası neticesinde alınan iptal kararı sonrası sadece senedin asıl borçlusundan yeni senet vermesi istenebilir. Ancak asıl borçlunun bu talebi reddetmesi hâlinde bu kez asıl borçluya karşı senet düzenlenmesi davası açılması gereklidir⁷⁹. Öğretide, borçlunun yeni senet düzenlemeyi reddetmesi ihtimalinde bir dava daha açılması zorunluluğunu bertaraf etmek amacıyla,

⁷⁷ Domaniç, *TTK. Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*, 437; Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2*, 2066-2067; Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 165; Sönmez, “Kambiyo Senetlerinin Zıyaı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi,” 461; Yıldırım, “Türk Hukuku’nda Vadeli Çek,” 115; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 90. Aynı yönde bkz. Y. TD, E. 1965/3029, K. 1976/386, 31.01.1967 kararı. Karar için bkz. Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2*, 2066; Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 795.

⁷⁸ “Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre; karşılıklarının tahsili istenilen ve postada kaybolduğu iddia edilen çeklerde davalının keşideci konumunda olduğu, davacının keşideci konumundaki davalıya müracaat edebilmesi için 6102 sayılı yeni TTK’nın 651. Maddesine göre çeklerin zayii olduğuna dair mahkemeden iptal kararı alması gerektiği, daha sonrada TTK’nın 652/1 maddesi gereğince iptal kararı üzerine hak sahibi olarak hakkını senetsiz olarak da ileri sürebileceği veya yeni bir senet düzenlenmesini keşideciden isteyebileceği, davacı talebinin ön şartının zayıf ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme ilamı olması gerektiği, davacı tarafça bu yönde bir mahkeme ilamı sunulmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. ...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Y. 11. HD, E. 2014/2171, K. 2014/10655, 05.06.2014 kararı (Lexpera). Yeni senet ihdasının poliçede kabul edenden ve bonolarda keşideciden talep edebileceğini belirten aynı yöndeki karar için bkz. 11. HD., E. 1984/5809 K. 1985/52 T. 22.01.1985 (Lexpera)

⁷⁹ Talebin iptal kararından sonra keşideciye yöneltilmesi gerektiği, bu talebin olumlu karşılanmaması hâlinde dava açılması gerektiği yönünde bkz. Thomas A. Frick, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht OFK- 2023*, Art. 972, N. 4.

senedin iptali ile yeni senet düzenlenmesi davasının birlikte ve hasımlı açılması gerektiği savunulmuştur⁸⁰. Görüldüğü üzere, bu ihtimalde iptal davası keşideciye karşı açılarak aynı davada yeni bir senet talebi mümkün olacaktır. Ancak mahkeme kararı ile verilecek yeni senedin sadece keşideci tarafından imzalanacak olması yine ciro zincirinin gösterilmesi bakımından yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, öğretide yeni bir senet nüshası düzenlenip, bütün müracaat borçlularının imzalarının yeniden alınması gerektiği, imzaların alınabildiği durumda da müracaat hakkının varlığının reddedilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür⁸¹. Ancak şüphesiz, böyle bir durumda cirantaların yeniden senedi imzalamaktan kaçınmaları yüksek ihtimaldir ve bu nedenle de ileri sürülen çözüm pek uygulanabilir değildir. Kaldı ki, yeni senet verildikten sonra yeniden cirantaların imzalarının alınması gerektiği kabul edildiğinde, keşideciden yeni bir senet düzenlemesini talep etmekte cirantalara başvuru açısından bir hukuki yarar da bulunmayacaktır. Zira, iptal kararı ile zaten asıl borçluya başvurulabilecektir. Öte yandan, elbette yeni senetle keşideciye başvurulması, özellikle kambiyo senetlerine özgü takip yapılabilmesi açısından avantajlıdır. Başvuru sahibi açısından bir diğer avantaj ise, şartları varsa, senedi ibraz gününe kadar yeniden devredebilme imkanıdır.

Görüldüğü üzere, yeni senet düzenlenmesi sadece asıl borçluya müracaatta ve senedin tedavül yeteneği bakımından avantajlıdır. Bununla birlikte, müracaat hakkının kullanımına olumlu bir katkısı bulunmamaktadır. Kanımca, kanun koyucu yeni senet düzenlenmesi bakımından bilinçli bir tercih yapmıştır ve hamile ve nama yazılı senetlerin aksine yeni bir senet düzenlenmesini TTK m. 764/2 ile reddetmiştir. Nitekim İsviçre OR'nin gerekçesinde de açıkça asıl borçlu için yaratacağı risk nedeniyle iptal talep eden kişinin düzenleyenden yeni (ikame) bir poliçe istemesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁸². Ancak, yine bu görüşün, senedin üçüncü kişinin eline geçme ihtimali ile sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Yine örneğin, poliçenin vadeden önce lehdarın elinde iken hasara uğraması hâlinde yeni senet verilmesinin reddedilmesinin bir gerekçesi yoktur. Zira, kanunda bu ihtimal hiç dikkate alınmamıştır.

⁸⁰ Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak Poliçe – Bono – Çek – Makbuz Senedi – Varant*, 213.

⁸¹ Bkz. Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 145.

⁸² OR gerekçe, 337.

Ancak, kural olarak yeni bir senedin verilemiyor olması, mahkemenin iptal kararında ciro zincirine istinaden cirantaların sıraları belirtilerek onlara karşı müracaat hakkı bulunduğuna hükmetmesine engel değildir. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi, senedin asli unsurlarının önemli ölçüde hasar görmesine ve iptali gerekmesine rağmen bu senedin cirantalarının imzalarının okunabilir olduğu bir durumda aksi sonuca varmak menfaatler dengesine aykırıdır. Zira, mahkeme kararının maddi hak sahipliğine dair bir tespit bulunmaması ve cirantaların başta imzanın kendilerine ait olmaması olmak üzere diğer tüm def'ileri ileri sürebilecek olmaları taraf menfaatleri arasında yeterli dengeyi kurmaktadır. Gerçekten de kendisine iptal kararı ile başvurulmuş ciranta imzanın kendisine ait olmadığı yönünde bir def'ileri sürdürdüğünde, hamil iddiasını senetle ispat etmek zorunda kalacaktır. Buna rağmen örneğin her iki tarafın tacir olması ihtimalinde hamil iddiasını ticari defterle ispat edebilecektir ki⁸³ bu da hamil açısından yadsınamaz bir avantajdır. Dolayısıyla sırf senetle ispat kuralının yaratacağı zorluk nedeniyle mahkeme hükmünde müracaat hakkının belirtilemeyeceği kabul edilmemelidir.

TTK m. 764/2'nin anlamı ortaya konduktan sonra yanıtlanması gereken iki soru vardır: (i) Çekte bu hükme neden atıf yapılmamıştır ve Çek Kanunu'nun ayrıksı hükümleri nedeniyle artık bu soru anlamlı mıdır? (ii) Müracaat hakkı için aranan ibraz ve karşılıksızlık işlemi yapılması⁸⁴ şartlarının çekin zayı olma ihtimali düşünülerek farklı yorumlanması mümkün müdür?

İlk sorunun yanıtlanması görece kolaydır. Zira, çekte kabul yasağının bulunmasının vurgulanması amacıyla, kabul eden muhataptan söz edilen hükümlere gönderme yapılmadığı düşünülebilir⁸⁵. Gerçekten de gönderme

⁸³ Ancak bu imkânın kambiyo senetlerine mahsus takipte bulunmadığı hatırlanmalıdır.

⁸⁴ Her ne kadar kural olarak karşılıksızlık, çekin ibrazı anında çek bedelinin tamamının bulunmaması hâlinde gündeme gelirse de, hesapta para bulunmasına rağmen hesap üzerinde haciz ya da tedbir bulunması ya da hesabın banka lehine rehnedilmesi gibi ihtimallerde de ödenmeme belgelenecek müracaat hakkının kullanılabilmesi unutulmamalıdır. Dolayısıyla bu gibi hâller de karşılıksız kavramı kapsamındadır. Bkz. Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 754.

⁸⁵ İnan, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, 86; Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyat ve İptali*, 93; Kendigelen ve Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 164; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, N. 550; Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 81; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 93.

yapılmayan birçok hükümde, kabul eden muhatap kavramına rastlanması bu görüşü desteklemektedir⁸⁶. Gönderme yapılmamasının bir diğer sebebi de yukarıda açıklandığı üzere, mehzaz İsviçre OR’de çekin görüldüğünde ödenmesi gereği, iptal kararının ibraz süresinden önce verilebilecek olmasıdır. Bu ihtimal ise hem müracaat hakkı için aranan şartların sağlanması hem de yeni senet talebi bakımından fark yaratır. Yani, çek söz konusu olduğunda yeni senet talebi mümkündür. Ancak tekrara düşmek pahasına, Çek Kanunu’nun vadeye ilişkin hükümleri nedeniyle, çekin iptali kararının ancak ibraz süresi sonunda verileceği ve bu açıdan poliçe ve bonodan bir farkı bulunmadığı belirtilmelidir.

İkinci soru ise üzerinde etraflıca düşünülmeyi hak edecek niteliktedir. Evvela belirtilmelidir ki, çekin hamilin zilyetliğindeyken hasara uğraması, geçici maddenin yürürlük süresinin uzatılmaması ya da çekin protesto çekildikten sonra zayi olması hâllerinde zaten müracaat hakkı için aranan koşullar sağlanabilir. Öte yandan Çek Kanunu’nun geçici maddesi yürürlükte olduğu sürece, çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde süresinde ibraz edilmesi ve ödenmeme nedeniyle karşılıksızlık işlemine konu olması, çekin nüshasının bulunması ihtimali bir yana, mümkün değildir. Çünkü Çek Kanunu’nun düzenlemeleri nedeniyle, çekin henüz zayi olmadan önce ne ibrazı ne de karşılıksızlık işlemine konu olması mümkündür.

İşte bu noktada zıya hâlinin, müracaat hakkı kullanımı için aranan çekin ibrazı ve/veya ödenmemenin belgelenmesi koşullarının⁸⁷ sağlanmasına engel nitelikte bir mücbir sebep olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Zira, TTK m. 811/1 uyarınca, mücbir sebeplerin varlığında senedin ibrazı ve protesto çekilmesi için tanınan süreler uzar⁸⁸. Böyle bir

⁸⁶ Ayrıca dışlanan diğer maddelere bkz. 698, 705, 730, 734, 737, 749, 765, 770, 779 kabul eden muhatap geçmesine rağmen gönderme yapılan hükümler için bkz. 724, 732, 764.

⁸⁷ Çekte ibraz ve karşılıksızlık işleminin yapılmasına gerek olmaksızın müracaat hakkının kullanılabilmesi diğer haller, TTK m. 818’in yaptığı gönderme nedeniyle uygulanan çekte protestosuz kaydının bulunması (TTK m. 722) ve düzenleyenin iflas etmiş olmasıdır (TTK m. 714).

⁸⁸ Anılan hükümde süreleri uzatan bir diğer hâl “devletin mevzuatı”dır. Hatırlanacağı üzere, Covid-19 salgınından sonra 7226 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’unun geçici m. 1 hükmü ile hak kayıplarının önlenmesi amacıyla dava açma, icra takibi başlatma, ibraz ve zamanaşımı sürelerinin 13.03.2020 tarihinden 30.04.2020 tarihine kadar duracağı hükme bağlanmıştır. Anılan

ihtimalde hamil mücbir sebebi kendi cirantasına ihbar etmeye (TTK m. 811/2) mecburdur.

Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için önceden öngörülememesi, öngörülse dahi engellenememesi gereklidir⁸⁹. Bu nedenle, deprem, fırtına, sel felaketi, yangın ve savaş ilanı gibi olaylar mücbir sebep oluşturmaktadır⁹⁰. Öğretide bir olayın TTK m. 811 anlamında mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu olayın üçüncü kişinin fiilinden doğması gerektiği, bu nedenle hamilin şahsına ait sebeplerin mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır⁹¹. Ayrıca, müracaat hakkı kullanımı için aranan şartların yerine getirilememesinde hamile atfedilebilecek bir kusur bulunmamalıdır⁹². Yargıtay da öğretiyi benzer bir sonuca varmış ve hamilin hastalanmasını mücbir sebep olarak kabul etmemiştir⁹³.

Zayi olma hâlinin mücbir sebep olarak değerlendirilebilme ihtimali açısından özellikle açılan iptal davasında mahkemenin ödeme yasağı koyması ihtimali düşünülmelidir. Yani acaba, ödeme yasağı bulunması hâli de mücbir sebep olarak değerlendirilebilir mi? Bu konuda ödeme yasağının kim

düzenlemenin çekin ibrazında geçerli olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sefer Oğuz, “Çekin İbrazında Aşılması İmkansız Bir Engelin (COVID-19) Ortaya Çıkması Durumunda Hamil ile Muhatap Bankanın Yükümlülükleri Üzerine Bazı Düşünceler,” *Bankacılar Dergisi*, no. 122 (2022): 24.

⁸⁹ Yargıtay’ın da haklı olarak belirttiği üzere, mücbir sebepler basiretli tacirin öngörüsünü de aşan, yani kendisinden beklenen özeni gösteren tacirin dahi öngöremeyeceği durumlardır. YTD, E. 1958/256, K. 1958/676, 11.3.1958 kararı için bkz. Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2*, 1991; Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, 108. Çok benzer tanım için bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 54, N. 2.

⁹⁰ Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 54, N. 2; Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, 49. Yargıtay da depresi (Y. 10. CD., E. 2003/24700, K. 2003/15796, 16.06.2003, ve Y. 10. CD. E. 2001/28106, K. 2002/14892, 02.04.2002,) mücbir sebep olarak kabul etmiştir. Bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, 371.

⁹¹ Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 54, N. 2; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 739; Domaniç, *TTK. Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*, 348; Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, 49.

⁹² Karayalçın, *Ticaret Hukuku, C. III Ticari Senetler*, 212; Bozgeyik, *Policede Müracaat Hakkı*, 141.

⁹³ Yargıtay’ın hastalığı mücbir sebep olarak kabul etmeyen 12. HD, E. 1979/6209, K. 1979/7931, 15.10.1979 kararı için bkz. Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, 108. Aynı yönde, bkz. Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 54, N. 2.

tarafından ve hangi gerekçe ile talep edildiği son derecede önemlidir. Zira, keşidecinin ihtiyati tedbir koydurup hamilin çeki ibraz etmesine engel olması durumunda mücbir sebebin varlığı kabul edilebilirse de⁹⁴ hamilin çeki zayi etmesi nedeniyle mahkemenin ödeme yasağı koyması hâlinin mücbir sebep olarak değerlendirilmemesi gerekir⁹⁵. Nitekim öğretide de hamilin şahsından kaynaklanan bu durumdan, keşideci ve cirantaların yararlanmaları adaletsiz bulunsa da bu ihtimal mücbir sebep olarak değerlendirilmemiş ve söz konusu haksızlığa iptal davası ve önleyici tedbir ile mâni olunabileceği savunulmuştur⁹⁶. Yargıtay da bir kararında mücbir sebebin “*senedin hamilin elinde bulunması fakat mücbir sebeplerle süresinde ibraz edilememesi ve protesto keşide edilememesi halinde*” söz konusu olacağına hükmetmiştir⁹⁷. Hatta Alman öğretisinde, mücbir sebepler nedeniyle senedin imha edilmesi WG m. 54 kapsamına giren bir mücbir sebep kabul edilmemekte, böyle bir durumda geriye sadece m. 90 kapsamında senedin iptal edileceği savunulmaktadır⁹⁸.

TTK m. 813/3 uyarınca hamil, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra gerekli işlemleri yapmaya mecburdur. Mücbir sebebin ibraz süresinin bitiminden önce olmak şartıyla, hamilin bu sebebi kendinden önce gelen borçluya ihbar ettiği günden itibaren on beş günden fazla devam etmesi

⁹⁴ Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 429-430.

⁹⁵ Yargıtay’ın aksi yöndeki Y. HGK, E. 1981/11-165, K. 1981/739, 18.11.1981 kararı için bkz. Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 429-430; Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, 108-109; Bozgeyik, *Policede Müracaat Hakkı*, 140-141. Sözü edilen kararda, “... davacı bankanın, davalı tarafından yaratılan ve mahkeme kararına uyma zorunluluğu altında ve mücbir sebeple senedi yasada öngörülen sürede protesto etmek olanaklarından yoksun kaldığının kabulü, hem yasa ve hem de hakkaniyet kurallarına uygun düşmektedir. Mücbir sebebin, vadenin gelmesinden itibaren 30 günden çok sürdüğü de dosya kapsamında belirlidir. O halde T. Ticaret Kanunumuzun 643/4. maddesi gereği davacı banka protesto çekmeğe lüzum kalmaksızın ilk ciranta durumundaki davalıya karşı müracaat hakkını kullanabilir...” hükmüne varılmıştır.

⁹⁶ Domaniç, *TTK. Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*, 349.

⁹⁷ Y. 11. HD, E. 1984/5809, K. 1985/52, 22.01.1985 kararı için bkz. Moroğlu ve Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 508; Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2*, 1991; Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, 171. Yargıtay’ın aynı yöndeki 11. HD, E. 1985/1331, K. 1985/1633, 22.03.1985 kararı (Kazancı).

⁹⁸ Stranz, *Wechselgesetz*, Art. 54, N. 2.

hâlinde, ibraz ve protesto çekilmesi şartları aranmadan müracaat hakkının kullanılabilmesine izin verilmiştir (TTK m. 811/4). Görüldüğü üzere, hamilin ibraz ve karşılıksızlık işleminden muaf olabilmesi için mücbir sebebin ibraz süresi içinde meydana gelmesi ve ihbar tarihinden itibaren on beş günden fazla devam etmesi şarttır.

Kanımca çekin zayi olmasının mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁹⁹. Ancak zayi olma hâli bir mücbir sebep olarak değerlendirildiğinde, mahkeme tarafından iptal kararının verilmesi her hâlükârda on beş günlük süreyi aşacağından TTK m. 811/3'ün değil, TTK m. 811/4'ün uygulanması gerekecektir. Bu durumda ise, hamil çekin ibrazına ve protesto çekilmesine gerek kalmaksızın müracaat hakkını kullanabilecektir ki bu durum adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Çünkü zıya hâli mücbir sebep olarak kabul edilirse, mahkeme tarafından henüz iptal kararı verilmeden müracaat hakkı kullanılmış olacaktır. Halbuki, iptal davasına ilişkin süreç işletilmeden ve iptal kararı ile asıl borçluya başvurulmadan senet nedeniyle ikinci derecede sorumlu olanlara başvurulması kabul edilmemelidir. Bu nedenle, çekin zayi olması nedeniyle iptal davası açılmış olması ve mahkemenin ödemedi men kararı vermiş olması da başvuru hakkının kullanılması için aranan çekin süresinde ibraz edilmesi ve ödenmeme durumunun tespiti zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır¹⁰⁰.

Zayi olma hâlinin TTK m. 811 kapsamında bir mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği kabul edildiğinde bu kez yanıtlanması gerekli soru, müracaat hakkı için aranan şartların zayi olma hâli dikkate alınmadan düzenlendiğinin ve bu hususta bir boşluk olduğunun kabul edilmesinin gerekip gerekmediğidir¹⁰¹. Çünkü müracaat hakkının düşmesi hakkındaki TTK m. 730'da çekin zayi olması hâline ilişkin bir istisna bulunmamaktadır. Eğer boşluk bulunduğu kabul edilirse, bu boşluğun doldurulması düşünülebilir.

Boşluğun doldurulmasında akla ilk gelen, çekin düzenlenme tarihinin iptal kararının verildiği tarihe ötelenmesinin kabulüdür. Bu durumda kanuni ibraz süreleri de iptal kararından itibaren başlayacaktır. Böylece, bu iptal

⁹⁹ Aynı yönde, Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali*, 93.

¹⁰⁰ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 371.

¹⁰¹ Yasadaki bu boşluğun yapılacak düzenleme ile giderilmesi gerektiği yönünde bkz. Ertekin ve Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, 65.

kararı ile ya da kendisine verilen yeni senet ile çeki “ibraz” edebileceği ve bu sürelerde çekin ödenmemesi hâlinde karşılıksızlık işlemini yapabileceği düşünülebilir. Nitekim öğretide yeni senedin yeni bir ibraz süresi bulunduğu belirtilerek, ileri tarihli çekin Çek Kanunu uyarınca mümkün olması sebebiyle, iptal süreci içinde ibraz süresinin geçmiş olacağı gerekçesiyle yeni bir çek verilemeyeceği görüşü eleştirilmektedir¹⁰².

Akla gelen ikinci ihtimal, mahkemenin tevdi kararına rağmen hesapta para bulundurulmaması ve bu nedenle karşılıksızlık işleminin bu anda gerçekleştiğinin kabul edilmesidir. Yukarıda açıklandığı üzere, TTK m. 818/1 (s)’nin yaptığı gönderme nedeniyle çeki de uygulanacak TTK m. 757/2 uyarınca, mahkeme henüz iptal davasının başında, ödemeyi men kararında keşideciye çekin üzerinde yazılı keşide gününde çek bedelini tevdi etmeye izin verir. Buna istinaden muhatap banka, hesaptaki karşılık oranında çek bedelini bloke etmelidir. Mahkemenin tevdi kararı nedeniyle iki ihtimal ile karşılaşılması mümkündür. Çeki düzenleyen, ibraz süresi içinde hesapta para bulundurur ya da bulundurmaz.

Önemle belirtmek gerekir ki, keşideci mahkeme kararına istinaden hesapta para bulundursa da çek bedeli başvuru sahibi tarafından tahsil edilemeyecektir. Zira mahkeme muhatap bankayı ödemediği menetmektedir. Ancak, yine çek karşılığının tahsil edilememesine rağmen karşılıksızlık işlemi yapılamayacaktır. Öte yandan çek bedelinin tevdi edilmesi durumunda, davacı iptal kararı ile çek bedelini geç de olsa tahsil edebilecektir. Bu nedenle, iptal kararını aldıktan sonra müracaat hakkının bulunup bulunmadığı tartışması fiilen önemini yitirecektir¹⁰³. Öğretide, vadeden önce mahkemeden tevdi talep edilmesi şartıyla, paranın bankada bloke edilmemesi hâlinde davacının müracaat hakkının saklı kalacağını kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁰⁴.

¹⁰² Bkz. Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 82.

¹⁰³ İnan, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, 87.

¹⁰⁴ Bkz. Karayalçın, *Ticaret Hukuku, C. III Ticari Senetler*, 375; İnan, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, 87; aynı yönde, Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 795; Göç Gürbüz, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali*, 172-173. İnan tarafından savunulan görüşü eleştiren Öztürk (Dirikkan) da tevdiye böyle bir etki bağlanamayacağını belirterek, mahkemeden çek bedelinin tevdi edilmesi istenerek, müracaat hakkının kullanılmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Öztürk

Çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde, boşluğun bu şekilde doldurulmasının mümkün olup olmadığı hususunda bir tercih yapılabilmesi için özellikle müracaat hakkı için aranan şartların amacının göz önünde bulundurulması gerekir. Kanımca, müracaat borçlularının sorumluluklarının ikinci derece olması, kural olarak ancak protesto çekilmesi ile kendilerine başvurulabilecek olması ve ödeme için kısa ibraz sürelerinin öngörülmüş olması sebepleriyle, bu borçluların durumunun uzun süre belirsiz kalmaması gerekir. Halbuki, iptal davasının uzun süre sonuçlanmayacak olması bu borçluların durumunu ağırlaştıracaktır¹⁰⁵. Bu nedenle doldurulması gerekli bir boşluk olduğu fikri kabul edilmemelidir. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, mehaz İsviçre hukukunda da OR Art. 1079/2'nin müracaat hakkını ortadan kaldırmadığını belirten bazı yazarlar, bu hakkın ancak kanunda aranan maddi ve şekli şartların mevcudiyeti ile kullanılabileceğini belirtmişlerdir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, çekin düzenleme tarihinden önce ya da ibraz süresi içinde, ancak karşılıksızlık işlemi yapılmadan zayi olması hâline ilişkindir. Öte yandan, çekin karşılıksızlık işlemine tabi tutulduktan sonra zayi olması da ihtimal dahilindedir. Hemen belirtmek gerekir ki, çekin karşılıksızlık işlemine konu olduktan sonra hamil tarafından zayi edilmesi, hamilin muhatap bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil kısmî ödemeyi reddetmesi hâlinde karşımıza çıkar. Çünkü Çek Kanunu m. 3/5 uyarınca kısmî ödeme hâlinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir. Yani, çekin aslı muhatap bankada kalır. Anılan hükümde açıkça, çek hamilinin, bu fotokopiyle müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği belirtilmiştir¹⁰⁶. Öte yandan, hamilin kısmî ödemeyi reddetmesi hâlinde (Çek Kanunu m. 3/6), çekin aslı hamilde kalır, fotokopisi banka tarafından saklanır. İşte, hamilde kalan çekin aslının zayi olması hâlinde, banka tarafından saklanan ve ciroları gösteren fotokopi ile iptal kararıyla¹⁰⁷ müracaat hakkı kullanılabilir. Nitekim

(Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, 93; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 280-281.

¹⁰⁵ Kaldı ki bu ihtimalde, zamanaşımı başlangıcı da ileriye atılmış olur. Halbuki düzenleyenin sorumluluk süresinin ona atfedilmeyecek bir davranış nedeniyle uzaması menfaatler dengesine aykırıdır ve kabul edilmemelidir.

¹⁰⁶ Bu nedenle çekin aslı banka tarafından zayi edilse bile, hamilin iptal davası açmakta çoğu kez bir hukuki yararı yoktur.

¹⁰⁷ Hamilin çekin fotokopisi ile müracaat hakkını kullanabilmesine, sadece kısmî ödemenin kendisi tarafından reddedilmesi hâlinde izin verilmiştir. Bu nedenle, çekin

öğretide de haklı olarak bu hususa dikkat çekilmiş ve karşılıksızlık işleminin banka yerine noterde protesto çekilmek suretiyle gerçekleştirilmesi ihtimalinde de noterde bulunan protestonun aslı ile başvurulmasının mümkün olduğu belirtilmiştir¹⁰⁸.

IV. İptal Kararının Müracaat Borçlularının Alt İlişki Nedeniyle Sorumluluğuna Etkisi

Çekin zayi olması ve yukarıda açıklanan nedenlerle müracaat hakkının yitirilmesi ihtimalinde, hamilin başvurabileceği iki ihtimal vardır: (i) TTK m. 818/1 (m)'nin göndermesiyle uygulanacak TTK m. 732'ye dayalı sebepsiz zenginleşme davası açmak ya da (ii) tarafı olmak kaydı ile temel ilişkiye dayanmaktır. Sebepsiz zenginleşme davası¹⁰⁹ müracaat borçlularına (cirantalar ve avalistlerine) karşı açılmayacağı için (TTK m. 732/3), bu kısımda sadece ikinci derece borçluların alt ilişki nedeniyle sorumlulukları irdelenecektir.

Kambiyo senetlerinde, şüphesiz senedin düzenlenmesine neden olan bir temel ilişki vardır. Yani senedin, bir borcun ifası amacıyla düzenlenmesi mümkün olabileceği gibi, hatır ya da teminat amacıyla verilmesi de mümkündür. Söz konusu senetlerin düzenlenmesiyle, temel borç ilişkisinden bağımsız yeni bir hak oluşturulmaktadır. Bu özelliği nedeniyle kambiyo senetleri kurucu niteliği haiz kıymetli evraktır¹¹⁰. Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 133/2'de açıkça, mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulmasının, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmayacağı belirtilmiştir. Yani, yenileme iradesinin şüpheye yer bırakmayacak ölçüde belirgin olmadığı ihtimalde¹¹¹, mevcut bir borç için verilen kambiyo senedinin, ifa yerine değil, ifa uğruna (ifa amacıyla) verildiğinin kabulü gerekir¹¹². Bir başka deyişle kambiyo senedinin verilmesi

aslının hamilde kalması ve bu senedin zayi olması durumunda da sadece fotokopi ile müracaat hakkının kullanılamayacağı, ayrıca iptal kararına ihtiyaç duyulacağı kabul edilmelidir.

¹⁰⁸ Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 93.

¹⁰⁹ Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, 97- 98; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 391-400.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 56.

¹¹¹ Açık irade beyanının anlamı için bkz. Işık Önay, *Yenileme* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 112- 113.

¹¹² Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 83-86; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 400. Şüphesiz tarafların aksi yönde bir anlaşma yapmaları nedeniyle yenilemenin söz konusu olması

temel ilişkiden doğan borcu sona erdirmez. Böylece, senedin düzenlenmesiyle temel ilişki yanında kambiyo ilişkisi oluşmaktadır. Kambiyo senedinin ifa uğruna verilmesi nedeniyle, alacaklının alacağını elde etmek için önce temel ilişki yerine senede dayanması gerekir¹¹³. Alacaklının, kıymetli evraktan doğan borcu tahsil etmesiyle temel ilişkiden doğan alacak da sona erer.

Asıl borç ilişkisine dayalı olarak bir talep ileri sürülebilmesi için bu ilişkinin doğrudan doğruya tarafı olmak gereklidir. Dolayısıyla düzenleyene asıl borç nedeniyle başvurabilecek olan da lehdardır¹¹⁴. Zira ciro, asıl borç ilişkisinin cirantaya devrini sağlamaz¹¹⁵. Yani, lehdardan çeki devralan cirantaların düzenleyene -lehdar ve düzenleyen arasındaki- asıl borç için başvurmaları mümkün değildir. Kaldı ki cirantaların da birbirlerine kendi alt ilişkileri nedeniyle bir talepte bulunmalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁶. Bunun gerekçesi olarak alt ilişkiye istinaden bir talepte bulunabilmek için gerekli olan, senedin “zedelenmeksizin” iade edilmesi şartının yerine getirilmesinin mümkün olmaması gösterilmektedir¹¹⁷. Gerçekten senedin zayi olduğu durumlarda da bu şartın yerine getirilmesi mümkün olmaz. Ancak senet zayi olmakla birlikte buna ilişkin bir iptal kararının ibrazı durumunda kural olarak alt ilişkiye dayanma imkânını tanımak gerekir.

Öte yandan bu ihtimal bakımından da bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki, TBK m. 192’de ifa uğruna devirlerde borcun, alacaklının alacağı tahsil ettiği veya gereken özeni gösterseydi tahsil edebileceği oranda sona ereceği düzenlenmiştir. İfa uğruna alacak devrine ilişkin bu hükmün genel olarak ifa

da mümkündür. Örneğin, mevcut bir bono varken yeni bir bono düzenlenmesi, yeni bono düzenlenirken eskisinin geri verilerek yırtılması ihtimalinde tarafların iradelerinin eski borcu sona erdirmek yönünde olduğu kabul edilir. Bkz. Işık Önay, *Yenileme*, 113.

¹¹³ Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, N. 56.

¹¹⁴ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 401.

¹¹⁵ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, 903.

¹¹⁶ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 402. Yargıtay’ın aksi yöndeki kararları için (Y. 19. HD, E. 2004-4226, K. 2005/827, 07.02.2005; 19. HD, E. 2005/4081, K. 2005/12256, 07.12.2005; 19. HD, E. 2012/9780, K. 2012/7758, 26.11.2012) bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, 402, d. 211.

¹¹⁷ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 402; Abuzer Kendigelen, “Müracaat Hakkını Kaybeden Hamilin Başvurabileceği Yollar,” in Hüseyin Ülgen’e Armağan (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 736.

uğruna edimler bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir¹¹⁸. O hâlde kendisine temel ilişkiye dayanılarak başvuru yapıldığında, hamilin gerekli özeni göstererek senedi zayi etmeden muhatap bankaya başvursaydı alacağını tahsil edebileceğini ispat ederse TBK m. 192 uyarınca borcun o ölçüde sona erdiği söylenebilir¹¹⁹. Örneğin çek hesabında yeterli karşılık bulunmasına rağmen gerekli özeni göstermeyip çeki zayi eden ve bu nedenle süresinde ibraz edemeyen hamil bakımından durum böyledir.

Ayrıca alt ilişkiye dayanarak cirantaya başvurulmasına izin verilen durumlarda, çeki gerekli özeni göstermediği için zayi eden hamilin cirantanın uğradığı zarardan da sorumlu tutulması mümkündür¹²⁰. Örneğin çekle işleyen hesapta karşılığın bulunmadığı varsayılın. Bu durumda ciranta, hamilin gerekli özeni gösterseydi alacağı tahsil edebileceğini ispat edemeyecek, dolayısıyla asıl borç sona ermemiş olacaktır. Hamil alacağının tamamını cirantasından alt ilişki uyarınca talep edip elde ettiği takdirde, ciranta kendisine çek ile başvursaydı içinde olabileceği durumdan daha kötü bir duruma düşebilecektir. Zira o bu durumda sadece kendi cirantasına alt ilişkileri uyarınca başvurabilir. Hâlbuki hamil gerekli özeni gösterip cirantasına çek ile başvurmuş olsaydı, ciranta da kendisinden önceki tüm cirantalara karşı kambyo ilişkisine dayanan başvuru hakkına sahip olacaktı. Şayet ciranta bu nedenle bir zarara uğradığını (örneğin kendi cirantasından ödeme güçsüzlüğü nedeniyle alacağını tahsil edemediğini) ispat ederse, zayi ederek borca aykırı davranan hamil bu zarardan sorumlu tutulabilir.

Süresinde protesto çekilmesinden sonra senedin zayi olması ihtimalinde olduğu gibi, senet sahibinin müracaat hakkı bulunduğu diğer hâllerde yine başvuru sahibinin alt ilişkiye dayanması mümkün olmayacaktır. Zira, hâlâ senet nedeniyle cirantaya müracaat imkânı bulunmaktadır¹²¹.

¹¹⁸ Baki İlkay Engin, “İfa Uğruna Edim,” in Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı (İstanbul: Beta Basım Yayın, 1999), 856.

¹¹⁹ Senedin zayi olmadığı ihtimalde, hamil cirantasından, alt ilişkiye istinaden ödeme talep ederse, ciranta senedi ciro etmesine dayanarak alt ilişkiden kaynaklanan borcunu ifa etmekten kaçınabilirdi.

¹²⁰ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 403; Kendigelen, “Müracaat Hakkını Kaybeden Hamilin Başvurabileceği Yollar”, 737

¹²¹ Bu ihtimalde fiili başvuru günü, taraflar arasında kararlaştırılan çekin kanuni ibraz süresinden sonra olacaktır. TTK m. 810’da başvuru hakkı kapsamında talep edilebilecek temerrüt faizinin ibraz gününden itibaren başlayacağı belirtilmiştir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, zıya nedeniyle iptal edilen çek nedeniyle bankanın da herhangi bir sorumluluğunun olmayacağı kabul edilmelidir¹²². Nitekim Çek Kanunu m. 3/3 uyarınca muhatap bankanın, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile karşı sorumluluğu, süresinde ibraz edilen çek için söz konusu olmaktadır ki, yukarıda açıklandığı üzere, zayi olma ihtimalinde çek süresinde ibraz edilememektedir. Kaldı ki, muhatabın sorumluluğunun düzenleyenin ödeme gücü (güçsüzlüğü) nedeniyle öngörülmüş olması nedeniyle öğretide ihtiyati tedbirler bakımından bir ayırım yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, düzenleyenin ödeme gücüyle ilgili olan örneğin konkordato talebi nedeniyle konulacak ihtiyati tedbirler nedeniyle bankanın sorumlu olacağı kabul edilirken, düzenleyenin ödeme gücüyle hiçbir alakası bulunmayan menfi tespit (İİK m. 72) veya çekin iptali (TK m. 757) davalarında verilen ihtiyati tedbir kararları sebebiyle ödemenin yapılamadığı hâllerde asgari bedeli ödeme yükümlülüğünün mevcut olmadığı kabul edilmelidir¹²³.

Sonuç

Aşağıda kısaca bu çalışmada cevap aranan sorular ile bu sorulara verilen yanıtlar özetlenmiştir:

1. Senedin üçüncü bir kişinin eline geçmesi muhtemelse mahkemece yapılacak ilanlarda verilecek sürenin başlangıç tarihi nedir?

TTK m. 818 göndermesiyle çekte de uygulanacak TTK m. 761'de senedin iade edilmesi için yapılacak ilanların vadeden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar TTK m. 795'e göre çekte vade olmasa da Çek Kanunu m. 3/8 ile geçici madde 3/5 hükmü yürürlükte olduğu sürece, poliçedeki vadenin çekin düzenlenme tarihi olarak anlaşılması gerekir. Geçici maddenin yürürlüğünün uzatılmaması hâlinde ise, çek görüldüğünde ödenir kuralı nedeniyle, sürelerin başlaması için çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinin

Ancak bu olasılık bakımından ibraz gününü, kanuni ibraz süresi şeklinde değil, iptal kararı ile hamile başvuru gün olarak kabul etmek gerekir.

¹²² Mülga Çek Kanunu için de aynı yönde, Şener Güngör ve Mustafa Kaya, *4814 Sayılı Kanun ile Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Çek Suçları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 30.

¹²³ Ahmet Özsoy, *Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 106-107.

beklenmesine gerek yoktur.

2. TTK m. 764/2'nin anlamı nedir? Bu hüküm poliçe ve bonoda müracaat hakkını ortadan kaldırmakta mıdır?

Hayır, her durumda değil. Yukarıda açıklandığı üzere, Mehaz İsviçre OR ve TTK'nın poliçenin iptaline ilişkin hükümleri sadece senedin üçüncü kişinin eline geçme ihtimaline istinaden düzenlenmiştir ve senedin iptali de ancak ele geçiren kişinin bilinmemesi hâlinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ihtimalde ise iptal kararı her hâlükârda vadeden sonra verileceğinden müracaat hakkı için aranan şartlar gerçekleşmez. Dolayısıyla TTK m. 764/2'nin müracaat hakkını kaldırdığı görüşü sadece senedin üçüncü kişinin eline geçme ihtimalinde geçerlidir. Diğer bir deyişle, bu hüküm senedin zayi olduğu her durumda müracaat hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

3. Hamile yeni bir senet verilmesi mümkün müdür?

Soruyu yaratan mesele, yeni bir senet verilmesi talebinin TTK m. 652/1'de genel hükümler kısmında düzenlenmesine rağmen, bu talebin hamile yazılı senetlerin iptaline ilişkin TTK m. 666/3'te tekraren düzenlenmesi, ancak poliçenin iptali hakkındaki TTK m. 764'te sadece iptal kararı ile dilekçe sahibinin asıl borçluya başvurabileceğinin belirtilmesidir. Her ne kadar, Kıymetli Evrak kitabındaki birçok hüküm gibi TTK m. 666/3'te de bir tekrara yer verildiği ve TTK m. 764'ün genel hükmün uygulamasını ortadan kaldırmayı haklı gösterecek bir özel hüküm niteliğinde olmadığı ileri sürülebilecek olsa da kanımca burada kanunkoyucu bilinçli bir tercih yapmıştır. İptal kararının vadeden sonra verilecek olması nedeniyle yeni bir senet verilmesini kural olarak reddetmiştir. Ancak, yine bu görüşün, senedin üçüncü kişinin eline geçme ihtimali ile sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

Öte yandan TTK m. 764/2'nin çeke uygulanmaması ve mehaz İsviçre OR uyarınca çekin ibraz süresinden önce iptal edilmesinin mümkün olması nedeniyle çek söz konusu olduğunda yeni senet verilmesi teorik olarak mümkündür.

4. Yeni bir senet verilebileceği kabul edilse bile, bu senet kim tarafından verilecektir ve bu senedin müracaat hakkı bakımından bir avantajı var mıdır?

Yeni senedin iptal kararından sonra keşideci tarafından verilecek olması ve cirantaların yeni senedi imzalamaktan kaçınmaları ihtimali dikkate alındığında yeni senet düzenlenmesinin müracaat hakkının kullanımı bakımından önemli bir fayda sağlamayacağı düşünülmektedir. Öte yandan, bu husus mahkemenin hükmünde müracaat borçlularını belirtmesine engel görülmemelidir.

5. Çekte TTK m. 764/2 hükmüne neden gönderme yapılmamıştır?

Çekte kabul yasağının bulunmasının vurgulanması amacıyla bu hükme gönderme yapılmamıştır. Gerçekten TTK m. 818'in gönderme yapmadığı birçok hükümde, kabul eden muhatap kavramına rastlanması bu görüşü desteklemektedir. Gönderme yapılmamasının bir diğer sebebi de yukarıda açıklandığı üzere, mehz İsviçre OR'de çekin görüldüğünde ödenmesi gereği, iptal kararının ibraz süresinden önce verilebilecek olmasıdır. Bu ihtimal ise hem müracaat hakkı için aranan şartların sağlanması hem de yeni senet talebi bakımından fark yaratır.

6. Müracaat hakkı için aranan şartların (i) çekin düzenlenme tarihinden önce ve (ii) düzenlenme tarihinden sonra zayi olması hâlinde sağlanması mümkün müdür?

(i) Çek Kanunu'nun geçici maddesi yürürlükte olduğu süre, çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde, süresinde ibraz edilmesi ve ödenmeme nedeniyle karşılıksızlık işlemine konu olması mümkün değildir. Çünkü Çek Kanunu'nun düzenlemeleri nedeniyle, çekin henüz zayi olmadan önce ne ibrazı ne de karşılıksızlık işlemine konu olması mümkündür. Çekin zayi olması ise zaten fiilen ibrazına engeldir.

Geçici maddenin yürürlüğünün uzatılmaması ve ileri tarihli bir çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce zayi olması hâlinde ise, çekin görüldüğünde ödenmesi kuralı gereği, ilanın hemen yapılması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, ilan yapılması ve sürenin başlaması için çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinin beklenmesi gerekli olmayacaktır. Böylece, mahkemece verilecek üç ay ilâ bir yıllık sürenin dolmasından sonra çekin üzerinde yazılı keşide tarihinin gelmesi mümkündür ki bu durumda müracaat hakkı için aranan şartlar sağlanabilir.

Senedin yok olması ya da hasara uğraması gibi nedenlerle zayi olması ancak üçüncü bir kişinin eline geçmesinin söz konusu olmadığı hâllerde, ödeme yasağı konmasına ve senedin geri getirilmesi için süre verilmesine ihtiyaç olmayacağı için, ileri tarihli bir çekin üzerinde yazılı düzenlenme tarihinden önce iptal edilmesi mümkün olabilecektir. Bu ihtimalde, hak sahibinin mahkemeden kendisine yeni bir senet verilmesini talep etmesi ve bu senet ile ibraz süresinde çeki ibraz etmesi ve ödenmeme nedeniyle müracaat borçlularına başvurabilmesi mümkündür.

- (ii) Çekin düzenlenme tarihinden sonra zayi olması ihtimalinde ise, yukarıda belirtildiği üzere üç ihtimal bulunur: (i) İbraz süresi içinde ancak protesto çekilmeden çekin zayi olması, (ii) protesto çekildikten sonra çekin zayi olması, (iii) protesto süresi geçirildikten ve protesto çekilmeden çekin zayi olması. Birinci ihtimal, çekin düzenlenme tarihinden önce zayi olması ile paraleldir dolayısıyla varılan sonuçlar aynen benimsenebilir. Çekin protesto süresi geçirildikten ve protesto çekilmeden çekin zayi olması hâlinde ise şüphesiz başvuru sahibinin müracaat hakkı yoktur. Ancak bu sonuca TTK m. 764 nedeniyle değil, müracaat hakkının şartlarının sağlanamaması nedeniyle varılmaktadır. Öte yandan, çekin protesto çekildikten sonra zayi olması hâlinde müracaat hakkı için aranan şartlar sağlanmış olur. Zira, bu çek süresinde ibraz edilmiş, ibraza rağmen ödenmemiş ve karşılıksızlık işlemine konu olmuştur. Dolayısıyla, böyle bir durumda müracaat hakkının reddini haklı gösteren bir gerekçe yoktur. Aksi sonucun kabulü hâlinde, iptal kararını alan hak sahibinin durumu, senedin iptali ile daha kötüleştirilmiş olacaktır. Halbuki Federal Mahkeme'nin de belirttiği üzere, iptal kararının senedin zilyedi olmakla eşdeğer hukuki sonuç doğurması gerekir.

7. Mahkeme tarafından ödeme yasağı konması bir mücbir sebep kabul edilerek karşılıksızlık işlemi yapılmadan müracaat hakkının kullanılabilmesi kabul edilebilir mi?

Çekin zayi olmasının mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, çekin zayi olması nedeniyle iptal davası açılmış olması ve mahkemenin ödemedi men kararı vermiş olması da başvuru hakkının kullanılması için aranan çekin süresinde ibraz

edilmesi ve ödenmeme durumunun tespiti zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

8. Müracaat hakkı için aranan şartların zayi olma hâli dikkate alınmadan düzenlendiğinin ve bu hususta bir boşluk olduğunun kabul edilmesi mümkün müdür? Boşluk bulunduğu varsayımında bu boşluğun nasıl doldurulması düşünülebilir?

Boşluğun, ibraz şartının düzenlenme tarihinin iptal kararı verilen tarihe ötelenerek sağlanabileceği, tevdi kararına rağmen hesapta para bulundurulmamasının ise karşılıksızlık işlemi yerine geçeceği görüşleri menfaatler dengesine aykırı bulunarak reddedilmiş ve bu hususta doldurulması gereken bir boşluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

9. Müracaat hakkının yitirildiği ihtimallerde hamilin alt ilişkiye dayanarak kendi borçlusuna başvurabilmesi mümkün müdür?

Kural olarak, senet zayi olmakla birlikte buna ilişkin bir iptal kararının ibrazı durumunda alt ilişkiye dayanma imkânını tanımak gerektiği kabul edilmiş ve ifa uğruna devirlerde borcun, alacaklının alacağı tahsil ettiği veya gereken özeni gösterseydi tahsil edebileceği oranda sona ereceğini düzenleyen TBK m. 192 dikkate alınarak bir yorum yapılmıştır.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar, Mehmet. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2018.
- Baumbach, Adolf, Wolfgang Hefermehl ve Matthias Casper. *Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs*. Münih: Beck, 2020.
- Bozgeyik, Hayri. *Poliçede Müracaat Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2020.
- Bozkurt, Tamer. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Bülöw, Peter. *Wechselgesetz Scheckgesetz mit AGB-Sparkassen, AGB-Banken, AGB-Postbank und Scheckbedingungen Kommentar*. Münih: Beck, 2013.
- Cerrahoğlu, Fadlullah. “Kıymetli Evrakın Zıyı ve İptali.” *İSTİAD*, no.1 (1973): 194-195.
- Coşkun, Muzaffer. *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Deyneklı, Adnan. *Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Doğanay, İsmail. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 2*. Ankara: Beta Yayınları, 2004.
- Domaniç, Hayri. *TTK. Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Temel Yayınları, 1990.
- Engin, Baki İlkay. “İfa Uğruna Edim.” In *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1999: 839-862.
- Eriş, Gönen. *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak Poliçe – Bono – Çek – Makbuz Senedi – Varant*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Erol, A. Nevzat. *Takip Hukukunda Kambiyo Senetleri – Poliçe- Bono – Çek ve Bankalar Kanunu*. Ankara: Doğu Matbaası, 1971.
- Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1992.
- Frick, A. Thomas. *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht OFK*. Zürih: Orell Füssli, 2023.
- Göz Gürbüz, Diğdem. *Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptali*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017.
- Gültekin, Özkan. *Kıymetli Evrakın Zayı ve İptali*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2006.

- Güngör, Şener ve Mustafa Kaya. *4814 Sayılı Kanun ile Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Çek Suçları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Gürbüz, A. Hulusi. *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*. İstanbul: Cem Ofset, 1985.
- Hildebrandt, Heinz. *Wertpapierrecht*. Berlin: Walter De Gruyter: 1957.
- İnan, Nurkut. *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981.
- Jacobi, Ernst. *Wechsel- Und Scheckrecht*. Berlin: Walter De Gruyter, 1956.
- Kalpşüz, Turgut. “Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahlili.”, *BATİDER*, no. 2 c. 11 (Aralık 1981): 33-62.
- Karahan, Sami, Zekeriya Arı, Hayri Bozgeyik, Tahir Saraç ve Mücahit Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 2014.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku, C. III Ticari Senetler*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Kendigelen, Abuzer ve İsmail Kırca. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Kendigelen, Abuzer. “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TTK 711).” In *Makalelerim Cilt I 1986-2001*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018: 83-120.
- Kendigelen, Abuzer. “Müracaat Hakkını Kaybeden Hamilin Başvurabileceği Yollar.” In *Hüseyin Ülgen’e Armağan*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007: 727-740.
- Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kınacıoğlu, Naci. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi, 1982.
- Kuhn, Hans. *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG*. Zürich: Schulthess, 2016.
- Meier-Hayoz, Arthur ve Hans Caspar von der Crone. *Wertpapierrecht*. Bern: Stampfli Verlag, 2000.
- Moroğlu, Erdoğan ve Abuzer Kendigelen. *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Oğuz, Sefer. “Çekin İbrazında Aşılması İmkansız Bir Engelin (COVID-19) Ortaya Çıkması Durumunda Hamil ile Muhatap Bankanın Yükümlülükleri Üzerine Bazı Düşünceler.” *Bankacılar Dergisi*, no. 122 (2022): 20-35.
- Önay, Işık. *Yenileme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Özsoy, Ahmet. *Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Öztañ, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Turhan Yayınları, 1997.
- Öztañ, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Öztürk (Dirikkan), Hanife. *Kıymetli Evrakın Zıyı ve İptali*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990.
- Poroy, Reha ve Ünal Tekinalp. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Reiter Matthew: *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*. Zürih: Orell Füssli, 2023.
- Schwarz, Jörg. *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürih: Orell Füssli, 2023.
- Sevi, Ali Murat. "Pay Senetleri ve İlmuhaberlerin Zayı Olması ve İptali." *Terazi Hukuk Dergisi*, no.187 (Mart 2022): 97-113.
- Sönmez, Melih. "Kambiyo Senetlerinin Zayı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet ile İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi." *TBB Dergisi*, no.159 (2022): 439-474.
- Stranz, Martin. *Wechselgesetz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1952.
- Teoman, Ömer. "Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler." In *Tüm Makalelerim Cilt III: 2002-2010*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010: 143-152.
- Tekil, Fahiman. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1994.
- Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Yıldırım, Ali Haydar. "Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.4 C. XXI, (2017): 91-130.

TÜRK HUKUKUNDA LİMİTED ŞİRKETLER İÇİN ASGARİ SERMAYE KURALININ GEREKLİLİĞİ VE YERİNDELİĞİ (1 TL SERMAYELİ LİMİTED ŞİRKETLERİN TERCİH EDİLEBİLİRLİĞİ) SORUNU

The Issue of Necessity and Appropriation of the Minimum Capital Requirement Rule for Limited Liability Companies in Turkish Law (Preferability of Limited Liability Companies with 1 TL Capital)

Mustafa YASAN*

Özet

Limited şirketler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) anonim şirketlere yakınlştırılarak ve sermaye şirketi vasfı güçlendirilerek düzenlenmiştir. 14.02.2011'de Resmi Gazetede (RG) yayınlanmasından sonra otuzu aşan kez değişikliğe uğrayan Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) değişikliklerden menfi şekilde en çok etkilenen ilke limited şirketleri de ilgilendirecek şekilde bağımsız denetimin ütopya olarak kalması, şirkete borçlanma yasağının yumuşatılması, şirketin kuruluşunun başlangıçta hiç sermaye getirilmeksizin gerçekleştirilmesine imkân tanınması vb. sebebiyle sermayenin korunması ilkesi olmuştur. Asgari sermaye kuralı bu değişiklikler sebebiyle, sermayenin korunması ilkesinden beklentilerin karşılanabilmesi için işaret edilen önemini, gerekliliğini ve yerindeliliğini teorik de olsa korumaktadır. Buna karşın, Birleşik Krallıkta ve devamında kıta Avrupası hukuk sistemine dahil AB üye ve aday ülkelerinde ortaya çıkan ve özellikle yenilikçi-yaratıcı fikri ürünlerin öne çıkarıldığı 1 para birimi (sembolik) sermayeli limited şirketler olgusunun Türk hukuku açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmeler neticesinde olması gereken ise düalist sisteme bağlı kalınarak bir yandan geleneksel limited

Makalenin Geliş Tarihi: 12.02.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.04.2024.

* Doç. Dr., İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: mustafa.yasan@idu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0741-9720.

şirketlerin geçerliğini koruması bir yandan da 1 TL ile kurulabilen girişimci limited şirketlerinin Türk hukukunda geçerlik kazanmasıdır.

Anahtar Kelimeler: asgari sermaye kuralı, limited şirketler, 1 TL sermayeli limited şirketler, sermayenin korunması ilkesi, 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı

Abstract

The principle most negatively affected by the changes in the Turkish Code of Commerce, which has been amended more than thirty times after its publication in the Official Gazette on 14.02.2011, is the principle of capital protection, as a result of remaining independent audit a utopia, softening the prohibition of borrowing to the company, letting the establishment of the company without payment of cash capital at the beginning etc. For this reason, the minimum capital rule maintains its importance, necessity and appropriateness, albeit theoretically, in order to meet the expectations from the principle of capital protection. However, the phenomenon of limited companies with 1 currency unit (symbolic) capital, which emerged first in the United Kingdom and subsequently in the EU member and candidate countries included in the continental European legal system, and where innovative and creative intellectual products are highlighted, should also be evaluated from the perspective of Turkish law. As a result of these evaluations, what needs to happen is to adhere to the dualist system, on the one hand, traditional limited companies should maintain their validity, and on the other hand, entrepreneurial limited companies, which can be established with 1 TL, should gain validity in Turkish law.

Key words: minimum capital rule, limited liability companies, limited liability companies with 1 TL capital, principle of capital protection, Presidential Decision No. 7887

GİRİŞ

Limited şirketler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda¹ (TTK m.573-644) sermaye şirketi vasfı güçlendirilerek ve anonim şirkete yakınlaştırılarak düzenlenmiştir. Bağımsız denetimin prensip itibarıyla limited şirketleri de kapsamı (TTK m.635), sınırlı sorumluluk ve sermayenin korunması ilkeleri

¹ RG, 14.02.2011, S.27846.

gibi sermaye şirketlerine özgü ilkelerin limited şirketler açısından da benimsenmesi (TTK m.602), limited şirketlerin yönetiminde şeffaflık, hesap verilebilirlik gibi kurumsal yönetim ilkesinin gereklerini yansıtan kurallara geçerlik kazandırılması limited şirketlerin küçük anonim şirketler olarak nitelendirilmesine neden olmuştur. Buna karşın, limited şirketlerde ortak unsurunun ayırt edici karakteri sebebiyle kişi şirketlerine özgü müesseselerden de tamamı ile vazgeçilmemiştir. Şirketten ayrılmanın ya da payları devralmanın anonim şirketlere nazaran zorlaştırılması (TTK m.595, 636-638), şirket sözleşmesinde hüküm olmak kaydıyla ek ödeme yükümlülüğünün ve rekabet yasağının limited şirket ortakları için öngörülebilmesi (TTK m.603-605, 613) limited şirketleri sermaye şirketi vasfına rağmen anonim şirketlerden uzaklaştıran müesseselerin varlığına örnek olarak gösterilebilir. Kanun koyucunun limited şirketlere özgü bu yaklaşımı asgari sermaye gerekliliğine ilişkin kural için de ortaya çıkmaktadır. Limited şirketlerde asgari sermaye kuralı TTK m.580'de yer almaktadır. TTK m.580 f.1'de asgari sermaye miktarı limited şirketler için 10.000 TL olarak belirlenmiş, f.2'de ise Cumhurbaşkanlığı'na maddede yazılı asgari sermaye miktarını on katına kadar artırma yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanlığı bu yetkisini Kanun yürürlüğe girdikten yaklaşık 12 yıl sonra ilk kez 7887 Sayılı Kararı ile kullanmış ve 01.01.2024'ten itibaren geçerli olacak şekilde² limited şirketlerde asgari sermaye miktarını 50.000 TL olarak güncellemiştir³.

Limited şirketlerde asgari sermaye kuralının gerekliliği anonim şirketler için de geçerli olacak şekilde sermaye şirketi vasfı, sermayenin korunması ilkesinin benimsenmesi, ortakların ve şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin menfaatlerinin şirket malvarlığı ile temin edilmesi gibi gerekçelerle

² 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, RG, 25.11.2023, S. 32380. 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı 2. maddesinde bu Kararın 01.10.2024 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği düzenlenmişse de 26.11.2023 tarihli ve 32380 sayılı Resmî Gazetede Cumhurbaşkanlığı Kararının yürürlüğe gireceği tarih 01.01.2024 olarak düzeltilmiştir.

³ Bu şekilde, TTK m.580 ve Cumhurbaşkanlığı'nın 7887 Sayılı Kararından oluşan hukuki rejime göre, bir yandan sermaye şirketi vasfının ve sermayenin korunması ilkesinin yansımaları olarak asgari sermaye kuralına limited şirketlerde de geçerlik kazandırılmış, bir yandan da asgari sermaye miktarı, yaklaşması hedeflenen kapalı tip anonim şirketler için (TTK m.332 f.1 ve 7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile) belirlenen asgari sermaye gerekliliğinin (250.000 TL) 1/5'i oranında, bir başka deyişle, sermayenin ve ortaklar ile şirketten alacaklı olanların menfaatlerinin korunması hedefinin gerçekleştirilebilmesi için gerçekçilikten ve yeterlilikten uzak şekilde sadece 50.000 TL olarak öngörülmüştür.

açıklanabilir. Ancak karşılaştırmalı hukukta meydana gelen 1 Pound / 1 Euro (sembolik) sermaye ile kurulabilen limited şirketlere ilişkin gelişmeler ve bu gelişmelerin Türk hukuku açısından takip edilememesi, Türkiye’de uzun bir süredir etkisini gösteren enflasyonist ekonominin gerçeklerine rağmen asgari sermaye miktarının güncellenmesi konusunda Cumhurbaşkanlığı’nın TTK m.580 f.2’de işaret edilen yetkisini ilk kez 25.11.2023’te kullanması ve bunun sonucunda da limited şirketlerde asgari sermaye miktarının ekonominin gerçekleri ve TTK Gereğesinde altı çizilen hedefler ile uyuşmayacak şekilde sadece 50.000 TL olarak geçerlik kazanması TTK m.580 f.1’de emredici bir şekilde düzenlenen asgari sermaye kuralının gerekliliği ve yerindeliliği ile ilgili ciddi soru işaretlerine neden olmaktadır⁴. Neredeyse tüm karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde benimsenen 1 Para birimi (1 Pound / 1 Euro) sembolik sermayeli bir başka deyişle sermayesiz limited şirketlerin Türk hukukunda da 1 TL sermayeli limited şirketler şeklinde kabul edilip edilmemesi olması gereken hukuk açısından cevaplandırılması gereken bir diğer soru işareti olarak karşımızda yer almaktadır. Nitekim bu makalede, karşılaştırmalı hukukta meydana gelen gelişmelerden de yararlanarak, Türk hukukunda limited şirketlerde asgari sermaye kuralı ile ilgili işaret ettiğimiz soru işaretleri üzerinde duracağız. Buna ilaveten, limited şirketlerde asgari sermaye kuralının gerekliliği ve yerineliliği ile ilgili olması gereken hukuk açısından görüş ve önerilerimize de yer vereceğiz.

I. TÜRK HUKUKUNDA LİMİTED ŞİRKETLER İÇİN ASGARI SERMAYE KURALI

A. Limited Şirketlerde Sermayeye İlişkin Hukuki Rejimin Esasları

TTK m.124 f.2 gereğince sermaye şirketi olarak sınıflandırılan limited şirketler, ortak unsurunun ayırt edici karakteri sebebiyle kişi şirketlerinin özelliklerinin her şeye rağmen hissedilebildiği ve bu sebeple kanun koyucunun anonim şirketlere yakınlaştırma ve sermaye şirketi vasıflarını artırma çabaları ile tezat oluşturacak şekilde kendine özgü kurallara tabi tutulduğu ticaret şirketleri olarak nitelendirilebilir⁵. Anonim şirketlerden

⁴ Esra Hamamcıoğlu, *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022), 69.

⁵ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 417; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 444; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul: Vedat Yayınevi, 2017), 386; Fatih Bilgili ve

farklı şekilde, ortak sayısı açısından üst sınırın belirlenmesi (TTK m.574 f.1), ortakların şirket sözleşmesi ile de olsa rekabet yasağına tabi tutulabilmesi (TTK m.613), şirket sözleşmesinin geçerliği için kurucuların imzalarının noter tarafından tasdikinin ihtimal dışında bırakılması (TTK m.575), aktif gayret gösterme unsurunun sermaye şirketi vasfına rağmen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinde olduğu gibi daha belirgin bir şekilde etkisini hissettirmesi (TTK m.603-607) ve sınırlı sorumluluk esas itibarıyla kabul edilmiş olsa da anonim şirketlere nazaran tek borç ilkesinin istisnalarının daha çeşitli şekillerde ortaya çıkması gibi örneklerde görüldüğü üzere, limited şirketler anonim şirketlerden farklı özellikleri, istisnai müesseseleri ve kuralları barındırmaktadır⁶. Ancak açıklamaya çalıştığımız bu ayrık durum, TTK m.124 f.2'de yer alan açık hüküm gereğince, limited şirketlerin kendine özgü karakteri haiz sermaye şirketleri oldukları gerçeğini değiştirmemektedir⁷.

Limited şirketlerin işaret ettiğimiz bu özgün karakteri etkisini şirketin kurucu unsuru olan sermaye ile ilgili olarak da göstermektedir. Buna göre, emek sermayesinin sermaye olarak getirilebilecek ekonomik ve hukuki değerlerin dışında bırakılması (TTK m.581 son cümle), bir malvarlığı unsurunun aynı sermaye olarak getirilebilmesi için üzerinde sınırlı bir aynı hak, ihtiyati haciz ya da ihtiyati tedbirin bulunmaması koşulunun öngörülmesi (TTK m.581 ilk cümle), istisnaları da olsa sınırlı sorumluluk ilkesine geçerlik kazandırılması ve bu sebeple ortakların sermaye koyma borçlarını yerine getirmenin ötesinde kural olarak sorumluluk üstlenmemeleri (TTK m.573 f.2), sermayenin korunması ilkesinin kabul edilmesi ve bunun bir sonucu olarak, sermayeye ilişkin detayların şirket sözleşmesinde gösterilmesinin zorunlu olması (TTK m.576/c), aynı sermaye taahhütlerinin şirketin kuruluşundan önce (tapu sicilinde şerh, güvenilir kişiye tevdi, ilgili sicillere kayıt ile) yerine getirilmesinin şirketin tescili için ön koşul olarak öngörülmesi (TTK m.128), şirkete getirilen sermayenin ortaklara dağıtılması, iade edilmesinin yasaklanması, sermayenin paylara bölünebilirliğinin kabul edilmesi (TTK

Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (Bursa: Dora Yayınevi, 2018), 410; Hakan Çebi, *Şirketler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 339.

⁶ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 399; Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 10; Osman Karaköse, *Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 25; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 453; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 386, 387.

⁷ Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 410.

m.583), ortakların birden fazla sermaye payına sahip olabilmelerine imkân tanınması (TTK m.583 f.3) vb. hususlar limited şirketlerin anonim şirketlere yaklaşması ve tipik sermaye şirketleri olarak sınıflandırılması ile ilgi kurularak açıklanabilir⁸. Öte yandan, kanun koyucunun, limited şirketlerde sermayeye ilişkin hukuki rejimde, sermaye şirketi vasfına rağmen anonim şirketlerden farklı yönde tercihlerde bulunduğu da görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, limited şirketlerde anonim şirketlerden farklı olarak kayıtlı sermaye sistemine geçerlik kazandırılmayıp sadece esas sermaye sisteminin benimsenmesi (TTK m.580), anonim şirketlerde nakit sermaye taahhütlerinin en az ¼'ünün şirketin kuruluşundan önce yerine getirilmesi şirketin tescili ve tüzel kişilik kazanması için bir zorunluluk iken limited şirketlerde nakit sermaye taahhütlerinin tamamının şirketin kuruluşundan sonra yerine getirilebilmesine imkân tanınması⁹ (TTK m.585 son cümle), anonim şirketlerde sermaye paylarının itibari değerlerinin birbiri ile eşit olması zorunlu iken limited şirketlerde farklı itibari değerlere sahip sermaye paylarının varlığına şirket sözleşmesinde gösterilmesi kaydıyla izin verilmesi (TTK m.583 f.2), anonim şirketlerde payların devri için genel kurulun onay koşulu kural olarak aranmamış iken limited şirketlerde payların devrinin gerçekleşmesi için genel kurulun onay kararının şirket sözleşmesinde aksi öngörülmediği müddetçe bir zorunluluk olarak kabul edilmesi (TTK m.595 f.2), anonim şirketlerde paylar için nama veya hamiline yazılı çıkartılabilen pay senetleri kıymetli evrak niteliğini haiz iken limited şirketlerde sermaye payları için çıkartılan pay senetlerinin, aksi yönde görüşler de olsa, kıymetli evrak niteliğinin bulunmaması; sadece ispat aracı vasfına sahip olması (TTK m.593 f.2) limited şirketlerde sermaye unsurunun anonim şirketlerden farklı önceliklerle ve farklı kabullerle ele alındığını gösteren örnek mahiyetindeki

⁸ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 417, 418; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 398; Karaköse, *Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri*, 21, 22.

⁹ Nakit olarak taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az 1/4'ünün tescilden ödenmesi şartının limited şirketlerde kaldırılmasının isabetli bir düzenleme olmadığı ve TTK'nın sermaye şirketi anlayışı ile çatıştığı hakkında bkz. Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 686, 687. TTK m.585 son cümle ile girişimcilerin teşvik edilmesi için getirilen tek kuruluş ödemeksizin limited şirketin kurulabilmesine imkan tanıyan düzenlemenin yerindeliği hakkında inceleme için bkz. Funda Özdin, "Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme: Tek Kuruluş Sermaye Ödemeksizin Limited Şirket Kuruluşu (TTK m. 585, c. 3) - Peki Yeterince İyi Düşünülmüş mü?," *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 2 (2022): 1666-1701.

düzenlemelerdir¹⁰. Bir yandan anonim şirketlere yakınlaştırılan ve sermaye şirketi vasfı güçlendirilen, bir yandan da kişi şirketi özellikleri tamamen terk edilmeyen limited şirketlerde sermaye unsuru açısından ortaya koymaya çalıştığımız bu özgün durum kendisini bir alt başlıkta inceleyeceğimiz asgari sermaye gerekliliğine ilişkin kural açısından da göstermektedir.

B. Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralının Dayanakları

Limited şirketlerde asgari sermaye kuralı TTK m.580'de yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasında asgari sermaye miktarı 10.000 TL olarak belirtilmiş¹¹, ikinci fıkrasında ise ilk fıkrada gösterilen asgari sermaye miktarının Cumhurbaşkanlığı tarafından on katına kadar artırılabilmesi düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı düzenlemelerine asgari sermaye miktarını artırabilme şeklinde ve kanun değişikliği olarak nitelendirilebilecek bir fonksiyon yüklemenin (her ne kadar Cumhurbaşkanlığı'na bu konuda Karar niteliğinde düzenleme yapabilme yetkisini bizzat kanun koyucu vermiş olsa da) kanun yapma tekniği açısından ideal bir tercih olmadığı kanaatindeyiz. Cumhurbaşkanlığına anonim şirketler açısından da kanuni asgari sermaye miktarının artırılabilmesi yetkisi tanınmış olmasına ve bu yetkinin kullanılması açısından herhangi bir sınırlama yapılmamasına rağmen (TTK m.332 f.1), limited şirketlerde kanuni asgari sermaye miktarının

¹⁰ Melis Gizem Çığışar, *Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Rehni* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 25; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 453, 454; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 399.

¹¹ TTK kodifikasyon çalışması Tasarı haline geldiğinde limited şirketlerde asgari sermaye miktarı 50.000 TL olarak öngörülmesine rağmen TBMM Adalet Komisyonunda bu miktar 25.000 TL'ye indirilmişti. Tasarı TBMM Genel Kurulunda görüşülürken ise milletvekilleri tarafından verilen bir önerge ile limited şirketlerde asgari sermaye miktarı 10.000 TL olarak kanunlaştı. Bkz. Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2016), 485; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 2186. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan ilk Tasarıda limited şirketler için öngörülen 50.000 TL'lik asgari sermaye miktarının yerindeliği, anonim şirket asgari sermaye miktarının limited şirketin asgari sermayesinin on katı olması gerektiği, bu sebeple limited şirketin asgari sermayesinin 50.000 TL olarak korunarak anonim şirketin asgari sermayesinin 500.000 TL olarak belirlenmesinin doğru olacağı, TTK Resmi Gazetede yayımlandığında limited şirketler için 10.000 TL ve anonim şirketler için 50.000 TL şeklinde ortaya çıkan 1/5 oranının beklentileri karşılamadığı hakkında bkz. Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler* (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2012), 346, 347.

Cumhurbaşkanlığı tarafından 10 katına kadar artırılabilmesinin düzenlenmesi iki sermaye şirketi açısından haklı ve makul bir gerekçe olmaksızın ayırım yapılmasına neden olmaktadır¹². Cumhurbaşkanlığı ise kendisine verilen bu yetkiyi Kanunun yürürlük tarihinden yaklaşık 12 yıl sonra 25.11.2023 tarihli ve 32380 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 7887 sayılı Kararı ile kullanmış ve limited şirketlerde asgari sermaye miktarını 50.000 TL olarak güncellemiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararında asgari sermaye kuralını güncelleyen hükmün yürürlük tarihi olarak 01.10.2024 gösterilmiştir. Buna karşın Kararın yayınlanmasından bir gün sonra 26.11.2023 tarihli ve 32381 sayılı Resmi Gazete ile bu sefer yürürlük tarihi 01.01.2024 olarak düzeltilmiştir.

Limited şirketlerde sermaye unsuruna ilişkin hukuki rejimin özgün karakterini oluşturan müesseselerden biri de asgari sermaye gerekliliğidir. Asgari sermaye kuralı sadece limited şirketin kuruluşu anında geçerli değildir; bununla birlikte şirket tüzel kişiliğinin devamı boyunca etkisini göstermektedir. Bu sebeple limited şirket kurulduktan sonra şirket sözleşmesi değişikliği ile kanuni miktarın altında bir sermaye miktarı öngörülemediği gibi şirket sermayesinin sözleşmede öngörülen sermaye miktarının altına fiilen inmesi de şirketin devamı açısından bir engel teşkil etmektedir¹³. Limited şirketlerin sözleşme yaptığı üçüncü kişiler, limited şirkete yatırım yapmak isteyen diğer ilgililer nezdinde kredi itibarının temelini oluşturan etken limited şirketin tabi tutulduğu asgari sermaye gerekliliğidir¹⁴. Asgari sermaye gerekliliği, sermaye şirketi vasfını haiz limited şirketlerde sermayenin korunması ve sermayenin belirliliği ilkelerinin bir yansıması olarak da kabul edilebilir. Sermayenin korunması ilkesi sınırlı sorumluluk kuralının geçerli olduğu limited şirketlerde şirketten alacaklı olanların ve şirket ortaklarının hukuki menfaatlerinin gözetilebilmesi için teorik de olsa önem arz etmektedir¹⁵. Sermayenin miktarı, paylarının itibari değerleri ile

¹² Anonim şirketlerde Cumhurbaşkanlığına kanuni asgari sermaye miktarının artırılması yetkisinin sınırlandırılmadan verilmesinin doğru olmadığı, eTTK'da olduğu gibi Cumhurbaşkanlığının artırma yetkisinin on katına kadar artırılabilmek şeklinde verilmesinin ideal bir tercih olduğu hakkında bkz. Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 128.

¹³ Hamamcioğlu, *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi*, 68.

¹⁴ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 2185.

¹⁵ Nihat Taşdelen, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012), 64, 65; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 390;

sayıları ve varsa imtiyaz hakları ile ilgili detayların şirket sözleşmesinde gösterilmesi zorunluluğu olarak ifade edebileceğimiz sermayenin belirliliği ilkesi de limited şirketlerde şeffaflığın, hesap verilebilirliğin gerekleri arasında gösterilmektedir¹⁶.

Asgari sermaye gerekliliği ile ilgili olarak ifade ettiğimiz hukuki çerçeve limited şirketlerin sermaye şirketi vasfına sahip olmasının ve anonim şirketler ile yaklaşmasının bir sonucudur. Buna karşın, TTK m.332 f.1 ve 25.11.2023 tarihli 7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı çerçevesinde kapalı tip anonim şirketlerde asgari sermaye miktarı 250.000 TL olarak belirlenmişken limited şirketlerde asgari sermaye miktarı, TTK m.580 ve yine aynı Karara göre, kapalı tip anonim şirketlerin 1/5'i oranında, bir başka deyişle sadece 50.000 TL olarak öngörülmüştür. Buna ilaveten, anonim şirketlerde nakit sermaye taahhütlerinin en azından ¼'ünün şirketin kuruluşundan önce ödenmiş olması zorunluluğu sermayenin korunması ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmiş iken (TTK m.344 f.1), limited şirketlerde nakit sermaye taahhütlerinin tamamının kuruluştan itibaren 24 ay içerisinde ödenebilmesine ve nakit sermayenin sadece taahhüt edilmesinin şirketin kuruluşu için yeterli olmasına, bir başka deyişle limited şirketlerin sermayesiz kurulabilmesine sermayenin korunması ilkesi ile tezat oluşturacak şekilde imkân tanınmıştır (TTK m.585 son cümle)¹⁷. Bu noktada ifade edilmelidir ki, asgari sermaye kuralına bağlı

Çığsar, *Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Rehni*, 23; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 686.

¹⁶ Limited şirketlerde sermaye ile ilgili geçerli olan kural asgari sermayeye ilişkindir. Azami sermaye miktarı ise öngörülmemiştir. Klasik limited şirketlerde azami sermaye kuralının geçerli olduğu son hukuk sistemi olan İsviçre hukukunda ise 2005 tarihli limited şirketler hukuku revizyonu ile azami sermaye kuralı limited şirketlerin gelişimini engellemesi gerekçesi ile kaldırılmıştır. Bu sayede büyük sermaye sahibi kişilerin de limited şirketi tercih edebilmesinin önünde bir engel kalmamıştır. Bkz. Muharrem Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," içinde *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*, ed. Kemal Şenocak (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 4120; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 110; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, 686; Çığsar, *Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Rehni*, 25. Azami sermaye kuralı çalışmamızın ilerleyen kısımlarında inceleyeceğimiz düalist sistemin benimsendiği hukuk sistemlerinde klasik limited şirketlerin yanında ayrıca geçerlik kazanmış olan mini limited şirketler / girişimci limited şirketler şeklinde adlandırılan limited şirketler için söz konusu olabilmektedir. Nitekim Alman hukukunda mini GmbH sermayesi 1 ila 24.999 Euro arasında belirlenebilmektedir.

¹⁷ Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4130, 4131; Özdin, "Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme," 1682.

olarak tespit edilen miktarlar (250.000 / 50.000), ister anonim şirketler isterse limited şirketler olsun, güncel ekonomik gelişmeler karşısında asgari sermaye kuralının dayanağı olan sermayenin korunması ilkesi ve alacaklıların, ortakların ve yatırımcıların menfaatlerinin gözetilmesi saiki ile örtüşmemektedir.

Limited şirketler, asgari sermayeye ilişkin 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile değişmiş TTK m.580 f.1 hükmüne göre, nakdi ve/veya aynı malvarlığı unsurlarından oluşan asgari 50.000 TL değerindeki sermaye ile kurulabilirler. Bu hüküm emredicidir¹⁸. Şirket sözleşmesinde asgari sermaye kuralına aykırı, asgari sermaye gerekliliğini kaldıran hükümlerin yer alması halinde şirket sözleşmesi mutlak butlanla geçersiz olacaktır ve ticaret sicil müdürü de böyle bir şirket sözleşmesine dayanan tescil talebini reddedecektir.

Limited şirketler hukukunda asgari sermaye kuralına emredici bir karakter kazandırılmasının, limited şirketlerin sermaye şirketi vasfı, sermayenin belirliliği kuralı, sermayenin korunması ilkesi ve ortakların, alacaklıların ve yatırımcılar dahil 3. kişiler ile kamu maliyesi açısından Devletin menfaatlerinin korunması saiki dikkate alındığında, yeterliliği hakkındaki şüpheleri bir kenara bırakmak kaydıyla, teorik açıdan ve gerekçeleri çerçevesinde yerinde bir tercih olduğu kabul edilmelidir¹⁹.

C. Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralının TTK Gerekçeleri Çerçevesinde İncelenmesi

6102 sayılı TTK, Avrupa Birliği adaylık sürecinin Türk hukukuna somut bir yansıması olarak kabul edilebilir. TTK'da limited şirketler için öngörülen vizyon ve misyon dikkate alındığında, asgari sermaye kuralının, kanun koyucunun limited şirketler için öngördüğü hedeflere ulaşılabilmesi için başvurulan bir enstrüman olduğu anlaşılmaktadır. 1999 AB Helsinki Zirvesi ile aday ülke statüsü kazanan Türkiye, hukuk sistemini Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu hale getirmeyi üstlendiği için aralarında TTK'nın da yer aldığı temel kanunlarda yeniden revizyon çalışmalarını gerçekleştirmiştir. TTK'nın Genel Gerekçesinde kanun koyucu açıkça, ticaret şirketlerine ve

¹⁸ Şirket sözleşmesinde kuruluş esnasında daha düşük bir esas sermayenin belirlenemeyeceği ve ilerleyen süreçte sermayenin azaltılması yoluyla da söz konusu miktarın altına düşürülemeyeceği hakkında bkz. Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4120; Çebi, *Şirketler Hukuku*, 342.

¹⁹ Eslem Ayaz, *Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 41.

özellikle sermaye şirketlerine ilişkin olarak reform niteliğinde hükümlere geçerlik kazandırıldığını, AB yatırım iklimine uyumlu, AB ülkelerinin şirketler hukuku ile yarışabilme gücüne sahip bir şirketler hukuku meydana getirmek ve Türk şirketlerini yabancı şirketler ile rekabet edebilecekleri seviyede kurumsal ve finansal yapıya sahip olacakları bir aşamaya çıkarmak için tedbirler alındığını ifade etmiştir²⁰. Bu tedbirlerden biri de ticaret hayatına ticaret şirketi ve dolayısıyla limited şirket kurarak dahil olabilmek için gerekli olan kriterlerin üst seviyede belirlenmesidir. Nitekim bu açıklamalar çerçevesinde, asgari sermaye kuralına geçerlik kazandırmanın, önüne gelen herkesin şirket kuramaması, güçlü kurumsal ve finansal yapıdan yoksun şirket oluşumlarına izin verilmemesi açısından kanun koyucunun TTK Gerekçesinde işaret ettiği hedefleri ile teorik de olsa uyum içerisinde olduğu kabul edilmelidir.

TTK Gerekçesinde Almanya, Avusturya, Fransa, İngiltere, İtalya, ABD ve İsviçre hukuk sistemleri ile AB mevzuatında meydana gelen değişiklikler incelenmiş, asgari sermaye kuralını da ilgilendiren şekilde yeni şirket türlerine ve şirketler hukukuna ilişkin gelişmeler özetlenmiştir²¹. Bu şirket türleri arasında TTK taslağının tasarı haline geldiği 2005 tarihi itibarıyla geçerli olan 1 Poundluk şirketlere, bir başka deyişle 1 Pound ile dahi olsa sembolik bir sermaye ile şirket kurulabilmesine detaylı bir şekilde yer verilmeden, İngiltere şirketler hukukundaki 1 Poundluk limited şirket uygulamasının şirketlerin sınır aşan hareketliliği ile ilgili sorunlara ve tartışmalara yol açtığı ifade edilmesiyle yetinilmiştir²². Avrupa Topluluklar Mahkemesi kararlarına ve bunun sonucunda doktrinde farklı yorumlara yol açan 09.03.1999 tarihli *Centros*, 05.11.2002 tarihli *Überseering* ve 30.09.2003 tarihli *Inspire Act* davalarına Gerekçede özel olarak değinilmiş ve bu davalarda şirketlerin sınır aşan hareketliliğinin sebeplerinden biri olarak, şirket merkezinin yer aldığı ve

²⁰ TTK Gerekçesinde TTK'nın AB'ye üye diğer ülkelerin kanunlarında olduğu gibi dinamik bir konuma geleceği, zira AB'nin ticaret hukuku düzenlemelerinin müzakere eden aday ülke statüsündeki Türkiye'nin gelecekteki hukukunu oluşturacağı, Türkiye'nin uluslararası ticaret, endüstri, hizmet finans ve sermaye piyasalarının bir parçası olmasına TTK'nın katkı sağlayacağı, AB mevzuatında ve AB üyesi ülkeler ile İsviçre ve ABD hukuk sistemlerinde şirketler hukukuna ilişkin kodifikasyon çalışmalarının takip edilebilmesinin TTK sayesinde mümkün olacağı TTK Genel Gerekçesinde kanun koyucu tarafından özel olarak ifade edilmiştir. Bkz. TTK Gerekçesi, 2, 15, 16.

²¹ TTK Gerekçesi, 5-13.

²² TTK Gerekçesi, 16.

kuruluşun gerçekleştiği ülkeler ile şirketin faaliyetlerini yürüttüğü ülkelerdeki asgari sermaye gerekliliklerine ilişkin kurallar arasındaki farklılıklar gösterilmiştir²³.

TTK Gereğesinde asgari sermaye kuralı ile ilgili olarak, diğeri sermaye şirketlerini de kapsayacak şekilde, AB hukukunda anonim şirketlere ilişkin gerçekleşen revizyon çalışmalarına da yer verilmiştir. AET'nin 13.12.1976 tarihli 77/91 sayılı ikinci yönergesinden itibaren AB üyesi ülkelerde asgari sermayeden vazgeçilmediği, asgari sermayenin alacaklılara güvence sağladığı, asgari sermaye olmadan sınırlı sorumluluk olmaz düşüncesinin Avrupa'da hâkim olduğu, asgari sermayenin kredi güvenliği sağladığı, ancak bu klasik düşüncenin 1990'lı yıllardan itibaren sarsılmaya başladığı, asgari sermayenin sınırlı sorumluluk ilkesine yararının ve sağladığı güvencenin sorgulandığı ve bu görüşlerin Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporuna da yansdığı özel olarak belirtilmiştir²⁴. Görüldüğü üzere, TTK Gereğesi kaleme alınırken, 1 Poundluk limited şirketin hukuki gerçekliği ve asgari sermaye kuralının gerekliliği ile ilgili AB'de şirketler hukuku çevrelerindeki tartışmaların kanun koyucunun bilgisi dahilinde olduğu açıktır. Buna karşın Türk kanun koyucusu TTK açısından asgari sermaye kuralının gerekliliğini tartışmaya açmış değildir. Bu sebeple, en azından TTK için 1 TL sermayeli limited şirket türünün ve asgari sermaye gereksinimine ihtiyaç duyulmadan limited şirketin ya da başka bir sermaye şirketinin kuruluşunun kanun koyucunun gündemine hiç gelmediği anlaşılmaktadır. Buna ilaveten, Fransız limited şirketler hukukunda 2003 yılında gerçekleşen ve asgari sermaye kuralına son veren ilk revizyon çalışmasına dahi TTK Gereğesinde işaret edilmemesi kanun koyucunun asgari sermaye kuralına ilişkin geleneksel yaklaşımdan ayrılmayı tartışmaya dahi açmadığını bizlere göstermektedir.

D. Türk Şirketler Hukuku Doktrinde Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralının Gerekliliği Hakkında Yapılan Çalışmalar ve İleri Sürülen Görüşler

Türk şirketler hukuku doktrinde limited şirketlerde asgari sermaye kuralının gerekliliğinin doğrudan tartışılmadığı, buna karşın, özellikle AB Hukuku ve Kıta Avrupası şirketler hukuku sistemlerinde asgari sermaye kuralı ile ilgili öne çıkan kodifikasyon faaliyetlerine özgülenen karşılaştırmalı hukuk

²³ TTK Gereğesi, 15, 16.

²⁴ TTK Gereğesi, 15, 16.

perspektifli akademik çalışmaların yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmalar arasında *Hasan Pulaşlı*, *Fatih Aydoğan* ve *Ayhan Kortunay*'ın 2009'da Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Batider) yayınlanan ve Alman Limited Şirketler Hukukundaki gelişmelere ışık tutan makaleleri dikkat çekmektedir. Buna ilaveten, limited şirketlere ilişkin müesseseleri konu alan bazı monografi çalışmalarında da asgari sermaye kuralı ile ilgili karşılaştırmalı hukuk sistemlerine yönelik bilgiler sunulduğu görülmektedir.

Hasan Pulaşlı, "Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar" başlıklı Batider makalesinde, 01.11.2008'de Almanya'da Limited Şirketler Hukukunun Modernleştirilmesi ve Kötüye Kullanılmayla Mücadele Kanununun (*Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen=MoMiG*) yürürlüğe girdiğini, MoMiG ile limited şirketlerin iki farklı biçimde kurulabilmesinin mümkün hale geldiğini, birincisinin geleneksel limited şirketler olarak 25.000 Euro asgari sermaye ile kurulabildiğini, ikincisinin ise sınırlı sorumlu girişimci şirketler olarak (*Unternehmergesellschaft*) kurulabildiğini ve sınırlı sorumlu girişimci şirketlerinin geleneksel limited şirketlerin aksine asgari bir sermaye koşuluna tabi tutulmadığını, bu sebeple esas sermaye tutarının 1 ila 24.999 Euro olabileceğini ifade etmiştir²⁵. Alman Hukukundaki bu gelişme sayesinde sadece 1 Euro esas sermaye ile dahi sınırlı sorumlu girişimci şirketlerinin [*Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) veya UG*] limited şirketlerin bir alt türü olarak kurulabilmesinin mümkün olduğu ve doktrinde bu limited şirketlerin mini GmbH veya 1 Euro GmbH olarak adlandırıldığı, söz konusu şirketlerde sermayenin tamamının nakit olması gerektiği ve yine sermayenin tamamının şirket kurulmadan önce ödenmesinin zorunlu olduğu ve kâr payının ödenmesi dahil olmak üzere asgari sermaye gerekliliği dışındaki diğer konularda da klasik limited şirketlerden farklı esaslara tabi olduğu yazar tarafından ayrıca belirtilmiştir²⁶.

Fatih Aydoğan, Limited Şirketler Hukukunu Modernleştirme ve Kötüye Kullanmalarla Mücadele Kanunu (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen/MoMiG*) ile Alman limited şirketler hukukunda meydana gelen değişiklikleri "Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanununda Yapılan Değişiklikler" başlıklı Batider

²⁵ Hasan Pulaşlı, "Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar," *Batider* 25, S. 2 (2009): 38-40.

²⁶ Pulaşlı, "Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler," 38-40.

makalesinde incelemiştir²⁷. MoMiG'e ihtiyaç duyulmasının sebebinin Avrupa şirketler hukukunda yaşanan rekabet olduğu, İngiliz Hukukunda şirket kuruluşunun Alman Hukukuna nazaran daha kolay ve az masraflı olmasının müteşebbislerce limited şirketlerin İngiltere'de kurulmalarına ve daha sonra faaliyetlerini Almanya'da sürdürmelerine yol açtığı, Almanya'da GmbH'ların tabi olduğu hukuki rejimde kuruluştaki kolaylığın sağlanması da dâhil reforma bu sebeple ihtiyaç duyulmasının bir sonucu olarak MoMiG'e geçerlik kazandırıldığı, MoMiG ile gerçekleştirilen yeniliklerden birinin müteşebbis ortaklığının kabulü olduğu, müteşebbis ortaklığının yeni bir şirket türü olmadığı, müteşebbis ortaklığının limited şirketler için yeni bir kuruluş şekli olarak nitelendirildiği, müteşebbis ortaklığının kısa süreli, riskli, ancak az sermayeyi gerektiren ve özellikle hizmet sektörüne ait küçük çaplı işler için kullanışlı olacağı, bu ortaklığın kuruluşunda örnek sözleşmelerin kullanılmasının bu ortaklık türünü daha da cazip hale getireceği ve nihayetinde bu ortaklığın da tek ortakla kurulabilmesinin mümkün olduğu, müteşebbis ortaklığına klasik limited şirketlere ilişkin hükümlerin istisnalar dışında aynen uygulanacağı, farklı hükümlerden biri olarak müteşebbis ortaklığının 1 Euro ile dahi kurulabilmesinin mümkün olduğu, bu limited şirket türünde ticaret unvanında *unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* ya da *UG* ibarelerinin bulunmasının zorunlu olduğu, ticaret unvanlarında klasik limited şirketlerin aksine GmbH ibaresine yer verilemeyeceği, bunun dışında kâr payının dağıtımı ve yedek akçelerin ayrılması gibi noktalarda da müteşebbis ortaklığının klasik limited şirketlerden farklılık gösterdiği yazar tarafından belirtilmiştir²⁸.

Ayhan Kortunay, "Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler" başlıklı Batider makalesinde, önce Modernizasyon Yasası olarak nitelendirdiği MoMiG'in yürürlüğe girmesinin en önemli nedenleri arasında Avrupa Topluluklar Mahkemesinin (ATM) Avrupa Birliği Anlaşması madde 43 vd. düzenlenen "Yerleşme Özgürlüğü" çerçevesindeki verdiği kararların yer aldığını, ATM'nin verdiği *Centros*, *Überseering* ve *Inspire Act* kararlarında yerleşme / şirket kurma özgürlüğünü ihlal eden üye ülkelerin engellemelerinin hukuka aykırı kabul edildiğini, ATM'nin yerleşme özgürlüğünü esas alan kararları sayesinde şirketlerin, asgari sermaye, ortakların sorumluluğu gibi konularda

²⁷ Fatih Aydoğan, "Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanununda Yapılan Değişiklikler," *Batider* 25, S. 3 (2009): 394.

²⁸ Aydoğan, "Federal Almanya'da Limited Şirketler," 391-394.

daha avantajlı düzenlemelere sahip bir üye devlette kurulduktan sonra fiili faaliyetlerini asıl faaliyet gösterilmek istenen üye devlete nakletmek şeklindeki stratejiyi benimsediklerini, bu durumun Alman limited şirketler hukuku açısından sakıncalar doğurduğunu zira, asgari sermaye ve kuruluş başta olmak üzere Alman limited şirketlerine nazaran daha avantajlı diğer üye ülkelerin (ki başta İngiliz limited şirketleri gelmektedir) limited şirketlerinin tercih edildiğini, bu durumun Alman limited şirketleri için bir risk meydana getirdiğini, bu sebeple Modernizasyon Yasasının çıkartıldığını ifade etmiştir²⁹. Modernizasyon Yasasının yanında bir çok AB üyesi ülkelerinde de asgari sermaye koşulunun aranmadığı İngiliz limited şirketleri ile rekabet edebilmek için asgari sermayeyi düşüren kanun değişikliklerine gidildiği, 2003'te Fransa'da limited şirketlerin (*societe a responsabilite limitee [S.A.R.L.]*) 1 Euro sermaye ile kurulabilmesine imkân tanındığı, Alman Hukukunda limited şirketlerin asgari sermayelerinin 10.000 Euroya indirilmesi önerisinin kabul edilmediği fakat bunun yerine *Unternehmergeellschaft* adı verilen ve asgari sermaye koşulunun aranmadığı yeni bir limited şirket modeline yer verildiği, "sınırlı sorumlu girişimci şirket" olarak da Türkçeye çevrilebilen bu şirketin yeni bir şirket türü ya da nevi şahsına münhasır bir şirket türü olmadığı, klasik limited şirketlerin bir alt sınıfı olarak kabul edilmesi gerektiği, istisnalar dışında klasik limited şirketler hakkındaki hükümlerin girişimci şirketi hakkında da geçerlik kazanmış olduğu, girişimci şirketinin en önemli özelliğinin klasik limited şirketlerin kuruluşu için gerekli olan asgari sermaye koşulunun aranmaması olarak kabul edildiği, dolayısıyla girişimci şirketin sermayesinin 1 ila 24.999 Euro arasında olabileceği, kullanılacak ticaret unvanı eki ve bu eklin kısaltması, aynı sermayenin getirilememesi, kuruluş için sermaye taahhütlerinin tamamının ödenmesinin şart koşulması, ayrılacak yedek akçelerle ilgili farklı bir tercihin benimsenmesi gibi noktalarda girişimci şirketinin klasik limited şirketlerden farklılıklar içerdiği yazar tarafından özel olarak belirtilmiştir³⁰. *Kortunay*, bu gelişmeleri Türk Hukuku açısından da değerlendirmiş ve sermaye şirketlerinin esas sermayelerinin düşük ya da yüksek tutulmasının bir hukuk politikası tercihi olduğunu, sınırlı sorumluluğun söz konusu olduğu bu şirketlerde, esas sermayenin yüksekliğinin şirket alacaklılarına da o oranda koruma sağlayacağını, bu sayede ciddi olmayan ve kötüniyetli şirket kuruluşlarının önüne geçilebilse de esas sermayenin düşük tutulmasının sınırlı

²⁹ Ayhan Kortunay, "Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler," *Batider* 25, S. 2 (2009): 325.

³⁰ Kortunay, "Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler," 323-327.

sorumluluk arzlayan küçük sermaye sahiplerinin şirketlerini kurmaya teşvik ettiğini, ekonomiyi canlandıracağını, kaldı ki esas sermaye düşük tutulduğunda da alacaklıların alacaklarının diğer şirketler hukuku mekanizmaları ile korunabileceğini, makalenin yazıldığı tarih itibarıyla AB’de ATM kararları çerçevesinde ortaya çıkan gelişmelerin Türkiye’yi henüz doğrudan etkilemese de Alman Hukukunda hayata geçirilen sınırlı sorumlu girişimci şirket modelinin Türk Hukuku açısından da benimsenmesinin faydalı olabileceğini, bu sayede limited şirketler için gerekli sermayeye sahip olmayanların sınırsız sorumluluk altına girmeksizin ticari faaliyette bulunabilmelerine imkân tanınabileceğini ifade etmiştir³¹.

Şükrü Yıldız, 2007 tarihli “Limited Şirketler Hukuku” kitabında Anglo Saxon Hukuku limited şirketlerini incelediği özel başlık altında hem İngiliz Hukuku hem de Amerikan Hukuku açısından limited şirketlerin kurulabilmesi için belirli bir sermayenin öngörülmediğini, asgari bir sermaye öngörülmediği için de şirketin kuruluşunun gerçekleşebilmesi için ortaklar tarafından herhangi bir katılım payının (sermaye payı) doğal olarak ödenmediğini belirtmiştir³².

Oruç Hami Şener, 2017 tarihli “Limited Ortaklıklar Hukuku” kitabında Alman Hukukunda 25.000 Euro’luk asgari sermaye miktarının “Limited Şirketler Hukukunu Modernleştirme ve Kötüye Kullanmalarla Mücadele Kanunu” MoMiG çalışmaları devam ederken önce 10.000 Euro’ya indirilmek istendiğini, ancak kabul edilmeyince 25.000 Euro’luk asgari sermaye miktarının aynen korunduğunu ve bunun nedeninin MoMiG’in sadece çok az başlangıç sermayesine ihtiyaç duyan kurucuların menfaatini müteşebbis ortaklığına izin vererek yeterli derecede dikkate alması olduğunu, müteşebbis ortaklığının yeni bir tür şirket olmadığını; limited şirketin özel bir türü olarak tasarlandığını, bu sayede Alman hukukunda sermayesiz kurulabilen İngiliz limited şirketlerine bir alternatif yaratıldığını, tek ortaklı kurulan bir müteşebbis ortaklığının 1 Euro ile kurulabileceğini, bu sayede Alman kanun koyucusunun esas sermayeyi getirmek istemeyen kurucuların yönetme yetkisine sahip oldukları sermaye şirketinden yararlanmalarını mümkün kıldığını, eğitimlerini yeni bitiren ancak limited şirket kurabilmek için yeterli sermayeye sahip olmayan gençler için elverişli bir ortam meydana getirildiğini, sermaye artırımını ile müteşebbis ortaklığının sermayesi 25.000

³¹ Kortunay, “Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler,” 333-337.

³² Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Ankara: Arıkan Yayınevi, 2007), 38, 44.

Euroya ulaştığı takdirde artık kanunen klasik limited şirkete dönüşümün gerçekleşmiş olacağını, şekli anlamda bir tür değişikliğine ihtiyaç olmadığını, buna karşın klasik limited şirketin sermaye azaltımı yoluyla müteşebbis ortaklığına dönüşümünün olanaklı olmadığını, çok az sermaye ile müteşebbis ortaklığının kurulabilmesine karşın üçüncü kişilerin korunabilmesi için de bazı kuralların getirildiğini, bu sebeple, ticaret unvanında müteşebbis ortaklığa ve sınırlı sorumluluğa işaret eden ibarenin ya da UG şeklindeki kısaltmanın kullanılmasının gerekli olduğunu, şirkete getirilecek sermayenin tamamının şirket kurulmadan önce getirilmesinin bir mecburiyet olarak düzenlendiğini, aynı sermaye getirilmesinin yasaklandığını, sermaye artırılabilecekse bu artışın sadece nakit sermaye getirilmesi ile mümkün olduğunu, kanuni yedek akçe teşkilinin bir zorunluluk olarak öngörüldüğünü, yıllık karın dörtte birinin yedek akçe olarak ayrılması gerektiğini, yedek akçelerin sadece iç kaynaklardan esas sermaye artırımında veya yıllık açıkların ve önceki yıldan gelen zarar açıklarının kapatılmasında kullanılabileceğini, yedek akçelerin ortaklara ne sebeple olursa olsun dağıtılmasının yasaklandığını belirtmiştir³³.

Murat Alışkan, 2013 tarihli “Limited Şirket Tarihçe Niteliği” kitabında Alman Hukukunda limited şirketlere ilişkin gerçekleştirilen 2008 tarihli reform hakkında bilgi verirken, 2008 reformu ile (MoMiG) Alman tipi limited şirketinin diğer AB üyesi limited şirketlerine ve özellikle de İngiliz tipi limited şirketlere tercih edilmesinin amaçlandığını, bu amacın gerçekleşebilmesi için asgari sermaye koşulunun bulunmadığı *Unternehmersgesellschaft* tipi limited şirketin kurulmasına imkan tanındığını, bu yeni limited şirket tipinin 1 Euro ila 24.999 Euro sermaye ile kurulabileceğini, bu yüzden de bu şirkete 1 Euro GmbH veya mini GmbH gibi isimler yakıştırıldığını belirtmiştir³⁴. Yazar kitabında, İngiliz Hukukundaki limited şirketlere de değinmiş ve bu şirket türünün kurulabilmesi için asgari bir sermaye zorunluluğunun bulunmadığına işaret etmiştir³⁵. Yazar, limited şirketlerin asgari sermaye miktarının alacaklıların korunması açısından önemi bulunmadığını, önemli olanın şirketin sermayesinin tesis edilmesi ve korunmasına ilişkin önlemlerin alınması olduğunu, şirkete kredi açacak alacaklıların göz önünde bulunduracakları hususun şirketin sermayesi olduğunu, şirketin sermayesinin şirket sözleşmesinde gösterilmesinin, ticaret sicilinde tescil edilmesinin,

³³ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 111-115.

³⁴ Murat Alışkan, *Limited Şirket Tarihçe Niteliği* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2013), 15.

³⁵ Alışkan, *Limited Şirketler*, 37.

ticaret sicilinin aleniyetinin sağlanmasının, şirket sermaye miktarının internet sitesinde, şirketin mektuplarında ve ticari belgelerinde yazılmasının işaret edilen önlemlere örnek teşkil ettiğini, Alman Hukukundaki reform hareketleri ile 1 Euro ile kurulabilecek limited şirket özel tipine geçerlik kazandırıldığını, başlıca Avrupa ülkelerinde 1 Pound veya 1 Euro ile limited şirket kurulabilmesine yönelik reformların hayata geçirildiğini, Avrupa'daki eğilimin de limited şirketlerin daha ucuz kurulabilmesini sağlamak için asgari sermaye miktarının düşürülmesi ya da tamamen kaldırılması yönünde olduğunu belirtmiş ancak Türk Hukukunda limited şirketler için asgari sermayenin 10.000 TL olarak öngörülmesinin isabetli olduğunu zira limited şirketlerin Türkiye'de özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler için ihtiyaç duyulan bir şirket türü olarak öne çıktığını da ifade etmiştir³⁶.

Hakan Çebi, 2019 tarihli "Limited Şirketler Hukuku" kitabında Alman Hukukunda limited şirketlere ilişkin 2008 yılında gerçekleştirilen bir değişiklik ile Girişimci şirketi (*Unternehmersgesellschaft*) olarak ifade edilen özel bir limited şirkete hukuken geçerlik kazandırıldığını ve bu şirketin belirleyici özelliğinin, kurulmasının kolaylaştırılması amacıyla asgari sermaye koşulunun aranmaması olarak öne çıktığını ifade etmiştir³⁷. Ancak yazar, Türk Hukuku açısından Alman Hukukundaki bu gelişmenin takip edilip edilmemesinin gerekliliği ya da Alman Hukukundaki bu gelişmenin yerindeliği ile ilgili bir değerlendirme yapmamıştır.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA LİMİTED ŞİRKETTE ASGARİ SERMAYE KURALI İLE İLGİLİ OLARAK YAŞANAN GELİŞMELER

A. Birleşik Krallık Şirketler Hukuku

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde limited şirketlerde asgari sermaye kuralının gerekliliğini sorgulayan yaklaşımlara esin kaynağı olarak bundan yaklaşık yirmi yıl önce Birleşik Krallık şirketler hukukunda meydana gelen gelişmeler gösterilebilir³⁸. Nitekim, bugün itibarıyla neredeyse tüm AB üye ve aday ülkelerinde geçerlik kazanmış olan sembolik sermayeli limited şirketler olgusu ilk kez Birleşik Krallık şirketler hukukundaki düzenlemeler

³⁶ Alışkan, *Limited Şirketler*, 130-134.

³⁷ Hakan Çebi, *Limited Şirketler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 30.

³⁸ Massimo Miola, "Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective," *European Company and Finance Law Review* 2, no. 4 (2005): 426.

ile gündeme gelmiştir³⁹. Bu düzenlemeler Birleşik Krallık şirketler hukukunun temel kaynağı olan *Companies Act 2006*'dan daha öncesine dayanmaktadır⁴⁰. Zira Birleşik Krallık şirketler hukukunda her ne kadar 1 Pound ile limited şirket kurulumuna ilk kez *Companies Act 2006*'da açık bir şekilde izin verilmiş olsa da *Companies Act 2006*'dan önce de Birleşik Krallık şirketler hukuku uygulamasında limited şirketlerin 2/3'ün sermayesinin 100 Poundu zaten aşmadığı görülmektedir⁴¹.

B. Avrupa Birliği ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri

1. Avrupa Birliği'nde Birleşik Krallık Şirketler Hukuku ile Yaşanan Rekabet

Birleşik Krallık şirketler hukukunda limited şirketlerde asgari sermayeye gerek duymayan bir başka deyişle, sembolik sermayeyi yeterli kabul eden yaklaşım başta Almanya olmak üzere Kıta Avrupası ülkelerinin şirketler hukuku rekabetinde geride kalmalarına yol açmaktaydı⁴². Zira, şirket kuruluşunu sembolik bir sermaye ile Birleşik Krallık'ta gerçekleştiren yatırımcılar faaliyetlerini Kıta Avrupası ülkelerinde yoğunlaştırabiliyorlardı. Bu sayede bir yandan kuruluş ve vergi için kolaylıklarından yararlanabiliyorlar bir yandan da Avrupa Birliği pazarlarında serbestçe faaliyetlerini gerçekleştirebiliyorlardı⁴³. Her ne kadar Kıta Avrupası ülkeleri bu tip şirketlerin, tescil edildikleri Birleşik Krallık hukukuna değil,

³⁹ Carsten Gerner-Beuerle ve Michael Schillig, *Comparative Company Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 743.

⁴⁰ Bas J. De Jong, "The Distinction between Public and Private Companies and its Relevance for Company Law. Observations from the Netherlands and the United Kingdom," *European Business Law Review* 13, no. 2 (2016): 6; Alan Dignam ve John Lowry, *Company Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 119; Gerner-Beuerle and Schillig, *Comparative Company Law*, 743.

⁴¹ Alessio Bartolacelli, "Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition," *European Company and Financial Law Review* 14, no. 1 (2017): 189, 190; Dignam ve Lowry, *Company Law*, 119; Gerner-Beuerle and Schillig, *Comparative Company Law*, 743.

⁴² Beate Sjaafjell, "Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business," *European Company and Financial Law Review* 18, S. 2 (2021): 192; Michael Beurskens ve Ulrich Noack, "The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?," *German Law Journal* 9, no. 9 (2008): 1083; Tütüncü "Sermaye TTK m.580," 4125.

⁴³ TTK Gerekeşi, 16.

faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları devletlerin hukukuna tabi olduklarını ileri sürerek söz konusu şirketleri vergi mükellefi olarak kabul etseler de Avrupa Toplulukları Mahkemesi (ATM) *Cartesio*, *Centros* ve *Überseering* gibi davalarda yatırımcılar lehine kararlar verdi⁴⁴. Bunun üzerine, Avrupa Birliği şirketler hukuku çevrelerinde Birleşik Krallık şirketler hukuku ile rekabet edebilmek için özellikle limited şirketlerde sermaye ile ilgili radikal düzenlemelere geçerlik kazandırılması gerektiği yönündeki görüşler kabul görmeye başladı⁴⁵. Mevzuat çalışmaları önce Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleştirilmeye çalışıldı. Bunun sonucunda 2008'de "Avrupa Tipi Limited Şirketi" için taslak çalışması gündeme alındı (*Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company*' COM (2008) 396/3). Ancak bu taslak çalışması Avrupa Komisyonunun Mayıs 2014 tarihli kararı ile geri alındı⁴⁶. Daha sonra gündeme gelen revizyon çalışması ise "Tek Kişi Limited Şirketlere" yönelikti (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies*' COM (2014) 212 final). Bu çalışma da tamamlanamadan Avrupa Komisyonunun Temmuz 2018 kararı ile geri alındı⁴⁷.

Birleşik Krallık şirketler hukuku ile limited şirketler alanında rekabet edebilmek için başlatılan bu iki girişimin de başarısızlıkla sonuçlanması sebebiyle başta Almanya olmak üzere AB'nin şirketler hukuku alanında lokomotif ülkeleri limited şirketlere ilişkin iç hukuk sistemlerinde asgari sermaye gerekliliği de dahil olmak üzere reform niteliğinde düzenlemeler içeren revizyon çalışmalarını gerçekleştirdiler⁴⁸. Bu çalışmalar zaman içerisinde tüm Avrupa Birliği üye ve aday ülkeleri tarafından esas alındı ve takip edildi. Belirtmemiz gerekir ki, Avrupa Birliği ile ilişkileri Türkiye'nin

⁴⁴ Miola, "Legal Capital," 432.

⁴⁵ Patrick C. Leyens, "German Company Law: Recent Developments and Future Challenges," *German Law Journal* 6, no. 10 (2005): 1409; Sjaafjell, "Reforming EU Company Law," 204.

⁴⁶ Tobias Georg Schmidt, *Founding Limited Companies in Germany, Perspectives and Risks* (Paderborn: Salzwater Verlag, 2009), 14-17; Çebi, *Limited Şirketler Hukuku*, 39; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 385; Bartolacelli, "Almost Capital," 186.

⁴⁷ Bartolacelli, "Almost Capital," 215. "Avrupa Limited Şirketi" için yeni bir inisiyatifin başlatılması hakkında bkz. Dirk A. Verse, "A New Start for the European Private Company: The Draft Statute for a Societe Europeenne Simplifíee (SES)," *European Company and Financial Law Review* 19, no. 4 (2022): 667.

⁴⁸ Özdin, "Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme," 1669.

Avrupa Birliği ile ilişkileri ile kıyaslanamayacak kadar kısa ve yeni tarihli olan AB üyesi ve adayı olan ülkelerin hukuk sistemlerinde dahi asgari sermaye kuralı hakkındaki bu reform çalışmaları tamamlanmasına rağmen Türk şirketler hukuku çevrelerinde, mevzuat hazırlamakla ve yürürlüğe koyacak kanun koyucuda bu konuda herhangi bir çalışmanın, gayretin veya eğilimin olmaması hem düşündürücüdür hem de hayal kırıklığıdır.

2. Başlıca Kıta Avrupası Ülkelerinde Limited Şirketlerde Asgari Sermayeye İlişkin Reform Çalışmaları

Kıta Avrupası şirketler hukukunda limited şirketlerde asgari sermaye kuralı ile ilgili gerçekleşen revizyon çalışmaları kanun koyucuların tercihlerindeki önceliklere bağlı olarak iki farklı anlayışı ortaya çıkarmıştır. Bunlardan ilki monist anlayış olarak da ifade edebileceğimiz limited şirketlere ilişkin hukuki rejimde değişiklik yapılması ile yetinilmesi, limited şirketlerde kuruluş için gerekli olan asgari sermayenin 1 Euro ya da sembolik bir miktar olarak kabul edilmesi ve asgari sermaye kuralı açısından özel ve alt bir limited şirket türüne geçerlik kazandırılmasına ihtiyaç duyulmamasıdır⁴⁹. Fransa, Hollanda, Portekiz ve İspanya işaret ettiğimiz monist anlayışı benimseyen hukuk sistemleri arasında yer almaktadır. Buna karşın, Almanya, Belçika, Danimarka ve İtalya ise düalist anlayışı benimsemektedir⁵⁰. Düalist anlayış, bir yandan klasik limited şirketleri korunmakta diğer yandan da Birleşik Krallık limited şirketleri ile rekabet edebilecek nitelikte asgari sermaye açısından 1 Euro ile kuruluşu mümkün olan girişimci, yatırımcı ya da mini ön adı ile adlandırılan yeni bir limited şirket türüne geçerlik kazandırmaktadır⁵¹.

a. Monist Anlayış

Fransa şirketler hukukunda limited şirketlerin (*société à responsabilité limitée, SARL*) asgari sermayesine ilişkin olarak 2003'te Ticaret Kanunu'nda (*Code de Commerce*) gerçekleştirilen değişiklik ile asgari sermaye miktarı 7.500 Euro'ya indirilmiş ve yine aynı yıl içerisinde bir başka kanun değişikliği ile limited şirketlerde sözleşme ile asgari sermaye miktarının kurucular

⁴⁹ Alessio Bartolacelli, "Capital Requirements and the Abuse of Companies," içinde *Abuse of Companies*, ed. Hanne S. Birkmose, Mette Neville ve Karsten Engsig Sorensen (The Hague: Kluwer Law International, 2019), 199.

⁵⁰ Başlıca Avrupa ülkelerinde asgari sermayesiz ya da sembolik sermayeli limited şirketlere ilişkin gelişmelerin incelendiği bilimsel çalışma için bkz. Bartolacelli, "Almost Capital," 187-233.

⁵¹ Bartolacelli, "Capital Requirements," 201.

tarafından serbestçe belirlenebileceği bir hukuki rejime geçelik kazandırılmıştır⁵². Böylece, Fransa şirketler hukuku açısından limited şirketlerin, kuruculara tanınan bu geniş yetki sayesinde 1 Euro asgari sermaye ile kurulabilmesi hem teorik hem de pratik açıdan mümkün olmuştur⁵³.

Hollanda şirketler hukukunda 2007 ile 2012 yılları arasında limited şirketler (*besloten vennootschap, BV*) hakkında asgari sermaye kuralını da içeren radikal nitelikteki değişiklikler gerçekleştirilmiştir (*Flex BV Act*)⁵⁴. Bu değişikliklerin son halkası olarak, Hollanda hükümeti tarafından Hollanda Medeni Kanunu'nda (*Dutch Civil Code*) limited şirketlere yönelik düzenlemelerle ilgili çalışmaların tamamlanması için bir uzmanlar kurulu oluşturulmuştur⁵⁵. Uzmanlar kurulunun raporlarının da yol göstermesi ile 2012 yılında Hollanda Medeni Kanunu'nda limited şirketlerde asgari sermaye kuralını da ilgilendiren değişiklikler gerçekleştirilmiştir⁵⁶. Buna göre, Hollanda hukukunda 2012'ye kadar limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarı 18.000 Euro iken 2012'deki değişiklik sayesinde asgari sermaye gerekliliği hem teorik hem de pratik açıdan kaldırılmıştır. Zira, Hollanda Medeni Kanunu İkinci Kitabının limited şirketlere özgü Beşinci Kısımın 178. maddesine göre, limited şirketlerde sermaye miktarı sözleşmede gösterilmek zorundadır ve gösterilebilecek sermaye miktarı için herhangi bir alt limit Kanunda düzenlenmemiştir⁵⁷. Bu sebeple limited şirketlerin sermayesi şirket sözleşmesinde 1 Euro olarak dahi öngörülebilir. Hollanda hukukunda limited şirketlerin sermayesi ile ilgili olarak ortaya çıkan bu reformist yaklaşımın bir diğer sonucu da sermaye miktarının sözleşmede Euro dışında başka bir para birimi olarak da gösterilebilmesine imkân tanınmasıdır⁵⁸.

Portekiz şirketler hukukunda 2005'ten 2011'e kadar geçen süreç içerisinde limited şirketler (*sociedade por quotas, SQ*) hakkında reform niteliğinde düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Bu düzenlemelerin sonuncusu olan 2011 tarihli 33 Nolu Kanun Hükmünde Kararname (*Decreto Lei 33*) limited şirketlerde asgari sermaye kuralına ilişkindir. Bu Kararname ile limited şirketlerde asgari sermaye gerekliliği terk edilmiştir. Buna göre, şirket sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri de şirket sermayesinin diğer detayları ile birlikte miktarının gösterilmesidir. Kurucular şirket

⁵² Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4125.

⁵³ Çebi, *Limited Şirketler Hukuku*, 38; Bartolacelli, "Almost Capital," 192.

⁵⁴ De Jong, "The Distinction between Public and Private Companies," 5.

⁵⁵ De Jong, "The Distinction between Public and Private Companies," 4.

⁵⁶ Bartolacelli, "Almost Capital," 194.

⁵⁷ Bartolacelli, "Almost Capital," 195.

⁵⁸ Bartolacelli, "Almost Capital," 196.

sözleşmesinde sermaye miktarını serbestçe ve herhangi bir alt sınır olmaksızın belirleyebilirler. Ancak bunun için gerçekleşmesi gereken bir ön koşul bulunmaktadır. O da her bir sermaye payının itibari değerinin en az 1 Euro olmasıdır⁵⁹.

İspanya şirketler hukukunda limited şirketler hakkında (*sociedad de responsabilidad limitada, SRL*) 2003 yılında gerçekleştirilen ve asgari sermaye kuralını da ilgilendiren değişikliğe göre, asgari sermaye miktarı 3.000 Euro olarak belirlenmiştir. Ancak, 28.09.2022'de kabul edilen ve 19.10.2022'de yürürlüğe giren 18/2022 sayılı Şirketlerin Kurulması ve Geliştirilmesi Hakkında Kanun (*Ley de Creacion y Crecimiento de Empresas*) ile Sermaye Şirketleri Kanunu'nun (*Ley de Sociedades de Capital*) 4. maddesinde asgari sermaye kuralı ile ilgili reform niteliğinde bir başka değişiklik daha gerçekleştirilmiştir. Buna göre, limited şirketlerde sermaye Euro olarak gösterilmek ve 1 Euro'dan daha az olmamak kaydıyla şirket sözleşmesinde belirtilmek zorundadır⁶⁰. Dolayısıyla, İspanya'da limited şirketlerin 1 Euro ile kurulabilmesine hem teorik hem de pratik açıdan imkân tanınmıştır⁶¹.

b. Düalist Anlayış

Almanya şirketler hukukunda 2008 yılında Limited Şirket Modernizasyonu ve Yolsuzluklarla Mücadele İçin Kanun (*Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, MoMiG*) ile geleneksel / klasik limited şirketlerin (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*) yanında asgari sermaye kuralı dahil olmak üzere farklı bir hukuki rejime sahip yeni bir limited şirket türü olarak girişimci (mini) limited şirketler (*Unternehmergesellschaft, UG*) meydana getirilmiştir⁶². Bu sebeple, Alman hukukunda limited şirketler kurucuların beklentileri ve stratejilerine göre iki türden biri ile kurulabilirler. İki limited şirket türü açısından en önemli fark asgari sermaye miktarı ve yedek akçe ayırma zorunluluğu ve kâr dağıtımıyla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³. Buna göre, geleneksel limited şirketlerde

⁵⁹ Bartolacelli, "Almost Capital," 197.

⁶⁰ <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/09/28/18/con> Erişim Tarihi 02.02.2024.

⁶¹ İspanyol limited şirketler hukuku hakkında daha geniş bilgi için bkz. Ana Felicitas Muñoz Pérez, *Spanish Business Law: Cases and Materials* (Madrid: Tecnos, 2022).

⁶² Schmidt, *Founding Limited Companies*, 57; Bartolacelli, "Almost Capital," 203; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 2; Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4125; Özdin, "Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme," 1673.

⁶³ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2176, 2177.

asgari sermaye miktarı 25.000 Euro olarak belirlenmiş iken girişimci limited şirketlerinde sermaye miktarı 24.99 Euro'yu aşmamak kaydıyla serbestçe, dolayısıyla 1 Euro olarak dahi belirlenebilir, yeter ki tamamı nakitten oluşan sermayeden doğan taahhütler şirket kuruluşundan önce eksiksiz şekilde ödenmiş olsun⁶⁴. Girişimci limited şirketlerde kâr dağıtımını klasik limited şirketlerden farklı bir hukuki rejime tabi tutulmaktadır. Buna göre, net kârın en az %25'i klasik limited şirketin asgari sermaye miktarı olan 25.000 Euroya ulaşıncaya kadar her yıl yedek akçelere ayrılması gerekmektedir⁶⁵. Girişimci limited şirketin sermayesinin 25.000 Euroya ulaşması halinde şirket açısından bir seçim imkânı doğmaktadır. Buna göre, ortaklar isterlerse girişimci limited şirketin klasik şirkete dönüşümüne izin verirler isterlerse şirketin sermayesinin 25.000 altına indirilmesi koşuluyla girişimci limited şirketin devamını sağlayabilirler.

Belçika şirketler hukukunda limited şirketlerde asgari sermaye kuralı ile ilgili olarak Alman hukukuna benzer şekilde iki türlü limited şirkete imkân tanıyan bir hukuki rejim tercih edilmiştir: Belçika geleneksel limited şirketi (*société privée à responsabilité limitée, SPRL*) ve Belçika özel girişimci limited şirketi (*société privée à responsabilité limitée-starter, SPRL-S*)⁶⁶. Bu ikili yapı Belçika'da 2010 ile 2014 yılları arasında Belçika Şirketler Kanunu'nda (*Code des Sociétés*) gerçekleştirilen reform çalışmalarının bir sonucudur. Bu çalışmalar esnasında özel girişimci limited şirketinin ilk versiyonunda şirketin 5 yıldan daha uzun bir süre için kurulması yasaklanmıştır. Şirket sözleşmesinde gösterilen sürenin tamamlanması ile özel girişimci şirketinin, geleneksel limited şirkete dönüşümü de gerçekleşmemiş ise sona ereceği düzenlenmiştir⁶⁷. 2014 yılında Belçika Şirketler Kanunu'nda gerçekleştirilen son değişiklikler ile özel girişimci limited şirketlerinin süre ile sınırlı olmayacak şekilde kurulabilmesine imkân

⁶⁴ Klaus J. Müller, *The GmbH, A Guide to the German Limited Liability Company* (Munich: CC.H. Beck, 2016), 118; Pulaşlı, "Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler," 39; Aydoğan, "Federal Almanya'da Limited Şirketler," 391; Kortunay, "Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler," 325.

⁶⁵ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2177.

⁶⁶ Koen Geens ve Carl Clottens, *Corporations and Partnerships in Belgium* (The Hague: Kluwer Law International, 2012), 56; Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4128; Bartolacelli, "Almost Capital," 207.

⁶⁷ Henri Culot, "The Belgian Private Limited Without Capital: How is Faring?," *European Company and Financial Law Review* 20, no. 1 (2023): 12; Bartolacelli, "Almost Capital," 208.

tanınmıştır⁶⁸. Ortakların ancak gerçek kişi olabildiği ve tek ortakla dahi kurulabilen özel girişimci limited şirketlerinde sermaye asgari olarak 1 Euro, azami olarak ise 18.500 Euro olabilir. Şayet sermaye miktarı 18.500 Euro'yu aşan düzeyde artırılmak isteniyorsa özel girişimci limited şirketinin geleneksel limited şirkete dönüşümü zorunlu olarak gerçekleşecektir⁶⁹.

İtalya şirketler hukukunda limited şirketlerde asgari sermaye kuralı ile ilgili gelişmeler aynı dönemde Kıta Avrupası'nda gerçekleşen kodifikasyon çalışmaları ile karşılaştırıldığında oldukça karışık ve kaotiktir⁷⁰. 2003 yılında İtalyan Medeni Kanunu'nda (*Codice Civile*) şirketler hukuku alanında gerçekleştirilen reform niteliğindeki değişiklikler ile limited şirketler küçük anonim şirketler olarak adlandırılacak şekilde anonim şirketlere ilişkin hükümlere tabi tutulmuşlardır⁷¹. İtalyan limited şirketlerinde de tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi asgari sermaye kuralını da içerecek şekilde farklı esasların geçerlik kazandığı alt limited şirket türleri düzenlenmiştir. Ancak bu alt türlerin 2003'ten günümüze kadar gelen kodifikasyon çalışmaları dikkate alındığında daha çeşitli ve daha karmaşık bir şekilde dizayn edildiği itiraf edilmelidir⁷². Nitekim 2012 yılındaki Hükümet Kararnameleri (*decreti legge, dl*) ile geleneksel limited şirketlere (*società a responsabilità limitata, s.r.l.*) alternatif iki alt limited şirket türüne geçerlik kazandırılmıştır. Bunlar, 2012/1 sayılı Hükümet Kararnamesi ile basitleştirilmiş limited şirket (*società a responsabilità limitata semplificata, s.r.l.s.*) ve 2012/83 sayılı Hükümet Kararnamesi ile azaltılmış sermayeli limited şirkettir (*società a responsabilità limitata a capitale ridotto, s.r.l.c.r.*). Her ikisinin de ortak özelliği sermaye miktarlarının 10.000 Euro'yu aşmamak kaydıyla serbestçe belirlenebilmesi, dolayısıyla 1 Euro ile dahi olsa kurulabilmeleridir⁷³. 2013 yılında 2013/76 sayılı Hükümet Kararnamesi ile azaltılmış sermayeli limited şirketine ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırıldı. Bu sebeple, bugün için İtalya örneğinde

⁶⁸ Ellen Schiepers, "Symposium Discussion Report: The Private Limited Without Capital and Loyalty Shares in Belgium," *European Company and Financial Law Review* 20, no. 1 (2023): 59; Culot, "The Belgian Private Limited," 6.

⁶⁹ Bartolacelli, "Almost Capital," 209.

⁷⁰ Alessio Bartolacelli, "The New Italian Almost Capital-less Private Companies: A Brand New Tile in the Mosaic," *European Company and Financial Law Review* 13, no. 4 (2016): 669; Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4126.

⁷¹ Hülya Coştan, "İtalyan Şirketler Hukukunun ve 2003 Tarihli Şirketler Hukuku Reformunun Genel Hatları," *Batider* 24 S. 4 (2008): 179-216.

⁷² Bartolacelli, "The New Italian Private Company," 673.

⁷³ Bartolacelli, "The New Italian Private Company," 698.

geleneksel limited şirket ve basitleştirilmiş limited şirketten meydana gelen bir hukuki rejime geçerlik kazandırılmış oldu. Tek ortaklı yapıya izin verilen her iki limited şirket türünde de pay sahiplerinin sadece tek bir paya sahip olabilmelerine imkân tanındı⁷⁴. Buna karşın, basitleştirilmiş limited şirketlerde, geleneksel limited şirketlerden farklı şekilde, pay sahiplerinin sadece gerçek kişi olmasına ve şirket sözleşmesinin içeriğinin de yine sadece İtalyan hukuku tarafından öngörülen standart maddelerden oluşmasına izin verildi. Asgari sermaye kuralı açısından her iki limited şirket türü de 1 Euro ile dahi kurulabilmekte iken basitleştirilmiş limited şirketlerin sermayesi 10.000 Euro'yu aşmamaktadır. Bu noktada geleneksel limited şirket açısından sermayenin 10.000 Euro'nun altında belirlenmesi halinde aynı sermayeye izin verilmemesi, yıllık kârın % 20'sinin sermayenin 10.000 Euro'ya çıkartılmasına kadar yedek akçe olarak saklanması gibi detaylarda olduğu gibi farklı bir hukuki rejim ortaya çıkmıştır⁷⁵.

c. İsviçre Hukukunda Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralı

İsviçre şirketler hukukunda asgari sermaye kuralı ile ilgili olan gelişim AB üyesi ve aday olan ülkelerden farklı bir yönde gerçekleşmiştir. Limited şirketler için asgari sermayenin 1928'den itibaren yaşanan ekonomik gelişmeler sebebiyle artık limited şirketin kurulumu, faaliyete geçirilmesi, masrafların karşılanabilmesi için yeterli gelmeyen 20.000 İsviçre Frank'ından 40.000 İsviçre Frank'ına çıkartılması İsviçre hukukunda önerilmişse de 2008 yılı itibarıyla tamamlanan revizyon çalışmaları⁷⁶ ile özellikle genç girişimciler ve *start-up* şirketlerinin korunması ve desteklenmesi açısından limited şirketlerde asgari sermayenin 20.000 İsviçre Frank'ı olarak kalması tercih edilmiştir⁷⁷. Böylece asgari sermayenin aranmadığı, 1 İsviçre Frank'ı ya da sembolik bir sermaye ile kuruluşun mümkün olduğu özel nitelikli bir limited şirket türüne de geçerlik kazandırılmamıştır. Bu sebeple İsviçre şirketler hukukunda limited şirketlerde asgari sermaye kuralı ile ilgili olarak Birleşik Krallık şirketler hukukuna ve AB üyesi ve aday olan ülkelerin şirketler hukuklarına nazaran daha muhafazakar bir yaklaşım benimsenmiştir. Türk hukuku açısından da ilham kaynağı olan İsviçre limited şirketler hukukunda

⁷⁴ Bartolacelli, "The New Italian Private Company," 700.

⁷⁵ Bartolacelli, "The New Italian Private Company," 702.

⁷⁶ 16.12.2005'te kabul edilen ve 01.01.2008'de yürürlüğe giren Limited Şirket Hukuku ve Anonim, Kooperatif, Ticaret Sicili ve Ticari İşletme Hukukuna İtibaklar Kanunu hakkında detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2172.

⁷⁷ Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4126.

2008 tarihli reform çalışmaları neticesinde limited şirketler anonim şirketlere daha da yakınlaştırılmıştır. Ortakların birden fazla paya sahip olmalarına imkân tanınması, payların devrinin daha serbest bir rejime tabi tutulması, ticaret unvanında faaliyet konusunun belirleyici olması gibi hususlarda limited şirketlerin özellikle anonim şirketlere yakınlaştırılmaya çalışıldığı buna karşın limited şirketlerin kişi şirketlerinin özelliklerinin de her şeye rağmen korunmaya özen gösterildiği görülmektedir⁷⁸.

III. LİMİTED ŞİRKETLERDE ASGARİ SERMAYE KURALININ GEREKLİLİĞİ VE YERİNDELİĞİNİN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. Türk Hukukunda Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralına Duyulan İhtiyaç

TTK'da limited şirketler için benimsenen yaklaşım, kişi şirketlerine özgü müesseselerin istisnai olarak korunmasına rağmen sermaye şirketi karakterlerinin güçlendirilmesi ve anonim şirketlere yakınlaştırılarak limited şirketlerin küçük anonim şirketlere dönüştürülmesi şeklinde özetlenebilir. TTK Gereğesinde de kaleme alındığı üzere, kanun koyucunun hedefi, kurumsal ve finansal yapısı güçlendirilmiş, rekabet kabiliyeti yüksek, şeffaflık, denetlenebilirlik ve hesap verilebilirlik ilkelerinin geçerlik kazandığı, Avrupa Birliği yatırım iklimine uygun ticaret şirketlerinin ve özellikle de sermaye şirketlerinin Türk ticaret hayatında yer almasıdır. Bu hedefin gerçekleştirilmesi için sermayenin korunması ilkesinin gereklerinin hayata geçirilmesi zorunludur. Nitekim, Türkiye'deki ticaret uygulamasında en çok rağbet gören şirket türü olan limited şirketlerde esas itibarıyla bağımsız denetimin geçerli kılınması (TTK m.635, 397), şirkete borçlanma yasağının anonim şirketlerin yanında limited şirketler için de kabul edilmesi (TTK m.644 f.1.d, 358), esas sermayenin itibari tutarının, esas sermaye paylarının sayısının, itibarî değerlerinin, varsa imtiyazların ve esas sermaye paylarının gruplarının şirket sözleşmesinde gösterilmesinin içerik açısından bir geçerlik koşulu olması (TTK m.576 f.1.c), müdürlerin, şirkete vermiş oldukları zarar dolayısıyla anonim şirket yönetim kurulu üyeleri gibi farklılaştırılmış da olsa müteselsilen sorumlu tutulmaları (TTK m.644 f.1.a, 553) ve aynı sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı unsurları üzerinde ihtiyati tedbirin, haczin ya da sınırlı aynı bir hakkın bulunmaması koşulunun aranması (TTK m.581 f.1)

⁷⁸ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2172, 2173.

sermayenin korunması ilkesinin limited şirketlere ilişkin TTK m.573 vd. yer alan hükümlerdeki özel yansımaları olarak kabul edilebilir.

Sermayenin korunması ilkesini korumak amacıyla kanun koyucu tarafından başvurulmuş klasik nitelikte bir diğer enstrüman ise asgari sermaye kuralıdır. Bu kural sayesinde sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu limited şirketlerden alacaklı olan üçüncü kişilerin, şirketten kâr payı, tasfiye payı vb. taleplerden kaynaklı olarak ortakların (ve) şirket tüzel kişiliğinin vergi, sigorta primi vb. kamu borçları sebebiyle Devletin ve en nihayetinde müstakbel yatırımcılar dikkate alındığında sağlıklı limited şirketlere ihtiyaç duyan ticaret hayatının tüm paydaşlarının menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır⁷⁹. Bizzat kanun koyucu tarafından limited şirketler için bir asgari sermaye miktarının öngörülmüş olması, alacaklıların ve ortakların korunması saikinin kanun koyucuya yol gösterdiğine, limited şirket kuracak olanların aşması gereken bir ciddiyet eşiği sayesinde sınırlı sorumluluk ilkesinden ve tüzel kişiliğin ve ortakların malvarlıklarının ayrılığı kuralından alacaklı üçüncü kişilerin zararına yararlanmak suretiyle limited şirketlerin kötüniyetli kuruluşunun önüne geçmeye çalışıldığına işaret etmektedir⁸⁰. Nitekim, TTK'nın hazırlık sürecinde, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde limited şirketlerde asgari sermaye kuralının gerekliliği tartışılmasına rağmen, Kanunu hazırlayan komisyon tartışmalara dahil olmamayı ve sermayenin korunması ilkesinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için asgari sermaye kuralının gerekliliği şeklindeki klasik anlayışın devamını tercih etmiş bulunmaktadır.

B. Türk Hukuku Açısından Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralının Gerekliliği Hakkındaki Değerlendirmemiz

Asgari sermaye kuralı, ortakların ve şirketten alacaklı olan üçüncü kişiler dahil şirket ile ilişkiye giren yatırımcıların menfaatlerinin korunmasını sağlamak amacıyla nakdi ya da aynı malvarlığı unsurlarından oluşan asgari bir fonun limited şirket tüzel kişiliğine tahsis edilmesini zorunlu kılmaktadır⁸¹.

⁷⁹ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (Bursa: Dora Yayınevi, 2013), 625; Çığışar, *Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Rehni*, 24; Ayaz, *Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları*, 48.

⁸⁰ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 109.

⁸¹ Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 414, 415. Asgari sermayenin alacaklılar için bir karşılık ve garanti fonu fonksiyonuna sahip olması hakkında bkz. Çebi, *Limited Şirketler Hukuku*, 45.

Özellikle sınırlı sorumluluk ilkesinin ve tüzel kişilik kavramının etkisini çok güçlü bir şekilde hissettirdiği, en azından ilkesel olarak hissettirmesi gerektiği limited şirketlerde asgari sermaye kuralına duyulan ihtiyacın teorik de olsa haklı gerekçeleri bulunmaktadır. Alacaklı üçüncü kişilerin alacaklarını tahsil edebilmek amacıyla sadece şirket tüzel kişiliğinin malvarlığına yönelebilmeleri ve sermayenin de limited şirketin malvarlığının önemli bir unsurunu oluşturması işaret edilen haklı gerekçelerden biridir. Sınırlı sorumluluk ilkesinin limited şirketlerde ortaklar açısından istisnasının şirketin kamu hukuku borçları için söz konusu olmasına rağmen şirketin özel hukuk borçlarının ortakların malvarlığından tahsil imkânının bulunmaması, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin sınırlı sorumluluk ve tüzel kişilik kavramları karşısında uygulanabilirliğinin istisnaen ve çok sert koşullar çerçevesinde kabul edilmesi ve bu kabule Türk Mahkemelerinde ve şirketler hukuku doktrininde haklı olarak⁸² halen ciddi soru işaretleri ile bir başka deyişle şüpheyle yaklaşılması da asgari sermaye kuralına duyulan ihtiyacın bir diğer haklı gerekçesi olarak kabul edilmektedir. Limited şirketlerde asgari sermaye kuralına duyulan ihtiyacın bir diğer gerekçesi limited şirketlerin fiilen denetimden yoksunluğundan kaynaklanmaktadır. Limited şirketlerde bağımsız denetim ilkesel olarak geçerli olmasına rağmen, TTK'da benimsenen yaklaşımın bir sonucu olarak, tespit edilen kriterleri karşılayabilecek limited şirketlerin neredeyse hiç olmaması sebebiyle bağımsız denetimin pratikte limited şirketler için ütopya ibaret kalması ve bağımsız denetime alternatif bir denetim mekanizmasının limited şirketler için öngörülmemesinin bir sonucu olarak Türk ticaret hayatındaki yaklaşık 800.000 limited şirketin denetimden tamamı ile yoksun bırakılması sermayenin korunması ilkesinin gereklerinin karşılanabilmesi için asgari sermaye kuralına duyulan ihtiyacın bir diğer haklı gerekçesi olarak öne

⁸² Yürütülecek faaliyete oranla tamamen yetersiz bir sermayeyle limited şirketin kurulmasının kötüniyetli bir limited şirket kurulumu olarak kabul edilmesi, bu sebeple ortaklara karşı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanarak şirketten alacaklı olanların ortaklara başvurabilmelerinin mümkün olması, şirketin faaliyeti ile uyumlu bir şekilde özkaynakla donatılmasının önemli olduğu, buna karşın her durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gidilmemesi gerektiği, sermaye yeterli değil diye tüzel kişilik perdesinin sırf bu sebeple kaldırılmaması gerektiği, sermayenin dışında ek ödeme yükümlülüklerinin de limited şirkette finans kaynağı olarak kabul edilebileceği, bu sebeple tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması bakımından fazla aceleci davranılmaması gerektiği, şirketin yapısının ve diğer finans kaynaklarının da incelenmesinin zorunlu olduğu hakkında bkz. Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 110, 111.

çıkılmaktadır. Bunlara ilaveten, limited şirketlerde şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin de haklı menfaatlerinin korunabilmesine hizmet eden alternatif bir müessesenin TTK'da yer almaması, müdürlerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin alacaklı olan üçüncü kişilerin haklı menfaatlerinin korunabilmesi açısından yeterli olamaması ve tüm bu açıklamalar çerçevesinde sermayenin korunması ilkesinin gerçekçi anlamda hayata geçirilebilmesi için gerekli olan hukuki rejime TTK'da özellikle 6335 sayılı Kanun ile başlayan değişikliklerin de yol açtığı handikaplar sebebiyle yer verilmemesi, asgari sermaye kuralına duyulan teorik ihtiyacın diğer haklı gerekçeleri arasında yer almaktadır⁸³.

Benzer gerekçeler ve kabuller limited şirket ortaklarının menfaatleri açısından da ortaya çıkmaktadır. Özellikle şirket yönetimi ile uyumsuzluk içerisindeki ortakların şirketin yönetimi ve temsilinden uzak tutulmalarına, şirketin işleyişi, stratejilerinin belirlenmesi noktasında inisiyatif ve yetki sahibi çevrelerden dışlanmalarına limited şirket uygulamalarında sıklıkla rastlanmaktadır. Ortaklar, şirketten kâr payı, tasfiye payı, ayrılma akçesi vb. akçeli haklara sahip olabilirler. Bu haklarını ileri sürebilmeleri ve alacaklarını fiilen tahsil edebilmeleri açısından limited şirketlerin malvarlığının ve dolayısıyla sermayesinin belirli kısıtlamalar çerçevesinde saklı tutulması ve korunması kritik bir öneme sahiptir. Her ne kadar limited şirketlerde bağımsız denetim kuralı olarak geçerlik kazansa da, limited şirkette müdürlerin TTK m.562 gereğince cezai sorumluluklarının yanında şirketin tüzel kişiliğine karşı hukuki sorumlulukları kabul edilse de (TTK m.553) ve hukuki sorumluluk için ortakların dava açabilmelerine imkan tanınsa da ve son olarak ortaklar açısından şirket defter ve belgelerini incelemek ve şirket hakkında müdürlerden bilgi talep edebilmek sahip olunan sermaye paylarının itibari değerleri ya da sermayeye oranları dikkate alınmaksızın kullanılabilen bireysel nitelikte ortaklık hakları olarak düzenlense de (TTK m.614) ortakların şirket ilişkisinden kaynaklanan haklarını ileri sürebilmek ve alacaklarını talep edebilmek için sermayenin korunması ilkesinin tüm gerekleri ile hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu sebeplerle asgari sermaye kuralı teorik de olsa ortakların şirket tüzel kişiliğine karşı haklı menfaatlerinin korunması açısından önemini halen korumaktadır.

⁸³ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, 110, 111; Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 625; Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4130.

Ayrıca, 15.12.2018 tarihli 7099 sayılı Kanunla TTK m.585'te gerçekleştirilen değişiklik neticesinde limited şirketlerin kuruluşu için nakit sermaye taahhütlerinin en az ¼'ünün şirketin kuruluşundan önce ödenmesi şartı kaldırılmış, nakit sermaye pay bedellerinin şirketin tescilinden itibaren yirmidört ay içerisinde ödenmesi yeterli kabul edilmiş ve dolayısıyla nakit herhangi bir sermaye ödemesi yapılmadan limited şirketlerin kuruluşuna izin verilmiş bir başka deyişle pratikte limited şirketin (sermayesinin sadece nakitten oluştuğu ihtimallerde) sermayesiz bir şekilde kuruluşu mümkün hale gelmişse de bu durum limited şirketlerdeki asgari sermaye kuralının kaldırıldığı şeklinde yorumlanamaz⁸⁴. Kanun koyucu, benimsemediğimiz bu yaklaşımı ile sadece limited şirketlerin kuruluşunu kolaylaştırmış, fakat asgari sermaye gerekliliğini bertaraf etmemiştir.

Kanun koyucunun 7099 sayılı Kanunla TTK m.585'te gerçekleştirdiği değişikliğin, sermayesiz bir şekilde limited şirketlerin kuruluşuna imkân tanınması sebebiyle, kuruculara şirketleşme olgusu açısından bir kolaylık sağladığı açıktır. Ancak sermayenin korunması ilkesinin gerekleri, şirket tüzel kişiliği, ortaklar, yatırımcılar ve limited şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilmesi önceliği dikkate alındığında ve limited şirketin malvarlığının önemli bir kalemini oluşturan sermayenin limited şirket ilişkisinin tüm paydaşları ve üçüncü kişi alacaklılar için güvence teşkil etmesi göz önünde bulundurulduğunda, nakit sermaye pay bedelleri hiç ödenmeksizin limited şirketlerin kuruluşunun isabetli bir tercih olmadığı da anlaşılmaktadır. Ancak 7099 sayılı Kanunla TTK m.585'te gerçekleştirilen değişikliğin isabetli bir tercih olmamasının bir başka sebebi ise şirketin kurulabilmesi için nakit sermaye pay bedellerinin en azından belirli bir oranda ödenmesi zorunluluğunun kaldırılması ile limited şirketlere ilişkin TTK m.573 vd. yer alan hukuki rejim arasında ortaya çıkan uyumsuzluk ve bu uyumsuzluğun yol açtığı soru işaretleridir⁸⁵. İşaret ettiğimiz uyumsuzluk ve soru işaretleri özellikle ortakların kâr payına katılım oranlarının tespit edilmesi (TTK m.608 f.2), oy haklarının hesaplanması (TTK m.618 f.1), sermayenin artırılması⁸⁶ (TTK m.590 f.1), payların devri (TTK m.595 f.1),

⁸⁴ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi 4. Cilt Baskı 4* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 3075, 3076; Özdin, "Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme," 1682.

⁸⁵ Hasan Pulaşlı, "Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler", *Batider* 34, S. 2 (2018): 13; Özdin, "Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme," 1682.

⁸⁶ 7099 sayılı Kanunla değişik TTK m.585 f.1 ve TTK m.590 f.1 birlikte değerlendirildiğinde, kuruluşta pay bedellerinin ödenme zorunluluğunun bulunmaması

şirketin kendi paylarını iktisap etmesi veya rehin olarak kabul etmesi (TTK m.379 f.4, 612 f.1), pay bedelleri ödenmemiş limited şirketle işlem yapan alacaklıların durumunun belirlenmesi ve şirket müdürlerinin hukuki sorumluluklarının ortaya çıkması (TTK m.626 f.1) ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁷. Örnek vermek gerekirse, TTK m.608 f.2’de ortakların kâr payının, TTK m.618 f.1’de ise ortakların oy hakkının esas sermaye paylarının itibari değerine göre hesaplanacağı düzenlenmektedir. TTK m.590 f.1’de ise limited şirketlerde sermayenin artırımının şirketin kuruluşu hakkındaki hükümlere göre gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. İşaret edilen hükümlerin TTK’da 6335 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce limited şirketlerin kuruluşundan önce taahhüt edilen sermayenin tamamının ödenmesi esasının benimsenmesi, TTK m.585 f.1’de 7099 sayılı Kanun ile herhangi bir nakit sermaye ödemesi yapılmasına gerek kalmaksızın limited şirketin kuruluşuna imkân tanınmasına rağmen işaret ettiğimiz kar payı, oy hakkı ve sermaye artırımı ile ilgili olarak TTK’da yer alan hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılmamış olması anılan sorunları beraberinde getirmiştir.

Bu bağlamda sadece örnek vermek amacıyla limited şirketlerde ortakların kâr payı hakkı ve oy hakkı ile ilgili olarak TTK m.7099 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerin yol açtığı uyumsuzluk hakkında açıklama yapmakla yetineceğiz. TTK m.618 f.1’de limited şirketlerde ortakların oy hakkı için esas sermaye paylarının itibari değeri bir ölçüt olarak düzenlenmesine rağmen oy hakkının hangi anda doğacağı sorusuna aynı hükümde bir cevap verilmemiştir. TTK m.644’te limited şirketler hakkında uygulanacak olan anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında sayılmamış da olsa ve TTK m.618 f.1’de bu konu hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı gösterilmese de anonim şirketlerde oy hakkının hangi anda doğacağını düzenleyen TTK m.435 f.1’in kıyasen limited şirketler için de geçerlik kazanabileceği kabul edildiğinde, limited şirketlerde de ortakların oy hakkının kanunen veya şirket sözleşmesinde belirlenen en az miktarın ödenmesiyle doğacağı sonucuna ulaşılabilir. Bu durumda, TTK m.585 f.1 sayesinde herhangi bir nakit sermaye pay bedeli ödenmeden limited şirket kurulmasına ve nakit sermaye pay bedellerinin şirketin tescilinden

sebebiyle nakit olarak taahhüt edilen pay bedelleri ödenmeden kurulan limited şirketlerde sermayenin artırılması için iki yıl geçmesi gerektiği, iki yıllık süre bitmeden sermaye artırımı yapılmak istendiği takdirde pay bedellerinin tamamının ödenmesinin şart olduğu hakkında bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi 4. Cilt*, 3304.

⁸⁷ Pulaşlı, “Sermayesiz Sermaye Şirketi,” 13-19.

itibaren yirmidört ay içerisinde ödenebilmesine rağmen bu süre zarfında ödeme yapmayan ortakların genel kurula katılma ve oy kullanma dahil limited şirket ortaklığından kaynaklanan yönetime ilişkin haklardan yoksun kalacakları sonucuna varılabilir⁸⁸. Bu olumsuzluk, genel kurul toplantısının yapılamaması, limited şirketlerin en üst düzeyde karar alma yetkisine sahip kanuni zorunlu organı olan genel kurulun teşkil edememesi ve bunun neticesinde TTK m.636 f.2 gereğince limited şirket tüzel kişiliğine karşı açılacak olan organ eksikliğinden kaynaklanan fesih davası şeklinde de ortaya çıkabilir⁸⁹.

TTK m.610'da limited şirketlerde finansal tablolar ve yedek akçeler ile ilgili olarak anonim şirketlere ilişkin TTK m.514 ila 527'de yer alan hükümlere atıf yapılmaktadır. Bu hükümler arasında yer alan TTK m.519 f.2.c, nakit sermaye pay bedeli ödenmeksizin limited şirketin kuruluşunu mümkün kılan 7099 sayılı Kanun ile değiştirilen TTK m.585 f.1 ile olan ilişkisi sebebiyle dikkat çekmektedir. Zira, TTK m.519 f.2.c'ye göre, ortaklara ödenecek olan kâr payının hesaplanmasında ödenmiş sermayenin yüzde beşinin ortaklara kâr payı olarak ödeneceği bir kısıt olarak belirlenmiştir. Bir başka deyişle, nakit sermaye ödendiği ölçüde ortaklar için kâr payı hakkı ortaya çıkabilecektir. 7099 sayılı Kanunla değişik TTK m.585 f.1 sayesinde nakit sermaye pay bedelleri hiç ödenmeden limited şirketin kuruluşu gerçekleştiğinde, tescilden itibaren yirmidört ay içerisinde nakit sermaye pay bedelleri ödenmediği takdirde ortaklar için kâr payı hakkı da söz konusu olamayacak ve ortaklara limited şirket tüzel kişiliği tarafından kâr payı ödemesi yapılamayacaktır⁹⁰. Aksi yönde bir tasarruf, TTK m.519 f.2.c'nin ihlali ve dolayısıyla haksız bir kâr payının ödenmesi anlamına geleceği için limited şirket ortağı için haksız bir şekilde ödenen kâr payının iadesinden kaynaklanan istisnai bir hukuki sorumluluk ortaya çıkacaktır⁹¹.

7099 sayılı Kanunla TTK m.585 f.1'de gerçekleştirilen değişikliğin yol açtığı uyumsuzluk limited şirket tüzel kişiliğinin, ortakların, yatırımcıların ve şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin menfaatlerine aykırı bir sürecin yaşanmasına sebep olmaktadır. Bu olumsuz durumun önlenmesi için olması gereken hukuk açısından alınabilecek tedbirler doktrinde üç başlık altında ifade edilmiştir. İlk olarak, şirketin ticaret unvanında üçüncü kişileri

⁸⁸ Pulaşlı, "Sermayesiz Sermaye Şirketi," 13, 14.

⁸⁹ Pulaşlı, "Sermayesiz Sermaye Şirketi," 14.

⁹⁰ Pulaşlı, "Sermayesiz Sermaye Şirketi," 16.

⁹¹ Pulaşlı, "Sermayesiz Sermaye Şirketi," 16.

bilgilendirmek amacıyla “sermayesi ödenmemiş” şeklinde bir ibareye yer verilmesi önerilmiş, ancak bu tedbir, limited şirketin ticari itibarını düşürme riski taşınması ve taahhüt edilen sermaye pay bedelleri ödendikten sonra şirket sözleşmesinde değişikliği gerektireceği için emek, zaman ve masraf kaybına yol açması sebebiyle kabul görmemiştir⁹². İkinci olarak, TTK m.585 f.1’de değişikliğe gidilmesi ve limited şirketlerde nakit sermaye pay bedellerinin en azından belirli bir oranındaki ödemenin şirketin ticaret siciline tescil edilmesinden itibaren en geç üç ay içerisinde yapılmış olmasının şart koşulması önerilmiş ve bu tedbirin şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ihtimali haricinde 7099 sayılı Kanun sebebiyle TTK m.585 f.1 ile ilgili olarak ortaya çıkan sakıncaları giderebilme noktasında etkili olabileceği ifade edilmiştir⁹³. Başvurulabilecek son tedbir ise TTK m.585 f.1’in korunması ve fakat hükme şirketten alacaklarını tahsil edemeyen alacaklıların ortaklara yönelerek alacaklarını ileri sürebilmelerine imkân sağlayacak bir ifadenin eklenmesi olarak önerilmiştir⁹⁴. Ancak bu tedbirin de limited şirketin sermaye şirketi vasfına ve ortakların sınırlı sorumluluklarına ilişkin limited şirketlere ilişkin hukuk teorisine aykırı olduğunun altı çizilmiştir. Kanaatimizce, 7099 sayılı Kanun ile TTK m.585 f.1’de nakit sermaye pay bedellerinin ödenmesine ilişkin hukuki rejimde gerçekleştirilen değişikliklerin yol açtığı sakıncaları giderebilmek, sermayenin korunması ilkesinin gereklerini gerçekçi bir şekilde yerine getirmek ve TTK m.585 f.1 ile limited şirketlere ilişkin hukuki rejim arasında uyumu yeniden sağlayabilmek için TTK m.585 f.1’in 14.02.2011’de Resmi Gazetede yayınlandığı versiyonuna geri dönülmesi ve limited şirketlerde nakit sermaye pay bedellerinin tamamının şirketin kuruluşundan önce ödenmesinin yeniden şart koşulması gerekmektedir.

Açıklamalarımız çerçevesinde, ideal bir yaklaşım ile, sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerlik kazandığı, tüzel kişilik kuramının şirket ilişkilerini şekillendirdiği, ortakların kişiliklerinden ziyade getirdikleri sermayelerin değerleri ve türlerinin önem kazandığı limited şirketlerde, asgari sermaye kuralının gerekliliği ile ilgili soru işaretlerinin bulunmaması gerekir. Kaldı ki, her ne kadar limited şirketler TTK ile kurumsal ve finansal yapısı güçlendirilmiş, profesyonelliğin, şeffaflığın gerekleri yerine getirilmiş bir sermaye şirketi olarak dizayn edilmek istense de Türk ticaret uygulamasında küçük ve orta ölçekli ticari faaliyetler için tercih edilen, özellikle yakın

⁹² Pulaşlı, “Sermayesiz Sermaye Şirketi,” 19.

⁹³ Pulaşlı, “Sermayesiz Sermaye Şirketi,” 19.

⁹⁴ Pulaşlı, “Sermayesiz Sermaye Şirketi,” 19.

arkadaş veya akrabalar arasında kurulan, bu sebeple profesyonellik ya da kurumsallık öncelikleri ile değil, sınırlı sorumluluğun sağladığı koruyucu, risksiz ve zahmetsiz ve dolayısıyla güvenli ticaret yapma amacına hizmet eden bir ticaret şirketi olarak kabul görmektedir. Bu sebeplerle, asgari sermaye kuralının öngörülmesi, Türk ticaret uygulamasında limited şirketlere yöneltilen bakış açısından kaynaklanan sakıncaları teorik de olsa ortadan kaldırmaya katkı sağlayabilecek bir tercihin sonucu olarak nitelendirilebilir.

Ancak bu noktada birtakım soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Bu soru işaretlerinden ilki, karşılaştırmalı hukukta yaşanan sembolik sermayeli ya da 1 Pound / 1 Euro sermayeli limited şirketlere ilişkin gelişmelerin Türk hukuku açısından da takip edilmesinin gerekli olup olmadığı hakkındadır. Türk hukuku açısından AB mevzuatı ile uyum sağlanması hedefinin önemi, TTK gerekçesinde işaret edildiği gibi AB yatırım iklimi ile uyumlu, karşılaştırmalı hukuk ile rekabet edebilme kabiliyeti yüksek şirketler hukuku meydana getirmenin amaçlanmış olması karşısında, ilk bakışta Türk hukuku açısından da limited şirketlerde sembolik asgari sermaye miktarının benimsenebileceği, 1 TL ile limited şirketlerin kurulabileceği bir hukuki rejime geçerek kazandırılabilir. Buna karşın, ister düalist yaklaşım isterse monist yaklaşım benimsensin, karşılaştırmalı hukukta bir yandan asgari sermaye kuralı etkisini kaybederken bir yandan da sermayenin korunması ilkesinin gereklerinin hayata geçirilmesinde hassas bir tutum sergilendiği de görülmektedir. Bir başka ifadeyle, karşılaştırmalı hukukta açıkladığımız gelişmelerde sermayenin ve dolayısıyla şirketten alacaklı olan üçüncü kişiler ile ortakların menfaatlerinin korunabilmesi için asgari sermaye kuralına ihtiyaç duyurmayacak şekilde kanun koyucular tarafından tedbirlerin alındığı, sermayenin nakit olarak şirket kuruluşundan önce getirilmesinin zorunlu olması, şirkete borçlanmanın yasaklanması veya bağımsız denetim ve kurumsal yönetim ilkelerinin hayata geçirilmesi gibi düzenlemelerde katı bir yaklaşımın benimsendiği tespit edilmektedir. İtiraf etmemiz gerekir ki, Resmi Gazetede 14.02.2011'de yayınlanmasından itibaren 12 yıllık süreç içerisinde 30'dan fazla değişikliğe maruz kalan TTK'da, limited şirketlerde sermayenin korunması ilkesi ve kurumsal yönetim ilkelerinin hayata geçirilmesi için Kanunun orijinal halinde yer alan (bağımsız denetim, nakit sermayenin şirket kuruluşundan önce yerine getirilmesi mecburiyeti, ortakların şirkete borçlanmasının yasaklanması vb.) düzenlemelerden vazgeçilmesi karşısında, asgari sermaye kuralı Türk hukuku açısından teorik de olsa ortakların ve

alacaklıların şirket tüzel kişiliğine karşı haklı menfaatlerinin korunabilmesi için gerekliliğini halen korumaya devam etmektedir⁹⁵.

Açıklamalarımız çerçevesinde, kanaatimizce, ne zaman ki, TTK Gereğesinde işaret edilen hedefler doğrultusunda limited şirketlere ilişkin olarak sermayeyi koruyan, kurumsal yönetim ilkesine etkinlik kazandıran, bağımsız denetimi sadece norm olarak değil pratik olarak da geçerli kılan bir hukuki rejim limited şirketler açısından geçerlik kazanır, ancak o zaman limited şirketlerde asgari sermaye kuralına duyulan ihtiyaç ortadan kalkmış ve karşılaştırmalı hukuktaki sembolik sermayeli limited şirketlere ilişkin gelişmeler takip edilerek, limited şirketlerin 1 TL ya da 50.000 TL ile kurulabilmesi arasında herhangi bir fark kalmamış olur.

Öte yandan TTK m.580'e ve 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'na göre, limited şirketlerde asgari sermaye miktarının 50.000 TL olarak geçerliliğini devam ettirdiğini ve bu miktarın Kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı 14.02.2011'den günümüze kadar yaşanan ekonomik gelişmeler dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığının 7887 sayılı Kararı ile güncellenmesine rağmen, zaten sembolik bir değere karşılık geldiğini de ifade etmemiz gerekir. Bu noktada, cevaplandırılması gereken bir diğer soru işareti daha karşımıza çıkmaktadır: TTK m.580'de düzenlenen asgari sermaye kuralı, gerekli kılınan sermaye miktarı dikkate alındığında, bugün itibarıyla kanun koyucunun beklediği katkıyı sağlayabilecek nitelikte midir? Bir başka deyişle, TTK m.580'de yer alan haliyle asgari sermaye kuralı, kanun koyucunun kendisine atfettiği amacın gerçekleşmesi için yeterli midir? Altını çizdiğimiz ikinci soru işaretinin giderilmesi için asgari sermaye kuralının TTK m.580'de yer aldığı şekliyle yeterliliğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir⁹⁶.

C. Türk Hukukunda Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Kuralının Gerekliliği Hakkında Olması Gereken Hukuk Açısından Önerilerimiz

Limited şirketlerde asgari sermaye kuralının esaslarını, kanun koyucunun limited şirketler ile ilgili yaklaşımına etki eden hukuk politikası tercihi belirlemektedir. Bu tercih iki şekilde ortaya çıkabilir. Tercihlerden ilki, asgari

⁹⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 390.

⁹⁶ Söz konusu incelemenin, ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek mahiyette olduğu dikkate alındığında, asgari sermaye kuralının gerekliliği ve yerindeliliğine özgülünen bu makale çalışmamızda detaylı bir şekilde yer verilmeyecektir.

sermaye miktarının yüksek tutulması ve bu sayede limited şirketlerin kuruluşunun zorlaştırılması, ciddiyyetten uzak veya kötünietli limited şirket kuruluşlarına ve şirket politikalarına karşı şirketten alacaklı olanların ve ortakların menfaatlerinin korunması ve sonuç olarak limited şirket uygulamalarının aza indirilmesidir⁹⁷. İkinci tercih ise, asgari sermaye miktarının düşük tutulması veya sembolik bir miktar olarak belirlenmesi, hatta asgari sermaye gerekliliğinin tamamı ile kaldırılması, şirketten alacaklı olanların menfaatlerinin ise aynı ya da şahsi teminatlar sayesinde korunması, bu sayede küçük sermaye birikimi sahiplerinin birikimlerinin yatırıma dönüştürülmesine ve makroekonomik dengelerin gerçekleşmesine katkı sağlanmasıdır⁹⁸. Türk kanun koyucusu ise TTK'nın 14.02.2011'de Resmi Gazetede yayınlanan versiyonunda tercihini, AB yatırım iklimine uygun bir şirketler hukuku meydana getirebilmek, Türk müteşebbislerin yabancı müteşebbisler ile rekabet gücünü artırabilmek, sürdürülebilir bir yatırım ortamını hazırlamak amacıyla limited şirketler dâhil tüm şirketler açısından şirketleşme olgusunun koşullarını kuruluştan başlayarak denetim ve gözetime kadar, kurumsallaşma, profesyonellik, şeffaflık, sürdürülebilirlik, hesap verilebilirlik iddiaları ile kurumsal ve ekonomik olarak zorlaştırarak ve standartları yükselterek kullanmayı uygun görmüştür.

01.07.2012'de yaklaşık 11 yıllık bir çalışmanın sonucunda yürürlüğe giren TTK'nın şirketler hukuku açısından en iddialı hedefi yeni bir sermaye şirketleri hukuku meydana getirmektir. Kurumsal yönetim, sermayenin korunması, bağımsız denetim, şeffaflık, hesap verilebilirlik, teknolojik gelişmelere uyum, suistimallerin önlenmesi ve profesyonellik sermaye şirketlerinin yeni hukuku için anahtar kavramlar olarak öne çıkmaktaydı. Bu yaklaşımdan Türk ticaret hayatının en çok tercih edilen şirketi olan limited şirketler de payını almıştı. Limited şirketlere ilişkin tüm aktörlerin menfaatlerinin gözetilmesi, şirketin kurucu unsuru olan sermayenin korunmasını sağlayan tedbirlerin alınmasını zorunlu hale getirmekteydi. Bu tedbirlerden biri ise asgari sermaye gerekliliğinin emredici bir hüküm olarak kabul edilmesiydi. Bu sebeple, asgari sermaye kuralının teorik bir bakış açısıyla, kanun koyucunun TTK ile gerçekleştirmek istediği hedeflere ulaşılabilmesi, sürdürülebilir bir limited şirketler hukuku meydana getirilebilmesi ve şirket ilişkisinin doğrudan ya da dolaylı tüm paydaşlarının

⁹⁷ Asgari sermaye kuralının limited şirketlerde ortaklar için bir ciddiyet eşiği olarak değerlendirildiği hakkında bkz. Tütüncü, "Sermaye TTK m.580," 4123.

⁹⁸ Kortunay, "Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler," 336.

menfaatleri arasındaki dengenin kurulabilmesi için olmazsa olmaz bir koşul olduğu kabul edilmelidir.

Kısaca açıkladığımız teorik bakış açısına, özellikle karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmeler gerekçe gösterilerek karşı çıkılabilir. Birleşik Krallık şirketler hukukunda geçerlik kazanan 1 Pound ile kurulabilen limited şirket olgusu ve Birleşik Krallık şirketler hukuku ile rekabet etmek isteyen AB üyesi ve aday olan ülkelerin şirketler hukuklarında kabul edilen 1 Euro ile kurulabilen geleneksel ya da ikinci tür limited şirketler gerçeği Türk kanun koyucusu tarafından görmezden gelinmemelidir. Kaldı ki AB ilişkileri Türkiye ile kıyaslanamayacak kadar yeni olan üye ya da aday AB ülkelerin şirketler hukuku sistemlerinde kabul görmüş 1 Euro ile (sembolik sermayeli) kurulabilen limited şirketlerin Türk hukuku açısından geçerlik kazanmaması Türk kanun koyucusunun TTK Gereğesinde yer alan AB yatırım iklimine uygun, karşılaştırmalı hukuk ile rekabet edebilir bir limited şirketler hukuku meydana getirmek hedefleri ile de çelişkiye yol açmaktadır. Bu sebeple, asgari sermaye kuralına, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde yaşanan gelişmelere kayıtsız kalarak, sıkı sıkıya bağlı kalınması, gereklilik ve yerindelik açısından asgari sermaye kuralı hakkında soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.

Kuruluş için ciddi anlamda nakit sermayeye ihtiyaç duyulmayan, aynı sermayenin de getirilmesi uygun düşmeyen girişimci / *start-up* şirketlerinin limited şirket olarak kurulmak istenmesi günümüz ticaret hayatının inkâr edilemeyecek bir eğilimidir. Bu sayede bir yandan, daha çok yaratıcı, yenilikçi fikirlerin ortaya konulması ile kayda değer bir sermaye getirilmeden ticari ve ekonomik bir faaliyet gerçekleştirilebilmekte, bir yandan da bu faaliyetin limited şirket türünün sağladığı hukuki çerçeveden yararlanabilmesine imkân tanınmaktadır. Günümüzde yaratıcı yenilikçi fikirlerin ve ürünlerin önemi inkâr edilemez. Uluslararası ticarete küresel piyasalara hâkim olan şirketlerin ekseriyetinin faaliyet konularının fikri ve sınai ürünlerin yanında, yenilikçi, yaratıcı iş sırları ile olan ilişkisi, işaret ettiğimiz önemi çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bahsi geçen ticari faaliyetler için şirketleşme gereksinimi ise 1 Euro / 1 Pound / 1 TL sembolik sermaye ile kurulabilen limited şirketlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Zira, sembolik sermaye ile de kurulabilen limited şirket olgusu, tüzel kişiliği sayesinde, söz konusu girişimcilere sınırlı sorumluluk kuralından ve malvarlığının ayrılığı ilkesinin sağladığı avantajlardan yararlanabilme imkânını sunmaktadır. Buna ilaveten, girişimin kurumsal bir şekilde yürütülmesi, yaratıcı fikirlerin sahiplerinden ayrı profesyonel bir yönetim ve temsile şirket içerisinde izin verilmesi de 1

TL (sembolik) sermaye ile kurulabilen limited şirketler sayesinde girişimcilere sağlanacak diğer kolaylıklar arasında sayılabilmektedir.

Buna karşın, bir an için Türk hukukunda da limited şirketlerin 1 TL (sembolik sermaye) ile kurulabilmesine imkân tanındığı düşünüldüğünde, bu sefer sermayenin korunması ilkesinin zedelenmiş olacağı, şirket ilişkisinin kamu dahil tüm paydaşlarının menfaatlerinin zarara uğrayabileceği de ileri sürülebilir. İtiraf etmek gerekir ki, ileri sürülecek bu görüş haklı nedenlere dayanacaktır. Zira, TTK'da özellikle 6335 sayılı Kanun ile başlayan müdahaleler zinciri sebebiyle, bugün itibarıyla, kanun koyucunun yaratmak istediği hukuki rejimden ve bu hukuki rejimin odak kavramlarından biri olan sermayenin korunması ilkesinden artık tamamen farklı öncelikleri benimseyen bir limited şirketler hukuku ile karşı karşıya olduğumuzu kabul etmemiz gerekir. Bağımsız denetimin pratikte hiç uygulanmadığı limited şirketlerde iç denetime de yer verilmemesi limited şirketleri tamamen denetim dışı bırakmıştır. Nakit sermaye pay bedellerinin tamamın şirket kuruluşundan sonra ödenebilmesine imkân tanınması limited şirketlerin sermaye hiç getirilmeden kurulabilmesini mümkün kılmıştır. Limited şirketlerde müdürlerin hukuki sorumluluğunun farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile ve sadece şirket tüzel kişiliğine karşı olacak şekilde düzenlenmesi şirket ilişkisinin doğrudan ya da dolaylı tarafları açısından yeterli bir koruma ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Örnek olarak işaret ettiğimiz bu handikaplar da göstermektedir ki, Türk kanun koyucusu asgari sermaye kuralının dışında sermayenin korunması ilkesini hayata geçirecek düzenlemeleri ve bu düzenlemelerde yer alan tedbirleri, TTK'da 2012'den günümüze gerçekleşen 30'dan fazla kanun değişikliği ile ya tamamen ortadan kaldırmış ya da etkilerini azaltmıştır. Bu sebeple, asgari sermaye kuralı, sermayenin korunması ilkesi başta olmak üzere kanun koyucunun TTK ile yaratmak istediği limited şirketlere ilişkin yeni hukuki rejimden kaynaklanan beklentilerinin karşılanabilmesi için elde kalan nerdeyse tek enstrüman olarak kabul edilmelidir. Sonuç olarak, asgari sermaye kuralına teorik de olsa duyulan ihtiyaç görmezden gelinemez.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde olması gereken hukuk açısından önerimiz, sermayenin korunması ilkesinin gerçekçi bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli olan bağımsız denetim, internet sayfası yükümlülüğü, şirkete borçlanma yasağı vb. düzenlemeler TTK ile etkin bir şekilde hayata geçirilinceye kadar asgari sermaye kuralının en azından şimdilik geçerliğini korumasıdır. Ancak kanun koyucunun asgari sermaye

kuralının öngörülmesindeki saikini de göz önünde bulundurduğumuzda, bu kuralın, hem asgari sermaye miktarı olması gereken seviyede belirlenerek hem de sermayenin şirket kuruluşundan önce ödenmesi şart koşularak uygulanması da sağlanmalıdır. Öte yandan, karşılaştırmalı hukukta meydana gelen 1 Pound / 1 Euro (sembolik sermayeli) sermayeli limited şirketlere ilişkin gelişmelerin Türk hukuku tarafından da takip edilmesi gerekmektedir. Türk şirketler hukukunun yerinin Kıta Avrupası hukuk sistemi olduğu ve her şeye rağmen devam eden AB aday ülke statüsü dikkate alındığında karşılaştırmalı hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında geçerlik kazanan sembolik sermayeli / sermayesiz limited şirketlerin Türk hukukunda da kabul edilmesi olması gereken hukuk açısından bir diğer önerimiz olarak öne çıkmaktadır. Bu noktada, karşılaştırmalı hukukta sembolik sermayeli / sermayesiz limited şirketler hakkında benimsenen monist ve düalist yaklaşımlardan Türk şirketler hukuku açısından en uygun olanının düalist yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Bir başka deyişle, asgari sermaye kuralının daha önce işaret ettiğimiz etkinlikte ve çerçevede geçerliğini koruduğu, asgari sermaye miktarının olması gereken seviyede belirlendiği geleneksel limited şirketlerin yanında girişimci / *start-up* limited şirketlerin de Türk şirketler hukukuna dahil edilmesinin olması gereken hukuk açısından ideal bir yaklaşım olduğu görüşünü paylaşıyoruz. Nitekim, Türk şirketler hukuku uygulamasında asgari sermaye kuralının geçerliğini koruduğu geleneksel limited şirketlere duyulan ihtiyaç göz ardı edilmemelidir. Sermaye şirketlerinde benimsenen sınırlı sorumluluk kuralından, kurumsal ve profesyonel yönetim ilkesinden yararlanmak isteyen müteşebbisler için en çok rağbet gören şirket türü olan geleneksel limited şirketler sermayenin korunması ilkesinin gerekleri hayata geçirilerek varlığını sürdürmelidir. Buna ilaveten, yaratıcı, yenilikçi fikirlerin öne çıktığı, nakit sermayeden ziyade bilginin, birikimin ve becerinin etkin olduğu teşebbüsler için girişimci / *start-up* limited şirketler alternatifi de Türk hukuk sisteminde yerini almalıdır. Girişimci limited şirketlerin, kuruluşunun 1 TL sermaye ile dahi mümkün olması, ortak yapısının sadece gerçek kişilerden oluşması, faaliyet konularının yaratıcı yenilikçi fikirlerle ilişkilendirilecek şekilde sınırlandırılması vb. gibi geleneksel limited şirketlerden farklı bir hukuki rejime tabi olması gerekmektedir. TTK'nın İkinci Kitabının limited şirketlere ayrılan Altıncı Kısımının sonunda geleneksel limited şirketlerden hemen sonra girişimci limited şirketlere özgü hükümlere yer verilmesinin yanında, tabi olunacak geleneksel limited şirketlere ilişkin maddelere atıf yapılmakla yetinilmesi girişimci limited şirketler için önerdiğimiz hukuki rejimin diğer detayları arasında yer almaktadır.

SONUÇ

Türk kanun koyucusunun TTK ile geçerlik kazandırmak istediği, limited şirketlere ilişkin yeni hukuki rejimde sermayenin korunması ilkesi özel bir önemi haizdir. Limited şirket tüzel kişiliğinden alacaklı olan üçüncü kişilerin, şirket ilişkisinin tarafları olarak ortakların ve piyasa istikrarı dolayısıyla kamunun menfaatlerinin korunabilmesi için limited şirketlerde asgari bir sermayenin varlığı gereklidir. Bu gereklilik TTK'nın Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra günümüze kadar otuzu aşan sayıda gerçekleşen kanun değişiklikleri sebebiyle daha belirgin hale gelmiştir. Zira işaret edilen bu değişiklikler, bağımsız denetim, şirkete borçlanma yasağı, internet sayfası yükümlülüğü gibi sermayenin korunması ilkesinin temel unsurlarının etkisini maalesef yitirmesine sebep olmuştur. Bir başka deyişle, TTK ile yaratılmak istenen ve sermayeyi merkezde konumlandıran hukuki rejimin başvurabileceği etkili bir enstrüman olarak sadece asgari sermaye kuralı kalmıştır. Bu sebeple kanaatimiz, en azından sermayeyi koruyan diğer müesseseler yeniden geçerlik kazanana ve etkin bir şekilde uygulanana kadar, asgari sermaye kuralının gerekliliğini ve yerindeliliğini koruyacağı yönündedir.

Asgari sermaye kuralının gerekliliği ve yerindeliliği, karşılaştırmalı hukukta limited şirketlere ilişkin yaşanan gelişmeleri görmezden gelmemize neden olamaz. İlk olarak Birleşik Krallık hukukunda ortaya çıkan ve daha sonra Birleşik Krallık hukuku ile yaşanan rekabetin bir sonucu olarak AB üye ve aday ülkelerinin neredeyse tamamının hukuk sistemlerinde kabul gören sembolik sermayeli limited şirketlerin Türk hukuku açısından da tercih edilmesi olması gereken hukuk açısından bir önerimizdir. Aksamalara rağmen halen devam AB adaylık sürecimiz, Türk kanun koyucusunun AB yatırım iklimine uygun bir sermaye şirketleri hukuku meydana getirme hedefi, yenilikçi yaratıcı fikirlerin günümüzde ticari girişimlerin en önemli sermaye unsurunu meydana getirmesi sebebiyle sermaye miktarının artık sembolik bir değerden ve anlamdan ibaret olması dikkate alındığında Türk hukukunda da 1 TL'lik sembolik sermayeli limited şirketlere geçerlik kazandırılması gerekmektedir. Bu noktada karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkan yaklaşımlardan düalist yaklaşımın Türk hukuku açısından daha yerinde bir yaklaşım olacağı ve sonuç itibarıyla bir yandan sermaye şirketlerinin karakteristik özelliklerinin geçerlik kazandığı geleneksel limited şirketlerin bir yandan da sembolik sermaye başta olmak üzere kendine özgü hükümlere tabi tutulmuş 1 TL'lik sermayeli limited şirketlerin aynı anda Türk hukuk sisteminde yer almasının yerinde bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Alışkan, Murat. *Limited Şirket Tarihçe Niteliği*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2013.
- Ayaz, Eslem. *Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Aydoğan, Fatih. "Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanununda Yapılan Değişiklikler." *Batider* 25, S. 3 (2009): 391-421.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Bartolacelli, Alessio. "Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition." *European Company and Financial Law Review* 14, no. 1 (2017): 187-233.
- Bartolacelli, Alessio. "Capital Requirements and the Abuse of Companies." İÇinde *Abuse of Companies*, ed. Hanne S. Birkmose, Mette Neville ve Karsten Engsig Sorensen, 179-209. The Hague: Kluwer Law International: 2019.
- Bartolacelli, Alessio. "The New Italian Almost Capital-less Private Companies: A Brand New Tile in the Mosaic." *European Company and Financial Law Review* 13, no. 4 (2016): 665-707.
- Beurskens, Michael ve Ulrich Noack. "The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?." *German Law Journal* 9, no. 9 (2008): 1069-1092.
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. *Şirketler Hukuku Dersleri*. Bursa: Dora Yayınevi, 2018.
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. *Şirketler Hukuku*. Bursa: Dora Yayınevi, 2013.
- Coştan, Hülya. "İtalyan Şirketler Hukukunun ve 2003 Tarihli Şirketler Hukuku Reformunun Genel Hatları." *Batider* 24, S. 4 (2008): 179-216.
- Culot, Henri. "The Belgian Private Limited Without Capital: How is Faring?." *European Company and Financial Law Review* 20, no. 1 (2023): 1-26.
- Çebi, Hakan. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Çebi, Hakan. *Limited Şirketler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Çığşar, Melis Gizem. *Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Rehni*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

- De Jong, Bas J. "The Distinction between Public and Private Companies and its Relevance for Company Law. Observations from the Netherlands and the United Kingdom." *European Business Law Review* 13, no. 2 (2016): 1-23.
- Dignam, Alan ve John Lowry. *Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Geens, Koen ve Carl Clottens. *Corporations and Partnerships in Belgium*. The Hague: Kluwer Law International, 2012.
- Gerner-Beuerle, Carsten ve Michael Schillig. *Comparative Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Hamamcıoğlu, Esra. *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2022.
- Leyens, Patrick C. "German Company Law: Recent Developments and Future Challenges." *German Law Journal* 6, no. 10 (2005): 1407-1417.
- Karaköse, Osman. *Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Kendigelen, Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2016.
- Kortunay, Ayhan. "Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler." *Batıder* 25, S. 2 (2009): 317-341.
- Miola, Miola. "Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective." *European Company and Finance Law Review* 2, no. 4 (2005): 413-486.
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2012.
- Muñoz Pérez, Ana Felicitas. *Spanish Business Law: Cases and Materials*. Madrid: Tecnos, 2022.
- Müller, Klaus J. *The GmbH, A Guide to the German Limited Liability Company*. Munich: CC.H. Beck, 2016.
- Özdin, Funda. "Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme: Tek Kuruluş Sermaye Ödemeksizin Limited Şirket Kuruluşu (TTK m. 585, c. 3) Peki Yeterince İyi Düşünülmüş mü?." *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 2 (2022): 1666-1701.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: Vedat Yayınevi, 2017.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

- Pulaşlı, Hasan. “Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler.” *Batider* 34, S. 2 (2018):5-19.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV Baskı 4*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Pulaşlı, Hasan. “Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar.” *Batider* 25, S. 2 (2009):37-54.
- Schiepers, Ellen. “Symposium Discussion Report: The Private Limited Without Capital and Loyalty Shares in Belgium.” *European Company and Financial Law Review* 20, no. 1 (2023): 58-60.
- Schmidt, Tobias Georg. *Founding Limited Companies in Germany, Perspectives and Risks*. Paderborn: Salzwasser Verlag, 2009.
- Sjafjell, Beate, “Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business.” *European Company and Financial Law Review* 18, no. 2 (2021): 190-217.
- Şener, Oruç Hami. *Limited Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Şener, Oruç Hami. *Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Taşdelen, Nihat. *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Tütüncü, Muharrem. “Sermaye TTK m.580.” İçinde *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*, ed. Kemal Şenocak, 419-4132. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Verse, Dirk A. “A New Start for the European Private Company: The Draft Statute for a Societe Europeenne Simpliffee (SES).” *European Company and Financial Law Review* 19, no. 4 (2022): 654-684.
- Yıldız, Şükrü. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*. Ankara: Arıkan Yayınevi, 2007.