

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 7 Sayı: 3 Yıl: 2024
e-ISSN: 2667-4076





HUKUK FAKÜLTESİ

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

YIL (YEAR): 2024

CİLT (VOLUME): 7 SAYI (ISSUE): 3

E-ISSN: 2667-4076

KONYA 2024

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt/Volume: 7 Sayı/Number: 3 Yıl/Year: 2024

Yayıncı / Publisher

Necmettin Erbakan Üniversitesi/Necmettin Erbakan University

Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU 
(nkoyuncu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Alan Editörleri / Field Editors

(Kamu Hukuku/Public Law)

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK 
(mcevikcelik@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Enes ERSÖZ 
(eersoz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Nermin ÖĞÜTÇÜ 
(narpacioglu@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ 
(ocyavuz@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

(Özel Hukuk/Private Law)

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL 
(nurullah.bal@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Dr. Abdurrahim ALTUN 
(aaltun@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Rumeysa ÖZYÜREK 
(rumeysa.ozyurek@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Arş. Grv. Betül YAKAR 
(betul.yakar@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yazım ve Dil Editörleri/ Writing and Language Editors

İngilizce/English

Arş. Grv. Begüm KAYA 
(begumkaya@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Fransızca/ French

Arş. Grv. Kübra İmran ARTAN 
(kiartan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Almanca/German

Arş. Grv. Dr. Hasan Alparslan AYAN 
(hayan@erbakan.edu.tr, Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Yayın Türü / Publication Type

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

Yayın Periyodu / Publication Period

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Köyceğiz Mahallesi Demeç Sokak Ortak Derslikler A Blok Meram/KONYA

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@erbakan.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> & <https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd>

E-ISSN: 2667-4076

Aralık 2024

İÇİNDEKİLER

(CONTENTS)

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

(RESEARCH ARTICLES)

Platon'un "Devlet (Politeia)"inde Totalitarizmin İzleri	517	The Traces of Totalitarianism in Plato's "State (Politeia)"
<i>Burcu DEĞİRMENCİOĞLU, Esin GÜRSEL DÜĞMECİ</i>		<i>Burcu DEĞİRMENCİOĞLU, Esin GÜRSEL DÜĞMECİ</i>
5237 Sayılı TCK'da Nitelikli Hâllerin Şeriklere Geçiş Hususunda Bağlılık Kuralının Yeterliliği Tartışması	539	Discussion on the Sufficiency of the Rule of Dependency Regarding the Transition of Qualified Cases to the Accomplices in the TPC No. 5237
<i>Yusuf KILIÇ</i>		<i>Yusuf KILIÇ</i>
İdeolojik Söylemler ve Kadın Hakları: İstanbul Sözleşmesi Örneği	569	Ideological Discourses and Women's Rights: The Case of the Istanbul Convention
<i>Şeyma AKIN</i>		<i>Şeyma AKIN</i>
Anayasa Mahkemesi Kararlarında Aşamalar ve Süreler: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Merkezli Bir Değerlendirme	588	Stages and Durations in The Decisions of the Constitutional Court: An Evaluation Centered on Presidential Decrees
<i>Ahmet AYATA</i>		<i>Ahmet AYATA</i>
Karşılıksız İleri Düzenleme Tarihli Çekin İcra Takibine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme (Çek Kanunu m. 3/8)	604	An Evaluation on the Effect of the Bad Post-Dated Cheque on Enforcement Proceedings (Article 3/8 of Cheque Code)
<i>Ayşe KILINÇ</i>		<i>Ayşe KILINÇ</i>
Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmayan Ükelere Gönderilen Türk İşçilerin Geçirdikleri İş Kazasından Sosyal Güvenlik Kurumunun Sorumluluğu	619	Determination of the Responsibility of the Social Security Institution for Occupational Accidents of Turkish Employees Sent to Non-Social Security Countries
<i>Hasan KAYIRGAN</i>		<i>Hasan KAYIRGAN</i>

Platform Sürücülerinin Hukuki Statüsü: Birleşik Krallık Örneği <i>Mustafa NALBANT</i>	638	The Legal Status of Platform Drivers: An Example of the United Kingdom <i>Mustafa NALBANT</i>
Apartman Yöneticisinin İsim ve Adres Bilgilerinin Asılmaması Kabahati <i>Selman ÖZDEMİR</i>	652	Executive of Apartman Block Not Posting Name and Address Information Misdemeanor <i>Selman ÖZDEMİR</i>
Hukuk Yargılamasında Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adli Yardımdan Yararlanması Meselesi <i>Hakan ERZEYBEK</i>	697	The Issue of Benefiting from Legal Aid for Private Law Legal Entities in Civil Proceedings <i>Hakan ERZEYBEK</i>
Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma (Dezenformasyon) Suçu (TCK m. 217/A) <i>Şenel SARSIKOĞLU</i>	720	The Crime of (Disinformation) Publicly Disseminating Misleading Information (TPC Art. 217/A) <i>Şenel SARSIKOĞLU</i>
Rehin İlişkisinin Ceza Hukuku Tarafından Korunmasına Genel Bir Bakış <i>Bekir BOGA</i>	756	An Overview of the Protection of Pledge Transactions by Criminal Law <i>Bekir BOGA</i>
Survey Evidence in Trademark Law: Use and Evidential Value in the United States and Turkey <i>Yasin DİNÇER, Muhammed Yakup ALTUN</i>	795	Marka Hukukunda Anket Delili: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Kullanımı ve Delil Değeri <i>Yasin DİNÇER, Muhammed Yakup ALTUN</i>
“Kayıp Trilyon” Davası Sürecinin Siyasi Partilerin Mali Denetimi Perspektifinden Analizi <i>Fatih GÜLER, İlker KARAÖNDER</i>	837	Analysis of the “Missing Trillion” Case Process From the Perspective of Financial Audit of Political Parties <i>Fatih GÜLER, İlker KARAÖNDER</i>
“Anne ve Babanın Sosyal Medyada Çocukları ile İlgili Paylaşımlarına (Sharenting) İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme <i>Nazira OMURALIEVA, Seldağ GÜNEŞ PESCHKE, Lutz PESCHKE</i>	861	A Legal Overview of Parents' Sharing About Their Children on Social Media (Sharenting) <i>Nazira OMURALIEVA, Seldağ GÜNEŞ PESCHKE, Lutz PESCHKE</i>

**Otonom Gemilerde Taşıyanın
Sorumluluğu**

*Ömer Can Mehmet AKBABA, Belin
KÖROğLU ÖLMEZ*

887

**Carrier's Liability on Autonomous
Ships**

*Ömer Can Mehmet AKBABA, Belin
KÖROğLU ÖLMEZ*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bernd HEINRICH (Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät/Almanya)
Prof. Ass. Dr. Sc Mensur MORİNA (University of Peja - Universiteti Haxhi Zeka/ Kosova)
Prof. Dr. Besa ARİFİ (South East European University/Kuzey Makedonya)
Prof. Ass. Dr.sc Sevdai MORİNA (University for Business and Technology (UBT)/ Kosova)
Prof. Asoc. Idriz HAXHIAJ (Defense Academy “Akademia e Mbrojtjes”, Albanian University/Arnavutluk)
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat ŞİMŞEK (Marmara Üniversitesi, İslam Ekonomisi ve Finansı Enstitüsü)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu)
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır. Dergimiz güncel hukuki meseleler ile hukuk tarihine ilişkin konularda yayım yapması sebebiyle hukukçu akademisyen ve öğrencilere hitap ettiği gibi hukuk uygulamasında yer alan avukat, hakim ve savcı gibi meslek gruplarına da hitap etmektedir.

KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayım dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Dergimiz bir yazarın bir yılda en fazla bir makalesini incelemeye almayı kabul eder. Haziran sayısı için 15 Nisan, Aralık sayısı için 15 Ekim son gönderim tarihidir.

TARANDIĞI İNDEKSLER

1. TR Dizin:

<https://search.trdizin.gov.tr/tr/journal/detail/2229/necmettin-erbakan-universitesi-hukuk-fakultesi-dergisi>

2. ERIH PLUS:

<https://kanalregister.hkdir.no/publiseringsskanaler/erihplus/periodical/info.action?id=505860>

3. Hein Online:

<https://home.heinonline.org/titles.php?c=Law-JournalLibrary&t=Necmettin+Erbakan+Universitesi+Hukuk+Fakultesi+Dergisi>

4. DOAJ:

<https://doaj.org/toc/2667-4076>

5. EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS):

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/e5h-coverage.htm

6. EBSCO - Legal Source:

ebsco.com/m/ee/Marketing/titleLists/lgs-coverage.htm



ARAŞTIRMA
MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

Platon'un "Devlet (Politeia)"inde Totalitarizmin İzleri

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU 1* 

¹ Samsun Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye

Esin GÜRSEL DÜĞMECİ 2* 

² Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 21.04.2024

Kabul: 19.09.2024

Yayın: 02.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Platon, Politeia, İdealar teorisi, Metaller mitos, Totalitarizm

ÖZET

Etimolojik bağlamında toptancı, mutlak bir iktidarı, devletin topyekun egemenliğini hedefleyen siyasi ideolojiyi ifade etmek için tercih edilen totalitarizm, kavramsal olarak ilk defa 1920'lerden sonra kullanılmaya başlamıştır. İktidarın bizzat elinde bulundurduğu bir takım araçlar vasıtasıyla hegemonya alanına total egemenliğin empoze edildiği, insanları, grupları, aileyi, çocukları, toplumu baştan aşağı dönüştürdüğü, homojenleştirdiği bir siyasi rejim olan totaliter bir sistem tasarımının ilk izlerine, Platon'un "Devlet (Politeia)"inde rastlamak mümkündür. Hocası Sokrates'in ölümünün ardından, Sokrates'i ölüme götüren yönetimi reddeden Platon, Sokrates'i ve onun gibileri baş tacı edecek ideal bir devletin nasıl kurulabileceği üzerine düşünmüştür. Bir siyasi program olmanın yanı sıra toplumu baştan aşağıya değiştirecek, dönüştürecek bir sosyal programı da içeren devlete dair bütüncül bir okuma yapılan Devlet isimli eserinde Platon, ideal devlet modelinin üzerine inşa edildiği totaliter öğeleri ortaya koymuştur. Söz konusu öğelerle ideal devlet tasarımını güçlendiren Platon, bir insan doğası kurgulmuş ve bireyleri bu kurguya adapte edebilmek, uyumlaştırabilmek için çeşitli meşruiyet araçlarından faydalanmıştır. Eğitimden dine pek çok alanda ortaya koyduğu kurallar vasıtasıyla Platon sosyal hayatı baştan sona dizayn etmiş, görev ve disiplin ayrılıkları kesinleştirilmiş bir sistem tasarlamış, yarattığı "kapalı toplum"uyla totaliter sistemin ilk izlerini göz önüne sermiştir.

The Traces of Totalitarianism in Plato's "State (Politeia)"

Article Info

Makale Geçmişi

Received: 21.04.2024

Accepted: 19.09.2024

Published: 02.12.2024

Keywords:

Plato, Politeia, Theory of ideas, Metals mythos, Totalitarianism

ABSTRACT

Totalitarianism, a term preferred in its etymological context to express the political ideology that aims at wholesale, absolute power and the total sovereignty of the state, was first conceptualized after the 1920s. The initial traces of the design of a totalitarian system, a political regime in which total sovereignty is imposed over the hegemonic territory through a variety of tools possessed by the government itself, completely transforming and homogenizing people, groups, families, children, and society, can be discerned in Plato's "State (Politeia)." After the death of his teacher Socrates, Plato, who rejected the government that led to Socrates' 517emişe,



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

contemplated how to establish an ideal state that would honor Socrates and others like him. In his work titled “State”, which offers a comprehensive examination of the state, including a social program intended to effect profound change and transformation in society from top to bottom, in addition to being a political program, Plato unveiled the totalitarian elements on which the ideal state model is constructed. Plato, who bolstered the ideal state design with the aforementioned elements, constructed a conception of human nature and employed various tools of legitimacy to adapt and harmonize individuals to this ideal. Through the rules he articulated in many areas, ranging from education to religion, Plato meticulously designed social life from inception to conclusion, creating a system with distinct duties and disciplines and thereby revealing the initial traces of the totalitarian system within the “closed society” he created.

To cite this article:

Değirmencioğlu, B./Gürsel Düğmeci, E. (2024). “Platon’un “Devlet (Politeia)”inde Totalitarizmin İzleri”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(3), s. 517-538. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.129>

***Sorumlu Yazar:** Burcu Değirmencioğlu, burcu.degirmencioğlu@samsun.edu.tr

“Sözü yumuşatmak yersiz: Platon’un siyasetteki mirasının kapsamında, teokrazi, militarizm, milliyetçilik, hiyerarşi, özgürlük karşıtlığı, totalitarizm var, dahası toplumun iktisadi yapılarından, ayrıcalıkla köle sahiplerinden oluşunun tetiklenmesiyle nefret etmek var.”¹

GİRİŞ

Kolektif bir bilinç üretimiyle toptancı bir iktidarı hedefleyen totalitarizm, kavramsal olarak ilk defa 1920’lerde Mussolini yönetimine referans verilerek kullanılmaya başlanmıştır. İtalyan toplumunu dönüştürmek için araçsallaştırılan yeni dini ifade etmek üzere tercih edilen totalitarizm kavramının kullanımı, 1930’larda Hitler Almanyası’nı da kapsamına alacak şekilde genişletilmiştir. Modern anlamda II. Dünya Savaşı ve sonrasında toptancı bir egemenlik kurmayı amaçlayan ve bu bağlamda insan ve toplum başta olmak üzere pek çok şeyi değiştiren, dönüştüren ve standardize eden bir sistemi ifade etmek üzere tercih edilen totalitarizm kavramı, esasen bir ideolojiyi ifade etmektedir. Söz konusu ideolojinin egemen kılınması için birtakım araçlardan faydalanan totaliter sistemler, bu sayede kendilerine sağlamlaştırılmış bir meşru zemin hazırlamaktadırlar.

Modern anlamda 1920’lerden sonra kullanılmaya başlanan totalitarizm kavramı, iktidarın egemenliği altında bulunan tüm alanlara birtakım araçlar vasıtasıyla sızarak total egemenliğini empoze ettiği, insanları, grupları, aileyi, çocukları, toplumu baştan aşağı dönüştürdüğü, standardize ettiği, homojenleştirdiği bir siyasi rejimi ifade etmek için kullanılmıştır.

¹ Blackburn, Simon. *Devlet ve Platon*, çev. Merve Yüksel ve Müzeyyen Baturay, Versus Kitap Yayınları, 2014, s. 28.

Modern bir kavram olmakla birlikte totalitarizm, bir ideal değil, bir olguya verilmiş isim olarak karşımıza çıkar. Kavram ve doktrin olarak yaklaşık yüz yıllık bir geçmişe sahip olan totalitarizm, fikir ve olgu olarak eski bir geçmişe dayanmaktadır. Totaliter bir sistem kurmak ve ideolojisini aşlamak için modern devletin araçlarına gerek bulunmamaktadır. Modern bir kavram olmakla birlikte bu modern kavramın çerçevesini oluşturan örnekler incelendiğinde Platon'un Politeia'sinde önerilen model karşımıza çıkmaktadır. Sparta pratiğinden etkilenecek oluşturulan model, totalitarizm olgusunu gözler önüne sermektedir.

Hocası Sokrates'in ölümünün ardından, Sokrates'i ölüme götüren yönetimi reddederek ideal bir yönetim tasarlama gayesiyle hareket eden Platon, diyaloglardan oluşan 'Devlet (Politeia)'i kaleme almıştır. İdeal bir devlet **tasavvuruyla** hareket eden Platon'un Devlet'i bir insan kurgusu üzerine inşa edilmiştir. Sistemin en küçük parçası olan insandan başlayarak bütüne giden bir yöntem izleyen Platon, idealize ettiği yönetimi kurgularken birtakım totaliter öğelere yer vermiş, Popper'in deyiimiyle 'kapalı bir toplum' örneği ortaya koymuştur.²

Her ne kadar Platon'un ideal 'Devlet'inin totalitarizmden izler taşımadığını iddia edenler, bunun abartılan bir balon olduğu iddiasında olanlar olsa da³ totalitarizme ait tanılar, totalitarizmin özelliklerine dair açıklamalar yapıldıktan sonra Platon'un Devlet'ini bunun bir kurgusu olarak ortaya koymak mümkün olacaktır.⁴ Platon'un idealize ettiği sistemin önemli ölçüde totaliter öğelerin izlerini taşıdığını ifade etmenin yanında elbette Platon'un bir doktrin, bir ideal olarak Devlet ile modern anlamda totalitarizmin ortaya konulduğu sonucuna varılamayacaktır.⁵ Bununla birlikte Devlet'te yer bulan totaliter öğelerin modernite ile birlikte daha da görünür olmaya başladığını, modern devletlerde pratik karşılığını bulduğunu ifade etmek mümkündür.

I. TOTALİTER SİSTEMLERİN ANALİZİ

A. "Totalitarizm"ın Etimolojik Kökeni ve Kavramın Ortaya Çıkışına İlişkin Açıklamalar

Bir kavramı çalışırken onun etimolojik kökenine dair açıklamalarda bulunma gerekliliğine inanarak, Platon'un "Devlet"inde totalitarizmin izlerini ararken öncelikle "totalitarizm"ın etimolojik kökenini ortaya koyma gerekliliğinin hasıl olduğu ifade edilebilecektir. Siyaset felsefesinde ilk olarak İtalyan faşizmine referans verilerek kullanılan "totalitarizm", totaliter kelimesi ile bir ideolojiyi, doktrini, öğretiyi ifade eden "izm" ekinden

² Popper, s 1.

³ Carter, Bryum E. "Plato and Totalitarianism: A Comment Upon Basic Issues", *Social Science*, C. 30, S.3, 1995, s.171-172.

⁴ Popper, s 1; Strauss, Leo. *Platon'un Politik Felsefesi: Devlet*, çev. Özgüç Orhan, Pinhan Yayıncılık, 2019; Güler Sevlı, Sabır. "Platon'un Devlet'ini Bir Siyasal Program Olarak Okuma Girişimi", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 60, 2021, s.634; Murley, Clyde. "Plato's 'Republic', Totalitarian or Democratic?", *The Classical Journal*, C. 36, S. 7, 1941, s.413-420; Nitekim daha sonra ortaya koyulan ve totaliter öğelerin yoğun olarak kullanıldığı pek çok distopyanın da Platon'un Devlet'inden esinlendiği iddia edilmektedir: Franck, Matthew J. "Brave 'New World', Plato's 'Republic' and Our Scientific Regime", *The New Atlantis*, S. 40, 2013, s.73-88; Yıldızıturan, İlgin. "Toplumsal ilişkiler Ekseninde Güneş Ülkesi'ne Totalitarizm Işığında Bakış", *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2019, s. 66-79.

⁵ Brown, Lesley. "How Totalitarian is Plato's Regime?", Erik Nis Ostfeld (ed.), *Essays on Plato's Republic*, Aarhus University Press, 1998, s.13-27.

türetilmiş bir kavramdır.⁶ İngilizce bir sözcük olarak “*totaliter (totalitarian)*”; İtalyancada “*tam, mutlak*” anlamlarına gelen “*totalitario*” kelimesi model alınarak oluşturulan bir kelime olan “*total*” ile “*otoriter (authoritarian)*” kelimesi son ekiyle (-ian/-er) birleşerek meydana gelmiştir. Fransızcada aynı anlama gelen “*totalitaire*” ise devletin topyekûn egemenliğini hedefleyen siyasi ideolojiyi ifade etmek için kullanılmaktadır.⁷

Totaliter kavramına temel oluşturan ‘total’ kelimesi, geç 14.yüzyılda eski Fransızca ve Ortaçağ Latincesindeki ‘*totalis*’ kelimesinden gelmektedir. Bu kelimenin köken itibariyle, nereden geldiği bilinmese de, Latince ‘tümü, tamamı, hepsi, bütün, toplam’ anlamlarına gelen ‘*totus*’ kelimesinden türetildiği bilinmektedir.⁸

Totalitarizm, ilk olarak 1923’te *Giovanni Amendola* tarafından Mussolini yönetimine referans verilerek Faşistlerin iktidarı tekeline alma ve İtalyan toplumunu dönüştürmek için yaratılan yeni dini ifade etmek üzere kullanılmıştır.⁹ 1933’te Nazilerin iktidara gelmesi ile totalitarizm kavramı hızla mutasyona uğrayarak Nasyonal Sosyalizmi kapsayacak şekilde kullanılmaya başlamıştır.¹⁰ Toplam, bütünle ilgili anlamlarına gelen total kavramından türeyen, topyekûn bir egemenliği, tamamı, bütünü ifade eden totalitarizm kavramının kullanımına, faşist ve sosyalist yönetim deneyimlerinin etkisiyle, döneme egemen olan diktatörlüklerin benzeşen özelliklerinin tek bir kavramla anlatılması gerekliliği üzerine II. Dünya Savaşı ve sonrasında sıklıkla başvurulmuştur.¹¹ Savaş ile birlikte Faşizm ve Nazizm yenildikten kısa bir süre sonra, yeni bir küresel çatışma ortaya çıkmıştır. Avrupa’daki Sovyet emellerine ilişkin endişe, *Winston Churchill* tarafından *Fulton, Missouri*’de 5 Mart 1946’da gerçekleştirilen ‘Demir Perde (*Iron Curtain*)’ konuşmasında ‘totalitarizm’ terimini iki kez kullanmasına ortam hazırlamıştır.¹² Ardından Truman Doktrininin ‘totalitarizm’ sözcüğünü Amerikan dış politikası ve güvenlik jargonuna yerleştirmesiyle birlikte ‘totalitarizm’ kavramı yeniden canlanmıştır.¹³

B. Totalitarizmin Tanımlanması Sorunu

Totalitarizm kavramının etimolojik kökenine dair yapılan açıklamalar, totalitarizmin düşünsel temellerini ortaya koyma bakımından faydalı olmuştur. Bu bağlamda kavramın etimolojisinden ve ortaya çıkış sürecinden hareketle totaliter bir sistemin, Mussolini dönemi İtalyası’nda, Hitler Dönemi Almanyası’nda ve Stalin dönemi Rusyası’nda uygulanan siyasi rejimlerin ortak özelliklerini açıklamak için kullanılan¹⁴, toptancı ideolojik bir bütünleşmenin sağlandığı, topyekûn bir egemenliğin çeşitli araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilmeye çalışıldığı,

⁶ ‘Total’ (Online Etymology Dictionary) <https://www.etymonline.com/word/total#etymonline_v_15408> Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2022.

⁷ ‘Totaliter’ (Nişanyan Sözlük) <<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/totalitaryanizm>> Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2022.

⁸ ‘Total’ (Online Etymology Dictionary) <https://www.etymonline.com/word/total#etymonline_v_15408> Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2022.

⁹ Baehr, Peter. “Totalitarianism”, Maryanne Cline Harawitz (ed.), *New Dictionary of the History*, Charles Scribner’s Sons, 2005, s. 2342.

¹⁰ Baehr, s. 2342.

¹¹ Çetin, Halis. “Totalitarizm: İdeolojik Kökenleri ve Toplumsal İnşa Araçları”, *C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi*, C.26, S. 1, 2002, s. 16.

¹² Baehr, s. 2342.

¹³ Baehr, s. 2342.

¹⁴ Çetin, s. 16.

tekil, monist bir devlet yapısını ifade ettiği söylenebilecektir.

Totalitarizm herkes tarafından üzerinde uzlaşılan bir tanıma sahip değildir. Zaman içerisinde düşünürler bu kavrama farklı anlamlar yüklemeye başlamışlardır. Totalitarizm kavramının anlamında meydana gelen değişikliklerin sebebi; zaman içerisinde farklılaşan politik kültür ve ideolojik tercihlerdir. Totalitarizmin tanımı yapılırken genel olarak toplumsal, ekonomik ve politik bir takım unsurlara öncelik verildiği ve bu bağlamda kategorize edildiği görülmektedir.¹⁵ Bununla birlikte totalitarizmi yalnızca kavramsallaştığı dönem olan II. Dünya Savaşı, Hitler, Stalin ve Mussolini iktidarıyla sınırlayanlar, yirminci yüzyılın bir hastalığı olarak görenler de bulunmaktadır.¹⁶

Birbirinden farklı, birbirinden ayrı hususlara odaklanmış çeşitli totalitarizm tanımları, totalitarizme farklı yaklaşımlar olsa da totalitarizmi bir alanla, bir dönemle, bir yerle ya da birkaç liderin egemen olduğu topraklarla sınırlandırmak gerçekçi olmayacaktır. Yalnızca tarihin belli dönemlerindeki siyasi rejimleri ifade etmek için kullanılamayacak olan totalitarizm kavramı, aynı zamanda antik çağlardan post modern zamanlara bir ideolojik eğilimi, bu ideolojinin belli özelliklerini betimlemek için de kullanılabilecektir.¹⁷ Bu bağlamda totalitarizmin tanımlanması sorunu bağlamında, çalışmaya esas olan tanımlardaki ortak ideolojik eğilim, yaklaşımdır.

Devlet ve toplumu belirli bir bütünlük içerisinde birbirine eklemlen, birbiriyle kaynaştıran, uyumlaştıran ve benimsenen "tek" dünya görüşünü topluma dayatan, bunun için çeşitli ideolojik araçlardan faydalanan, baskı ve zor kullanmayı kendi egemenlik alanında bulunduran siyasal sistem genel anlamda totalitarizmi ifade etmektedir.¹⁸ Andrew Heywood'un totalitarizm ya da kendi deyişiyle 'totaliteryanizm' tanımında buna ek olarak söz konusu sistemin her alanda nüfuz eden bir ideolojik manipülasyona açık oluşu ve önüne gelen her şeyi kuşatıcı kapsayıcılığı vurgulanmıştır.¹⁹ Söz konusu totaliter sistem, bireysel ve sosyal hayatı her boyutuyla politize ederek 'total iktidar'ı hedeflemektedir.²⁰

Toplumu bir bütün olarak ele alarak tümüyle dönüştürmek isteyen, bütüncül bir kontrol sistemi ile toplumu sürekli düzenleyen totaliter sistemler, böylece ideoloji, siyasal parti, liderlik ve her halükarda devlet olgularını tek bir elden yönetmeyi ve bunların bütünlüğünü sağlamayı amaçlarlar.²¹ Nitekim "plüralizme karşı zorunluluğun, özgürlüğe karşı otoriterizmin esas olduğu bir siyasal düzen" olarak tanımladığı totalitarizmin temel özelliklerini Friedrich ve Brzezinski şöyle ifade etmiştir:

¹⁵ Barber, Benjamin R. "Conceptional Foundations of Totalitarianism", Carl J. Friedrich, Michel Curtis ve Benjamin R. Barber (eds.), *Totalitarizm in Perspective: Three Views*, Pall Mall Press, 1969, s. 14; Sakman, Mücella. "İdeolojik Hegemonya İçerisinde Örgütlenen Siyasal Bir Sistem Olarak Totalitarizm", *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.55, 2015, s. 118.

¹⁶ Roskin, Michael G./Cord, Robert L./Medeiros, James A./Jones, Walter S. *Siyaset Bilimi: Bir Giriş*, çev. Atilla Yayla, Adres Yayınları 2012, s. 129 vd.

¹⁷ Sakman, s. 119; Arseni, Alexander/Pozneavoca, Veronica. "Democracy vs Totalitarianism in the Political Philosophy", *Culture and History*, C.1, S.2, 2021, s. 1-20.

¹⁸ Sakman, s. 119.

¹⁹ Heywood, Andrew. *Siyaset*, çev. Bekir Berat Özipek, 14. Bası, Liberte Yayınevi, 2014, s. 52.

²⁰ Heywood, s. 52.

²¹ Çetin, s. 16.

“İnsan varlığının bütün dirimsel taraflarını kaplayan ve toplumda yaşayan herkesin en azından edilgen bir şekilde bağlı olduğu resmi bir doktrin meydana getiren resmi bir ideoloji; tek bir adam, bir diktatör tarafından yönetilen tek bir kitle partisi, hiyerarşik ya da oligarşik düzenlenmiş, bürokrasi ile iç içe ya da ona üstün bir durumda olan parti; partiyi hem destekleyen hem de parti liderleri adına onu denetleyen ve yalnız rejim düşmanlarına karşı değil keyfi olarak seçilmiş başka sınıflara karşı kullanılan yıldırıcı bir polis denetim sistemi; basın, radyo, sinema gibi bütün etkili kitle haberleşme araçlarını kullanarak, partinin ve sadık üyelerin elinde toplanmış ve teknolojinin şartlandığı tam bir denetim tekeli; silahlı kuvvetleri kullanarak tam bir vesayet tekeli; bürokratik işbirliği ile ekonominin merkezden denetimi ve yönetimi.”²²

C. Totaliter Rejimlerin Meşruiyet Araçları

Totaliter sistemin en temel özelliği monist bir toplum oluşturabilmek için üyelerini rejimin amaçları odağında birleştirmeye çalışmaktır. Total, topyekûn bir egemenliğin sağlanabilmesi, oluşturulan toplumun tek elden, tek bir amaç uğruna ‘yönetilebilmesi’ için üyelerin sistem tarafından tek bir noktaya kanalize edilebilmesi gerekmektedir. Her şeyi kuşatan bir ideoloji olarak totalitarizmin²³ temel meşruiyet ilkesi olan birlik, bütünlük ve uyumun sağlanması için²⁴ totaliter sistemler birtakım araçlardan faydalanmışlardır. Bireylerin, grupların, toplumun amaçlarını devletin amaçları altında yok etmek, silikleştirmek, totaliter sistemlerine meşruiyet sağlamak için çoklu karar alma mekanizmasını, tüm seçenekleri yok etme, tekil bir hukuk, tek eğitim sistemi yaratma, özgürlükleri kullanılmayacak derecede sınırlandırma ve imha etme ya da devlet gözetiminde sınırlı bir şekilde tanımlama gibi araçlardan faydalanan totaliter sistemler, yeni bir toplum ve insan yaratmayı amaçlamıştır.²⁵

Monist bir toplum yaratmak amacıyla totaliter sistemler sadece siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel davranışlar üzerinde değil, özel hayat, kişisel düşünceler üzerinde de tekel kontrolü kurmaya çalışarak bütün toplumun uyumunu hedeflemişlerdir.²⁶ Bu uyumun sağlanmasında totalitarizmin nev-i şahsına münhasır birtakım özellikleri olduğu görülmektedir. İlk olarak totalitarizmin bir ‘insan doğası’ kurguladığını, insanları bu kurguya adapte etmeye çalıştığını, tasarlamış olduğu insan doğasına uyum sağlayamayanı ise öteki ilan ederek yok etmeye çalıştığını belirtmek gerekir.²⁷ Totaliter bir yönetimde istenilen doğaya uygun olmayan herkes bertaraf edilmeye çalışılır.²⁸

Totaliter sistem kurguladığı doğaya insanları adapte etmeye, uyumlaştırmaya çalışırken birtakım hususları araçsallaştırma yoluna gitmiştir. Temelde hiyerarşik olarak organize edilmiş tek parti sistemi ya da demokratik çoğulculuğu hiçe sayan bir ideolojik akım, kamusal ya da

²² Friedrich, Carl J./Brzezinski, Zbigniew K. *Totaliter Diktatörlük ve Otokrasi*, çev. Oğuz Onaran, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, 1964, s.132.

²³ Roskin/Cord/Medeiros/Jones, s. 129.

²⁴ Çetin, s. 21.

²⁵ Curtis, Michael. *Totalitarianism*, 3th Edition, Transaction Books, 1987, s. 4-6.

²⁶ Curtis, s. 7.

²⁷ Sever, Merin. “Totalitarizmi Bugünden Bakarak Okumak”, *ArkaKapak* <<https://arkakapak.babil.com/totalitarizmi-bugunden-bakarak-okumak/>> Erişim Tarihi: 24 Ağustos 2022.

²⁸ Sever, Merin. “Totalitarizmi Bugünden Bakarak Okumak”, *ArkaKapak* <<https://arkakapak.babil.com/totalitarizmi-bugunden-bakarak-okumak/>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

kolektif çıkarlar karşısında bireyin çıkarlarının göz ardı edilmesi, muhalefet olgusunun rejimin hiçbir yerinde istenmemesi, gücün, birliğin ve entegrasyonun merkezileşmesinin vurgulanması, güç ve silahlar üzerinde tekil kontrol sağlanması, kamusal çıkarlar dikkate alınarak ekonominin tek elden planlanması ve yönetilmesi bu amaca giden yolda totaliter sistemlere yardımcı olmuştur.²⁹

Tek bir ideolojik hegemonya içerisinde örgütlenen totaliter sistemler, iktidarlarının özleri olan tekelleşmeyi gerçekleştirmek için tek tip insan yaratmayı amaçlamaktadır.³⁰ Nitekim Arendt, Totalitarizmin Kaynakları üzerine yazdığı eserinde totalitarizmi 'bireylerin devasa bir şekilde kitleleştirilmesi'³¹ olarak tanımlamakta ve totaliter hareketleri ayrılmış ve yalıtılmış bireylerin kitlesele örgütü olarak nitelendirmektedir.³² Bu noktada birey, devletle temas kurduğu ilk andan itibaren belli bir eğitim sistemi içine alınarak monist bir ideoloji ile yetiştirilmektedir. İstenen birey profili ile uyumlu olmayan bireyler ise bütüncül iktidara uyumlaştırılmak üzere çeşitli araçlar vasıtasıyla dönüştürülmeye çalışılmaktadır. Bu noktada propaganda, bireylerin kitleleştirilmesi ve kitlelerin kazandırılmasında oldukça önemli bir araç olarak kabul edilmektedir³³:

*"İktidara el koymadan ve öğretilerine göre bir dünya kurmadan önce, totaliter hareketler, insan aklının ihtiyaçlarına gerçekliğin sağladığından daha uygun, köklerinden kopmuş kitlelerin kendilerini yurtlarında hissedecekleri ve insanlara ve onların beklentilerine musallat olmuş gerçek yaşamın, gerçek deneyimlerin sonu gelmez şoklarından kurtarıldığı yalancı bir dünya kotarır. Totaliter propagandanın sahip olduğu güç onun kitleleri gerçek dünyadan koparma yetisinde yatmaktadır."*³⁴

Totalitarizmin mutlak denetimini ele geçirdiği yerlerde ise propagandanın yerini, totalitarizm öğretisini aşılama almaktadır.³⁵ Bu doğrultuda sivil din olarak ifade edilen devlet dini³⁶, dil, simgesel ve mitolojik öğeler, resmi ideoloji vasıtasıyla total, ideolojik toplumsal kuşatma, lider söylemi, toplumun programlanması ve denetlenmesi gibi araçlar³⁷ totaliter bir sistemin kuşatma araçları olarak devreye girmektedir. Söz konusu araçlarla kuşatılan bireyler, monist ideolojiyi tamamen içselleştirerek kurgusal bir dünyanın kurallarına göre etki ve tepkide

²⁹ Curtis, s. 7-9.

³⁰ Çetin, s. 19, 22.

³¹ Arendt, Hannah. *Totalitarizmin Kaynakları/3: Totalitarizm*, çev. İsmail Serin, 4. Baskı, İletişim Yayınları, 2021, s. 52.

³² Arendt, s. 64.

³³ Totaliter sistemlerin başlıca örneklerinden Nasyonal Sosyalist Almanya deneyiminde de propaganda önemli bir araç olmuştur. Öyle ki Hitler, "*Kamu Aydınlatma ve Propaganda Devlet Bakanlığı (Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda, Propagandaministerium)*"nı kurmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Değirmencioğlu, Burcu. *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 120-121; Hitler, Adolf. *Kavgam*, çev. Korhan Göktuğ, Panama Yayıncılık, 2020, s. 130-131.

³⁴ Arendt, s. 113.

³⁵ Arendt, s. 113.

³⁶ Düzce, Mesut. "Sivil Din ve Politik Din Kavramlarına Teorik Bir Bakış", *Bilimname*, S.41, 2020, s.385-411; Değirmencioğlu, Burcu. "Amerika Birleşik Devletleri'nin Uluslaşma Sürecinde J. J. Rousseau'nun Sivil Din Önerisinin Hayata Geçirilmesi", *C. 21, S. 2, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, s. 2003-2031.

³⁷ Çetin, s. 19-39.

bulunacağı, inşa edilen bir toplumun mensupları kılığına bürünürler.³⁸ Uyumlaştırılamayan, homojenize ve standardize edilemeyen birey ve topluluklar ise ‘öteki’ ilan edilerek Zygmunt Bauman’ın deyimiyle ‘bahçecilik metaforu’³⁹ vasıtasıyla yok edilmeye çalışılmaktadır.⁴⁰ Arendt tarafından ‘nihai çözüm’ olarak adlandırılan bu aşama, rejimin öteki olarak nitelendirdiği insanlara, gruplara, rejim karşıtlarına yaşama şansı verilmeyen homojenleştirmenin, tektipleştirmenin son aşaması olarak ifade edilmiştir.⁴¹

II. PLATON’UN “DEVLET”İ VE TOTALİTER ÖGELER

Merin Sever, “Totalitarizmi Bugünden Bakarak Okumak” başlıklı yazısında “Platon’un Devlet’inden beridir özgür eylemin sonuçlarından korkan, bu sebeple tahmin edilemezliğin, spontane eylemin önüne geçmek isteyen, eylemlerin ve hatta insanların ‘tahmin edilebilir, tutarlı, izleği önceden belirlenmiş ve bu sınırların dışına taşmayan’ bir hale getirmesine çalışan bir düşünce çizgisi vardır ve bu yeni değildir”⁴² der. Sever’in de ifade ettiği gibi yeni olan toplumdaki farklılaşmış gelenekler, kurumlar ve sistemlerdir.⁴³ Bu nedenle totalitarizmi anlamak ve anlamlandırmanın yolu Karl Popper’in deyişiyle Platon’un Devlet’inden geçmektedir.⁴⁴

A. Platon: “İdeal” bir Devlet Tasavvuru

Soylu, zengin bir ailenin çocuğu olan Platon, hocası Sokrates öldüğünde yirmi sekiz yaşındaydı. Dönemi itibariyle iyi bir eğitim gören Platon, matematikte ve şiirde erkenden sivrilmiş, olimpiyatlarda yarış kazanmış ünlü bir atletti. Tüm bunların yanı sıra Popper’in deyimiyle Platon, “Heraklitos’u huzursuz eden çağdan bile daha istikrarsız bir siyasal çatışma ve savaşlar döneminde yaşamıştı”.⁴⁵ Peleoponez Savaşları’nın başlangıcında doğan (İ.Ö.427) Platon’un çocukluğu, gençliği bu savaşların en sıcak dönemlerine rastlamıştır.⁴⁶ Yunanlıların kabile hayatının dağılması, Atina’yı bir tiranlık dönemine sonra da ya bir tiranlığı ya da bir oligarşiyi geri getirme yolundaki girişimlere karşı bir demokrasinin kurulmasına sürüklemişti.⁴⁷ Bu tiranlığı Platon’un, rejimi demokratlara karşı korumaya çalışırken can veren dayıları yönetiyordu.⁴⁸ Tiranlığın ardından kurulan demokrasi, Platon’un büyük bir hayranlık ve sevgi beslediği hocası Sokrates’i idam etti. Hocasının ölümünün ardından Platon, tüm hayatını Sokrates’i hayatta tutacak, Sokrates’i ve onun gibileri baş tacı edecek bir devletin nasıl kurulabileceğini idealize etmekle geçirmiştir.⁴⁹

³⁸ Arendt, s. 130.

³⁹ Bauman, Zygmunt. *Modernlik ve Müphemlik*, çev. Süha Sertabiboğlu, 4.Baskı, Alfa Yayınları, 2020, s. 37.

⁴⁰ Değirmencioglu, 2022, s. 42-48.

⁴¹ Arendt, Hannah. *Kötülüğün Sıradanlığı*, çev. Özge Çelik, 2. Baskı, Metis Yayınları, 2021, s. 92.

⁴² Sever, Merin. “Totalitarizmi Bugünden Bakarak Okumak”, *ArkaKapak* <<https://arkakapak.babil.com/totalitarizmi-bugunden-bakarak-okumak/>> Erişim Tarihi: 24 Ağustos 2022.

⁴³ Sever, Merin. “Totalitarizmi Bugünden Bakarak Okumak”, *ArkaKapak* <<https://arkakapak.babil.com/totalitarizmi-bugunden-bakarak-okumak/>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2022.

⁴⁴ Popper, s. 1.

⁴⁵ Popper, s. 47.

⁴⁶ Mumcuoğlu, Maksut/ Saygılı, Abdurrahman/ Zabunoğlu, Hamdi Gökçe. *Devletin Genel Kuramı: Antik Yunan*, 2. Cilt, Haz. Abdurrahman Saygılı, Hamdi Gökçe Zabunoğlu, Yetkin Yayınları, 2022, s.80.

⁴⁷ Popper, s. 47.

⁴⁸ Popper, s. 47.

⁴⁹ Eyüboğlu, Selahattin; Cimcoz, M.Ali. “Önsöz”, içinde (s.v-xix) Platon. *Devlet*, çev. Selahattin Eyüboğlu, M.

Platon'un ilk işi Sokrates'i öldüren demokrasiden uzaklaşmak olmuştur.⁵⁰ Demokrasi ve kısmen de oligarşiye tanıklık ederek bir süreliğine Atina'dan uzaklaşan Platon, söz konusu yönetimleri bozuk devlet düzenleri olarak eleştirmiş⁵¹ ve döndüğünde ideal devlet tasavvuruna ilişkin bir deneme yazmıştır. Yaşadığı Atina Polis'ine her bakımdan inceden inceye tasarlanmış bir tepkiyi ifade eden⁵² Diyaloglardan ve birkaç kitabın bir araya gelmesiyle oluşan Devlet'te Platon, "olması gereken" yönetim modelini ortaya koymuştur.⁵³

Peleopez Savaşı'nda Atina Polisi'nin yenilgisine tanıklık eden Platon'un kafasındaki devlet modelinin oluşmasında, savaşın galibi Sparta'nın pek çok yönden etkili olduğu söylenebilir.⁵⁴ Anne karnından başlayarak birey olarak kabul etmediği tamamıyla kamusalılaştırdığı insanların saçlarının nasıl kesileceği, evlenip evlenilemeyeceği veya ne zaman evlenilebileceği, evli çiftlerin ne sıklıkla görüşeceği, doğan hangi çocukların büyütülüp hangilerinin ölüme terk edilebileceği, çocukların doğumlarından itibaren başlayan eğitim ve terbiyesi, nüfus yönetimine ilişkin pek çok konuda günlük hayatlarına ciddi anlamda müdahil olduğu aktarılan Sparta rejimi⁵⁵, disiplini, özdeşliği, kapalılığı ve savaş becerileriyle⁵⁶ Platon'u etkisi altına alan totaliter bir sistem olarak karşımıza çıkar.⁵⁷ Kendine ait toprakları korumak, yeni toprak ihtiyaçlarını karşılamak için gücü kendinde arayan Sparta rejimi, çocuk doğar doğmaz yenilgi bilmez kahramanlar yaratma sürecini başlatarak rejim için faydalı neferler yetiştirmeyi amaçlamıştır.⁵⁸ Bu süreçte tıpkı Platon'un Devlet'inde idealize ettiği gibi başarılı bir toplum mühendisliği faaliyeti yürütülmüştür.⁵⁹ Platon'un eserlerinde sanal bir ütopyaya dönüşen Sparta sistemi, toplumu baştan aşağı değiştirecek, dönüştürecek bir siyasal ve sosyal programı içeren Devlet'te idealize edilmiştir. Sparta pratiğini "düzgün yasalarla yönetilen" bir cennet olarak benimseyen Platon'un⁶⁰ Devlet'ine dair bütüncül bir okuma yapılarak ideal devlet modelinin üzerine inşa edildiği totaliter öğeler ortaya konulabilmektedir.

Ali Cimcoz, 20.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, s. xviii.

⁵⁰ Eyüboğlu, Selahattin; Cimcoz, M.Ali, s. xviii.

⁵¹ Sabır, s. 633.

⁵² Mumcuoğlu, Saygılı, Zabunoğlu, s.74.

⁵³ Platon, Politeia'sında ortaya koyduğu ideal devlet tasavvuruna ilişkin fikirlerini Devlet Adamı ve Yasalar eserleriyle aile, kanunun statüsü, gündelik hayat, din, sanat ile iyi bir yönetimin ilkelerini ve temellerini ortaya koymaya devam etmiştir. Platon. *Yasalar*, çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul, 2021; Platon. *Devlet Adamı*, çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, 3.Baskı, İstanbul, 2014.

⁵⁴ Mumcuoğlu, Saygılı, Zabunoğlu, s.80; Popper'in deyişiyle "Platon, Sparta ile yetkin devletin benzerliği yolundaki doktriniyle, benim 'Büyük Sparta Efsanesi' demek istediğim, Sparta ana-kuruluşunun ve yaşam biçiminin üstünlüğüne dair, sürekli ve etkili efsanenin en başarılı propagandacılarından biri olmuştur." Popper, s.68.

⁵⁵ Sparta rejimi ve uyguladığı totaliter politikalar hakkında detaylı bilgi için bkz.: Plutarch. *On Sparta*, Translated by Richard J. A. Talbert, Penguin Books, New York, 2005; Yakut, Ayşe/Buruldağ, Nalan. "Plutarkhos, Sparta ve Gnomik Yazın: Spartalı Kadınların Söylemleri (Lacaenarum Apophthegmata)", *TAD*, C. 42, S. 74, 2023, s. 25-49; Aristotle. *Politics*, Translated by H. Rackham, Harvard University Press, Cambridge, 1959; Cartledge, Paul. *Sparta and Lakonia: A Regional History 1300 to 362 BC*, 2nd Edition, London&New York: Routledge, 2002.

⁵⁶ Mumcuoğlu, Saygılı, Zabunoğlu, s.81.

⁵⁷ Pomeroy, Sarah B. *Antik Yunan'ın Kısa Tarihi: Siyaset, Toplum ve Kültür*, çev. Oğuz Yarlıgaş, 2. Basım, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2020, s. 111 vd.

⁵⁸ Pomeroy, s. 116.

⁵⁹ Pomeroy, s. 125.

⁶⁰ Pomeroy, s. 129.

1. İdealar Teorisi

Platon'un siyaset felsefesini anlamlandırabilmek, bütüncül bir okuma yapabilmek için ilk durak; Popper tarafından "*Platon'un 'bütün şeyler' hakkında genel felsefesi*" olarak nitelendirilen formlar ya da idealar teorisi olacaktır.⁶¹ Platon, görünen dünyanın dışında bir idealar dünyası olduğunu ifade etmektedir. İdealar dünyası Platon'a göre, kavranabilen dünyadaki her şeye kaynaklık eden asıl dünyadır.⁶² Platon idealar evrenini mağara alegorisiyle ifade etmiştir:

*"Şimdi, dedim, insan denen yaratığı eğitimle aydınlanmış ve aydınlanmamış olarak düşün. Bunu şöyle bir benzetmeyle anlatayım: Yeryüzünde mağaramsı bir yer, içinde insanlar. Önde boydan boya ışığa açılan bir giriş... İnsanlar çocukluklarından beri ayaklarından, boyunlarından zincire vurulmuş, bu mağarada yaşıyorlar. Ne kımıldayabiliyor ne de burunlarının ucundan başka bir yer görebiliyorlar. Öyle sıkı sıkıya bağlanmışlar ki, kafalarını bile oynatamıyorlar. Yüksek bir yerde yakılmış bir ateş parıldıyor arkalarında. Mahpuslarla ateş arasında dimdik bir yol var. Bu yol boyunca alçak bir duvar, hani şu kukla oynatanların seyircilerle arasına koydukları ve üstünde marifetlerini gösterdikleri bölme var ya, onun gibi bir duvar."*⁶³

Görünen, kavranan dünyada insanın zincirlere vurulmuş bir mağarada olduğunu ifade eden Platon, gerçekliğin, en yüksek iyyinin idealar dünyasında olduğunu belirtir⁶⁴:

*"Şimdi, sevgili Glaukon, bu benzetmeyi demin söylediklerimize uyduralım. Görünen dünya mağara zindanı olsun. Mağarayı aydınlatan ateş de güneşin yeryüzüne vuran ışığı. Üst dünyaya çıkan yokuş ve yukarıda seyredilen güzellikler de, ruhun düşünceler dünyasına yükselişi olsun. Benim nereye varmak istediğimi merak ediyordun ya, işte bu benzetmeyle iyice anlamış olursun. Doğru mu, yanlış mı orasını Tanrı bilir. Herhalde benim düşünceme göre kavranan dünyanın sınırlarında "iyi" ideası vardır. İnsan onu kolay kolay göremez. Görebilmek için de, dünyada iyi ve güzel ne varsa, hepsinin ondan gelmiş olduğunu anlaması gerekir. Görülen dünyada ışığı yaratan ve dağıtan odur. Kavranan dünyada da doğruluk ve kavrayış ondan gelir. İnsan ancak onu gördükten sonra iç ve dış hayatında bilgece davranabilir."*⁶⁵

Düşünülen, kavranan dünyanın, görünen dünyadan daha gerçek olduğunu ifade eden Platon, kavranan dünyada var olan ideaların gerçek dünyada yansımaları olduğunu söyler.

⁶¹ Popper, s. 53.

⁶² Mumcuoğlu, Saygılı ve Zabunoğlu'nun deyişiyle; "Bu kuram özetle, insanın gerçekte gördüğü şeylerin değişmez, ebedi ve maddi olmayan özlerin ya da modellerin kötü birer kopyasından ibaret oldukları ilkesine dayanmaktadır. Örneğin bir üçgen 'form'u vardır ve gördüğümüz bütün üçgenler bu formun yalnızca birer kopyasıdır. Hatırlanacağı üzere Platon'un hocası Sokrates'ten önceki filozoflar -bu arada Sofistler- gerçekliği belli bir madde varlığı olan şeyler olarak düşünürken, Platon maddi olmayan formlar ya da ideaları asıl gerçeklik olarak göstermişlerdir." Mumcuoğlu, Saygılı, Zabunoğlu, s.72.

⁶³ Platon, 2010, 514a, s. 231.

⁶⁴ "Mağara insanını hatırla şimdi. Zincirlerinden kurtulmuş, gölgelerinden kuklalara ve ışığa dönüyor; sonra da dışarı, gün ışığına çıkıyor. Orda da henüz canlıları, bitkileri değil, onların sudaki yansılarını, gerçek varlıkların gölgelerini görmektedir. Daha önce gördükleriyse, güneşin bir benzeri olan bir ışığın yarattığı gölgelerdi sadece." Platon, 2010, 517b, s. 254.

⁶⁵ Platon, 2010, s. 234-235.

Kavranabilen ama görülemeyen ideallara⁶⁶ erişmek ise en yüksek iyiye, mutluluğa götürür. Bu nedenle ideal devlet tasavvurunu ortaya koymaya çalışan Platon'un siyaset felsefesinde, İdealar Teorisi oldukça önemlidir. Popper, idealar teorisinin Platon'un felsefesinde en azından birbirinden farklı üç ayrı görevi olduğunu ifade eder:

*"(1) Çok önemli bir metodolojik araçtır, çünkü salt bilimsel bilgiyi ve hatta, doğrudan doğruya hakkında bilgi edinemeyeceğimiz (yalnızca kanı sahibi olabileceğimiz), değişen şeyler dünyasına uygulanabilecek bilgiyi olanaklı kılar. Böylelikle, değişen bir toplumun sorunlarını araştırmak ve siyaset bilimi kurmak olanaklı olmaktadır. (2) Son derece gereksinim duyulan çürüme ve değişim teorisine, yani bir türeme ve bozulma teorisine ve özellikle tarihe ipucu vermektedir. (3) Toplumsal alanda, bir çeşit toplumsal yapıcılık için yolu açmakta ve toplumsal değişimi durdurma araçları yapmayı olanaklı kılmaktadır; çünkü, bir devletin Form ya da İdeasına çürümeyecek kadar yakından benzeyen bir "yetkin devlet" kurmayı düşündürmektedir."*⁶⁷

2. Platon'un Devletin Kökenine Dair İleri Sürdüğü Fikirler ve 'Metaller Mitosu'

Platon'un ideal devlet tasavvuruna ilişkin düşüncelerini Platon'un benimsediği biyolojik teoriden ayırmak mümkün değildir. Organizmacı teori olarak da ifade edilen biyolojik teori Platon'un insan ve devlet anlayışına teorik dayanak sağlamaktadır.⁶⁸ Organizmacı teori, devlet ile insan organizmasını eşleştirerek devletin kökenine dair açıklamalarda bulunmaktadır. Bu teoriye göre yaşayan bir organizma olarak görülen devlet, tıpkı insan gibi kendiliğinden doğar, büyür ve ölür. İnsan organizmasıyla benzer görülen devletin de insanlar gibi kendisini var eden, yaşamasını, büyümesini, gelişmesini sağlayan birtakım organları bulunmaktadır. İnsan organlarıyla eşdeğerde olan bu organlar, devletin işlevlerini yerine getirerek hayatta kalmasını sağlarlar. Örneğin insanı yöneten beyin, devletin de yöneticisi konumundadır.

Organizmacı teorinin en bilinen savunucularından Platon, devleti canlı bir organizma olarak kabul ederek, devlet denen organizmanın sağlıklı bir şekilde yaşayabilmesi için çeşitli organlara ihtiyacı olduğunu belirtmiştir.⁶⁹ Bu organlar yönetici sınıfı, savaşçılar sınıfı ve üretici sınıfıdır. Bu organlar içerisindeki hücreler konumunda yer alan "yurttaş" ise ancak organın gerektirdiği, üstlerine düşen belirli fonksiyonları yerine getirdikleri zaman anlam ve değer kazanırlar. Organizmacı teori bağlamında insan vücudunda bir hücrenin önemi, anlamı ve değeri ne ise yurttaşın devlet denen organizma içerisindeki önemi, değeri ve anlamı odur.⁷⁰

Platon'a göre insanların tek tek yaşamaktan vazgeçip, toplu yaşamaya ihtiyaç duymalarının, toplumu yaratmalarının sebebi; insanların başkalarını gereksinmeleridir.⁷¹ Bu nedenle Platon toplumu yaratanın 'iş bölümü' olduğunu düşünmektedir.⁷² Platon tarafından

⁶⁶ Platon, 2010, 507c, s. 223.

⁶⁷ Popper, s. 57-58.

⁶⁸ Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, 2015, s. 40.

⁶⁹ Göze, s. 21.

⁷⁰ Platon, 2010, 520a, s. 237.

⁷¹ Platon, 2010, 369b, s. 54.

⁷² Şenel, Alaeddin. *Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve*

vurgulanan uzmanlaşma ve işbölümü, demokrasideki herkesin her işi yapabilme özgürlüğünün yarattığı kaosa yönelik geliştirdiği bir alternatif olarak okunabilecektir.⁷³ İnsanların yaratılış gereği farklı işlere eğilimli olduklarını, sadece belli görevleri yerine getirebileceklerini belirten Platon, ideal devletini katmanlara bölmüştür. Devletin kökenine dair benimsediği organizmacı teoriyle doğrudan ilişkili olarak insanları mayaları gereği yumuşak bir kast sistemi içerisinde kategorize eden Platon, bir çeşit Fenike masalı olarak ifade ettiği⁷⁴ ‘metaller mitos’u olarak adlandırılan⁷⁵ hikayesine toplumu inandırmak istemiştir:

“Bu toplumun birer parçası olan sizler, diyeceğim, birbirinizin kardeşisiniz. Ama sizi yaratan Tanrı, aranızdan önder olarak yarattıklarınızın mayasına altın katmıştır. Onlar bunun için baş tacı olurlar. Yardımcı olarak yarattıklarının mayasına gümüş, çiftçiler ve öbür işçilerin mayasına da demir ve tunç katmıştır. Aramızda bir hamur birliği olduğuna göre, sizden doğan çocuklar da herhalde size benzeceklerdir. Ama arada bir altından gümüş, gümüşten de altın doğduğu olabilir. Bunun için Tanrı, her şeyden önce önderlere, doğan çocuklara iyi bekçilik etmelerini, içlerine bu madenlerden hangilerinin katılmış olduğunu dikkatle araştırmalarını buyurmuştur. Kendi çocuklarını tunçla ya da demirle katışık doğmuşlarsa hiç acımayıp, hamurlarına uygun işlere koyacak onları çiftçi ya da işçi yapacak. Çiftçi ve işçi çocukları arasından mayaları altın ve gümüşle katışık doğanlar olursa, onları gözetecek, kimini önderliğe kimini bekçiliğe yükseltecek, çünkü mayasında demir, ya da tunç katışık olanların önderlik edeceği gün şehrin yok olacağını Tanrı buyurmuştur” şimdi, sen yurttaşları bu masala inandırmanın bir yolunu bulabilir misin?”⁷⁶

İdeal Devlet’in kuruluşunda insanların onun önerdiği filozoflar, bekçiler, işçiler ya da yöneticiler, koruyucular, besleyiciler hiyerarşisine itaat etmelerini sağlamak için yurttaşlara her zamanki gibi Sokrates’i konuşturarak bir masal anlatan, bu masala inanmalarını bekleyen Platon, bunun ‘yararlı bir yalan’ olduğunu belirtmiştir.⁷⁷ Bu yararlı yalan ile Platon, tıpkı devletin kendinde olduğu gibi, devleti oluşturan insanlar arasında da sert bir görev ayrılığı sistemi oluşturmuştur.⁷⁸ Bununla da kalmamış söz konusu mitos, insanların mayası gereği var olduğuna inandırmak istemiştir.⁷⁹ İnsanları aynı topraktan doğdukları için benzer, fakat farklı metallerden meydana geldikleri için farklı gören alternatif bir mitin ya da Abramson’un deyişiyle “soylu bir yalan”ın üzerine⁸⁰ Devlet’ini inşa etmeyi amaçlayan Platon, Şenel’in ifade ettiği üzere toplumdaki işbölümüne uygun olarak doğuştan kalıtımsal farklılıklara dayandığı

Siyasal Düşünüş, Bilim ve Sanat Yayınları, 2017, s. 157.

⁷³ Sabır, s. 652.

⁷⁴ Platon, 2010, 414c, s. 110.

⁷⁵ Yıldız, Hasan. “Çağdaş Totalitarizm Platon’a Dayandırılabilir mi?, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (14), 2006, s. 36 vd.

⁷⁶ Platon, 2010, 415a, s. 111.

⁷⁷ Özü sözü bir olmayı, bile bile yalan söylemekten kaçınmayı, yalandan tiksiniş doğruyu sevmeyi öğütleyen Platon, ideal devleti için faydalı olan yalanların söylenmesini destekler. Platon, 2010, 485c, s. 194.

⁷⁸ Yıldız, s. 37.

⁷⁹ “Kendilerini nasıl inandırırız bilmem, ama oğullarını, torunlarını inandırmanın bir yolu bulunabilir... Ne demek istediğini anlıyorum, ama bu kadarı bile onların devlete de, birbirlerine de daha yakından bağlanmalarını sağlar. Biz masalımızı söyleyip, yayılmasını kendi kaderine bırakalım. Toprağın çocuklarını silahlandırıp önderlerinin buyruğunda yürütelim. Şehre gelip oturacakları yeri seçsinler. Burası öyle bir yer olsun ki, oradan kanunlara karşı gelen yurttaşlarını dizginleyebilsinler...” Platon, 2010, 415d, s. 111-112.

⁸⁰ Abramson, s. 79.

katmanlı toplumu tasarlamayı amaçlamıştır.⁸¹ Bu sayede yarı kast sistemini⁸² kuran Platon, bütün değişimi durdurarak totalitarizmin izlerini taşıyan ideal devletine temel oluşturmuştur.

B. İdealize Edilen Devlette Yer Alan Totaliter Ögeler

İnsanları mutlu edecek ideal devletini tasavvur ederken Platon, herkesin söz hakkına sahip olduğu eşitlikçi demokratik sistemlerin kaosundan uzaklaşmaya çalışmış ve insanlara eşitsizlik üzerine kurduğu son derece baskıcı bir siyasal düzen hazırlamıştır.⁸³ Platonun idealize ettiği devletinde öngördüğü sistem, kapalı bir yapıya, kasta benzer bir sisteme, insanlar arası eşitsizlik kuralına dayalı bir sistemdir. İnsan sayılma ayrıcalığına sahip olanlar sadece yurttaşlardır.⁸⁴ Başka bir deyişle, insanlar arası doğal eşitsizlik savunulmaktadır.⁸⁵ Toplumun bozulması, mükemmel devletin yıkılması da kastlar arası eşitsizliğin korunamamasının, bozulmasının sonucudur.⁸⁶

Popper, ideal bir devlet yaratmak ve idealize ettiği devletin devamlılığını sağlamak konusunda Platon'un formülünü şu şekilde ifade eder: 'her türlü siyasal değişimi durdur' ve 'doğaya dön'.⁸⁷ Buna göre, kendi form ya da ideasına en uygun devlet ideal devlettir. Aynı zamanda doğaya, doğasına, insan doğasına en yakın olan istikrarlı ilkel devlete dönüş, bilge azınlığın bilgisiz çokluk üstündeki doğal sınıf hükümlerliğini benimseyen devlete dönüş idealize edilen devlete de dönüş demektir.⁸⁸

Bu bağlamda Platon, idealize ettiği devlete kavuşabilmek için kusursuz bir sistem tasarlamaya çalışmıştır. Platon'un amacı şimdiki kontrol altına almak değil, aynı zamanda geçmişi yok etmek ve geleceği tasarlamaktır. Geçmiş ifade eden toplumsal hafıza silinip, ideali yaratmaya yönelik ortak çıkarlar dikkate alınarak yeni bir hafıza yaratmalı ve geleceği sadece ortak amacın varlığı ve sürekliliği için kurgulamalıdır. Böylece *Devlet*, Jeffrey Abramson'un deyişiyle, yönetenlerin, kendi felsefi bilgilerini, kendileri açısından neyin iyi olduğunu bilme yeterliliğinden yoksun kişilerin yararına kullandıkları ütöpik bir devletin incelikli inşası yoluyla kendi doğruluk kuramına erişecektir.⁸⁹

Platon bir düzen kurmanın ve kurulan düzenin bozulmamasının en temel yönteminin o

⁸¹ Şenel, s. 158.

⁸² Platon, kalıtsal farklılıklara dayandığı katmanlı toplum yapısını, akıllıdan akıllı, güçlüden güçlü çocukların doğacağını söylediği bir "ırk öğretisi" yardımıyla savunmaktadır: "İdeal devletin katmanları, aralarında pek küçük bir geçişkenliğin bulunacağı bir yarı kast düzeni şeklinde sunulmaktadır: Altından altın, gümüşten gümüş mayalı doğarsa da, arada bir karışma olabilir. Altından tunç, tunçtan, demirden altın mayalı çocukların doğduğu görülebilir. Görülürse onların mayalarına uygun yerlere yerleştirilmelerini öğütler. Ama bu konuda halka, "mayasına demir ya da tunç karışık olanların önderlik edeceği gün kentin yok olacağını tanrı buyurmuştur" denecektir." Şenel, s. 158; Platon, 2010, 415a, s. 111. Carter, s. 169. Bununla beraber Platon Devlet'in bir başka yerinde "bu üç sınıfın birbirine karışması, görevlerini değiştirmesi"nin "devlete karşı işlenen en büyük suç" olduğunu ifade eder. Platon, 2010, 434b, s. 133.

⁸³ Göze, s. 39 vd.

⁸⁴ Göze, s. 40.

⁸⁵ Göze, s. 40.

⁸⁶ Göze, s. 40.

⁸⁷ Popper, s. 107.

⁸⁸ Popper, s. 107.

⁸⁹ Abramson, Jeffrey. *Minevra'nın Baykuşu: Batı Siyasi Düşünce Tarihi*, çev. İbrahim Yıldız, 4. Baskı, Ankara, Dipnot Yayınları, 2022, s. 67.

düzene tabi olanlara faydalı bir eğitim vermekten geçtiğine inanmaktadır. İyi bir eğitimin amacı Platon’a göre, kurulu düzeni korumanın yanında mutluluğu sağlamak, toplumdaki farklılık, değişiklik taleplerini, sınıfsal kast sisteminin bozulmasını ve devletteki çürümeyi önlemektir.⁹⁰

Platon tarafından “*ruhun bütün gücünü ‘iyi’den yana çevirme ve bunun için en kolay, en şaşmaz yolu bulma sanatı*”⁹¹ olarak tanımlanan eğitim, ideal devleti oluşturma için en temel araçtır. Geçmişe ait toplumsal hafızayı bütünüyle silip, insanların hayattan, dinden, tarihten, gelenekten aktarılan tüm sosyal sermaye birikimlerini yok ederek yeni bir toplumsal hafıza oluşturmaya amaçlayan eğitim, Sakman’ın deyişiyle “*koyultulmuş ve sürekli bir seferberlik hali*”dir.⁹² İdealize ettiği devletini ayakta tutacak şeyin “*tek tip ve yekpare bir toplum yaratmak*” olduğunun farkında olan Platon, “*en iyi düzene varmak isteyen devlette herkes için ortak*”⁹³ yurttaşlık eğitim programını birer propagandaya dönüştürmüştür.⁹⁴

Birkaç aşamadan oluşan eğitim, söz sanatlarını da içeren müzik eğitimiyle başlar.⁹⁵ Çocuklara odalarında okunan ilk hikayelerle başlatılan⁹⁶ bu eğitimde güzel söz eğitimi gerçeğe uygun olan sözler ve uydurma sözlerden ibarettir.⁹⁷ Çocuklara anlatılan masalları da eğitimin bir aşaması olarak gören Platon, her masalın değil, “*ileride edinmelerini istedikleri düşüncelere uygun*” masalların anlatılması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁸:

*“İnsanların birbirlerinden durup dururken nefret etmelerinin ayıp olduğuna, şehrimiz bekçilerinin inanmaları gerekiyorsa, Tanrıların Tanrılarla savaştıklarına, birbirlerine tuzak kurup boğuştuklarını söylememeli, gerçekten olmuş şeyler de değil bunlar. Daha da kötüsü, devletin savaş masallarının, Tanrılarla kahramanların yakınlarına, dostlarına, karşı sayısız ve çeşit çeşit düşmanlıklarının anlatılması. Biz, bekçilerimizi, bir şehirlinin bir şehirlie kin beslemediğine, nefretin, kinin günah olduğuna inandırmak istiyorsak, çocuklara daha küçükten bambaşka şeyler anlatmalıyız. Şairler de verilen öğütlere uygun masallar düzmeye zorlanmalı. Hera’nın oğlu tarafından zincire vurulduğunu, Hephaistos’un anasını dayaktan korumak isterken babasının eliyle gökten fırlatılmasını, Homeros’un Tanrılar savaşı diye anlattıklarını şehrimizde söylememeli. İstek açık ister gizli kapaklı olsun, bütün bu masallar uzak kalsın şehrimizden. Çünkü çocuk açığı, gizli kapaklıyı ayırt edemez. Bu yaşta duyduğumuz da akıldan çıkmaz, olduğu gibi kalır. İşte bunun için de çocukların ilk duydukları sözlerin, iyilik yolunu gösterecek güzel masallar olmasına önem vermeliyiz.”*⁹⁹

Masalların anlatılmasında Platon uydurma masalları, gerçeğe uygun olmayan ama idealize edilerek tasarlanan sisteme uygun olan sözlerin anlatılmasını da faydalı görmektedir.¹⁰⁰

⁹⁰ Sakman, Mücella. *Karl Popper’in Düşüncesinde Totalitarizm Eleştirisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 24.

⁹¹ Platon, 2010, 518d, s. 236.

⁹² Sakman, s. 25.

⁹³ Platon, 2010, 543a, s. 267.

⁹⁴ Sakman, s. 25-26.

⁹⁵ Platon, 2010, 377a, s. 65.

⁹⁶ Abramson, s. 67.

⁹⁷ Platon, 2010, 377a, s. 65.

⁹⁸ Platon, 2010, 377a, s. 66.

⁹⁹ Platon, 2010, 378c-d-e, s. 67-68.

¹⁰⁰ Bununla birlikte Platon, İlyada destanında var olan bazı anlatıları da beğenmeyerek, faydalı olmayan sözlerin

Bu noktada Platon, sistem için işlevsel, inancı sağlamlaştırıcı etkisi olan, gelenek oluşturmada yararlı gerçekdışı sözlere de yer vermektedir:

*"Tanrı haklıdır, iyi etmiştir, ceza görenler de bundan fayda etmiştir, demeli. Şaire ceza görenler bahtsızdır, buna sebep de Tanrıdır, dedirtmemeli. Şair, kötüler bahtsızdır, cezaya muhtaçtırlar, Tanrıdan gördükleri cezadan da faydalanmışlardır, derse zararı yok. Ama, iyi olan Tanrıyı başa gelen belanın sebebi sayarsa, ne yapıp geçmelidir bunun önüne. Şehrimizde iyi gelenekler olsun istiyorsak, genç ihtiyar kim olursa olsun, bu çeşit sözlerin düzenlisini de düzensizini de ne söylemeli, ne de iştihelidir. Çünkü bu çeşit sözler, ne dine uygun, ne yararlı, ne de ölçülüdür."*¹⁰¹

Müzik eğitimi gören insanın içi dışı birbirine uyan düzenli kişileri seveceğini, düzensiz insanları sevmeyeceğini belirten Platon¹⁰², eğitimde ikinci aşama olarak beden eğitimine geçer.¹⁰³ Platon'un beden eğitimi ile kastettiği 'savaşa hazırlayacak ölçülü, akıllıca' bir eğitimidir.¹⁰⁴ Devlet'te ortaya konulan çocukların beden eğitimine yönelik düşünceleri, Platon'un aristokratik kökeninden ayrı okumak mümkün değildir. Nitekim Atina'daki aristokratların sporu ve spor yarışmalarını -Olimpiyatları- önemseydiği, zenginliklerini ve konumlarını sergilemek için bu faaliyetleri ayrıcalıklı bir zemin olarak gördüğü bilinmektedir.¹⁰⁵

Eğitimin üçüncü aşaması ise felsefe eğitimidir. Gençlikte, çocuklukta yaşa uygun bir öğretim, felsefe verilmesini eğitim programına ekleyen Platon, üstünde asıl durulacak olanın gençlerin gelişen, erginliğe yaklaşan bedenleri olduğunu ifade eder. Platon *"bedenlerin felsefeye iyi bir hizmetçi olarak yetiştirilmesi ve yaş ilerleyip kafa olgunlaştıkça ona uygun çalışmaların artırılması"* gerektiğinin altını çizer.¹⁰⁶

Platon eğitim verilen herkesin aldanmak, düşüncesini değiştirmek ya da unutmaya karşı denetim altında tutulacağını, çocukluğundan itibaren gözetleneceğini de belirtmiştir:

*"Demek ki, demin söylediğim ilkeyi içlerinde taşıyan ve bu ilkeyi en iyi koruyanlar bizim bekçilerimiz olacak. Her fırsatta hem kendileri, hem de toplum için en iyi olanı bulup yapmayı ödev bilecekler. Bunun için de onları çocukluklarından bu yana gözetleyeceğiz. Onları, bu ilkeyi unutmalarına, ya da değiştirmelerine yol açabilecek durumlara sokacağız; hangilerinin, ödevlerini unuttıklarını, kolay kolay aldanmadıklarını görürsek onları seçeceğiz"*¹⁰⁷...* Büyülere kapılıp kapılmadıklarını da denetlemeliyiz. Nasıl genç tayları gürültü patırtı içinden geçirip ürkek olup olmadıklarını bakarlarsa, biz de onları korkunç durumlarla karşılaştırmalı, ya da tersine, insanı sürükleyen zevkler içine salıvermeli, altını ateşte sınar gibi sınamalıyız.*

anlatılmamasını da ister. Bkz. Platon, 2010, 383c, s. 74.

¹⁰¹Platon, 2010, 380b-c, s. 69-70.

¹⁰²Platon, 2010, 402d, s. 95. *"Çeşitlilik insanın içinde düzensizliğe, bedeninde bozukluğa yol açar. Oysaki müzikte sadelik, kişinin içine düzen, bedenine sağlık verir."* Platon, 2010, 404e, s. 98.

¹⁰³Platon, 2010, 403c, s. 96.

¹⁰⁴Platon, 2010, 404b, s. 97. Bununla birlikte Platon her iki eğitimin mutlaka birlikte olması gerektiğini ifade etmektedir. Platon, 2010, 410d, s. 105.

¹⁰⁵Sabır, s. 654.

¹⁰⁶Platon, 2010, 498c, s. 211.

¹⁰⁷Platon, 2010, 413d, s. 109.

Bakalım, bütün bu durumlarda büyülenecekler mi? Yoksa dayanıp tam bir bekçi olduğunu gösterecek, aldığı eğitime uyup ölçülü ve düzenli kalmasını, kısaca hem kendisi hem de devlet için en yararlı olmasını bekleyecek mi? İşte böyle çocukluğunda, delikanlılığında, olgun çağında bu denemelerden başarıyla çıkan devlet önderliğine getireceğiz. Onları ömürleri boyunca şanlı kılacağız. Öldükleri zaman da onlara anıtlar dikeceğiz; en büyük armağanları sunacağız onlara. Bu denemeleri başaramayanları da atacağız. İşte, Glaukon, önderlerin ve koruyucuların seçimleri kısaca böyle olacak.”¹⁰⁸

Yurttaşlarının nasıl yaşayacaklarına, ne yiyip ne içeceklerine, edinecekleri mal mülke, çocuk çoluk sahibi olmalarına¹⁰⁹, evlenme yasaklarına¹¹⁰, evlenmelerin nasıl yapılacağına ve bu evlenmelerden hangilerinin ‘toplum için yararlı olanların kutsal sayılacağına’, doğan çocukların beslenmeleri, iyi bir eğitim almaları ve iyi birer yurttaş olarak yetiştirilebilmeleri için kadın ve erkeklerden oluşturulan özel bir kurula bırakılacağına kadar her şeyi belirleyen¹¹¹ Platon, yurttaşlarla birlikte aileyi de dizayn etmiştir. İdealize edilen düzende kadınlar, çocuklar ve bütün eşyalar ortak olacaktır.¹¹² Böylece Platon’un, özel ve bireysel olan her şeyi kamusallaştırıp, her yerden ve her yoldan silmek için elinden geleni yaptığı ifade edilebilecektir.¹¹³

Platon bununla da kalmamış aile içindeki bireylere nasıl hitap edileceğine kadar kazuistik bir metotla her şeyi belirlemeye, sınırlandırmaya, düzenlemeye çalışmıştır:

“Yalnız bir erkek bir kadınla birleşti mi, yedinci, ya da onuncu aydan sonra doğan çocuğa erkek ise ‘oğlum’, kızsı ‘kızım’ diyecek. Çocuk da ona ‘baba’ diyecek. Bu çocuktan doğan çocuk ‘torun’ olacak. Kendisine ‘büyükbaba’ karısına da ‘büyükana’ diyecek. Bunlarla her türlü cinsel birleşmelerden kaçınacak. Bununla birlikte, kura öyle çıkmışsa, Pythia da hoş görürse, kanun, kız kardeşlerle erkek kardeşlerin birleşmesine izin verecek.”¹¹⁴

Kusursuz bir eğitim ve öğretimden her yönüyle değerli varlıklar çıkacağını ifade eden¹¹⁵ Platon, beden ve kafa eğitiminde kurulması planlanan ya da kurulan düzene aykırı hiçbir şeyi izin verilemeyeceğini belirtmiştir.¹¹⁶ Eğitim ile yarattığı katmanlı toplumu bir arada tutmak,

¹⁰⁸ Platon, 2010, 414a, s. 110.

¹⁰⁹ “Kadın yirmisinden kırkına kadar çocuk verecek devlete; erkekse yarısta en azgın olduğu çağı geçtikten sonra elli beşine kadar yapacak bu işi... Eğer bir kimse bu yaşların altında ve üstünde çocuk yapacak olursa onu dine ve devlete karşı bir suç işlemiş sayacağız. Bu üretme, devletin her evlenmede kadın ve erkek rahiplerle yaptığı kurban ve dua törenlerinden de yoksun kalmıştır. Oysaki bu törenler seçkin insanlardan hep daha seçkin çocuklar, yararlı insanlardan daha yararlı çocuklar doğması için yapılır bunun dışında kalan her üretme, karanlıkların ve korkunç bir azgınlığın işi sayılacak.” Platon, 2010, 461b, s. 165.

¹¹⁰ Platon, tasavvur ettiği ideal devletinde koruyucuların kendilerini bekleyen ailelerinin bulunmayacağını ifade ederek, evlenme yasağını gerekçelendirmektedir: “Olağanüstü bir psikolojik dönüşüm için takım ruhu şarttır, böylece bu gençler ülkelerini kendi aileleri olarak göreceklerdir. Böylesi bir dönüşüm, koruyucuların ailesi olduğu takdirde imkansız olacaktır. Aile söz konusu olduğunda kişinin kamunun iyiliği yerine kendi çocuklarının iyiliğini tercih etmesi kaçınılmazdır. Mesleğiyle ailesi arasında kalan bir koruyucu sürekli olarak birbiriyle çatışan yükümlülüklerle maruz kalacaktır.” Abramson, s. 74.

¹¹¹ Platon, 2010, 417a, s. 113; 453d, s.155; 458e, s. 162; 460c-d, s. 164.

¹¹² Platon, 2010, 543a, s. 267.

¹¹³ Popper, s. 121.

¹¹⁴ Platon, 2010, 461b, s. 166.

¹¹⁵ Platon, 2010, 424b, s. 120.

¹¹⁶ Platon, 2010, 424c, s. 121.

totaliter sistemine bir temel oluşturmak için Platon, modern ulus devlet inşasında öncelikle başvuru olan vatan, vatandaşlık gibi araçları da kullanmıştır:

*"Nasıl bir cüretle ve ne kelimelerle konuşacağım bilmem, ama önce önderleri ve yardımcıları, sonra da bütün şehri şuna inandırmaya çalışacağım; kısaca diyeceğim ki, 'Biz sizi bazı ilkelere göre yetiştirdik ya, bunlar bir çeşit rüyaydı. Gerçekte siz, silahlarınız, bütün eşyalarınızla birlikte yerin altında yetiştiniz, yoğrulduunuz. Toprak, bir ana gibi, iyice büyüttükten sonra yeryüzüne çıkardı sizi. Üstünde yetiştiginiz bu toprak, sizleri büyüten, emziren ananızdır. Ona saldıran olursa korumak boynunuzun borcudur. Yurttaşlarınız da aynı toprağın çocukları ve sizin kardeşlerinizdir.'"*¹¹⁷

Bununla beraber Platon, bir devlet dini yaratmak ve ideal devletini sağlamlaştırmak adına *"tapınakların kuruluşu, kurbanlar; büyük küçük Tanrılara, kahramanlara yapılan törenler; ölülerin gömülmesi saygı görmeleriyle ilgili kanunlar"*ın toplumun yaşama düzenini koruyan ilk kanunlar, en önemli, en güzel kanunlar olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁸ Platon, toplumsal birliği sağlamada sivil dinin en önemli araçlarından biri olan 'anıt mezarlar'dan da faydalanmıştır. Homeros'un dediği gibi kurbanlarda, şöenlerde kahramanlarımızı değerlerine göre kutlarken, yalnız övgü ve çelenklerle yetinmeyeceğini, onları başköşeye oturtacaklarını, bol et, bol şarap sunacaklarını, el üstünde tutacaklarını belirten Platon, öldüklerinde de bu 'uğurlu varlıklara' güzel mezarlar yaptıracaklarını ifade etmiştir.¹¹⁹

Platon totalitarizmin izlerini taşıyan ideal devlet tasavvurunu inşa ederken 'lider metaforu'ndan da faydalanmıştır. Tanrı'nın önderleri yaratırken mayasına altın kattığını ifade eden Platon, bu nedenle önderlerin *"baş tacı"* olduğunu ifade ederek söze başlar.¹²⁰ *"Erkek-kadın hiç kimsenin öndersiz kalmamasını"* *"ilkelerin en büyüğü"* olarak nitelendiren Platon, toprağın çocuklarını silahlandırıp önderlerin buyruğunda yürütüleceğini ifade etmiştir.¹²¹ Platon, devlet önderlerinin mutlaka filozof olması gerektiğini belirtir. Önderde devletin gücü ve aklın gücü birleşmedikçe ideal bir devletten bahsedilemeyeceğini ifade eden Platon, filozof kralın hükmettiği devlette herkesin yalnız kendi işini yapmasının gerekliliğinin bunun kesin bir kanunla sabit olmasının şart olduğunu vurgulamıştır. Aksi halde Platon'a göre devletin başı dertten kurtulmayacaktır. İnsanoğlu bunu mümkün kılmazsa Platon'a göre; *"tasarlanan devlet mümkün olduğu ölçüde bile doğamaz, kavuşamaz gün ışığına."*¹²²

Totaliter bir ideolojiyi benimseyen Platon'un devlet kanunlarının varlık amacının da salt toplumsal düzeni sağlamaktan öte olduğu ifade edilmiştir:

"Unutuyorsun ki, dostum, kanunların kaygısı birtakım yurttaşlara ötekilerden üstün bir mutluluk sağlamak değil, yurttaşları ya inandırarak, ya zorlayarak birleştirmek, her birine toplum içinde görebileceği iş payını aldirmek, böylece, bütün toplumu birden mutluluğa götürmektir. Devlet seçkin yurttaşlar yetiştirmeye uğraşıyorsa, bu onların keyiflerince yaşayıp,

¹¹⁷ Platon, 2010, 414e, s. 110-111.

¹¹⁸ Platon, 2010, 427a-b-c, s. 124.

¹¹⁹ Platon, 2010, 468e, 469b, s. 176.

¹²⁰ Platon, 2010, 415a, s. 111.

¹²¹ Platon, 2010, 415d, s. 111.

¹²² Platon, 2010, 473e, s. 182.

dileklerini yapmaları için değil, devlet düzenini sağlamlaştırmaya yardım etmeleri içindir.”¹²³

Kalıtımsal farklılıklara dayalı katmanlı toplumu dizayn ederken oluşturduğu yapay sınıflara dahil olan herkesin kendisine ait işi yapması gerektiğini ifade eden Platon, her insanın sistemin kendisine verdiği sabit olan işi iyi yapabileceğini¹²⁴, birden fazla işle aynı anda ilgilenmesi gerekirse işlerin hiçbirinde iyi olamayacağını ifade etmiştir.¹²⁵ Böylece kategorize edilen, sınıflandırılan, bir kalıba sokulanlar insanların standardın dışına adım atması engellenmekte, sistemin devamlılığı sağlanmaya çalışılmaktadır:

“Öyleyse, bekçilerimizin başka bütün işlerden sıyrılarak kendilerini sadece devlet işine vermeleri, ondan başka bir şeyle uğraşmamaları gerekir. Onlar başka hiçbir işin taklidini bile yapmayacaklardır. Yaparlarsa, bu taklit, kendi işlerinin gerektirdiği ve çocukluklarından beri özenecekleri yiğitlik, bilgelik, dini bütünlük gibi erdemlerin taklidi olmalıdır. Bunların dışında hiçbir kötü işi ne yapsınlar, ne de taklit etsinler. Çünkü taklit ede ede, sonunda taklit etikleri şeye de alışırlar. Bu alışkanlık da bedeni, konuşmayı, görüşleri değiştiren ikinci bir tabiat olur.”¹²⁶

Tüm yönetimlerin kendi kanunlarını, kendi sistemlerini oluşturacağı düşüncesinde olan Platon, doğrunun yönetenin işine gelen olduğunu ifade etmiş ve yöneticinin, güçlünün işine gelen, ‘doğru’, ideal devletini tasarlamak için uğraş vermiştir:

“Her yönetim, kanunları işine geldiği gibi koyar. Demokratlık demokratlığa uygun kanunlar, zorbalık zorbalığa uygun kanunlar, ötekiler de öyle. Bu kanunları koyarken kendi işlerine gelen şeylerin, yönetilenler için de doğru doğru olduğunu söylerler, kendi işlerine gelenlerden ayrılanları da, kanuna, doğruluğa aykırı diye cezalandırırlar... doğruluk her yerde birdir: yönetenin işine gelendir. Güç de yönetende olduğuna göre, düşünmesini bilen bundan şu sonuca varır: Doğruluk güçlüünün işine gelendir.”¹²⁷

Gerçekleşmesi ne kadar zor olsa da, idealize ettiği devlete dair tasarısının gerçekleşmesinin imkansız olmadığını belirten Platon, gerçekleşmesi mümkün olursa bunun devlet sistemleri içerisinde en iyisi olacağını ifade etmiştir.¹²⁸ İdeale ulaşmak uğruna devletin çıkarlarının her şeyden üstün tutulduğu, yurttaşların doğumlarından itibaren tek bir ideoloji altında ortak bir eğitimden geçirilerek yetiştirildiği, toplumsal düzeninin sağlanması için Platon’un insanın içinde saklı olduğunu kabul ettiği ‘maya’larına uygun olarak tasniflendiği, katmanlı bir toplum yaratılarak düzenin sağlandığı, herkesin kendine verilen işi en iyi şekilde yaptığı, hiç kimsenin sınırları aşmadığı, düzenin sağlandığı, sınırsızlığın, fazla özgürlüğün¹²⁹, saygısızlığın dışlandığı devlet Platon’un ideal devletidir.

¹²³ Platon, 2010, 520a, s. 237.

¹²⁴ Platon, 2010, 397e, s. 89.

¹²⁵ Platon, 2010, 394e, s. 85.

¹²⁶ Platon, 2010, 395c, s. 86.

¹²⁷ Platon, 2010, s. 17-18.

¹²⁸ Platon, 2010, 502c, s. 216.

¹²⁹ Platon devlet yönetimleri içerisinde “demokrasi”yi “doymak bilmeyen, başka değerleri küçümseyen özgürlük isteği”nden ötürü yıkılmaya mahkum olan bozuk yönetimler içerisinde saymıştır. Platon, 2010, 562c, s. 292.

SONUÇ

Machiavelli'den Bodin'e, Bodin'den sosyal sözleşmeciler Hobbes, Locke ve Rousseau'ya ve adını zikredemediğimiz diğer tüm devlet teorisyenlerinde olduğu gibi Platon da yaşadığı dönemin kaotik yapısından etkilenerek devlet teorisi alanına önemli bir eser bırakmıştır. İdeal devlet tasavvurunu ortaya koyduğu Devlet'i, Platon'u fazlasıyla etkileyen hocası Sokrates'in ölümünden ayrı okumanın imkanı yoktur. Platon, Sokrates'i idam ettiren sistemi karşısına alarak, O'nu öldüremeyecek bir sistem kurmaya çalışmıştır. Bu doğrultuda herkesin özgür olduğu, yurttaşların serbestçe konuştuğu, dilediklerini yaptığı, görünüşte "türlü renklere boyanmış bir kaftan gibi", birbirinden farklı insanları bir araya getiren, göze hoş gelen demokrasiyi bozuk yönetim ilan ederek bunun tam tersi bir yönetimi oluşturmaya çalışmıştır.¹³⁰

Atina'nın içinde bulunduğu kaostan sorumlusu olarak saygısızlık, yüzüstlük, kargaşa, israf ve serseriliğin baş tacı olduğu demokrasiyi¹³¹ gören Platon, bu sistemden kurtulmak için mutlak bir düzenin egemen olduğu bir sistem tasarlama yoluna gitmiştir. İdeal devlet düzenini tasarlamak, mağaranın ardını görmek, ideale erişmek elbette kolay olmamıştır. Değişimi durdurmak, tam bir düzen tasarlamak için Platon, kalıtsal farklılıklara dayanan katmanlı bir toplum yapısı oluşturmuştur. Herkesin mayası gereği doğuştan farklı sınıflara dahil edildiği bu sistem, kast sistemini çağrıştırmaktadır. Sınıflar arası geçişin mümkün olmakla birlikte, çok da uygun görülmediği söz konusu yapıda, ideal bir devlete erişebilmek için sınıflara dahil olan herkesin iş bölümü esasları çerçevesinde, kaosa imkan vermeyecek ölçüde, kendi sınıfına ait olan işi yapması teşvik edilmiş, sınıflar arası birleşmeler yasaklanmış, bu birleşmelerden doğan çocuklar sisteme dahil edilmemiştir.

Platon, Devlet ile ortaya koyduğu devlet modeli ile totaliter, otoriter, faşist ve kimi zaman, zamana göre bazı demokratik öğelere yer veren bir sistem kurgulamıştır. Onu bu modellerden biri ile kategorize etmek ve doğrudan o modelle adlandırmak pek mümkün değildir.¹³² Bununla birlikte Platon'un idealize ettiği devlet modelinin büyük oranda totaliter öğeler barındırdığını söylemek de yanlış olmayacaktır. Ağırlıklı olarak totaliter öğeler içeren ideal devlet modeline erişebilmek için bir insan doğası kurgulayan Platon, bireyleri bu kurguya adapte edebilmek, uyumlaştırmak için çeşitli meşruiyet araçlarından faydalanmıştır. Eğitimden dine pek çok alanda ortaya koyduğu sıkı kurallar vasıtasıyla sosyal hayatı, boşluk bırakmaksızın, baştan sona dizayn etmiştir. Ortak bir bilinç oluşturmaya çalışan Platon, kolektivitelerin sağlanması, birliğin ve istikrarın korunmasını önemsemiştir.¹³³ Kullandığı totaliter öğelerle sınırları belirlenmiş, uyumlaştırılmış, homojenize edilmiş, görev ve disiplin ayrılıkları keskinleştirilmiş bir sistem tasarlayan Platon, yarattığı 'kapalı toplum'uyla¹³⁴ totaliter sistemin ilk izlerini gözler önüne sermiştir.

¹³⁰ Platon, 2010, 557b-c-d, s. 285.

¹³¹ Platon, 2010, 561a, s. 290.

¹³² Sabır, s. 660.

¹³³ Akgün, Sibel. "Karl Popper'ın Tarih, Toplum ve Siyaset Felsefesi Üzerine Görüşleri", *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S.7, 2009, s. 66.

¹³⁴ Popper, s. 124.

KAYNAKÇA

- Abramson J. *Minerva'nın Baykuşu: Batı Siyasi Düşünce Tarihi*, çev. İbrahim Yıldız, 4. Baskı, Dipnot Yayınları, 2022.
- Akgün, Sibel. "Karl Popper'in Tarih, Toplum ve Siyaset Felsefesi Üzerine Görüşleri", *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, (7), 2009, s. 59-76.
- Arendt, Hannah. *Kötülüğün Sıradanlığı*, çev. Özge Çelik, 2. Baskı, Metis Yayıncılık, 2021.
- Arendt, Hannah. *Totalitarizmin Kaynakları/3: Totalitarizm*, çev. İsmail Serin, 4. Baskı, İletişim Yayınları, 2021.
- Aristotle. *Politics*, Translated by H. Rackham, Harvard University Press, Cambridge, 1959.
- Arseni, Alexander/Pozneavoca, Veronica. "Democracy vs Totalitarianism in the Political Philosophy", *Culture and History*, C.1, S.2, 2021, s. 1-20.
- Baehr, Peter. "Totalitarianism", Maryanne Cline Harawitz (ed.), *New Dictionary of the History*, Charles Scribner's Sons, 2005.
- Barber Benjamin R. "Conceptional Foundations of Totalitarianism", Carl J. Friedrich, Michel Curtis ve Benjamin R. Barber (eds.), *Totalitarizm in Perspective: Three Views*, Pall Mall Press, 1969.
- Bauman, Zygmunt. *Modernlik ve Müphemlik*, çev. Süha Sertabiboğlu, 4. Baskı, Alfa Yayınları, 2020.
- Brown, Lesley. "How Totalitarian is Plato's Regime?", Erik Nis Ostenfeld (ed.), *Essays on Plato's Republic*, Aarhus University Press, 1998, s. 13-27.
- Carter Bryum E. "Plato and Totalitarianism: A Comment Upon Basic Issues", *Social Science*, 30(3), 1995, s. 167-173.
- Cartledge, Paul. *Sparta and Lakonia: A Regional History 1300 to 362 BC*, 2nd Edition, London&New York: Routledge, 2002.
- Curtis, Michael. *Totalitarianism*, 3th Edition, Transaction Books, 1987.
- Çetin, Halis. "Totalitarizm: İdeolojik Kökenleri ve Toplumsal İnşa Araçları", *C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi*, C.26, S.1, 2002, s. 15-43.
- Değirmencioğlu, Burcu. "Amerika Birleşik Devletleri'nin Uluslaşma Sürecinde J. J. Rousseau'nun Sivil Din Önerisinin Hayata Geçirilmesi", *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, S.2, 2019, s. 2003-2031.
- Değirmencioğlu, Burcu. *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Adalet Yayınevi, 2022.

- Düzce, Mesut. "Sivil Din ve Politik Din Kavramlarına Teorik Bir Bakış", *Bilimname*, S. 41, 2020, s. 385-411.
- Eyüboğlu, Selahattin; Cimcoz, M.Ali. "Önsöz", içinde (s.v-xix) Platon. *Devlet*, çev. Selahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, 20.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.
- Franck, Matthew J. "Brave 'New World', Plato's 'Republic' and Our Scientific Regime", *The New Atlantis*, S. 40, 2013, s. 73-88.
- Friedrich C. J. Brzezinski Z. K., *Totaliter Diktatörlük ve Otokrasi*, çev. Oğuz Onaran, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, 1964.
- Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 15.Bası, Beta Yayıncılık, 2015.
- Heywood, Andrew. *Siyaset*, çev. Bekir Berat Özipek, 14. Bası, Liberte Yayınevi, 2014.
- Hitler, Adolf. *Kavgam*, çev. Korhan Göktuğ, Panama Yayıncılık, 2020.
- Mumcuoğlu, Maksut/ Saygılı, Abdurrahman/ Zabunoğlu, Hamdi Gökçe. *Devletin Genel Kuramı: Antik Yunan*, 2. Cilt, Haz. Abdurrahman Saygılı, Hamdi Gökçe Zabunoğlu, Yetkin Yayınları, 2022.
- Murley, Clyde. "Plato's 'Republic', Totalitarian or Democratic?", *The Classical Journal*, C. 36, S. 7, 1941, s. 413-420.
- Platon. *Devlet Adamı*, çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, 3.Baskı, İstanbul, 2014.
- Platon. *Devlet*, çev. Selahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, 20. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.
- Platon. *Yasalar*, çev. Furkan Akderin, Say Yayınları, İstanbul, 2021.
- Plutarch. *On Sparta*, Translated by Richard J. A. Talbert, Penguin Books, New York, 2005.
- Pomeroy, Sarah B. *Antik Yunan'ın Kısa Tarihi: Siyaset, Toplum ve Kültür*, çev. Oğuz Yarlığaş, 2.Basım, Alfa Yayıncılık, 2020.
- Popper, Karl. *Açık Toplum ve Düşmanları*, çev. Mete Tunçay, 8. Bası., Liberte Yayınevi, 2021.
- Roskin, Michael G./Cord, Robert L./Medeiros, James A./Jones, Walter S. *Siyaset Bilimi: Bir Giriş*, çev. Atilla Yayla, Adres Yayınları, 2012.
- Sabır, Güler Seveli, "Platon'un Devlet'ini Bir Siyasal Program Olarak Okuma Girişimi", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.60, 2021, s. 633-665.
- Sakman, Mücella. "İdeolojik Hegemonya İçerisinde Örgütlenen Siyasal Bir Sistem Olarak Totalitarizm", *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.55, 2015, s. 117-126.

- Sakman, Mücella. *Karl Popper'in Düşüncesinde Totalitarizm Eleştirisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Sever, Merin. “Totalitarizmi Bugünden Bakarak Okumak”, *ArkaKapak*, <<https://arkakapak.babil.com/totalitarizmi-bugunden-bakarak-okumak/>> Erişim Tarihi: 24 Ağustos 2022.
- Simon, Blackburn. *Devlet ve Platon*, çev. Merve Yüksel ve Müzeyyen Baturay, Versus Kitap Yayınları, 2014.
- Strauss, Leo. *Platon'un Politik Felsefesi: Devlet*, çev. Özgüç Orhan, Pinhan Yayıncılık, 2019.
- Şenel, Alaeddin. *Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş*, Bilim ve Sanat Yayınları 2017.
- ‘Total’ (Online Etymology Dictionary) <https://www.etymonline.com/word/total#etymonline_v_15408> Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2022.
- ‘Totaliter’ (Nişanyan Sözlük) <<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/totalitaryanizm>> Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2022.
- Yakut, Ayşe/Buruldağ, Nalan. “Plutarkhos, Sparta ve Gnomik Yazın: Spartalı Kadınların Söylemleri (Lacaenarum Apophthegmata)”, *TAD*, C. 42, S. 74, 2023, s. 25-49.
- Yıldız, Hasan. “Çağdaş Totalitarizm Platon’a Dayandırılabilir mi?”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 14, 2006, s. 35-50.
- Yıldıztüran, Ilgın. “Toplumsal ilişkiler Ekseninde Güneş Ülkesi’ne Totalitarizm Işığında Bakış”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2009, s. 66-79.

5237 Sayılı TCK'da Nitelikli Hâllerin Şeriklere Geçiş Hususunda Bağlılık Kuralının Yeterliliği Tartışması

Yusuf KILIÇ ^{1*} 

¹Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı;
Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 22.06.2024

Kabul: 06.09.2024

Yayın: 02.12.2024

Anahtar Kelimeler:

İştirak hâlinde işlenen suçlar, Suça iştirak, Şeriklik, Nitelikli hâllerin geçişi, Bağlılık kuralı.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumlu tutulması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemesine göre, bağlılık kuralıyla mümkün olmaktadır. Bununla birlikte, Kanun'un 40'ıncı maddesinde yer alan bağlılık kuralı düzenlemesinde, nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi konusunda nasıl bir yol izleneceği açıkça belirtilmemiştir. Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Hükûmet Tasarısında, nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişini düzenleyen bir madde bulunmaktaydı. Ancak nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişiyle ilgili madde ilave etme fikrinin, bağlılık kuralının bilinmediği 19. yüzyıl hukuk zihniyetinin ürünü olduğu ifade edilerek tasarının ilgili hükmü kanunlaşmamıştır. Türk ceza hukuku öğretisinde, bağlılık kuralının nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi konusunda yeterliliği hakkında iki görüş bulunmaktadır. Birinci gruptaki yazarlara göre, bağlılık kuralının uygulanması, nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi konusunda bir soruna sebep olmamaktadır. Diğer gruptaki yazarlar ise bağlılık kuralının Kanun'da düzenlen mevcut şeklinin, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda adaletli bir sonuç doğurmadığını savunmaktadır. İkinci gruptaki yazarlar, nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda bir kanun boşluğu bulunduğunu ifade ederek bir an önce bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çalışmanın konusu, öğretilerdeki bahsi geçen tartışmaya yöneliktir. Bu bağlamda genel bilgilere yer verildikten sonra konuyla ilgili olarak iki gruba ayrılan yazarların görüşleri karşılaştırmalı olarak incelenerek tartışmaya esas olan konunun daha belirgin hâle getirilmesi amaçlanmıştır.

Discussion on the Sufficiency of the Rule of Dependency Regarding the Transition of Qualified Cases to the Accomplices in the TPC No. 5237

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 22.06.2023

Accepted: 06.09.2024

Published: 02.12.2024

Keywords:

Crimes committed in collaboration, participation in crime,

According to the regulation of the Turkish Penal Code No. 5237, it is possible to hold the accomplices responsible for the offences committed in the form of participation by the rule of dependency. However, the rule of dependency in Article 40 of the Code does not clearly specify the procedure to be followed regarding the transfer of qualified circumstances to accomplices. In the Government Draft of the Turkish Penal Code, there was an article regulating the transfer of qualified circumstances to accomplices. However, it was stated that the idea of adding an article on the transition of qualified circumstances to accomplices was a product of the 19th century legal mentality, when the



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Joint complicity,
Transition of qualified
cases, Rule of
dependency.

rule of dependency was unknown, and the relevant provision of the draft law was not enacted. In the Turkish criminal law doctrine, there are two views on the adequacy of the rule of dependency regarding the transfer of qualified circumstances to accomplices. According to the authors in the first group, the application of the rule of adherence does not cause a problem regarding the transfer of the qualified circumstances to the accomplices. On the other hand, the authors in the other group argue that the current form of the rule of dependency regulated in the Law does not lead to a fair result in terms of the transition of the qualified circumstances to the accomplices in crimes committed in the form of participation. The authors in the second group state that there is a gap in the law regarding the transfer of the qualified circumstances to the accomplices and that a regulation should be made as soon as possible. The subject of this study is orientated towards the aforementioned discussion in the doctrine. In this context, after providing general information, it is aimed to clarify the subject matter of the debate by comparatively analyzing the opinions of the authors divided into two groups on the subject.

To cite this article:

Kılıç, Y. (2024). “5237 Sayılı TCK’da Nitelikli Hâllerin Şeriklere Geçiş Hakkında Bağlılık Kuralının Yeterliliği Tartışması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 539-568. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.130>

***Sorumlu Yazar:** Yusuf Kılıç, yusuf.kilic@student.asbu.edu.tr

GİRİŞ

Çalışmanın odak noktasını, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın 40’ıncı maddesinde düzenlenmiş olan bağlılık kuralının, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterli olup olmadığı hususunda öğretide yer alan tartışma oluşturmaktadır. Bu sebeple birinci bölümde, faillik ve şeriklik hususlarında konuyla ilgili olduğu kadarıyla genel bilgiler verilecektir. Bağlılık kuralının ceza hukukunda dar faillik sistemini benimseyen bir sistemin ürünü olduğuna değinilecek olan ikinci bölümde ayrıca bağlılık kuralına ilişkin temel esaslardan bahsedilecektir. Çalışmanın üçüncü bölümü, suça etki eden sebeplerin tanımlanmasına, bu sebepler dolayısıyla suç ortaklarının ceza sorumluluğuna gidilmesi için gerekli şartların izahına ve öğretide tartışmaların merkezini oluşturup 765 sayılı mülga TCK’nın kabulüyle fiilî ve şahsi olmak üzere ikiye ayrıldığı ifade edilen nitelikli hâllerin izahına ayrılmıştır. Fiilî ve şahsi nedenlerin şeriklere geçişinin anlatılacağı dördüncü bölümde, fiilî ve şahsi nedenler kendi içinde ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin¹ geçişi konularına ayrılarak incelenecektir. Çalışma, TCK’da düzenlenen bağlılık

¹5237 sayılı TCK’da, kural olarak, “ağırlaştırıcı/ağırlatıcı sebep/neden” ve “hafifletici sebep/neden” kavramları kullanılmamıştır. Bu kavramlar daha ziyade klasik ceza hukuku anlayışı dolayısıyla 765 sayılı mülga TCK’nın anlayışına ve sistemine uygundur. 5237 sayılı TCK’nın anlayışına ve sistemine daha uygun olan ifade ise “nitelikli hâl” kavramıdır. Ancak istisnai olarak, 5237 sayılı TCK’nın 42’nci maddesinde “ağırlaştırıcı neden” ifadesine rastlanmaktadır. Çalışmanın devamında, çalışmanın yönelik olduğu tartışma hakkında öğretideki görüşleri net bir şekilde karşılaştırmak adına “ağırlaştırıcı/ağırlatıcı sebep/neden” ve “hafifletici sebep/neden” ifadeleri yer yer kullanılmıştır. Zira çalışmanın yöneldiği tartışma konusunda mülga TCK’da bu kavramlara istinat eden ayrımı esas alan bir kanuni düzenleme bulunması öğretideki görüşleri terminolojik manada da etkilediği için bu kullanımla daha sistematik bir inceleme yapabilmek mümkündür. Diğer yandan, istisnai olarak olsa bile 5237 sayılı TCK’da da “ağırlaştırıcı neden” ifadesine yer verilmiş olması, “ağırlaştırıcı/ağırlatıcı sebep/neden” ve “hafifletici sebep/neden” ayrımının en azından bütünüyle yabancı olmadığını göstermektedir.

kuralının iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçiş hususunda yeterliliği konusunda öğretilerdeki görüşlerin yer verildiği beşinci bölüm ve sonuç kısmında yapılan değerlendirmeye nihayete erecektir.

I. GENEL OLARAK FAİLLİK VE ŞERİKLİK

Kanunlarda yer alan suç tanımlarında genel olarak suçun bir kişi tarafından tek başına işlenmesi esas alınmaktadır.² Bunun yanında, suç olarak tanımlanan fiillerin birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilebildiği de görülmektedir. Kanunların suç olarak tanımladığı durumlarda, birden fazla kişinin birlikte hareket ettiklerinde burada suç olarak tanımlanan eyleme yapılan katkılar aynı önemde ve değerinde olmayabilir. Suç olarak tanımlanan fiile, bazı kişiler suç tipindeki davranışları tam olarak gerçekleştirmek suretiyle dahil olurken, bazı kişilerin suça katkıları tipik eylemlere varmayabilir. Bu durumda kanundaki suç tanımında yer alan tipik eylemi bizzat gerçekleştiren kişiler fail olarak değerlendirilirken tipik eylemi tam olarak karşılamasa bile davranışlarıyla tipik eyleme yol açanlar ve yönlendirenler ile tipik eyleme varmayan ancak haksızlık niteliği taşıyan davranışlarda bulunan kişiler, şerik olarak değerlendirilir.³ Bu kapsamda, bağlılık kuralına geçmeden önce hukuk sistemlerinin esas aldığı faillik anlayışlarına temas edilmelidir.

Suç oluşumunda tipikliğe nedensel katkıda bulunmuş olan herkesin “fail” olarak nitelendirildiği anlayışa *geniş faillik anlayışı* denir.⁴ Bununla beraber bu anlayış fail ve şerik ayrımının⁵ ne gibi esaslara göre yapılacağının net olmaması dolayısıyla eleştirilmektedir.

Dar faillik anlayışına göre, tipikliğin tüm unsurlarını gerçekleştiren kişi “fail” olarak adlandırılırken, tipikliği tam olarak karşılamayan katkıda bulunan kişiler ise “şerik” olarak adlandırılmaktadır.⁶ 5237 sayılı TCK'da dar faillik anlayışı benimsenmiştir. Buna göre, ilgili ceza normunu barındıran maddede yer alan tipe uygun şekilde hareket ederek maddede verilen

² Özgenç, İzzet. *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996, s. 19; Akbulut, Berrin. “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 168; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 596; Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 540.

³ Erem, Faruk. “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, s. 63. Faillik ve iştirak statülerinin Alman ceza hukukuyla karşılaştırması için bkz. Bacaksız, Pınar. “Türk Ceza Hukuku’nda Teşebbüs ve İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 26, 2014, s. 252; Aydın, Devrim. *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 23.

⁴ Demirel, Muhammed. *Suç İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 9.

⁵ “...Yasa koyucunun 37. maddenin 1. fıkrasındaki “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” ifadesiyle faillik kavramının kapsamını oldukça geniş tuttuğunu söyleyebiliriz. Bu durumda, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hakimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hakimiyet kurmak, birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, zımni veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkartılabileceğimiz netice, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirilebileceği yönünde olacaktır. Ancak, bu ifadede yardım etmenin sadece suçun işlenmesinden önce veya sonra mümkün olabileceği sonucunun da çıkartılmaması gerekir. Zira, yardım etme her aşamada mümkün olabilecektir fakat daha çok suçun işlenmesinden önceki ve sonraki hareketler yardım etme olarak değerlendirilebilecektir...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/1-232, K. 2009/2, T. 20.01.2009.

⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s. 58; Ekici Şahin, Meral. “İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, 2015, s. 645.

neticeye sebep olan kişi faildir. Bunun yanında, neticenin oluşması için belli bir nedensellik taşımasına rağmen tipiklik unsurunu tam manasıyla karşılamayan hareketlerde bulunan kişiler ise şeriktir.

Faillik sistemi hakkında genel bilgiler verildikten sonra “şeriklik” kavramı ve şeriklerin sorumluluklarına ilişkin geliştirilmiş teorilere değinilmelidir.

Şeriklerin suça olan katkıları ilgili suç tipine uymamasına rağmen cezalandırılmaktadır.⁷ Suçun işlenişinde etkin olan, ancak etkinliği, suçun kanuni tanımında yer verilen fiilin üzerinde hakimiyet kurmaya varamayan kişilere şerik denir⁸. Şeriklik, hukuka aykırı ve kasıtlı bir fiile faillik statüsü dışında katkıda bulunmak suretiyle hukuki değeri kasıtlı olarak ihlal eden ceza hukuku kişilik statüsüdür.⁹ Şeriklik statüsünde bulunan kişilerin cezalandırılması, suçun koruduğu hukuki değere dolaylı surette tecavüzde bulunmalarından ileri gelmektedir.¹⁰ Söz gelimi bir kişinin, isteği doğrultusunda istekte bulunanı öldürmesi örneğinde, mağdurun ölmemesi durumunda kendisini öldürmeye azmettirmesi dolayısıyla cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. Gerçekten, böyle bir örnekte saldırılan kişinin hayatı, “kendini öldürmenin cezasızlığından dolayı, öldürülmesini talep edene karşı ceza hukukuyla korunmamaktadır.”¹¹

Kusura iştirak teorisine göre, şerikler, faili kendi kusuruna bulaştırmaktan sorumlu tutulmaktadır. Bu teoriye göre şerik, failin kusurlu hâle gelmesi konusunda bir haksızlıkta bulunmuştur ve bu sebeple sorumlu tutulmaktadır. *Kusurun veya haksızlığın karışması teorisine göre*, şerikin sorumlu tutulmasının sebebi, kusurda veya haksızlıkta faile karışmasından ileri gelmektedir. Söz konusu teori, sınırlı bağlılık kuralıyla uyumlu olup, kanunda tarif edildiği şekilde şeriklik kapsamında değerlendirilebilecek bir katkının varlığını gerektirmektedir. *Sebebiyet verme (canlandırma) teorisine göre*, şeriklerin cezalandırılmasının sebebi, şerik desteğiyle failin neticeye sebebiyet vermesidir. Bu görüşe göre şerik, faildeki suç işleme kararını psikolojik canlandırması veya fiziki destekte bulunmak suretiyle netice üzerinde bir etkide bulunması dolayısıyla cezalandırılmaktadır. Şerikin hukuki ihlali, maddede yer alan ve suçun koruduğu hukuki yarar değil; maddede yer alan hukuki yararı ihlal eden faile etki etmesi olarak nitelendirilmektedir.¹²

⁷ Ekici Şahin, s. 646.

5237 sayılı TCK’da bağlılık kuralı şu şekilde yer almaktadır:

“**Madde 40-** (1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”

5237 sayılı kanundan önce 765 sayılı mülga TCK’da suça katılma kastı düzenlenmemiştir. 5237 sayılı TCK’da ise bu olgu bağlılık kuralının bir şartı olarak düzenlemeye yer almıştır. Bu olgunun 1930 İtalyan ceza kanununda da düzenlenmediği ancak İtalyan öğretisinde kabul edildiği hakkında bkz. Özen, Mustafa. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, s. 240.

⁸ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 482.

⁹ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 177.

¹⁰ Ekici Şahin, s. 646.

¹¹ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 177.

¹² Koca/Üzülmez, s. 482.

5237 sayılı TCK'nın sistematüğinde iştirak, faile verilecek cezanın artırılmasını gerektiren genel bir neden olarak görülmemektedir. Suçların birden fazla kişi tarafından işlenmesinin daha kolay olması, tek kişi tarafından işlenen suçla nazaran suç siyaseti açısından daha tehlikeli bir olgu olarak daha ağır bir suç olarak da düzenlenebilirdi. Ancak TCK'da, sadece sınırlı sayıda suçun iştirak hâlinde işlenmiş olması daha fazla bir ceza öngörülerek düzenlenmiştir.¹³

İştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin cezalandırılması konusunda birtakım sistemler bulunmaktadır. Bunlar; *eşitlik sistemi*, *ikilik sistemi* ve *cezanın faile göre tespiti* sistemidir.¹⁴ Tüm şeriklerin eşit olarak kabul ettiği sistem *eşitlik sistemi* olarak ifade edilirken, *ikilik sisteminde*¹⁵ fail ve yardım eden şeklinde bir ayırım yapılarak yardım eden suç ortağına daha az ceza öngörülmektedir. Bu sisteme göre sadece iştirak ettiği gerekçesiyle tüm suç ortaklarına aynı ceza verilmemekte, suç ortaklarının suçun işlenişine katkılarına ve suç üzerinde taşıdıkları öneme göre ceza sorumlulukları tespit edilmektedir.¹⁶

Fail ve şerik ayrımı yapılan sistemlerde suçla katkıları faillik boyutuna varmayanların haksızlık olarak nitelendirilebilen fiillerinden sorumlu tutulabilmeleri için bağlilık kuralı kullanılmaktadır. Bağlilık kuralıyla fail statüsünde bulunmayan kişilerin işlenen fiilden sorumlu tutulabilmeleri sağlanmaktadır.¹⁷ Faillik ve şeriklik hakkında gerekli bilgiler verildikten soran bağlilık kuralına ilişkin bazı temel esaslara değinilmelidir.

II. BAĞLILIK KURALI

A. Genel Olarak

Suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığı bizzat gerçekleştirmeyen suç ortakları, *azmettiren* ve *yardım eden* olarak ifade edilmektedir. Söz konusu kişilerin, failin haksızlığından sorumlu tutulabilmeleri bağlilık kuralıyla gerçekleşmektedir.¹⁸ TCK'da şeriklerin işlenen suçtan cezalandırılabilmesi, fail tarafından işlenen bir suçla bağlidir.¹⁹ Kısaca iştirakte bağlilık

¹³ Hakeri, Hakan. "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 1, 2006, s. 75.

¹⁴ Taşkın Kapusuzoğlu, Beril. *Suçla İştirakte Bağlilık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 95.

¹⁵ Hakeri, Türk Ceza Kanunu'nda bu sistemin benimsendiğini ifade etmektedir, bkz. Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*, s. 76. Özbek/Doğan/Bacaksız ise, 5237 sayılı TCK'nın asli-fer'i fail ayrımını görünüşte kaldırmasına rağmen cezanın faile göre belirlenmesi konusunda açık bir düzenleme getirmediğinden hareketle 5237 sayılı TCK'nın ikilik sisteminin cezanın faile göre göre belirlendiği bir şekilde karma bir sistem oluşturduğundan bahsetmektedir. Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 509.

¹⁶ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*, s. 76.

¹⁷ 5237 sayılı TCK'nın aksine eski 765 sayılı Ceza kanununda bağlilık kuralına yer verilmemiştir. 765 sayılı kanunda bağlilık kuralı gibi hukuki ve genel geçer bir usul bulunmasa da eski kanunun iştirak hâlinde işlenen suçlarda fail olmayan kişilerin cezalandırılması iştirak hâlinde işlenen suçlarla ilgili olarak suçun ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerinin ortaklara uygulanması konusunda hükümler bulunmaktaydı. Akbulut, *Bağlilık Kuralı*, s. 168; Savaşçı Temiz, Bilgehan. "İştirak Hükümleri Açısından Bağlilık Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 2489; Yeşil, Eyüp. "Kasten Öldürme Suçunda Bağlilık Kuralı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s. 96.

¹⁸ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 13.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 764.

¹⁹ "...Şeriklikte azmettirme ve yardım etme biçiminde iki farklı görünüş şekli vardır. Şeriklerin, gerçekleşen yasal tanıma uygun haksızlıktan ancak bağlilık kuralı vasıtasıyla sorumlu tutulmaları mümkündür..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/593, K. 2016/269, T. 24.05.2016.

kuralında “*faillik olmadan şeriklik olmaz*” anlayışı temel alınmıştır.²⁰ Failin, suç için şeriklerle yapılan anlaşmaya aykırı olarak, kararlaştırılmayan başka bir suçu işlemesi hâlinde şerikler bu suçtan cezalandırılmamaktadır. Böyle bir durumda iştirak türlerinden azmettirme ve yardım etme gibi şeriklerce gerçekleştirilen fiiller neticenin meydana gelmesi bakımından nedensel bir değer taşıyıcılar dahi cezalandırılabilir birer haksızlık olarak nitelendirilmemelidir.

Dar faillik anlayışının kabul edildiği ve özgü suçların yapılandırıldığı hukuk sistemlerinde şeriklerin cezalandırılması için hangi esaslara uyulacağı konusu bağlılık kuralı ekseninde çözümlenmektedir.²¹ Bağlılık kuralına göre şeriklerin suça katkıları başlı başına cezalandırılabilen davranışlar olarak görülmemektedir. Şeriklerin cezalandırılması, failin fiiline yaptıkları dolaylı katkı suretiyle ilgili suç tipinde korunan menfaati ihlal etmesi dolayısıyladır. Buna göre şeriklerin cezalandırılması, failin suç niteliği taşıyan fiili işlemesi hâlinde mümkündür. Aksi hâlde, yani failin suç işlemediği bir durumda, şeriklere de ceza verilmeyecektir.²²

Bağlılık kuralı, zaman içinde ceza hukukunda faillik anlayışının değişmesine paralel olarak suça fail dışında katılanlar olan şeriklerin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde geliştirilmiş bir sistemdir. Fail tarafından gerçekleştirilen suça çeşitli şekil ve derecede katkıda bulunmuş olan şerikler, bağlılık kuralıyla failin fiiline bağlanmakta ve bu fiilden sorumlu tutulmaktadır. Bu kapsamda bağlılık kuralı, şeriklerin cezalandırılmasının hukuki temelini oluşturmaktadır.²³

TCK’nın bağlılık kuralına ilişkin 40’ıncı maddesinin gerekçesinde bu kural, *çifte fonksiyonuyla* şu şekilde ifade edilmiştir.²⁴ “*Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hakimiyet kurmadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde gerçekleşen suçtan tutulabilmektedir.*”

1. Bağlılık Kuralı Türleri

Bağlılık kuralı, birtakım ayrımlara tabi tutularak incelenmektedir. Bunlar arasında, failin tipik eylemini şeriklerin sorulu tutulabilmesi için yeterli gören *asgari bağlılık kuralı* sisteminde, suçun diğer unsurlarının oluşması şart olarak aranmamaktadır.²⁵

*Aşırı bağlılık kuralı*nda, şeriklerin sorumluluğu için failin kusurlu olması şartı da ayrıca aranmaktadır. Bu kurala göre, kusurlu olmayan failin suç teşkil eden fiili dolayısıyla şerikler sorumlu tutulmamaktadır.²⁶

²⁰ Ekici Şahin, s. 647.

²¹ Ekici Şahin, s. 646.

²² Ekici Şahin, s. 647.

²³ Kaymaz, Seydi. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hâllerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2012, s.123.

²⁴ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 448 vd.

²⁵ Töngür, Ali Rıza, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 28, 2015, s. 240; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 96.

²⁶ Töngür, s. 240; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 98; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 764.

Katı bağlılık kuralında, failin, hukuka aykırı ve kasten gerçekleştirilmiş bir fiilin yanında kusurlu hareket etmiş olması da aranmaktadır. 1943 yılında yapılan bir değişikliğe kadar Alman ceza hukuku sisteminde bu anlayış hâkim olmuştur.²⁷

Sınırlı bağlılık kuralında, şeriklerin sorumluluğu için tipe uygun eylemin fail tarafından hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi yeterli görülmektedir.²⁸ Bunun yanında, failin kusurlu olması şeriklerin cezalandırılması için bir şart olarak kabul edilmez. Örneğin, fail, kendi kusurunu etkileyen, akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi bir nedenden dolayı cezalandırılmasa bile suça katkıda bulunan şerikler cezalandırılabilir.²⁹

TCK'nın bağlılık kuralını düzenlediği 40'ıncı maddesinde yer alan tanım, sınırlı bağlılık kuralına ilişkindir. Sınırlı bağlılık kuralı, TCK'nın 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasında “*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.*” şeklinde yer almaktadır. Kanun'da düzenlendiğine göre, şeriklerin cezalandırılabilmesi için, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin *kasten ve hukuka aykırı işlenmiş* olması aranmaktadır. Dolayısıyla failin taksirle hareket etmemesi gerekmektedir, aksi takdirde şerikler cezalandırılmayacaktır.³⁰ Ayrıca, failin eyleminin kasten gerçekleştirilmiş olmasının yanı sıra, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması da şeriklerin cezalandırılabilmesi için şarttır. Failin fiilinin kasten ve hukuka aykırı olmasının dışında ayrıca isnat edilebilir olması ise aranmamaktadır. Buna karşın, TCK'nın 40'ıncı maddesinin ikinci cümlesine göre, “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını engelleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” Tüm bu açıklamalar, *niteliksel bağlılık kuralı* olarak ifade edilmektedir.³¹

Bu açıklamalara ek olarak, TCK'nın benimsediği bağlılık kuralına göre şeriklerin sorumluluğuna gidilebilmesi için “*kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı*” yanı sıra “*ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması*”³² şartı da birlikte aranmaktadır.³³ Bu bağlamda, sınırlı bağlılık kuralı kapsamında fiilin tamamlanmış olmasının aranmaması ve fakat en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasının aranması, *niceliksel bağlılık kuralı* olarak ifade edilmektedir.³⁴

2. Bağlılık Kuralının Uygulanması

Cezalandırılabilen şeriklik statüsünü belirlemek için, öncelikle dar faillik kavramının

²⁷ 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanununda “*Suçta iştirak eden herkes, diğerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılır*” şeklinde yapılan düzenleme ile katı bağlılık kuralı sınırlandırılmıştır, Ekici Şahin, s. 647; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 764. 765 sayılı mülga TCK'da da katı bağlılık prensibi benimsenmişti, Demirbaş, 580.

²⁸ Kastan ve hukuka aykırı olmasının yanında fiilin, faile isnat edilebilir olması aranmamaktadır, Savaşçı Temiz, s. 2492; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 100; Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, 922.

²⁹ TCK'nın bağlılık kuralını düzenleyen 40'ıncı maddesinde “*Suçta iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*” şeklinde düzenleyerek sınırlı bağlılık kuralını kabul ettiğini beyan etmiştir, Ekici Şahin, s. 647.

³⁰ Ekici Şahin, s. 647.

³¹ Koca/Üzülmez, s. 486.

³² Maddede yer alan bu fıkra, niceliksel bağlılık kuralının bir ifadesidir. Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 646.

³³ Koca/Üzülmez, s. 486 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 765; Kaymaz, s. 123.

³⁴ Taşkın Kapusuzoğlu, s. 104; Koca/Üzülmez, s. 487.

üzerinde durulmalıdır. Dar faillik sisteminde fail, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişidir. Buna göre, suçun madde metninde yer alan tanımındaki katkıyı gerçekleştiren kişi cezalandırılabilir.³⁵ Suça katılan diğer kişilerin ihlal edilen suçun maddesi çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Failin dışında suça iştirak eden kişiler şerik statüsünde bulunurlar. Dar failliğin cari olduğu sistemlerde, failler şerik olmazlar; diğer bir ifadeyle bir kişi fail değilse sadece şerik olabilmektedir. Şeriklik kavramı azmettirmeyi ve yardım etmeyi de içine alan üst bir kavramdır. Ceza kanunlarında yer alan genel hükümler kısımlarında yer verilen iştirak bahsindeki hükümler, söz konusu suça fail dışında katılan kişilerin cezalandırılabilmesinin kanuni dayanağını oluşturmaktadır.³⁶

Şerikliğe ilişkin ceza kanunlarında yer verilen hükümler, ceza sorumluluğunu genişleten hükümler arasında yer almaktadır.³⁷ Bu bağlamda dar faillik sisteminin kabul edildiği bir şeriklik sisteminde, asli unsur faillik statüsü tarafından karşılanırken, şeriklik statüsü failliğe göre ikincil bir kavramdır. Bağlılık kuralı tam bu noktada, faillik statüsünün meydana verdiği haksızlık içeren hukuka aykırı davranışlardan dolayı söz konusu davranışlara bir oranda katkı sağlayan şeriklik statüsünde yer alan suça katılanların cezalandırılabilmesi için düzenlenmiş kuralları ifade etmektedir.³⁸

B. Özgü Suçlar Bakımından Bağlılık Kuralının Uygulanması

Suç tanımında failin özel bir niteliği haiz olmasının arandığı suçlar, özgü suç olarak tanımlanmaktadır.³⁹ Bu suçların failleri ancak belirli vasıflara sahip kişiler olabilmektedir.⁴⁰ Suçun tanımında yer alan katkıyı özel faillik sıfatı taşımayan kişilerin yaptığı durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği⁴¹ konusunda problem ortaya çıkmaktadır. Bu problem bağlılık kuralının düzenlendiği TCK'nın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına göre çözülmektedir.⁴² Söz

³⁵ Kaymaz, s. 121.

³⁶ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 176.

³⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 630; Ekici Şahin, s. 646; Kaymaz, s. 121.

³⁸ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 176.

³⁹ Özgü suçlar, *gerçek özgü suçlar* ve *görünüşte özgü suçlar* şeklinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Buna göre sadece suçun aradığı özel vasfı taşıyan kişilerce işlenen suçlar, örneğin zimmet suçu gibi suçlar, *gerçek özgü suç* kategorisinde yer alırken; kanunda yer alan tipik eylemin basit şeklinin herkes tarafından işlendiği bunun yanında sadece nitelikli hâllerinin özel vasa sahip kişilerce işlenebildiği suçlar ise *görünüşte özgü suç* olarak ifade edilmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, s. 115; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 215; Savaşçı Temiz, s. 2507; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 160.

⁴⁰ Rüşvet alma şeklindeki sanığın eyleminin, sanığın kamu görevlisi olmaması sebebiyle eyleminden ötürü sanığın azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulması hakkında bir karar için bkz. Yargıtay. 5.CD, E. 2006/8410, K. 2007/1204, T. 19.2.2007.

⁴¹ TCK'nın 94'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır." hükmündeki "gibi cezalandırılır" ibaresinin iştirak konusunda eleştirisi bakımından bkz. Özen, s. 250.

⁴² "...5237 Sayılı TCK'nın 236. maddesinde edimin ifasına fesat karıştırma hâlleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde yüklenici konumundaki kişiler ve temsilcileri ile edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin, "c", "d" ve "e" bentlerinde ise edimin ifası sürecinde görev alan ilgili kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 Sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 236/2-d maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak

konusu fıkra “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir” şeklinde düzenlenmiştir.⁴³ Düzenlemeye göre, işlenen suça katkı derecesine bakılmaksızın özel faillik vasfı taşımayan kişilerin iştirak ettikleri suçların faili olamayacakları ifade edilmiştir.⁴⁴

C. Bağlılık Kuralının Nitelikli Hâllerin Geçiş Hesusunda İlişkisi

İştirak hâlinde işlenmiş bir suçta, şeriklerden birinden kaynaklanan ve cezanın artırılmasını yahut azaltılmasını gerektiren bir nitelikli hâl, diğer suç ortaklarında bulunmaz ise söz konusu nitelikli hâllerin şeriklere geçip geçmeyeceği veya geçecekse bunun hangi şartlarda olacağı konusu gündeme gelecektir. Söz gelimi, TCK'nın 82'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlendiği şekilde kasten öldürme suçunun; eşe, boşandığı eşe, kardeşe, altsoy-üstsoya karşı işlenmesi hâlinde kasten öldürme suçunun nitelikli şeklinden hüküm kurulur, TCK'nın 81'inci maddesinde düzenlendiği şekliyle kasten öldürme suçunun temel şeklinden hüküm kurulmaz. Ancak kendisinde ifade edilen nitelikli hâllerden biri bulunmayan suç ortağının bu suça bir şekilde iştirak etmesi hâlinde sorumluluğun ne olacağı, söz konusu suça katılan şeriklerin kasten öldürme suçunun nitelikli şeklinden cezalandırılmaları konusunda tartışmalı bir konu olarak ifade edilmektedir.⁴⁵

765 sayılı mülga TCK'nın 66'ncı maddesinde, 5237 sayılı Kanun'un aksine, şahsi ve fiilî sebeplerin geçiş Hesusunda bir düzeleme bulunmaktaydı: “Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmaya yardım edenlerden biri hakkında teşdidi cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arizi ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan faillere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altında biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.”

Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Hükûmet Tasarısında da nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişini düzenleyen bir madde bulunmaktaydı. 5237 sayılı TCK'da neden bu konuda bir düzenleme yer almadığı sorusu TCK'nın 40'ıncı madde gerekçesinde ifade edilmiştir: “Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü

sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, kamu görevlisi olan asıl failler hakkında beraat kararı verilmesine rağmen kamu görevlisi olmayan sanık ...'in bu suça ne şekilde katıldığı da karar yerinde tartışılıp gerekçeleriyle gösterilmeden yanılığlı değerlendirmeye TCK'nın 236/2-b maddesi uyarınca yazılı şekilde cezalandırılması..” Yargıtay 5. CD, E. 2015/7447, K. 2019/10439, T. 6.11.2019.

⁴³ “...Suçun icrasına iştirak etmekle birlikte, işlenişine bulunduğu katkının niteliği gereği kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen diğer suç ortaklarına “şerik” denilmekte olup TCK'da şeriklik, azmettirme ve yardım etme olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, kanuni tanımdaki fiili gerçekleştirmeyen veya özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan bir suç ortağı, gerçekleşen fiilden Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı uyarınca sorumlu olabilecektir...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/415 K. 2019/665 T. 26.11.2019.

⁴⁴ Bu görüş, Demirbaş tarafından doğru bulunmamaktadır. Yazara göre, özgü suçlara iştirak için objektif ve sübjektif iştirak şartlarının gerçekleşmesi aranmalıdır. Buna rağmen özgü suçun düzenlediği maddede yer alan tipik davranışın mutlaka ilgili özel vasıftaki kişi tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Özel vasa sahip kişinin özgü suça ilişkin tipik davranış bizzat gerçekleştirilmesi, yazara göre, şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlarda nitelikleri gereğince özel vasa sahip olan kimsenin dışında işlenemeyen suçlar bakımından zorunludur. Yazar, TCK m. 40/2' de yer verilen ve tipik eylemin mutlaka özel vasa sahip kişi tarafından gerçekleştirilmesi yönündeki sınırlamayı doğru bulmadığını ifade etmektedir. Demirbaş, s. 571 vd.

⁴⁵ Kaymaz, s. 133.

olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır.”

Türk ceza hukuku öğretisi bu konu hakkında ikiye bölünmüş durumdadır. Bir grup yazarlara göre, bağlılık kuralı, nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterlidir. Bir grup yazarlar ise bağlılık kuralının nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterli olmadığını ifade etmektedir.

III. SUÇA ETKİ EDEN NİTELİKLİ HÂLLER

A. Genel Olarak

Bir temel suç normunun kurucu unsurlarında yer almamakla birlikte, o suçun daha ağır veya daha hafif bir cezayla cezalandırılacağı öngörülen nedenlere *suça etki eden nedenler* bir diğer ifadeyle *nitelikli hâller* denilmektedir.⁴⁶ Suça etki eden nedenler, temel suç normunun unsurlarına eklenen şahsi ve fiilî nedenler olabilir. TCK'nın 61'inci maddesinin dördüncü fıkrasında bu hususlar “*nitelikli hâller*” olarak isimlendirilmiştir.⁴⁷

Suç etki eden sebepler, suç üzerinde suçun temel şeklini değiştirecek vasfa ve öneme sahip değildir. Suça etki eden sebeplerin önemi, suçun temel mahiyetini değiştirmenin aksine, gerçekleşmeleri hâllerinde suç karşılık gelen cezanın daha ağır veya daha hafif olacak şekilde cezayı değişime uğratmasıdır. Yalın bir ifadeyle, suça etki eden sebepler, cezalandırma aşamasında kendini göstermektedir. Suça etki eden hâller, *cezayı etkileyen diğer nedenlerden* farklıdır. Cezayı etkileyen her neden suça etki etmemektedir. Örneğin, etkin pişmanlık kurumunun kanunda yer alan sadece bazı suç tipleri için dikkate alınacağı belirtilmiştir. Etkin pişmanlıkta, suç işledikten sonra pişmanlık gösteren kişilerin, suç içeren davranışlarını ortadan kaldırmaya çalışmaları, kanun kapsamında bu kişilere verilecek cezada etkili olsa da işlenen suçun daha hafif veya daha ağır sayılmasını gerektirecek bir durum oluşturmamaktadır. Bunun yanında akıl hastalığı, yaş küçüklüğü haksız tahrik, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma gibi kusuru etkileyen genel sebepler de suça etki eden sebepler olarak değerlendirilmemektedir. Söz konusu nedenler, suçun üzerinde değil failin kusuru üzerinde etkide bulunmaktadır. Sayılan kusuru etkileyen sebeplerin etkisi altında suç işlenmesi hâlinde suçun ağırlığı azalmamaktadır. Sayılan sebepler, faili etki altında bırakarak kusurunu azaltması dolayısıyla alacağı cezasında indirim yapılmasına imkân vermektedir. Suça etki eden sebepler, teşebbüs, iştirak gibi kavramlarla aynı şekilde değerlendirilmemektedir. Suça etki eden sebepler suçun daha ağır veya hafif şekilde cezalandırılmasına temel oluştururken iştirak ve teşebbüs gibi kavramlar, suçun daha ağır veya hafif şekilde değerlendirilmesini sağlamamaktadır. Bu kavramlar ancak somut ceza üzerinde bir etkide bulunmaktadır. Suça etki eden sebepler, kendi içinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlar genel-özel, kanuni-takdirî, ağırlaştırıcı-hafifletici, fiilî-şahsi sebepler şeklindedir. Bu kapsamda suça etki eden sebeplerden kanunda düzenlenmiş olanlara

⁴⁶ 765 sayılı mülga TCK'da cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucu doğurmalarından dolayı suça etki eden sebepler ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler olarak adlandırılmıştı, Kaymaz, s. 125. TCK m. 61/4'te yer aldığı üzere “*Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerin gerçekleşmesi...*” ifadesinden dolayı bir nitelikli hâl tanımı çıkarımı yapılabilmektedir.

⁴⁷ Bahsi geçen maddede “*Bir suçun temel şekline nazaran da ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce arttırma sonra indirme yapılır.*” ifadeleri yer almaktadır.

kanuni sebep denirken hâkimin takdirine bırakılanlara *takdirî nedenler* denilmektedir. Bunun yanında tüm suç tipleri için geçerli olacak şekilde TCK'da genel hükümlerde düzenlenen suça etki eden sebeplere *genel sebepler* sadece belli suçlar için uygulama alanı bulan suça etki eden sebepler de suça etki eden *özel sebepler* olarak ifade edilmektedir.⁴⁸

B. Nitelikli Hâllerin Şeriklere Geçiş Şartları

1. İşlenen Suçun Bütün Suç Ortakları Bakımından Aynı Olması

İşlenen suçun şeriklere sirayeti konusunda bağıllık kuralının uygulandığı durumlarda tüm şeriklerce aynı suçun işlenmiş olması şartı aranmaktadır. Şeriklerden birisinin iştirak iradesinden bağımsız olarak bir başka suçu işlemesi hâlinde, örneğin hırsızlık amacıyla girilen evde birisini öldürülen şerikin gerçekleştirdiği bireysel eylem, diğer ortaklar bakımından sonuç doğurmaz.⁴⁹

2. Bilme Şartı

İştirak iradesi, suçtan sorumluluğun çerçevesini çizmektedir. Cezanın artırılmasına sebebiyet veren bir nitelikli hâlin mevcut olması hâlinde şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için bu hususun şerik tarafından bilinmesi ve buna rağmen şerikliğini sürdürmesi şartı aranmaktadır. “Bilmek” ifadesinden cezanın artırılmasına sebebiyet veren nitelikli hâlin gerçekleşmesi konusunda bir kesinlik aranmaktadır. Hâlin tahmin edilmesi, bilmek kapsamında değerlendirilmemektedir.⁵⁰ Bu kapsamda cezanın artırılmasına sebebiyet verebilecek bir nitelikli hâl bakımından suça katılanlar sadece kendi kusuru oranında sorumlu tutulacağından bahisle, nitelikli hâlin yalnızca bu hâlden haberi olan ortakları uygulanacağı ifade edilmektedir.⁵¹

3. Suçun İşlenmesini Kolaylaştırması Şartı

Cezanın artırılmasına sonucuna sebep olan nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçiş konusunda 765 sayılı mülga TCK'nın yürürlük döneminde öğreti ve uygulamada söz konusu nitelikli hâllerin geçiş için bu hâlin bilinmesi yeterli olarak görülmekteydi. Bunun haricinde söz konusu sebeplerin ayrıca suçun işlenmesinin kolaylaştırmış olması aranmamaktaydı. Ancak bu durumun öğretilde eleştirildiği ifade edilmektedir.⁵²

İştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçiş konusunda 5237 sayılı TCK'nın başarı gösteremediğini savunanlara göre, söz konusu nitelikli hâllerin kusurluluk ilkesi temelinde diğer ortaklar tarafından bilinmeleri hâlinde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca, cezanın artırılabilmesi için bilme koşulunun yanında söz konusu nitelikli

⁴⁸ Ekici Şahin, s. 654.

⁴⁹ Kaymaz, s. 131.

⁵⁰ Demirbaş, s. 551.

⁵¹ Kaymaz, s. 131; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.10.1986, 1/293-466 kararında belirtildiği üzere “Şeriklere sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesi ile çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır.” Yine aynı kararda “vakıf olma” konusunda “Vukuf gerçekleşeceğini kesin olarak bilmektir. Yoksa meydana gelebilirliğini veya gelebileceğini öngörmek vukuf sayılmaz.” ifadelerine yer verilmiştir; Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 578.

⁵² Kaymaz, s. 132.

hâllerin suçun işlenişini kolaylaştırması gerektiğini de belirtmektedirler.⁵³

C. Fiilî ve Şahsi Nedenler Ayrımı

Suçta etki eden sebepler arasında hangi nedenlerin fiilî hangi nedenlerin şahsi olduğu konusunda öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır.⁵⁴ Bununla beraber suçun işleniş şeklinin⁵⁵, yerinin⁵⁶, zamanının⁵⁷, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının, suçun konusunun, suçta kullanılan araçların fiilî nedenler olarak kabul edilmesi konusunda genel bir kabul bulunduğu ifade edilmektedir. Fiilin işlenmesine yönelik olmayan, iştirak edilen fiil çerçevesinde kişileri tanımlayan unsurlar şahsi sebep olarak değerlendirilmektedir.⁵⁸ EKİCİ'ye göre şahsi nedenler failin şahsına ve kişiliğine bağlı şekilde değişebilen sebeplerle sınırlıdır. Bu kapsamda mağdurun çocuk olduğu bir olayda, işlenen suçun çocuğa karşı işlenmesi hâlinde cezasının artırılacağı özellikle düzenlenmişse failin şahsiyetinin burada bir önemi bulunmamaktadır.⁵⁹

Suçta etki eden sebeplerin fiilî ve şahsi nedenler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmasını eleştirenler de bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlar, suçta etki eden sebeplerin fiilî ve şahsi sebepler şeklinde kategorize ederek incelemeyi reddederek bu iki sebep grubuna bütüncül şekilde yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu görüşü savunanlara göre nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda TCK'nın 40'ıncı maddesinde düzenlenmiş olan bağlılık kuralı kullanılarak, şeriklerin cezai sorumlulukları faile göre belirlenmelidir. Bu kapsamda, işlenen suçta, failin şahsıdan kaynaklanan cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâlin bulunması hâlinde, bu nitelikli hâl bilen tüm şeriklere uygulanmalıdır.⁶⁰ Bütüncül yaklaşım görüşü, kendisinde ilgili suç tipi için cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâl bulunan kişinin daha az ceza almak için suçu bir başkasına işletmesi hâlinde bir avantaj elde etmesinden ötürü eleştirilmektedir.⁶¹

Çalışmanın esasını oluşturan iştirak hâlinde işlenen suçlarda, şeriklere nitelikli hâllerin geçişi hususunda konunun muhtevasını oluşturan nitelikli hâllerden ne anlaşılması gerektiği hakkında genel izahlarda bulunduktan sonra tartışmaların merkezini oluşturan fiilî ve şahsi sebepler ve bu sebeplerin geçişi konusu ayrı bir başlık altında kısımlara ayrılarak incelenmelidir.

⁵³ Aydın, s. 234.

⁵⁴ Kaymaz, s. 126; Benzer tartışmalar eski kanun döneminde de öğretide yer almıştır. Örneğin, 765 sayılı TCK döneminde taammüd ve kan gütme saikinin şahsa bağlı bir nitelikli hâl mi olduğu yoksa fiile bağlı bir nitelikli bir hâl mi olduğu yönünde bir fikir birliği bulunmadığı ifade edilmiştir. Özen, s. 250.

⁵⁵ Örneğin kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi TCK m. 86/3-e.

⁵⁶ Örneğin hırsızlık suçunun ibadet yerinde işlenmesi TCK m.142.

⁵⁷ Örneğin hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi TCK m.143.

⁵⁸ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 578.

⁵⁹ Ekici Şahin, s. 655; Kaymaz, her ne kadar failin şahsından veya mağdurla ilişkisinden kaynaklanmasa dahi saikinden hareket ederek canavarca his, kan gütme saiki gibi durumların şahsi bir nitelik taşıdığından bahsetmekte ve şahsi nitelikli hâl olarak değerlendirmektedir, bkz. Kaymaz, s. 126-127.

⁶⁰ Ekici Şahin, s. 670.

⁶¹ Bağlılık kuralının TCK'nın 40'ıncı maddesinde düzenlendiği şekliyle uygulanmasının nitelikli hâllerin geçişi konusuna çözüm getireceğini ifade eden görüş, bahsedilen *bütüncül yaklaşımı* benimsemiştir.

IV. FİİLÎ VE ŞAHSİ NEDENLERİN ŞERİKLERE GEÇİŞİ

A. FİİLÎ Nedenlerin Şeriklere Geçiş

Suçta etki eden fiilî nedenler, suçun işleniş şekli, yeri, konusu, zamanı, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, mağdur gibi objektif nedenlerdir.⁶²

1. Cezayı Hafifleten FİİLÎ Nedenlerin Geçiş

Cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuran fiilî nedenlerden tüm suç ortakları yararlanmaktadır. Burada ayrıca hafifletici nedenlerin suç ortaklarınca bilinmesi aranmamaktadır. Maddi unsura dahil olan ve objektif nitelik göstermeleri sebebiyle fiili hafifletici nedenler, bütün faillerin ve şeriklerin yararlanmasına imkân tanımaktadır.⁶³ Bunun yanında, örneğin etkin pişmanlıkta, kanunda açıkça cezayı kaldıran ve indiren bir sebep olarak yalnızca etkin pişmanlık gösteren kişinin bundan yararlanacağı hüküm altına alınmıştır. Bunun gibi TCK m. 144/1-b ve 150/1 düzenlemelerinden sadece kendisinde bu özellik olan kişiler yararlanabilecektir.⁶⁴

2. Cezayı Ağırlaştırıcı FİİLÎ Nedenlerin Geçiş

Fiilden kaynaklı cezayı artıran nedenlerin şeriklere uygulanması, hafifletici nedenlerden farklı olarak, suç ortaklarının bilmesine bağlıdır. Bu nedenler bilinmesi kaydıyla tüm suç ortaklarına uygulanacaktır.⁶⁵

Cezayı ağırlaştırıcı fiilî nedenlerin geçiş konusunda Türk ceza hukukunda kast kuralının ve bağlılık kuralının uygulanması gerektiğini ifade eden iki görüş bulunmaktadır. Kast kuralının uygulanması gerektiğini savunan yazarlara göre, fiile ilişkin ağırlatıcı nedenler bu nedenin varlığını bilmesi koşuluyla tüm suç ortaklarına uygulanmalıdır. Bağlılık kuralını savunan yazarlara göre, şeriklerin ceza sorumluluğunun temeli faile göre belirlenecektir. Bir diğer görüşe göre ise kast kuralının ve bağlılık kuralının ağırlatıcı nedenlerin şeriklere geçiş konusunda çıkış yolları farklı olsa da aynı yerde buluşmaktadır.⁶⁶

B. Şahsi Nedenlerin Geçiş

Faillerden veya şeriklerden kaynaklanarak cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran şahsi sebeplerin diğer suç ortaklarına geçiş hususunda 5237 sayılı Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı konuda Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında şahsi sebeplerin sadece söz konusu sebepler kendisinde bulunan faillerin veya şeriklerin hakkında hüküm ifade edeceğini belirten bir düzenleme bulunmaktadır.⁶⁷

⁶² "Ortaklara sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesiyle çizileceği kuralı ile bağdaşır olmalıdır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.10.1986, 466, akt. Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*, s. 102; Ekici Şahin, s. 667; Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II*, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 538.

⁶³ Ekici Şahin, s. 666.

⁶⁴ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 581.

⁶⁵ Dönmezer/Erman, s. 539; Ekici Şahin, s. 666.

⁶⁶ Ekici Şahin, s. 668.

⁶⁷ Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta

“Kanun, özel kişisel unsurlar nedeniyle cezayı artırmayı, indirmeyi veya sanığa ceza verilmesine yer olmadığına karar vermeyi öngörmüşse, bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş bulunan suç ortağı (fail veya şerik) hakkında uygulanır.”

1. Cezayı Hafifleten Şahsi Nedenlerin Sirayeti

Suçta etki eden ve cezanın hafifletilmesi sonucunu beraberinde getiren şahsi sebepler, failin şahsından kaynaklanabileceği gibi fail ve mağdur arasındaki şahsi münasebetten de kaynaklanabilmektedir. 765 sayılı mülga TCK’da söz konusu nedenlerin şeriklere geçişi konusunda düzenleme yapılmamıştır. 5237 sayılı TCK’nın bağlılık kuralına yer verdiği maddesinde şahsi cezasızlık nedenlerinin kişiye bağlı olarak bu neden kendisinde olmayan ortaklara geçmeyeceği düzenlenmiştir.⁶⁸ Ancak belirtilmelidir ki cezanın indirilmesini gerektiren şahsi sebepler şahsi cezasızlık sebeplerinden farklılık arz etmektedir. Cezanın indirilmesini gerektiren bir kişisel neden olduğu durumlarda fail madde metninde yer alan suçtan cezalandırılmaktadır. Fakat şahsi neden sebebiyle ceza siyaseti suçun bu şekilde işlenmesini daha hafif cezalandırmaktadır. Bunun yanında şahsi cezasızlık sebebinin var olması hâlinde ise herhangi bir ceza verilmemektedir. Failin şahsi hafifletici sebep karşısında bundan yararlandığı belirtilmiştir. Ancak suçlar iştirak hâlinde işlendiğinde şeriklerin ceza sorumluluğunun nasıl belirlenmesi hususu gerektiği gündeme gelmektedir. Şahsi hafifletici sebeplerin suç ortaklarına geçişi konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple şahıstan kaynaklanan hafifletici sebeplerin kendisinde böyle bir sebep bulunmayan kişilere uygulanmaması gerekmektedir. Bu konuda TCK’nın 61/10’da yer alan ve kanunda açıkça yazılmadığı hâllerde cezaların artırılıp eksiltilemeyeceğine dair olan düzenleme dikkat çekmektedir. Buna göre şahsından kaynaklanmayan bir hafifletici nedenin şeriklere sirayet ettirilmesi kanuna aykırılık teşkil etmektedir.⁶⁹

2. Cezayı Ağırлаştıran Şahsi Nedenlerin Sirayeti

Cezayı ağırлаştıran şahsi sebepler, suçta etki eden sebeplerin ortaklara geçişi konusunda en çok tartışılan konudur. Ağırлаştırmacı/hafifletici sebebin şerikten mi yoksa failden mi kaynaklandığı konusu bir sorun olarak değerlendirilmektedir.⁷⁰

Ağırлаştırmacı sebebin failden kaynaklanması hâlinde şeriklerin sorumluluğu fail esas alınarak belirlenecektir. Bu görüşe göre (A)’nın suç delillerini gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlediği bir örnekte, (B)’nin silah temin ederek yardım eden olarak iştirak etmesi hâlinde ceza sorumlulukları, şerik olan (B)’nin nitelikli hâli bilmesi yani suç delillerini gizlemek amacıyla A’nın birisini öldürmesini bilmesi hâlinde sorumluluğu TCK’nın 82/1-h hükmüne göre TCK’nın 39’uncu maddesiyle birlikte değerlendirilmesi sonucu belirlenecektir. Aynı senaryoda, (B)’nin sorumluluğu, işlenen bir suç gizlemek adına işlenmiş bir suç olduğunu bilmeden yardım etmesi hâlinde TCK’nın 81’inci maddesinde düzenlenen suçun

Yayıncılık, İstanbul, 23.

⁶⁸ Koca/Üzülmez, s. 484 vd.

TCK m. 40’ın gerekçesinde şahsi hafifletici sebeplerin sadece kendisinde bu sebep bulunan fail veya şerik hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. “... cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğururlar”

⁶⁹ Ekici Şahin, s. 669.

⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 523.

temel şekline yardım eden şerik olarak TCK'nın 39'uncu maddesiyle birlikte değerlendirilmesiyle belirlenecektir.⁷¹

Bağlılık kuralı gereğince şeriklerin sorumluluğunun faile göre belirlenmesini savunanlara göre, şerikler katkıda bulundukları esas fiile göre olacağı ifade edilmektedir. Buna göre ağırlaştırıcı sebebin şerikten kaynaklandığı olaylarda bağlılık kuralı gereğince faile göre şerik sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği için, şerikten kaynaklanan ağırlaştırıcı sebep diğer suç ortaklarına uygulanmayacaktır.⁷²

Bağlılık kuralının müşterek faillik⁷³ bakımından bir önem taşımadığı; müşterek faillerden birinde olan bir ağırlaştırıcı sebep dolayısıyla bu hâlin diğer müşterek faillere uygulanmayacağı ifade edilmektedir.⁷⁴ TCK'nın bağlılık kuralını düzenlediği 40'ıncı maddesinde de müşterek faillilerle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim müşterek failler tipik haksızlık ile doğrudan temas hâlinde oldukları için, ceza sorumluluklarına gidilmesi bakımından bağlılık kuralına ihtiyaç yoktur. Keza dolaylı faillikte de bağlılık kuralına ihtiyaç duyulmaz.

Yargıtay, şahsi ağırlaştırıcı sebeplerin şeriklere sirayetine ilişkin olarak farklı kararlar vermiştir. Yargıtay, son yıllarda şeriklerin sorumluluğunun failin şahsına ve fiiline göre belirleneceğine ilişkin görüşe dayanarak karar vermektedir.⁷⁵ Buna karşılık yüksek mahkemenin konuyla ilgili azmettiren bulunan şahsi ağırlaştırıcı bir nedenin bu hususu bilen faile de uygulanması gerektiğini ifade eden kararları⁷⁶ da bulunmaktadır. Yargıtay, bir kararında fail ve şerikten kaynaklanan şahsi sebebin diğer suç ortakları hakkında uygulanmasını uygun bulmuştur.⁷⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda iştirak hâlinde işlenen suçlarda bağlılık kuralı ve nitelikli hâllerin geçişi kapsamında şahsi ve fiilî sebeplerin geçişi konularına değinildikten sonra konuyla ilgili öğretide yer alan görüşlere değinmek gerekmektedir.

⁷¹ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 581; Kaymaz, s. 138

⁷² Kaymaz, s. 138.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, İzzet. "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), s. 159-190.

⁷⁴ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 581.

⁷⁵ Yargıtay 1.CD, E. 2013/3531, K. 2014/3655, T. 25.06.2014.

⁷⁶ Söz konusu kararda karısını öldürmek (H'nin) üzere A'yı azmettiren H'nin bulunduğu olayda, Yargıtay, failin öldürdüğü kişinin azmettiren kişinin eşi olduğunu bilmesi sebebiyle A'nın ve H'nin TCK m.82/1-d bendi gereğince nitelikli insan öldürme suçundan cezalandırılmaları gereği konusunda karar vermiştir. Yargıtay 1.CD, E. 2010/438, K.2010/493, T. 1.2.2010.

⁷⁷ "Sanık Faysal'ın babaannesini öldürmeye azmettirme, sanık Kemal'in babaannesini öldürme, sanıklar Ömer ve Serkan'ın bu suça yardım suçlarından kurulan hükümlerde; sanıkların eylemi olay tarihinden haftalar önce kararlaştırdıkları, yaptıkları planı sebat ve ısrarla uygulamaya koydukları, tasarlanan eylem ile icrası arasında geçen sürede kararlarından vazgeçemedikleri anlaşılmakla, suç vasfında kazanılmış hak olmayacağı da gözetenilerek, eylemlerine uyan "5237 sayılı TCK.nun 82/1-d" maddesine aynı maddenin "a" bendinin de eklenmesine karar verilmesi suretiyle" hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermiş ve böylece gerek şerik, gerekse de failden kaynaklanan kişisel nitelikli hâlin şerikler hakkında uygulanmasını hukuka uygun bulmuştur." Yargıtay 1.CD., E. 2009/6198 K. 2009/6225 T. 21.10.2009.

V. TCK'DA DÜZENLENEN BAĞLILIK KURALININ İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA ŞERİKLERİN CEZAİ SORUMLULUĞUNU BELİRLEME KONUSUNDAKİ YETERLİLİĞİ HAKKINDA ÖĞRETİDEKİ BAZI MÜLAHAZALAR

1.AKBULUT'a Göre

AKBULUT, suçların iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şeriklerin suça katkılarının önemi ve derecesinde TCK'nın 38'inci ve 39'uncu maddeleri gereğince sorumlu tutulacaklarını ifade ettikten sonra bazı suçlarda düzenlenen nitelikli hâllerin şeriklere uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin sorunların ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ayrıca özgü suçlarda bu suçların işlenmesindeki özel yapısı dolayısıyla bazı hâllerde uygulama problemleri ortaya çıktığından bahsederek sorunun esas kaynağına işaret etmektedir. Yazar, TCK'nın 40'ıncı maddede yer alan ve şeriklerin sorumluluklarının belirlenmesinde suçun nitelikli unsurlarının şeriklere sirayetiyle ilgili olarak herhangi bir düzenleme yapılmadığını, madde gerekçesinde yer alan ve 765 sayılı mülga TCK'da olduğu üzere kişisel ağırlatıcı nedenlerin ve fiilî ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması hakkında hükümlere yer verilmediğini, söz konusu hükümlerin bağlılık kuralının bilinmediği on dokuzuncu yüzyıl ceza hukuku yapısının ürünü olarak eski kanuna koyulduğunu, yeni TCK'da ise bağlılık kuralına yer verilmesiyle söz konusu hükümlerin korunmasına ihtiyaç duyulmadığını ikinci olarak ağırlatıcı nedenlerin kişisel ağırlatıcı neden veya fiilî ağırlatıcı neden olacak şekilde ayrıma tutulmasının bilimsel olmadığından uygulamada çelişkili sonuçlara yol açması sebeplerinin birlikte değerlendirilmesiyle 5237 sayılı TCK'nın Hükûmet Tasarısında yer alan 43'üncü ve 44'üncü madde hükümlerinin metinden çıkarılmış olmasını ve maddeleşmesine fırsat verilmemesinin doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesi bakımından başat rol oynadığını ifade etmektedir.⁷⁸

İştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumluluğunun doğabilmesi için bu kişilerin kasten hareket etmiş olmaları şartı aranmaktadır. Suçun kanuni tanımında yer alan nitelikli hâlleri bilmeyenlere söz konusu nitelikli hâller uygulanmayacaktır. Örneğin bir suça azmettirmede, azmettirme kastının hem azmettirmeye hem de azmettirilen fiile olmak üzere ikili bir fonksiyonu bulunması gerekmektedir. Azmettirenin, azmettirilen fiile ilişkin kastı suçun nitelikleri hâlleri de dahil olmak üzere kapsaması gerekmektedir. Aynı şekilde yardım etmede de durum bu şekildedir ve yardım eden kimsenin kasten bu davranışı gerçekleştirmiş olmasına bakılmaktadır. Failin yardım eden kişinin kastının dışına çıkmış olması hâlinde yardım eden burada sorumlu tutulmayacaktır. Buna göre bilme unsurunun varlığı hâlinde nitelikli unsurlar şeriklere uygulanacaktır. Örneğin bir azmettirmede azmettiren kişi sadece bir öldürme suçuna azmettirme kastını taşıyor ve ayrıca bu öldürmenin canavarca bir his taşıması noktasında irade göstermiyorsa azmettirdiği kişinin öldürme suçunda canavarca hisle hareket etmiş olmasından sorumluluğu olmayacak; sadece öldürme suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Burada görüldüğü üzere TCK, bağlılık kuralı konsepti içinde katı bağlılık kuralını benimsemiş olmaktadır. Bununla birlikte yazara göre ulaşılan sonuç ceza hukuku ilkleriyle bağdaşmamaktadır. Bir kişi, bir başkasının kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha

⁷⁸ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 955.

fazla ceza ile cezalandırılırken, kendi kardeşinin öldürülmesine yardım ettiği takdirde daha az cezaya tabi tutulmaktadır. Yazar kanunun buradaki sonucunu eleştirmektedir. İştirak hâlinde işlenen suçlarla ilgili olarak nitelikli hâllerin şeriklere sirayeti konusunda kanunen açık bir düzenleme yapılmamasını eleştiren yazar, bir kamu görevlisinin kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu kendisinin bizzat işlediği takdirde daha fazla ceza almasına karşın başka bir kişiyi bu suça azmettirmesi hâlinde daha az ceza alacağı örneğini vermektedir. Yazar ayrıca azmettirme şeklinde katkı sağlayan kişinin müşterek faillerden birisinin üstsoyunu öldürmesi hâlinde azmettiren kişinin de bu olguyu bilmesi durumunda TCK'nın 82'nci madde gereğince sorumlu olacağını, Azmettirme yerine fiili kendisinin icra etmesi hâlinde ise 81'inci maddeden sorumlu tutulacağını ifade etmektedir. Yazara göre bağlılık kuralının bu şekilde uygulanması özgü suçlarda iştirak hâllerinde de sorun çıkarmaktadır.⁷⁹

Yazara göre bağlılık kuralının mevcut düzenlendiği şekilde uygulanması, kurucu nitelikteki özgü suçlar açısından sorunlara sebebiyet vermektedir. Bir kimsenin kanunen aranan sığata haiz olan bir kişiyi suça azmettirmesi durumunda işlenen suçtan azmettiren olarak sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte, kanunen aranan bir sığata haiz olan bir kişinin azmettiren olması durumunda da azmettiren olarak sorumlu tutulmaktadır. Buna göre kanunen aranan şarta sahip olan kişi ve sahip olmayan kişinin aynı şekilde azmettiren olarak sorumlu tutulduğu görölmektedir.⁸⁰

Yazara göre TCK m.204/1 ve TCK m.204/2'de düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçlarında doktrinde yer alan ve ikinci fıkrada düzenlenen suçun, birinci fıkradaki suçun nitelikli hâli mi olduğu yoksa farklı bir suç tipi mi olduğu yönündeki tartışma, şeriklere sirayet konusunda da farklı sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki TCK m. 204/2 yer alan suçun TCK m. 204/1'de yer alan suçtan bağımsız bir hüviyet arzettiği kabul ediliyorsa TCK m. 204/2'te yer alan suç, gerçek özgü suç niteliğine sahiptir. Bu sebeple özgü suçta aranan özgölüğe haiz olmayan kişi, suça hangi nitelikte katkıda bulunursa bulunsun fail olamamaktadır. Sadece şerik olarak nitelendirilecektir. Düzenlenen resmi belgenin, bu belgeyi düzenleme noktasında yetkisiz birinin elinden çıkması dolayısıyla, suçun unsurlarından birisinin gerçekleşmemesinden hareketle TCK m. 204/2'de yer alan suç oluşmayacaktır. Bu sebeple özgü suçta aranan sığata sahip olmayanların fiil üzerindeki hakimiyetleri ne boyutta olursa olursa olsun fail veya müşterek fail olarak sorumlu tutulmayacaktır. Söz konusu kişiler, TCK m.40/2'de yer alan hüküm gereğince katkıları niteliğine göre azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte yazar, TCK m. 204/2'de yer alan suçun TCK m. 204/1'de yer alan suçun nitelikli hâli olduğunun kabulünde ise suçun işlenişine kamu görevlisiyle beraberce hakimiyet tesis ederek gerçekleştirilen resmi belgede sahtecilik suçunu işleyen kişinin bir fiille TCK m. 204/1'de yer alan suçta asli fail olarak yer almasının yanında TCK m.204/2'de düzenlenen suça şerik olarak iştirak ettiğini ifade etmektedir. Böylece failliğin şerikliğe göre asliliği prensibiyle kamu görevlisi olmayan kişi, maddenin birinci fıkrasında yer alan şekilden cezalandırılacaktır. Kamu görevlisinin sorumluluğu ise TCK m.204/2 gereğince belirlenecektir. Bu suça şerik olarak dahil olanlar ise kamu görevliliğinin

⁷⁹ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 957.

⁸⁰ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 958.

bilinmesi şartıyla suçun nitelikli hâllerinden sorumlu olacaktır. Bu durumun ise kişilerin cezalandırılması hâlinde farklılık gösterdiği ifade edilmektedir. Yazara göre, birinci görüşün kabulü hâlinde, kişi azmettiren olacağından cezası 3 yıldan 8 yıla kadar olan bir skalada belirlenecekken, söz konusu kişinin yardım eden olarak yer alması durumunda bunun yarı zaman müddeti üzerinden hüküm kurulacaktır. İkinci görüşün kabulünde ise kamu görevlisine 3 yıldan 8 yıla kadar olan hapis cezası verilirken, kamu görevlisi olmayan kişi 2 yıldan 5 yıla kadar olacak şekilde cezalandırılacaktır. Nitelikli hâlleri bilmeleri koşuluyla suça katkılarının şeriklik niteliğindeki kişiler 3 yıldan 8 yıla kadar olan bir skalada sorumlu tutulabileceklerdir.

81

Yazar, Alman ceza hukukunda da özgü suçların gerçek ve görünüşte olmak üzere ikiye ayrıldığından bahsederek, özgü suçlar bakımından ayrı belirleme yapılmadığını, bağlılık kuralunun ve özel kişisel unsurlara ilişkin 28'inci madde çerçevesinde çözüm üretildiğini ifade etmektedir. Yani yazar, Alman ceza hukukunda sorumluluğun sadece bağlılık kuralına istinat ettirilmediğini ayrıca Alman Ceza Kanunu'ndaki 28'inci maddenin de birlikte uygulanmasıyla sonuçlandırıldığını ifade etmektedir. Söz konusu maddeye göre, failin cezalandırılmasının sebebi olan özel kişisel unsurlar, eğer şerikte mevcut değilse, cezalandırma yapılırken Alman Ceza Kanunu m. 49/1 uyarınca ceza indirilmektedir. Eğer kanun özel kişisel unsurlar sebebiyle cezayı artırmayı, indirmeyi veya sanığa ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararı uygun görmüşse, bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleşmiş olan fail ya da şerik hakkında uygulanmaktadır. Alman hukukunda gerçek özgü suçlar bakımından özgünlük, kurucu nitelik taşıdığından 28'inci madde uygulanmakta ve özgü suçun işlenişine katılan fakat şahsında faile ait özellikleri bulundurmeyen kişi failin işlediği kanun maddesinden şerik olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu hâlde, m. 49/1 gereğince zorunlu bir indirim yapılmaktadır.⁸²

TCK'da yer alan mevcut düzenlemede yer aldığı şekilde şerikliğin bağlılığının benimsenmiş olması yazara göre adil bir sonuç doğurmamaktadır. Şerik, başka birisinin faillik niteliğinde yer alan harekete katkı sağlamak suretiyle korunan hukuki yarara saldırıda bulunan kişidir. Bu sebeple şerikliğin ortaya çıkmasının esası suçun kanuni tanımda ortaya konan davranışta bulunan failin fiili ile mümkündür. Bununla birlikte yazar, başkasının fiiline katılmanın zorunlu olduğunu ancak her zaman bunun şerikin cezalandırılabilmesi için yetmeyeceğini, şerikin fiilinin de hukuki yararı ihlal etmiş olmasının arandığını ifade etmektedir. Buna göre yazar şerikliğin haksızlığının esasını biraz failin fiilinden biraz da katılanın kendisinin hukuki yarar ihlalden türetildiğini ifade etmektedir. Buna göre şeriklerin bağlı olmasını ve şerikin fiilinin de haksızlık muhtevasını taşıması gerekmektedir. TCK'da azmettirmenin ve yardım etmenin düzenlendiği 38'inci ve 39'uncu maddelerin şeriklerin cezasının işlenen suça göre belirleneceği düzenlenmiştir. Yazara göre kanunumuzun sorumlu tutulma için faili ve onun cezasını ölçü almaması, sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde şeriklerin sorumluluğunun tartışılması, bu esnada failin işlemiş olduğu suça göre ceza tayin edilirken şerikliğin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Örneğin babasını öldürmesi amacıyla bir başkasını azmettiren kişinin sorumluluğu belirlenirken failin TCK m.81'den sorumlu tutulurken azmettiren kişinin ise TCK m.82'den sorumlu olması gerekmektedir. Failin TCK

⁸¹ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 958.

⁸² Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 961.

m.81'den sorumluluğunun sebebi, herhangi bir özgürlük taşınamaması iken azmettirenin TCK m.82'den sorumlu tutulmasının esasını ölenle arasındaki ast-üst soy yakınlığı oluşturmaktadır. Yine yazara göre bir kişinin, hedef olan kişinin kardeşi olduğunu bilmesine rağmen faille silah sağlayan kişinin failin m.81'den sorumlu tutulmasına rağmen silah sağlayan kişinin hedef olan kişiyle kardeş olması dolayısıyla TCK m.82'ye yardım etmeden dolayı cezalandırılmalıdır. Görünüşte özgü suçlara şerik olarak katılanlar, özgürlüğe haiz olmadıklarından dolayı nitelikli hâllerden sorumlu tutulmazken gerçek özgü suçlarda özgürlük varmış gibi sorumlu tutmanın doğru olmadığını ifade eden yazar, gerçek özgü suçlarda Alman Ceza Kanunu'ndaki 28'inci maddede düzenlenen cezada indirim yapılması şeklinde bulunan çözümün aynı şekilde TCK'ya da eklenmesini savunmaktadır.⁸³

Yazara göre eğer özgürlük mevcut değilse, bu takdirde nitelikli hâllerin şeriklere sirayeti konusunda genel kurallara gidilmelidir. Buna göre, özgürlüğün olmadığı fiilin işleniş şekli, yeri zamanı konusu, kullanılan araçlardan kaynaklanan nitelikli hâllerin şeriklere uygulanması bakımından herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Örneğin silahla işlenen bir yaralamada söz konusu nitelikli hâl bilmeleri koşuluyla şeriklere uygulanacaktır. Ayrıca mağdurun kimliğinden kaynaklanan nedenler fail-mağdur arasında yer alan özel bir ilişkiye dayanmadığı takdirde yani aralarında altsoy-üstsoy, karı-koca, kardeş ilişkisi mevcut değilse, bu takdirde bilmeleri şartıyla şeriklere bu nitelikli hâller uygulanacaktır. Ancak nitelikli hâller salt mağdurun sıfatından kaynaklanıyorsa örneğin; kamu görevlisi olması, kadın olması gibi hâllerde bu durum biliniyor olması şartıyla hem müşterek failerin sorumluluğunda hem de şeriklerin sorumluluğunda kendini gösterecektir.⁸⁴

Yazara göre, amaç ve saike yer verilen hâllerde söz konusu amaç veya saikle hareket edilmesi aranmakta ve temel suç tipi bakımından bu amaç ve saike haiz olmayanlar fail olamamaktadır. Bu kişilerin sorumluluğu ancak şerik olarak belirlenebilecektir. Bu kişiler nitelikli hâller bakımından da sadece bu durumlar kendisinde bulunması koşuluyla sorumlu olacaktır. Bu hâller kendisinde olmayanlar, suçun temel şekliyle cezalandırılacaktır. Yazar burada kan gütmeye saikiyle hareket eden birisinin bu saikle hareket etmeyen başka bir kişiyle birlikte işlediği suçta veya töre saikiyle hareket eden birisiyle söz konusu saik olmadan suç işleyen birisinin birlikte işlediği suçta, söz konusu saike sahip olmayan kişilerin nitelikli hâlden sorumlu tutulmasının doğru olmadığını ifade etmektedir.⁸⁵

2.KOCA'ya ve ÜZÜLMEZ'e Göre

KOCA ve ÜZÜLMEZ'e göre, 5237 sayılı TCK'nın bağlilık kuralının düzenlediği 40'inci maddesinde, suçta iştirak eden kişilerin sorumluluklarının çerçevesi belirlenmiştir, bunun yanında ayrıca nitelikli hâllerin geçişi konusunda bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.⁸⁶ Yazarlara göre, 5237 sayılı TCK'nın sistematiginde bir suçun işlenişine şerik sıfatıyla dahil olan kişilerin hangi şartlarda ve hangi derecede sorumlu tutulacaklarına ilişkin olarak bağlilık kuralına yer verildiğinden ayrıca nitelikli hâllerin şeriklere sirayeti

⁸³ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 962.

⁸⁴ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 963.

⁸⁵ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 964.

⁸⁶ Koca/Üzülmöz, s. 489.

konusunda düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Yazarlar kanaatlerini özetleyen bir Yargıtay kararının ilgili kısmını eserlerine yansıtarak düşüncelerini özetlemektedirler. İlgili karara göre, şeriklerin sorumlulukları doğrudan değildir. Onların sorumluluğunun esası failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmekte ve sorumlulukları da failin işlediği fiille bağlı olmaktadır.⁸⁷ Yazarlar nitelikli hâllerin geçişi hususuna özellikle Yargıtay'ın son zamanlarda istikrar kazanan içtihatlarını hatırlatmaktadır. Bunun yanında yazarlar, bağlılık kuralı konusuyla ilgili müstakil bir eser kaleme alan DEMİREL'in nitelikli hâllerin şeriklere geçişiyle ilgili olan görüşlerini eleştirmektedir.⁸⁸ Eleştirinin esasını oluşturan husus ise nitelikli hâllerin şahsa bağlı nitelikli hâl olması hâlinde bunun haksızlık yanı sıra kusurluluğa da etki etmesinden dolayı kendisinde söz konusu nitelikli hâl bulunmayan şerikin cezasında bir indirim yapılması için kanuna hüküm konulması konusundaki DEMİREL'in önerisidir. Yazarlar ayrıca nitelikli hâllerin kişisel ve fiilî olmak üzere ayrımını ve bu konuya bağlı olarak bağlılık kuralından sapmayı doğru bulmadıklarını ifade etmektedir.⁸⁹

Yazarlar, kan gütme saiki ve töre saiki gibi fiile ilişkin nitelikli hâllerin şeriklere sirayet edeceğine ilişkin görüşü savunan Yargıtay'a katılmadıklarını ifade etmektedir. Yazarlara göre kastın dışında amaç veya saikin manevi unsur olarak arandığı nitelikli hâllerden sadece bu saikle hareket eden müşterek fail sorumlu tutulur. Azmettirende bulunan töre veya kan gütme saikinden, bu saikle hareket etmeyen faili sorumlu tutmak mümkün değildir.⁹⁰

Yazarlar, nitelikli hâllerin geçişi konusunda cezayı ağırlaştıran kişisel nedenlerin sadece söz konusu nedenin kendi şahsında bulunan suç ortağı hakkında uygulanabileceği ve diğer suç ortakları hakkında uygulanamayacağı noktasında görüşlerini ortaya koyan KAYMAZ'a katılmadıklarını ifade etmektedir. Yazarlar, bu konuda gerekçe olarak, kanunda bağlılık kuralının düzenlenmiş olmasından sonra bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmasının artık gerekmediğini ileri sürmektedir. Yazarlar söz konusu durumun doktrin ve uygulama tarafından geliştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁹¹

3.ÖZGENÇ'e Göre

ÖZGENÇ, nitelikli hâllerin şeriklere geçişi noktasında Alman Ceza Kanunu ile 5237 sayılı TCK arasındaki anlayış farkına dikkat çekmiştir. Yazara göre Alman Ceza Kanunu'nda, 5237 sayılı TCK'nın 40'ıncı maddesinde düzenlendiği şekilde bir bağlılık kuralı maddesi bulunmamaktadır. Yazara göre Alman Ceza Kanunu 19'uncu yüzyıl ceza hukukunun anlayışına sahip eski hükümler ihtiva etmektedir. Alman Ceza Kanunu'nda yer alan "Cezanın artırılmasını, cezada indirim yapılmasını veya ceza verilmemesini gerektiren özel kişisel özellikler" ile 765 sayılı mülga TCK'nın 66'ıncı ve 67'inci maddeleri arasında bağlantıya işaret eden yazar, söz konusu ifadenin hem gerçek özgü suçlardaki özel faillik vasfını, hem failin şahsından kaynaklanan ve suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az ceza verilmesini gerekli kılan nitelikli unsurları hem de şahsi cezasızlık sebeplerini ayrıca cezada indirim

⁸⁷ Yarg. 1. CD., 25.06.2014, 1428/3654

⁸⁸ Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 516

⁸⁹ Koca/Üzülmez, s.484.

⁹⁰ Koca/Üzülmez, s.485.

⁹¹ Koca/Üzülmez, s.482.

yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri değerlendirdiğini ifade etmiştir.

Yazar, Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “özel kişisel hususiyetler” ifadesiyle özgü suçlardaki özel failliğin karşılandığını ifade etmektedir. Görevi kötüye kullanma ve zimmet suçlarında failin kamu görevlisi olmasını bu bağlamda “özel kişisel hususiyetler” olarak ifade eden yazar, söz konusu özel hususiyetleri taşımayan kişilerin suça iştiraki hâinde cezalandırılabilmesinin temelini oluşturduğunu ifade etmektedir. Gerçek özgü suç olarak ifade edilen bu durumun TCK'nın 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrasıyla paralellik arzettiğini ifade ettikten sonra Alman Ceza Kanunu'nda özel faillik vasfı taşımayan azmettiren veya yardım edenin cezasında Alman Ceza Kanunu'nun 49'uncu maddesine istinaden indirim yapıldığını beyan etmektedir. Yazar bu konuda Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesiyle TCK'nın 40'ıncı maddesi arasında önemli farktan bahsetmiştir.⁹²

Yazar, Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasını izahla, m. 28/2'de cezayı artıran, azaltan veya ceza verilmesine mani özel kişisel hususiyetlerin suç ortaklarına geçişini engelleyen bir hükme yer verildiğinden bahisle m. 28/2'nin bağlılık kuralının istisnası olarak konulduğunu ifade etmektedir. Bağlılık kuralının uygulanamayacağı durumlar için yapılan bu düzenleme yazara göre, yanlış anlaşılacak Türk ceza hukuku doktrininde tutarsız açıklamalara sebebiyet vermiştir. Yazar, şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin, işlenen fiilin haksızlık içeriğinde bir farklılık getirmediğinden fail veya şerik olduğuna bakılmaksızın sadece ilgili suç ortağı bakımından dikkate alınabileceğini ifade etmektedir.⁹³

Yazar, bağlılık kuralının, TCK'nın 40'ıncı maddesinde yer alan madde gerekçesindeki mülahazalarla nitelikli hâllerin şeriklere geçiş konusunda yeterli olduğundan hareketle, bu yönde ayrıca bir düzenlemeye gerek duyulmadığını ifade etmektedir:⁹⁴ *“Hükûmet tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, “kişisel ağırlatıcı nedenlerin” ve “fiili ağırlatıcı nedenlerin” şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. Yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verdikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, “ağırlatıcı nedenlerin” kişisel veya fiili olarak ayırımı tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükûmet tasarısının 43 ve 44. maddeleri metinden çıkarılmıştır.”*⁹⁵

4. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN ve ÇAKIR'a Göre

ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN ve ÇAKIR'a göre Türk ceza hukuku doktrininde yer alan ve iştirak hâinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere sirayetinin 5237 sayılı TCK nezdinde yeterli şekilde çözüme ulaştırılmadığına ilişkin yapılan eleştiriler haklı değildir. Yazarlara göre, bağlılık kuralı genel olarak değerlendirildiğinde nitelikli hâllerin geçiş noktasında herhangi bir problem bulunmamaktadır. Konuyu kasten öldürme suçunun eşi karşı işlenmesi örneğiyle açıklayan yazarlara göre (B)'nin eşi (E)'yi öldürmesi için aşık olduğu

⁹² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 643.

⁹³ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 644.

⁹⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 646.

⁹⁵ TCK m. 40 gerekçesi, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 448 vd.

(A)'yı azmettirmesi hâlinde, (A)'nın suçu işlemesiyle fail olan (A), nitelikli hâlden cezalandırılmayacaktır, sadece suçun temel şeklinden sorumlu tutulacaktır. Yazarlar, buna sebep olarak (A)'nın herhangi bir özel faillik niteliği taşımadığı, bu sebeple de nitelikli hâlin bu kişiye uygulanmayacağını ifade etmektedir. Yazarlar, TCK'nın 38'inci maddesine göre azmettirenin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin maddesini hatırlatmaktadır. Yazarlara göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin suç ortaklarına geçişi problemi, 5237 sayılı kanunda yeni bir bakış açısıyla ele alınmış olup, bu konunun eski kanun mantığıyla anlaşılması ve çözüme kavuşturulması mümkün değildir. Yazarlar ayrıca, Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatlarının henüz istikrar sağlamadığına işaret etmektedir.⁹⁶

5. AYDIN'a Göre

AYDIN'a göre, TCK'da bağlılık kuralının düzenlendiği madde, bağlılık kuralını tam olarak yansıtmamakla birlikte, bağlılık kuralıyla ilgisi olmayan hükümler barındırmaktadır. Ayrıca kanunun bağlılık kuralına yer vermiş olması, onun ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçişi konusunda yeterli değildir. Yazar, sadece kamu görevlisinin işleyebileceği bir suçu cebir kullanarak bir başkasına işletmesi hâlinde dolaylı failin bağlılık kuralında yer verilen hükümle sorumluluğunun tespit edilmesini hatalı bulmaktadır. Ayrıca yazar, bağlılık kuralının gerekçesinde ifade edilen, sirayete ilişkin hükümlere yer verilmesi olgusunun “19.yüzyıl ceza hukuku anlayışı” olarak ifade edilip “bilimsel olmadığı” görüşünü eleştirmektedir. Yazara göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik olarak uygulamada sorunlu kararlara sebep olabilecek mahiyettedir.⁹⁷

6. EKİCİ ŞAHİN'e Göre

EKİCİ ŞAHİN'e göre, TCK'nın 40'inci maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı, her ne kadar şeriklerin cezai sorumluluklarının belirlenmesi için yazılmışsa da söz konusu düzenleme mevcut şekliyle, iştirak hâlinde işlenen suçlarda suça etki eden ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçişi konusunda bir hüküm içermemektedir. Yazara göre, fiilden kaynaklanan ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçişi meselesi, fiille ilgili olmaları sebebiyle kast ve bağlılık kurallarının birlikte uygulanması ile çözümlenebilecektir. Bunun yanında, şahıstan kaynaklanan ve suça etki eden sebeplerin şeriklere geçişi hususunda kanunda açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Yapılacak bu düzenleme ile hem öğretide yer alan tartışmalara yol gösterilecek hem de verilen mahkeme kararlarında çelişkilerden uzak durulabilecektir. Yazara göre bağlılık kuralının 1943 yılına kadar katı biçimde uygulandığı ancak bu tarihte sınırlandığı Alman hukukunda dahi suça etki eden sebeplerin geçişi meselesi genel kurallara bırakılmamıştır. Alman Ceza Kanunu'nda özel olarak 28'inci maddeyle bu durum açıklığa kavuşturulmuştur. Bu bağlamda TCK'da da Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Yazara göre, yüksek mahkemenin failden kaynaklanan ağırlaştırıcı sebeplerin şeriklere uygulanması yönündeki kararlarının yanında şeriklerden kaynaklanan ağırlaştırıcı sebeplerin faille ve şeriklere uygulanmaması yönündeki kararları adalete uygun düşmemektedir. Şahsi ağırlaştırıcı sebebe haiz olan şeriklere suç işlemleri hâlinde bir avantaj sağlanmış olmaktadır. Bizzat eşini öldüren kişi, eylemi kendisi

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.767.

⁹⁷ Aydın, s. 232.

gerçekleştirmesi hâlinde nitelikli kasten öldürme suçundan cezalandırılırken, eşini bir başkasını azmettirerek öldürtmesi hâlinde kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulması doğru değildir. Bunun yanında eşini kendisi öldüren kişi öldürme suçunun nitelikli şeklinden sorumlu tutulacakken, eşinin öldürülmesine yardım eden kişi daha az cezayı gerektiren kasten öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu tutulmaktadır. Yine yazara göre, fiili nedenlerin geçişi problemi, bağlılık kuralının kast kuralıyla birlikte uygulanmasıyla çözülecektir. Şahsi ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin geçişi problemi ise fiilî sebepler gibi genel kurallar muvacehesinde çözüme kavuşturulamaz. Yazara göre, bu problem genel kurallara bırakılamayacak kadar önem arz etmektedir. Şahsi sebeplerin şeriklere geçiş problemi, TCK'da da tıpkı Alman Ceza Kanunu'nda yapıldığı gibi açık bir düzenleme yapılarak çözüme kavuşturulmalıdır.⁹⁸

7.DEMİREL'e Göre

DEMİREL, TCK'nın bağlılık kuralının düzenlendiği madde gerekçesinde yer alan bazı ifadelerle katılmadığını ifade etmenin yanında, TCK'nın 40'ıncı madde hükmünün suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerin şeriklere geçişi konusunda yeterli olduğunu belirtmektedir.⁹⁹

8.DEMİRBAŞ'a Göre

DEMİRBAŞ'a göre 5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'da yer alan 66'ıncı ve 67'inci madde hükümlerine ve Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesine benzer bir hüküm getirmemiş olması dolayısıyla katı bağlılık kuralını benimsemiştir. Bu sebeple söz konusu yeni kanun, adalet duygusuna uygun olmayan neticelere yol açmıştır. Yazara göre 5237 sayılı kanundaki eksik düzenleme tamamlanarak boşluğun doldurulması gerekmektedir. Yazar, iştirak hâlinde işlenen bir suçta faillerin veya suç ortaklarının taşıdığı suça etki eden bir nedeni bilen failin veya suç ortağının bu nitelikli hâlden sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. faillerden veya şeriklerden birisinde bulunan ve cezaya etki eden bir sebebin varlığı hâlinde bu hususun diğer şerikler bakımından da uygulanacağını ifade etmektedir. Yazar ağırlaştırıcı nedenin fail veya şerikten kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunda bir ayırım yapmamaktadır. Yazara göre TCK'nın 40'ıncı madde düzenlemesi eksiklik taşımaktadır ve bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.¹⁰⁰

9.DÜLGER'e Göre

DÜLGER, TCK'da iştirak hâlinde işlenen suçlarda şeriklerin hangi hâllerde failin işlediği suçtan sorumlu tutulacaklarına ilişkin olarak bağlılık kuralının sınırlı ve niteliksel şekilde yer verilmiş olması dolayısıyla 5237 sayılı TCK'da nitelikli hâllerin şeriklere geçişi noktasında bir sorun görmemektedir. Yazar, 765 sayılı mülga TCK'da ve 5237 sayılı TCK'nın Hükümet Tasarısında yer verilen maddelerin aksine ikilik sistemi ve karma yapıyla teşkil edilen ve cezanın faile göre belirlendiği bağlılık kuralının açık şekilde düzenlenmesi sebebiyle ayrıca kanun metnine ek düzenlemeler alınmasının gerek olmadığını ifade etmektedir. Yazar, nitelikli

⁹⁸ Ekici Şahin, s. 680 vd.

⁹⁹ Demirel, s. 515.

¹⁰⁰ Demirbaş, s. 580.

hâllerin geçişi noktasında yüksek mahkemenin içtihatlarının uyumlu olmadığından bahsetmekle birlikte son dönemlerde verdiği kararlarla yeni kanun sistematğine uygun olarak meseleyi çözdüğünü ifade etmektedir.¹⁰¹

10.HAKERİ'ye Göre

HAKERİ, failin şahsında yer alan nitelikli hâlden haberdar olan azmettiren veya yardım edenin söz konusu nitelikli hâlden etkilenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar “*kanunda açıkça yazılmadığı sürece cezaların artırılıp eksiltilemeyeceği*” şeklinde ifade edilen TCK’nın 61’inci maddesinin onuncu fıkrasını dayanak göstererek, tüm suç ortaklarının sadece kendilerinde şahsi sebebe bağlı olarak nitelikli hâlden sorumlu tutulmalarına ilişkin görüşe katılmadığını ifade etmektedir. Yazar, faillerin sorumluluklarının iştirak ilişkisi içinde kendi fiillerinden kaynaklandığını ifade etmektedir. Bu sebeple failden kaynaklanan bir nitelikli hâl, diğer faillelere geçmeyecektir.¹⁰² Nitelikli hâl yalnızca şahsında bulunan faile uygulanacaktır. Bunun yanında yazar, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu konusunda da bağlılık kuralına işaret etmektedir. HAKERİ’ye göre, şeriklerin sorumluluğu bağlılık kuralı gereğince faile göre belirlenecektir. Bu sebeple hem failde bulunan nitelikli hâl azmettiren ve yardım edene uygulanacaktır hem de azmettiren ve yardım edende bulunan nitelikli hâl faile uygulanacaktır. Yazar bu sonuca ulaşılması için söz konusu nitelikli hâllerden bu kişilerin haberdar olmasını ve kastının bunları da kapsamış olmasını aramaktadır. Yazar bu konuda kusur prensibine de gönderme yapmaktadır.¹⁰³

11.İÇEL’e Göre

Yazar, faillerin daha ağır şekilde cezalandırılmasına sebebiyet verecek şekilde ağırlaştırıcı nedenlerin şeriklere sirayeti konusunda 765 sayılı mülga TCK’da yer alan hükümlerine atıf yaparak, bu hükümler merkezinde kişisel nitelikteki ağırlaştırıcı nedenlerin iştirak iradesinin açıklandığı sırada bilinmesi koşuluyla diğer suça katılanlara geçeceği yönündeki 66’ncı maddesini hatırlatmış; fiilî nedenlerin ise suçun işlendiği sırada bilinmesi koşulunun aranarak diğer suça katılanlara uygulanacağına ilişkin 67’inci maddesini ifade etmiştir. Yazar, 5237 sayılı kanunda bu konuda özel bir düzenleme yapılmamasının bir eksiklik olduğunu ifade ederek, nitelikli hâllerin geçişi noktasında söz konusu hâlin bilinmesinin aranması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁴

12.KAYMAZ’a Göre

KAYMAZ’a göre, TCK’nın 40’inci madde düzenlemesi, madde gerekçesinde belirtildiğinin aksine cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi sonucu doğuran nitelikli hâllerin şeriklere geçişi sorununu çözememektedir. Yazara göre, her ne kadar TCK’nın 40’inci maddesinin birinci fıkra düzenlemesi, kanuni tanıma uygun olmayan eylemlerin cezalandırılması konusunda önemli bir görev görse de ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin suç

¹⁰¹ Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 796-798.

¹⁰² Bu konuda ayrıca bkz. Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 524.

¹⁰³ Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 579.

¹⁰⁴ İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayınları, Ankara, 2018, s. 573.

ortaklarına geçiş konusunda bir hüküm içermemektedir. Yazar, “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” ifadesindeki “cezalandırılmayı önleyen kişisel nedenler” ifadesinden şahsi cezasızlık sebeplerini ya da cezalandırılmayı önleyen şahsi sebeplerle ilgili olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple yazar madde metninden şeriklerden birisi hakkında cezalandırılmasını önleyen şahsi bir sebebin veya şahsi cezasızlık sebebinin bulunması hâlinde diğer şeriklerin bundan etkilenmeyeceği anlamının çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁵ Yazara göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda sorumluluğun her bir suç ortağının kusuruna oranla tayin edilmesi gerektiği şeklinde Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi TCK’da bağımsız bir maddede düzenlenmesi isabetli olacaktır.¹⁰⁶ Ayrıca yazara göre cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran bir sebebin şerikler hakkında da uygulanması konusunda kusur ilkesinin bir sonucu olarak bu konuyu suç ortaklarının bilmesi gerekmektedir.¹⁰⁷ Yazara göre, öğretide yer alan tartışmaların ve mahkeme kararlarındaki çelişkinin giderilmesi için bir an önce yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Yapılacak yasal düzenleme yazara göre, bağlılık kuralının yer aldığı TCK’nın 40’ıncı maddesinde yer alabileceği gibi bu konuyla ilgili olarak Alman Ceza Kanunu’nun 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer aldığı gibi bir düzenleme şeklinde olmalıdır.¹⁰⁸

13.ÖZBEK, DOĞAN ve BACAKSIZ’a Göre

ÖZBEK, DOĞAN ve BACAKSIZ, TCK’nın 40’ıncı maddesinde yer alan “Suçun işlenişine iştirak eden kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” şeklindeki ifadenin ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin şeriklere geçiş problemini bütünüyle çözmediğini ifade etmektedir. Yazarlar, konuyu düzenleyen Alman Ceza Kanunu’nun 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmü göstererek TCK’nın 40’ıncı maddesiyle kıyasladıktan sonra TCK’daki maddenin bu konuyu düzenleme konusunda yetersiz olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁹ Yazarlar, 5237 sayılı TCK’da kişisel ve fiili sebeplerin ayırımına yer verilmemiş olmasını eleştirmektedir. Yazarlar, TCK’nın 40’ıncı madde gerekçesinde “Ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin fiili veya kişisel olarak ayırımı tabi tutulmasının bilimsel olmadığı ve uygulamada duraksamalara neden olduğu belirtilerek kişisel ağırlatıcı nedenlerin ve fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmediği” yer verilen noktalarda bazı isabetler bulunmakla birlikte sayılan nedenlerin bilimsel olmadığı gibi bir görüşün gerekçeleri ortaya konmadan savunulmuş olmasına itiraz etmektedir. Yazarlar ayrıca, madde gerekçesinde bilimselliğini yitirdiği ifade edilen fiilî ve şahsi sebep ayırımına Alman hukukunda yer vermeye devam edildiğini hatırlatmaktadır.¹¹⁰ Yazarlar ayrıca şahsi ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin kendisinde bu neden bulunan fail ve şeriklere uygulanacağından bahsetmektedir.¹¹¹

¹⁰⁵ Kaymaz, s.148.

¹⁰⁶ Kaymaz, s.152.

¹⁰⁷ Kaymaz, s.155.

¹⁰⁸ Kaymaz, s.163.

¹⁰⁹ Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 523.

¹¹⁰ Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 523.

¹¹¹ Özbek, Doğan/Bacaksız, s. 525.

14.ÖZEN'e Göre

ÖZEN, 5237 sayılı TCK'da iştirak hükümleri bakımından bağlılık kuralının kabul edilmiş olmasıyla müstakil veya müşterek faillere uygulanabilen ağırlatıcı hâllerin azmettiren ve yardım edenin bu durumu bilmesinin önemi olmaksızın şeriklere de uygulanabileceğinin ifade edilmesinin sadece madde gerekçesinde yer aldığını ifade ettikten sonra madde metninin bu yönde bir açık hüküm barındırmaması dolayısıyla ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçların önüne geçebilme amacıyla 765 sayılı mülga TCK'da 66'ıncı ve 67'inci maddede yer alan bilme koşulunun 5237 sayılı TCK'nın uygulanmasında da kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, mevcut hâldeki 5237 sayılı TCK'nın uygulanmasında kiralık katil tutan kişilerin şahsi veya fiilî ağırlatıcı nedenlerin kendilerine uygulanmasından kaçınabileceklerini ifade etmektedir. Ayrıca azmettiren kişilerin azmettirdiği kişiye ait olan şahsi ağırlatıcı nedenin olduğunu bilmediği durumlarda bile söz konusu ağırlatıcı nedenin azmettirenine uygulanabileceğini bu iki durumda da adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlar doğacağını beyan etmektedir. Yazar hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmaması adına şahsi ağırlatıcı nedenlerin, iştirak iradesinin ortaya çıktığı anda hangi şerik tarafından bilinmesine göre ona uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.¹¹²

15.ZAFER'e Göre

ZAFER'e göre, nitelikli hâllerin suç ortaklarından birisinde bulunmasına rağmen diğerlerinde bu durumun olmaması hâlinde söz konusu durumda suç ortaklarının nasıl cezalandırılacağına ilişkin olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmaması bir sorun teşkil etmektedir. Her ne kadar, yeni kanunun gerekçesinde eski kanunun düzenlemelerine ihtiyaç duyulmadığından bahisle, ağırlatıcı nedenlerin şahsi ve fiilî olmak üzere bir ayrıma tutulmasının bilimsel olmadığı yönünde ifadelere rastlanılsa da bu durum uygulamada çelişkili kararların verilmesine sebep olmaktadır. Yazara göre, şahsi nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayet sorununun esası, kendisinde bu durum mevcut olmayan suç ortağının bu şahsi nedenden etkilenip etkilenmeyeceğidir. Yazar, 5237 sayılı TCK'nın 40'ıncı maddesinin birinci fıkrası ve gerekçesiyle cezayı hafifleten kişisel şahsi nedenlerin suç ortaklarına sirayeti konusuna değindiğini ancak cezayı ağırlaştırıcı şahsi nedenler konusunda herhangi bir hüküm içermediğini belirtmektedir. Bağlılık kuralının ve dar faillik yaklaşımının esas alınmasıyla suça katılanların sorumluluklarının temel esası failin fiili olgusudur. Bu sebeple failde yer alan şahsi ağırlaştırıcı neden bu durumu bilen suç ortaklarına uygulanmaktadır. Söz konusu durumun bir türevi olarak, ortaklarda mevcut olan ancak failde mevcut olmayan bir şahsi sebep, faillerinin sorumluluğuna etki etmemektedir.¹¹³

Yazar, azmettirenin konumu üzerine eğilerek, azmettiren kişinin aslında kendi işlemek istediği bir suçu işletmek istediğini bu sebeple de azmettirenin bulunan şahsi ağırlaştırıcı sebebin bilme koşulu sağlandığı takdirde, suç ortaklarına da etki etmesi gerektiğini ve cezasının artırılması gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁴

Yazar nitelikli hâllerin geçişi noktasında birkaç bakışla durumun daha rahat

¹¹² Özen, s. 671.

¹¹³ Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 580-582.

¹¹⁴ Zafer, s. 582.

çözüleceğini ifade etmektedir. Yazar, nitelikli unsurların suç ortaklarına sirayeti konusunda sadece dar fail anlayışı ve bağıllık kuralı ile mi yoksa geniş anlamda fail anlayışı ile mi çözüleceği noktasında bir soru sorarak, bu yaklaşımı geniş faillik ve suçun suça katılanların ortak çabası olduğu mantığından hareketle tüm suç ortaklarına bu nitelikli unsurları bilme koşuluyla ve neticeye bunun etkili olmasıyla bu şartlara haiz olanlara etki edeceğini ifade etmektedir. Yazar, ayrıca dar veya geniş faillik anlayışlarının hatta bağıllık kuralına dahi gidilmeden yalnızca iştirak iradesinin genel kurallara göre ele alınmasıyla meselenin halledilebileceğini ifade etmektedir. Yazar, fail ya da diğer suç ortaklarının cezayı ağırlaştıran bir nedenin suçun işlenmesinde etkili olması ve bu nedenin bilinmesi koşuluyla tüm ortaklara sirayet edeceğini ifade etmektedir. Yazara göre, iştirak iradesinin nitelikli unsurları da kapsamından hareketle cezayı ağırlaştıran nitelikli unsurlara ilişkin olarak önerdiği genel çözüm tarzının, şahsi ve fiilî nedenler gibi birbirinden ayrılmasının zor olduğu olgulara girilmeden mesele halledilmiş olacaktır. Zira yazara göre şahsi ve fiilî nedenlere ilişkin bu nedenlerin birbirinden zor ayrılması dolayısıyla adil olmayan neticelere gidilmesinin de önünde engel olacaktır. Yazar, suça ve cezaya etki eden nitelikli hâllerin şahsi ve fiilî nedenler ayrımına gidilmeden genel bir yöntemle çözüme kavuşturulmasının adalet ve hakkaniyete uygun olacağından bahisle katkı sunmuştur. Bununla birlikte yazar, kendi görüşlerinin yanında kanun koyucunun uygulamada ve öğretide çatışmalara sebep olan konuyu bir düzenleme yaparak daha açık hâle getirmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁵

SONUÇ

765 sayılı mülga TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK, iştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin geçişi ile ilgili açık bir düzenleme yapmamıştır. Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın hazırlanması ve kabulü sürecinde, Hükûmet Tasarısında söz konusu durumla ilgili düzenleme bulunsa dahi, sonradan, şeriklerin cezalandırılmaları konusunda bağıllık kuralına atıf yapılarak bu kavramla sorunların çözülebileceği ifade edilmiş, bu konuda ayrıntılı ve açık bir düzenlemeye kanun metninde yer verilmemiştir. Bu sebeple Türk ceza hukuku öğretisinde tartışmalar mevcuttur.

Suçta etki eden sebeplerin şeriklere geçişi konusunda kanun boşluğu olduğunu ve bu konuda bir düzenleme yapılmadığı müddet zarfında verilen mahkeme kararlarında toplumun adalet duygusunun incindiğini ifade eden yazarlar, nitelikli hâllerin geçişi konusunu aydınlatmak adına şahsi ağırlaştırıcı sebeplerin kimden kaynaklandığı hususunun çözülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Onlara göre, failde bulunan şahsi ağırlaştırıcı nedenin şeriklere sirayet etmesi için şeriklerin bu durumu sadece bilmesi yeterli olarak kabul edilmemektedir. Bunun yanında, bu ağırlaştırıcı nedenin suçun işlenmesinde bir motivasyon sağlaması da aranmalıdır. Bununla birlikte şerikte bulunan bir ağırlaştırıcı sebep diğer şeriklere ve faille sirayet etmemektedir. Özetle ağırlaştırıcı nedenlerin sirayeti konusunda yasal boşluğun olduğunu söyleyen yazarlar iki gruba ayrılmaktadır. Birinci gruptakiler problemin kast kuralının uygulanması yöntemiyle çözüleceğini ifade etmektedir. Onlara göre sirayet için *bilme* unsurunun yanında *ağırlaştırıcı sebebin suçun işlenişinde etkili olması* da ayrıca aranmaktadır. İkinci gruptakiler ise şahsi sebebin failde veya şerikte bulunmasına göre bir ayırım

¹¹⁵ Zafer, s. 583.

yapmaktadırlar. Failde bulunduğu takdirde suçun icrasını kolaylaştırması sirayet etmesi için yeterliken, şerikte bulunması hâlinde diğer suç ortaklarına sirayet mümkün olmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın kabul edilmesiyle beraber yeni bir anlayış benimsendiği görülmektedir. Bu anlayış, klasik ceza hukuku doktrininden uzaklaşılmasının yanı sıra, kendi içinde birbiriyle bağlantılı ve bütünlük arz eden ceza hukuku kurumlarının sağlıklı işlemesinden güç almaktadır. Takdir edilmelidir ki kendi içinde bir bütünlük arzeden kurumların, kanunun özüne ve ruhuna da temelde aykırı olmaması beklenmelidir. Bu sebeple kanunun sistematığının ve kurumların bir bütün olarak ele alınabilmesinin yanı sıra ayrıca zamanının ruhunu da gözetmesi gerekir. İlgili Hükûmet Tasarısında yer alan şahsi ve fiilî sebepler ayrımının 5237 sayılı TCK'ya alınmaması da bu dönemde kanun koyucunun benimsediği ceza politikasını yansıtır. Bahsi geçen ayrımın kanunlaştırılmama gerekçesi olarak, ilgili madde gerekçelerinde işaret edilen nedenler, öğretide tartışmaya açık olsa da neticede kanun koyucunun benimsediği cezalandırma rejiminde bağıllık kuralı esas alınmıştır.

Kanun koyucunun bu yaklaşımının en çok eleştirildiği noktalardan biri, bağıllık kuralına ilişkin mevcut düzenlemeye göre, örneğin kendi üstsoyunu öldürmesi amacıyla bir başkasını azmettiren kişinin, maktulle arasındaki akrabalık bağına rağmen nitelikli kasten öldürmeye değil, kasten öldürmenin temel şekline azmettirmeden cezalandırılması sonucunun doğmasıdır. İştirak hâlinde işlenen suçlarda nitelikli hâllerin geçişi noktasında bağıllık kuralının yetersiz olduğunu savunan yazarlar, burada kişilerin daha az ceza alma amacıyla bunu suistimal edecekleri yönünde hareket edeceğini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu eleştiriler, örnek üzerinde olduğu gibi kişilerin daha az ceza alacakları şekilde kasten öldürme suçuna azmettirme veya yardım etme şeklinde katılacakları endişesini taşımaktadır. Ancak, örneğin bir kişinin üstsoyunu bizzat öldürmesiyle, azmettiren olması arasında kanaatimizce haksızlık içeriği bakımından fark vardır. Eleştiren yazarlar sonuçta bir ölüm meydana geldiğini ve bu kasten öldürme suçuna şerik olarak katılanların sorumluluğunun nitelikli şekle göre değil temel şekle göre olacağını, bunun da adalet duygusuyla bağdaşmayan sonuçlara yol açacağını savunmaktadır. Bize göre, örneğin bir kişinin elleri kanlı şekilde üst soyunu öldürmesinin, bu fiili bizzat gerçekleştirmesinin içerdiği haksızlık; bir başkasını azmettirerek bu suçun gerçekleşmesini sağlamasına nispetle daha yoğundur. Ek olarak, TCK'daki mevcut bağıllık kuralı düzenlemesi kanaatimizce uygulamada duraksamaya mahal vermeyecek derecede açık bir çözüm sunmakta olup kanunun genel hükümlerinde kazuistik düzenlemelere yer verilmemesi de gerektiğinden, Hükûmet Tasarısındaki yaklaşımın kanunlaşma sürecinde benimsenmemiş olması isabetlidir. Sonuç olarak, şeriklerin işlenen suçtan sorumluluğunun doğrudan olmadığı, yeni TCK sistematığına göre işlenen fiillerden bağıllık kuralı gereğince sorumlu oldukları açık şekilde ifade edilmişken, 765 sayılı mülga TCK'nın kendi bütünlüğü içinde düzenlenmiş olan 66'ncı ve 67'inci maddelerinin benzer şekilde 5237 sayılı TCK'ya alınmamasını uygun bulmaktayız.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, 167-214.
- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 13.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aydın, Devrim. *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Bacaksız, Pınar. “Türk Ceza Hukuku’nda Teşebbüs ve İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 26, 2014, 249-252.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Demirel, Muhammed. *Suça İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II*, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
- Ekici Şahin, Meral. “İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, 2015, 637-686.
- Erem, Faruk. “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, 62-107.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hakeri, Hakan. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.1, 2006, 75-109.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayınları, 2018.
- Kaymaz, Seydi. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hâllerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2012, 117-167.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özen, Mustafa. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, 239-253.

- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özgenç, İzzet. “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), 159-190.
- Özgenç, İzzet. *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996.
- Savaşçı Temiz, Bilgehan. “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, 2487-2512.
- Taşkın Kapusuzoğlu, Beril. *Suç İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Töngür, Ali Rıza, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 28, 2015, 225-259.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Yeşil, Eyüp. “Kasten Öldürme Suçunda Bağlılık Kuralı”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s. 95-101.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

İdeolojik Söylemler ve Kadın Hakları: İstanbul Sözleşmesi Örneği

Şeyma AKIN ^{1*} 

¹Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi	ÖZET
Makale Geçmişi Geliş: 20.04.2024 Kabul: 25.10.2024 Yayın: 02.12.2024 Anahtar Kelimeler: İstanbul Sözleşmesi, Doğu Avrupa ülkeleri, Türkiye, İdeoloji, Popülizm.	İstanbul Sözleşmesinin imzalanmasının ardından özellikle Doğu Avrupa ülkelerinin bir kısmında ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmaların dikkat çekici tarafı, sözleşmenin içeriğinden ziyade çeşitli varsayımlar ve tehditler üzerinden yürütülmüş olmalarıdır. Her tür şiddeti önlemek amacıyla ortaya çıkan söz konusu metin, bazı ülkeler tarafından hemen kabul edilerek iç mevzuata yansıtılmış, ancak Doğu Avrupa ülkelerin çoğunda belge imzalanmasına rağmen meclis onayı gerçekleşmemiştir. Benzer tartışmaların yaşandığı Türkiye ise, sözleşmenin mecliste onaylanıp iç mevzuatına yansıtılmasına karşın zaman içinde bu sözleşmeden çekilen ilk ve tek ülke olmuştur. Sözleşme karışıklığının yaygın olduğu ve çeşitli tartışmaların yaşandığı ülkelerin hemen hepsinde bazı benzerlikler ve tartışmalara esas teşkil eden ortak noktalar bulunduğu görülmektedir. Buna göre, tartışmalar metnin içeriğinde yer alan kadın ve şiddetin önlenmesine dönük olmaktan ziyade, sözleşmenin gizli bir gündemi olduğu, milli ve manevi değerlerin altının oyulmasının hedeflendiği gibi hususlara yoğunlaşmıştır. Bu çalışma, İstanbul Sözleşmesi üzerinden kadın konusunun bahsi geçen ülkelerde nasıl tartışıldığına ve bu tartışmalarda öne çıkan benzerliklere odaklanmakta, yürütülen tartışmaların, tarafların kullandığı söylemlerin kendi ideolojik çerçevelerinden bağımsız olmadığı, hatta özellikle bu çerçeveye oturtulduğunu ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu bağlamda çeşitli Doğu Avrupa ülkelerinden örnekler ile Türkiye’de yürütülen tartışmaların benzer tarafları vurgulanmış, ayrıca, çeşitli ülkelerdeki tartışmalarda kadın konusunun ideolojik bakış ve söylemlerle gündeme taşınmasıyla, tarafları yanına çekme ve ikna etmenin mümkün olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, çalışmada bahsi geçen ideolojik bakışın da asıl sorunlara eğilmeyi imkansız hale getirdiği ve nihayet sağlıklı tartışmaların yürütülmesi için zemininin de ortadan kalktığı ileri sürülmektedir.

Ideological Discourses and Women’s Rights: The Case of the Istanbul Convention

Article Info	ABSTRACT
Article History Received: 20.04.2024 Accepted: 25.10.2024 Published: 02.12.2024	After the signing of the Istanbul Conventions, serious discussions took place, particularly in Eastern European countries. The interesting aspect of these discussions is that they were usually conducted based on various assumptions and threats rather than the real content of the convention. The aim of the



Keywords:

Istanbul Convention,
Eastern European
Countries, Türkiye,
Ideology, Populism.

convention is the prevention of all kinds of violence and it was accepted by many countries within a short period of time and later adopted in their domestic legislations. However, in most of the Eastern European countries, it took a different turn. Although the document was signed by them, its ratification was either not carried out or met resistance during its ratification. In Turkey, the discussions were of similar nature, although it was one of the first countries to sign, ratify and adopt it into its legislation. It later decided to withdraw from the convention as the only country to do so. It is interesting to observe the similarities and common discussion points among all these countries regarding the convention. One such similarity in the countries is the claim that the convention has a hidden agenda and aims to undermine national and moral values. In these discussions, the main goal and content of the text is hardly represented and merely used for manipulation. This study focusses on the discussions around the Istanbul Convention in the mentioned countries and highlights the similarities in their argumentation. It also makes reference to discussions in Türkiye both to highlight the similarities and to discuss that the discussions prove not to be very helpful for the women's problems and violence. Thereby, it underlines the role of ideological perspectives and camps in undermining attempts to solve the problems in the women's issues.

To cite this article:

Akın, Ş. (2024). "İdeolojik Söylemler ve Kadın Hakları: İstanbul Sözleşmesi Örneği", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 569-587.

***Sorumlu Yazar:** Şeyma AKIN, akinseyma@gmail.com

GİRİŞ

Bireysel haklar modernleşmeyle birlikte ön plana çıkmakla beraber, zaman içindeki uygulamalar ve gelişmeler bu hakların kapsayıcılığını tartışmalı hale getirmiştir. Haklardan faydalanacak kişilerin belirli bir gruba ait olması başlarda yaygın bir kabul olmuştur. Böylece belirli bir zümreye ait olanlar, mesela erkekler öncelikle siyasette söz sahibi olmuş veya seçme ve seçilme hakkından faydalanmıştır. Daha sonra bu haklar toplumun diğer kesimlerini de içerecek şekilde genişlemiştir. Ancak bahsi geçen genişleme süreci uzun ve çeşitli zorluklar içeren bir yol olmuştur. Örneğin, ABD'deki siyahi haklarının ciddi biçimde ele alınması ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısına tekabül etmektedir. Benzer şekilde Avustralya'da Aborjinlere oy hakkının verilmesi ancak 1962'de mümkün olabilmiştir¹. Kadın hakları meselesinde de ülkeye veya bölgeye göre farklılıklar görülmektedir. Mesela, İngiltere'de evli kadının mülkiyet hakkını düzenleyen yasa 1882 yılında çıkarılmış² ve bu sayede evlenen kadının mülkü kendisine ait kalabilmiştir. Seçme ve seçilme hakkında ise ilk başlarda daha katı bir tutum sergilenmiş ve yine İngiltere'de 1832'de çıkarılan yasayla³ kadınların oy vermesi

¹ Commonwealth Electoral Act (1962), <https://www.legislation.gov.au/C1962A00031/latest/text>, ET: 21.02.2024.

² Married Women's Property Act (1882), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/75/enacted>, ET: 21.02.2024.

³ Johnston, Neil. The History of the Parliamentary Franchise Research Paper 13/14, 2013,

yasaklanmıştır. Seçme ve seçilme hakkı ancak 1900'lerin başında ortaya çıkan süfraj hareketiyle gündeme gelmiş ve uzun mücadeleler neticesinde bu elde edilebilmiştir. Bu hakların kadınlarca kazanılması kimi ülkelerde çok daha sonra gerçekleşmiştir. Mesela İsviçre'de yerelde oy verme hakkı olsa da, kadınların federal düzeyde oy verme hakkı ancak 1971'de söz konusu olabilmıştır.

20. yüzyılda kadınlara bazı hakların tanınması, onların problemlerini ortadan kaldırmak için yeterli olmamış, süreç içerisinde daha eşitlikçi ve adil bir toplum yapısı için çeşitli adımların atılması gerekmiştir. Bu gelişmeler kadınlara temel hak ve özgürlükler anlamında imkanlar sağlamış olsa da çeşitli toplumsal dinamikler nedeniyle kadınlarla ilgili sorunlar varlığını sürdürmüş, hatta zaman zaman derinleşmiştir. Modern bir yapıya doğru evrilen toplumsal gruplar bu sürece farklı tepkiler vermişlerdir. Kimisi yeniliklere daha açık olmuş, değişim sürecinde hukuk sistemi ve geleneklerin revize edilmesini benimsemiş, bazı gruplar ise kendi içine kapanıp daha reaktif tepkilerle toplumun dizaynını uygun görmüştür. Böylece var olan gelenekler, kurallar veya roller daha katı bir hal almış ve dışarıdan gelen her tür değişim bir tehdit olarak algılanmıştır. Özellikle kadın hakları konusunda bu daha bariz şekilde gözlemlenmektedir. Bir yanda kadının mutlak biçimde değişmesi ve “kurtuluşu” için gelenekten kopması gerektiği inancı varken, öte yandan da değişimin bir toplum için bir tehdit oluşturduğu ve onu bir arada tutan unsurları tahrip ettiği kanaati yaygındır. Bir bakıma kadın hem modernleşme ve değişimin, hem de geleneksel ve tutucu anlayışın temel meselelerinden biri haline gelmiştir. Değişimin kadın ile mümkün olacağı iddiası dillendirilmekle birlikte, geleneklerin muhafazası sorumluluğu da kadına yüklenmiştir. Tüm bu çelişkili süreç içinde kadın sorunlarının halen tatminkar bir sonuca ulaşip çözülemediği açıktır.

Bu sorunlardan biri, belki de en önemlisi, kadına yönelik şiddettir. Birleşmiş Milletler'in tanımına göre kadına yönelik şiddet “kadınlara yönelik fiziksel, cinsel veya psikolojik zarara neden olan her tür eylemi”⁴ kapsamaktadır. Şiddetin önlenmesine ilişkin çeşitli sözleşmelerin imzalanmasına ve buna dair türlü mevzuatların oluşturulmasına rağmen sorunun devam ettiği görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre⁵ dünya genelinde 3 kadından biri fiziksel veya cinsel şiddete maruz kalmıştır ve şiddet uygulayanların çoğunluğu eşler/sevgililerdir. Dolayısıyla, bu sorun belirli bir toplumsal grup, ülke veya bölgeyle sınırlı değildir, küresel bir olgudur. Bu hususta 1990'lardan itibaren önlemler almak maksadıyla çeşitli adımlar atılmış, taslak metinler hazırlanmıştır. Bu makalenin de konusu olan taslaklardan biri, Mayıs 2011'de AB bakanlar komitesinin İstanbul'daki buluşmasında imzaya açılmış ve İstanbul Sözleşmesi adını almıştır. Nihayet Andorra'nın 2014 yılında imzalamasıyla sözleşme yürürlüğe girmiştir. Ocak 2024 itibarıyla sözleşme bütün AB ülkeleri tarafından imzalanmış, ancak bu ülkelerden sadece 22 tanesi sözleşmeyi meclisinde onaylamıştır. Tüm bu gelişmelere rağmen özellikle çoğu Doğu Avrupa ülkesinde ve Türkiye'de tartışmalar süregelen ve Sözleşme hakkında birçok iddia ortaya atılmıştır. Hatta Türkiye ani bir kararla 20 Mart 2021 tarihinde Resmi

<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP13-14/RP13-14.pdf>, ET: 21.02.2024.

⁴ Declaration on the Elimination of Violence against Women (20.12.1993), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>, ET: 21.02.2024.

⁵ Violence against women (25.3.2024), <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>, ET: 21.02.2024.

Gazete’de ilan ederek sözleşmeden çıkmıştır⁶.

Tartışmaların kapsamına bakıldığında Sözleşmenin içeriğinden ziyade spekülasyon ve tehdit iddialarının öne çıktığı görülmektedir. Bu kafa karışıklığının ve temelsiz iddiaların yaygınlaşması nedeniyle Avrupa Komisyonu özet bir broşür hazırlayıp sözleşmenin içerdikleri ve içermedikleri hakkında bilgilendirme yapmıştır⁷. Buna göre, Sözleşme ile devlete birtakım sorumluluklar yüklenmekte, devletten kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve şiddeti uygulayanların cezalandırılması, şiddete maruz kalanların koruma altına alınması, mağdurların zararlarının tazmin edilmesi gibi hususlarda adım atılması talep edilmektedir. Ayrıca, mağdurlara destek için diğer kurumlarla iş birliği yapılması, destek hizmetlerinin sunulması ve kolluk kuvvetlerinin haklar konusunda eğitilmesi gibi konularda girişimlerde bulunması da beklenmektedir. Öte yandan, yürütülen tartışmalarda temelsiz iddiaların önünü almak için sözleşmenin hangi konuları “kapsamadığına” ilişkin açıklamalar da mevcuttur.

Aynı belgede aile kavramının çokça gündeme getirildiği ve sözleşmenin aileye ve geleneksel aile değerlerine bir tehdit oluşturduğuna dair iddiaların asılsız olduğu vurgulanmaktadır. Yine tartışmalı bir başka husus olan cinsiyet temelli kimlikler ve kavramlara ilişkin açıklamalar yapılmasına gerek görülümüştür. Buna göre metindeki “gender” (toplumsal cinsiyet) kelimesi, kadın ve erkek kavramlarının ortadan kaldırılması anlamına gelmemektedir. Bu kavramın tercih edilmesi cinsiyet ile toplumsal konum arasında bir ilişkiye işaret etmektedir. Ayrıca, sözleşmede eşcinsel evliliğinin tanınmasına ilişkin herhangi bir madde olmadığı belirtilmiştir. Bu kavramların kullanıldığı bağlama bakıldığında, temel hususun şiddete maruz kalanların korunması olduğu anlaşılmaktadır. Yani korunma hakkı herkesi kapsamaktadır ve bireylere cinsiyeti, ırkı, dini, dili, yaşı, medeni hali, cinsel yönelimi ve toplumsal cinsiyet kimliğinden dolayı ayrımcılık yapılmamalıdır. Şiddet mağdurları kapsamına erkeklerin ve göçmen kadınların da dahil edilmesi gerektiği ayrıca ifade edilmektedir.

Bu makale, İstanbul Sözleşmesinin içeriğinin bu kadar net olmasına ve esasen şiddetin önlenmesi amacını taşımasına rağmen bazı ülkelerde farklı bağlamlarda tartışılmasına odaklanmıştır. Söz konusu tartışmaların ideoloji temelli yürütüldüğü ve ülke içinde siyasi ve toplumsal gündemde canlı tutulduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yine çeşitli ülkelerden örnek verilerek yürütülen tartışmalar ve kampanyalar arasındaki benzerliğe dikkat çekilmiş; böylece kadın sorunlarının ideolojik tartışmaların gölgesinde kaldığı ve asıl sorunların göz ardı edildiği ileri sürülmüştür. Bu kapsamda Türkiye’deki siyasi iklim, özellikle ülkenin Avrupa Birliği rotasından ayrılması, Gezi olayları ile darbe girişimi sonrasındaki otoriterleşme süreci⁸ tartışmaların içeriğinin belirlenmesinde önemli olmuştur. Nitekim bu dönemde popüler söylemler daha yaygın hale gelmiş ve kitleleri daha kolay konsolide edecek gündemlere sıkça başvurulmuştur. Dolayısıyla, İstanbul Sözleşmesi bu tür söylemler ve ideolojik temelli kamplaşmalar için kullanışlı bir araca dönüşmüştür.

⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf>, ET: 21.02.2024.

⁷ What is the Istanbul Convention? Who is it for? Why is it important? (n.a.), <https://ec.europa.eu/justice/saynostopvaw/downloads/materials/pdf/istanbul-convention-leaflet-online.pdf>, ET: 21.02.2024.

⁸ Bodur Ün, Marella / Arıkan, Harun. “Europeanization and De-Europeanization of Turkey’s Gender Equality Policy: The Case of the Istanbul Convention”, *JCMS*, C. 60, S. 4, 2022, s. 945-962.

I. ÇALIŞMANIN TEORİK ÇERÇEVESİ

Bu makalede ele alınan İstanbul Sözleşmesi üzerine çok sayıda araştırma bulunmaktadır. Bu çalışmalar, İstanbul Sözleşmesinin hukuki boyutundan, ülke içindeki tartışmalara yansımaya kadar geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Özellikle 2020 sonrası ülkelerdeki tartışmalara yer veren ve popülist politikalarla ilişkisini irdeleyen yazılar dikkat çekmektedir. Bu çalışmayla ilişkili olanları birkaç başlık çerçevesinde ele alabiliriz; bunlardan biri tartışmaların keskin yürütüldüğü ülkelerdir. Ülkedeki grupların İstanbul Sözleşmesi üzerinden kamplaştıkları ve argümanlarını bu doğrultuda ileri sürdükleri ele alan çeşitli çalışmalar vardır. Bu kapsamda Bulgaristan⁹, Macaristan¹⁰, Hırvatistan¹¹, Bosna-Hersek¹² ve mesela Ukrayna'da¹³, kilisenin dahlini de tartışan pek çok çalışma bulunmaktadır. Ayrıca birden fazla ülkeyi ele alan, aralarındaki benzerliklerin altını çizen çalışmalar da mevcuttur^{14, 15}. Söz konusu araştırmalarda ülkelerdeki kampların oluşumu aktarılmış ve İstanbul Sözleşmesi'nin bir turnusol kağıdı olarak işlev gördüğü ortaya konmuştur.

Bazı çalışmaların odak noktasında otoriterleşme ve muhafazakarlaşma bulunmaktadır. Bunlara göre İstanbul Sözleşmesi tartışmaları, ülke içindeki siyasi iklimin değişimine dair ipuçları barındırmaktadır. Sözleşmeye yönelik çeşitli grupların muhalif olması ve Sözleşmenin imzalanmasını engelleme çabaları bu siyasi iklimin yansımaları olarak tartışılmakta¹⁶, Türkiye'deki otoriterleşme ele alınmaktadır¹⁷. Yine Türkiye'deki tartışmalar, söylem değişikliği ve AK Parti'nin AB'den uzaklaşmasını konu alan araştırmalar mevcuttur¹⁸. Bir grup çalışma ise İstanbul Sözleşmesi etrafındaki tartışmaları bir kavramsal çerçeveye oturtmaktadır.

⁹ Vassileva, Radosveta. "A Perfect Storm: The Extraordinary Constitutional Attack against the Istanbul Convention in Bulgaria", *Osteuropa Recht*, C. 68, S.1 2022, s. 78-96.

¹⁰ Nagy, Alíz. "The Non-Ratification of the Istanbul Convention – Gender Inequality in Hungary", *V4 Human Rights Review*, C. 3, S. 2, 2020, s. 19-21.

¹¹ Bosak, Martina / Vajda, Maja Munivrana. "The reality behind the Istanbul convention: Shattering conservative delusions", *Women's Studies International Forum*, C. 74, 2019, s. 77-83.

¹² Gavrić, Saša. "Understanding Substantive Representation of Women in Consociational Post-Conflict Political Systems", *Nationalism and Ethnic Politics*, C.30, S.2, 2023, s. 173-191.

¹³ Elsner, Regina. "Ukrainian Churches and the Implementation of the Istanbul Convention in Ukraine: Being Europe Without Accepting "Gender"", *The Review of Faith & International Affairs*, C.20, S. 3, 2022, s. 63-76.

Zorgdrager, Heleen. "Ukrainian churches in defence of 'traditional values': two case studies and some methodological considerations", *Religion, State & Society*, C. 48, S. 2-3, 2020, s. 90-106.

¹⁴ Gwiazda, Anna / Minkova, Liana. "Gendered advocacy coalitions and the Istanbul Convention: a comparative analysis of Bulgaria and Poland", *International Feminist Journal of Politics*, C. 26, S. 1, 2023, s. 31-53.

¹⁵ Balogh, Lída. "The Ratification Status of the Council of Europe's Istanbul Convention Among EU Member States", *MTA Law Working Papers*, Magyar Tudományok Akadémia/Hungarian Academy of Sciences Budapest, 2020. ET: 12.01.2024.

¹⁶ Stubbs, Paul / Lendvai-Bainton, Noemi. "Authoritarian Neoliberalism, Radical Conservatism and Social Policy within the European Union: Croatia, Hungary and Poland", *Development and Change* C. 51, S.2, 2019, s. 540-560. Parti, Katalin. "Illiberal and Populist Political Narratives on Gender and Underreporting of Sexual Violence: A Case Study of Hungary", *Politics and Governance*, C. 10, S. 4, 2022, s. 26-37.

¹⁷ Eslen-Ziya, Hande. "Establishing networked misogyny as a counter movement: The analysis of the online anti-Istanbul convention presence". *Convergence*, C. 28, S. 6, 2022, s. 1737-1753. Cerami, Carola. "Turkey, Europe and Women's Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention, *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società* C. 3, S. 1, 2021, s. 1-9. Bayar, Tuğba. "Turkey's withdrawal from Istanbul Convention: international human rights regime vis-à-vis authoritarian survival", *Turkish Studies*, C. 25, S. 1, 2023, s. 22-42.

¹⁸ Aydın-Düzgüt, Senem. "De-Europeanisation through Discourse: A Critical Discourse Analysis of AKP's Election Speeches", *South European Society and Politics*, C. 21, S. 1, 2016, s. 45-58. Ünal, Didem. "Securitization of gender as a modus operandi of populism: anti-gender discourses on the Istanbul Convention in the context of AKP's illiberal transformation", *Southeast European and Black Sea Studies*, 2023, s. 1-21.

Örneğin Özdil-Gümüş¹⁹ muhafazakâr söylem üzerinden bir tartışma yürütür. Yine Squire'e ait bir çalışma²⁰, meseleyi çeşitli tartışma kavramları üzerinden ele almaktadır. "Gender" kavramı üzerinden kapsamlı bir tartışma yürütüldüğü ve geleneksel aileden ülkelerin egemenliğinin tehdit altında olduğuna kadar geniş bir yelpazeyi kapsadığı ileri sürülmektedir.

Bir başka çalışma ise Isaacs ve Rudzite²¹ tarafından gerçekleştirilen, Letonya'daki tartışmalar üzerinden kavramsal bir analizdir. Bu çalışmada da bahsi geçen kavramsal analiz çerçevesi kullanılmıştır. Bu şekilde Sözleşmenin kendisinden ziyade, onun araçsallaştırıldığı ve iktidar alanları oluşturmak için kullanıldığını ortaya koymasına dayanarak, karşılaştırmalı araştırma için yararlı bir zemin sağlanmaya çalışılmıştır. Farklı ülkeleri ele alan karşılaştırmalı bir analizin yanı sıra, bu makalenin özgün boyutu söz konusu analizi temel almasıdır.

Isaacs ve Rudzite'nin önerdiği tasnife göre, tartışmalar dört temel unsur üzerinden yürütülmektedir. Bunların ilki *moralisation*, yani ahlaki bağlama oturtma, ahlaki bir emire gönderme veya ahlaki yozlaşma iddiasıyla ilişkilidir. Ahlaka referans veren gruplara bakıldığında daha çok muhafazakâr kesimler bu konuda öne çıksa da başka toplum kesimlerinin de ahlaki referanslara başvurduğu görülmektedir. Buna en açık örnek olarak seküler kesimlerin evrensel insan hakları gibi referanslar vermesi gösterilebilir. İkinci unsur, *externalisation of agency* yani, araçların dışsallaşması sürecidir. Burada Sözleşmenin dış baskılar ile uygulandığı ve "dış güçler" tarafından desteklendiğine dair argümanlara sıkça başvurulduğuna dikkat çekilmektedir. Üçüncü unsur, *instrumentalisation of culture* veya kültürün araçsallaştırılması ile bir bakıma bir kültür savaşı yürütüldüğü öne çıkarılmakta, son olarak ise sözleşme çerçevesinde iktidar için asimetrik bir güç mücadelesi (*asymetric struggle for power*) söz konusu olmaktadır.

Çalışmada ele alınan ülkelerin hepsinde tartışmaların genel olarak bu çerçevede yürütüldüğü görüldüğünden, zikredilen dört başlık üzerinden bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır. Çalışmada çeşitli ülkeler üzerinde yayınlanan akademik makaleler, kitaplar ve raporlardan faydalanılmış ve elde edilen bulgular üzerinden karşılaştırmalı bir analiz yapılmıştır. Bu analizde farklı ülkelerde benzer kalıpların ve argümanların tekrar etmesi dikkat çekicidir. Dolayısıyla farklı ülke de olsa İstanbul Sözleşmenin tartışılma meselesi ve manipülasyonu arasında benzerlikler söz konusudur ve bunlar aşağıda detaylı biçimde ele alınmıştır.

II. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ: TARTIŞMA ALANLARI VE TARTIŞILAN ÜLKELER

İstanbul Sözleşmesi etrafında yaşanan tartışmaların genellikle ideolojik temelli olduğu ve Sözleşme karşıtı söylemlerin de bu ideolojik çerçeveden kaynaklandığı dikkat çekmektedir. Dolayısıyla konuya ilişkin tartışmaları ortaya koyup incelemeye önce ideoloji ve söylem

¹⁹ Özdil Gümüş, Esra. "The Contemporary Debates on Conservative Family: The Case of the Istanbul Convention," *RAIS Conference Proceedings 0054*, 2021, Research Association for Interdisciplinary Studies, s. 43-52.

²⁰ Squire, Isobel. "Gender Ideology and the Istanbul Convention in Bulgaria", Master Tezi, Aalborg Üniversitesi, 2018.

²¹ Isaacs, Rico / Rudzite, Liga. "Conceptualising Culture Wars in the Post-Communist Space: Latvia, the Istanbul Convention and the Struggle for Power", *Europe-Asia Studies*, C. 73, S.8, 2021, s. 1418-1440.

kavramlarını kısaca ele alınmasında yarar bulunmaktadır. İdeoloji Freeden'in²² kullanımıyla “organize... ve bilinçli biçimde benimsenen siyasi fikirler sistemi” ve “inanç, tutum, fikir” gibi unsurları içerir. Buna göre bu inançlar, “bilinçli veya bilinçsiz benimsenen değerleri, anlayışları, mitleri ve tercihleri” içermektedir. Yine bu inançlar bütünü siyasi oluşum ve süreçleri desteklemekte veya onlara muhalefet etmenin yanında kitleleri mobilizasyonu için de kullanılmaktadır. Van Dijk²³, ideolojiyi “bir grubun paylaştığı temel fikirleri içeren genel bir sistem” olarak tanımlar. Bu fikirler ise toplumsal olayları yorumlarken etkilidir ve söylemler üzerinde hakimdir. İstanbul Sözleşmesi bağlamında yürütülen tartışmalarda bunu görmek mümkündür; zira taraflar tartışma sürecinde metnin içine bakmaksızın ideolojik temelli birtakım inanç ve kabuller doğrultusunda hareket etmektedir. Bu kabuller çerçevesinde ortaya konan söylemler yardımıyla kitleler ikna olmakta ve mobilize edilmektedir. Freeden, ideolojinin gruplarla olan ilişkisini tartışırken grupların ideolojiyi hem ürettiğini hem de tükettiğini belirtmektedir²⁴. Ayrıca kendisi ideolojinin niteliklerini ve işlevlerini de ortaya koyar ve ideolojilerin meşrulaştırma, bütünleştirme ve toplumsallaştırma işlevine sahip olduğunu belirtir. Susser²⁵ de (1996, s. 170) ideolojik söylem için benzer bir tasnif yapar ve onun işlevlerini “meşrulaştırma, toplumsallaşma ve üyelerin mobilizasyonu” şeklinde ifade eder. Buna göre ideolojiler, politik düşüncüyü, mevcut veya hayali bir dünyaya dair algıları yansıtır ve iktidar ile ilişki kurar. Bu sayede eylemler ve kararlar “meşruiyet” kazanır. Ancak bunların gerçekleşmesi için ideolojinin benimsenmesi gereklidir²⁶. İdeolojinin benimsendiğini gösteren unsurlardan biri, şüphesiz bu durumun eylemlere ve söylemlere yansımalarıdır. Sözleşme çerçevesindeki söylemlerin, ideolojik duruşla ilişkisi aşağıda ele alınmıştır.

İstanbul Sözleşmesi tartışmalarının sorunlara odaklanmaktan ziyade, ideolojik kamplar üzerinden yürütüldüğünden daha önce bahsedilmişti. Bu tartışmalarda daha çok kendi saflarını oluşturma, safları sıklaştırma ve karşı tarafın argümanlarını geçersiz hale getirme çabaları dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, ideolojinin bu bağlamda ele alınmasında yarar vardır. Van Dijk, ideolojinin niteliklerini ortaya koyarken²⁷ ideolojinin bir inanç sistemi olduğunu ve bu sistemlerin gruplar tarafından paylaşıldığını ileri sürmektedir. Daha önemli bir özelliği, ideolojilerin toplumsal pratikleri etkilemesidir; zira bireylerin ve grupların söyleminde ve eyleminde belirleyici olabilmektedir. Ferguson²⁸, ideolojinin niteliklerini sıralarken ideolojinin sabit olmayıp sürekli bir yenilenme halinde olduğundan bahsetmektedir. Burada özellikle ötekinin ideolojisi önemli bir rol oynamaktadır, çünkü onun varlığı ve hatta tehdidi kendisini gözden geçirmesine neden olmaktadır. Bir diğer önemli unsur, ideolojinin çeşitli faktörlerden destek almasıdır. Örneğin, kendi düşüncesinin alternatifi olmadığı ve dolayısıyla bu ideolojinin

²² Freeden, Michael, *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 14-15.

²³ Van Dijk, Teun A., “Discourse and Ideology”, içinde: *Discourse Studies: A Multidisciplinary Introduction*, Sage, 2011, s.380.

²⁴ Freeden, 1996, s. 22-23.

²⁵ Susser, Bernard. “The domains of ideological discourse”. *Journal of Political Ideologies*, C.1, S.2, s. 165–181. <https://doi.org/10.1080/13569319608420735>

²⁶ Freeden, 1996, s. 35.

²⁷ Van Dijk, 2011, s. 382-384.

²⁸ Ferguson, Michael L., “Neoliberal feminism as political ideology: revitalizing the study of feminist political ideologies”, *Journal of Political Ideologies*, C. 22, S. 3, 2017, s. 221–235.

doğru olduğu varsayımı, kabullenmeyi kolaylaştırmaktadır. Ayrıca yapısal veya kültürel unsurlardan (din gibi) destek alması ideolojiyi güçlendirmektedir. İdeolojinin benimsenmesi ise düşünce yapılarının tekrar etmesiyle kendini göstermektedir²⁹, yani düşünce kalıpları grup üyelerinin eylemlerine ve söylemlerine yansımaktadır. Söylemin üretilmesi ve benimsenmesi sürecine grup üyelerinin dahil olması, kişilerin aidiyetini pekiştirmektedir. Böylece egemenlik kurmak için söylemsel bir mücadele vermektedir³⁰.

İstanbul Sözleşmesi için ilk girişimler 1990’larda başlamıştır³¹ 2008 yılında Avrupa Konseyi’nin oluşturduğu kadınlara ve hane içi şiddetin önlenmesi ve mücadelesi için oluşturduğu komite (CAHVIO), sözleşme metnini hazırlamış ve metin 11 Mayıs 2011 tarihinde imzaya açılmıştır³². Sözleşmeyi imzalamalarına rağmen, bazı ülkeler bir sonraki adım için harekete geçmemişlerdir, yani sözleşmeyi onaylamamışlar ve dolayısıyla iç mevzuatlarına yansıtmamışlardır. Bunlar Birleşik Krallık, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Ermenistan, Letonya, Litvanya, Macaristan, Moldova, Slovakya, Ukrayna’dır. Türkiye ise bütün aşamalarını hayata geçirmesine rağmen, 2021 yılında Sözleşmeden çıkma kararı almıştır³³.

Birleşik Krallığı dışarıda tutarsak diğer ülkelerin hepsinin benzer tartışmalar yürüttüğü görülmektedir. Bu olguya Cerami³⁴, çeşitli açıklamalar getirmektedir. Ona göre, otoriterleşme ve sözleşmeye karşı tavır alma arasında bir ilişki vardır ve Doğu Avrupa ülkeleri bu anlamda bir paralellik göstermektedir. Bunun yanı sıra iç ve dış politikalarındaki sorunlardan kaçınmak için sözleşmenin araçsallaştırıldığı, hatta karşı tarafların bunu bir “vesayet savaşı” amacıyla kullandığı anlaşılmaktadır. Bahsi geçen ülkelerdeki seyir aynı olmamasına ve her ülkenin kendi iç dinamiklerine rağmen benzerlikler çarpıcıdır. Örneğin Macaristan, sözleşmeyi imzalamış ama mecliste onaylamamıştır; gerekçe olarak ise yönetimdeki Hristiyan Demokrat Parti’nin bunu “milli değerlere” aykırı bulması gösterilmiştir. Her ne kadar 2015’te kendi iç mevzuatında kadın sorunları konusunda iyileştirme adına küçük adımlar atmış olsa da “cinsiyet eşitliği endeksinde” Macaristan AB ülkeleri içinde alt sıralardaki ülkelere biri olarak kalmıştır³⁵. Dolayısıyla Macaristan’da kadın hakları ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusunda iyileştirmeler yapılması gerekse de, kadın meselesi ve İstanbul sözleşmesi Macaristan’da daha popülist politikalar bağlamında tartışılmaktadır.

²⁹ Ferguson, 2017, s.229.

³⁰ Kølvrå, Christoffer & Ifversen, Jan. “The attraction of ideology: discourse, desire and the body”. *Journal of Political Ideologies*, C. 22, S. 2, 2017, s. 182–196.

³¹ Isaacs / Rudzite, s. 1424. Council of Europe (2004) The Protection of Women Against Violence Recommendation No. R (2002) 5 of the Committee of Ministers and Explanatory Memorandum, Equality Division, Directorate General of Human Rights (Strasbourg, Council of Europe. ET. 12.01.2024.

³² Historical Background (t.y.), <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/historical-background>. ET: 21.02.2024.

³³ İstanbul Sözleşmesinden ayrılma konusunda Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığınca yapılan resmi açıklamada “Başlangıçta kadın haklarının güçlendirilmesini teşvik etmeyi amaçlayan İstanbul Sözleşmesi, Türkiye’nin toplumsal ve ailevi değerleriyle bağdaşmayan eşcinselliği normalleştirmeye çalışan bir kesim tarafından manipüle edilmiştir. Türkiye’nin sözleşmeden çekilme kararı alması da bu nedene dayanmaktadır” denilerek sözleşmeden çekilmeye eşcinselliği normalleştirmeye çalışan kesimlerin manipülasyonu gerekçe olarak gösterilmiştir (Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilmesine İlişkin Açıklama, 21.03.2021, <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/turkiyenin-istanbul-sozlesmesinden-cekilmesine-iliskin-aciklama>). ET: 12.01.2024

³⁴ Cerami, Carola. s. 5-6.

³⁵ Nagy, Alíz, s. 19-21.

Tartışmaların hararetili yürütüldüğü bir başka ülke olan Letonya’da, 2016 yılında Sözleşme onaylanmaya hazırlanırken³⁶ tartışmalar başlamış ve çeşitli nedenlerle sözleşmenin onaylanmasına karşı olan gruplar öne çıkmıştır. Mayıs 2016’de imzalanmasına rağmen Sözleşme mecliste onaylanmamış, hatta 2018’de yeniden tartışmalar alevlenmiş ve çeşitli gruplar sürece dahil olmuştur. Benzer süreçler Polonya veya Hırvatistan’da da gözlemlenmiş, buralarda da çeşitli gruplar tartışmalara dahil olmuş ve taraf oldukları sözleşmenin bir tehdit oluşturduğu görüşünü benimsemişlerdir. Yine Bulgaristan hükümeti sözleşmeyi oylamaya hazırlanırken muhalefetin mobilize olduğu, hatta tartışmaların mülteci sorunlarıyla paralel yürütüldüğü dikkat çekmiştir. Her ne kadar Sözleşmeden çıkarak daha radikal bir adım atmış olsa da Türkiye’nin durumunda benzerlikler söz konusudur. Yürütülen tartışmalarda sözleşmenin metninden ve içeriklerinden ziyade gizli gündem, dış tehditler ve aile gibi toplumsal kurumlara verdiği zarar odak noktasına oturmuştur. Yukarıda zikredilen diğer ülkelerdeki tartışmalar da benzerlik göstermektedir, ancak burada hepsine değinmek yerine makalenin devamında ülkeler temelindeki tartışmalara ve süreçlere değinilecektir.

Doğu Avrupa ülkelerinde ve Türkiye’de yürütülen tartışmaların sözleşme metnine odaklanmadığından bahsedilmişti. Yani, sözleşme siyasi gündem oluşturmak için araçsallaştırılmış ve ülke içindeki sorunlardan uzaklaşmak veya “safları sıkılaştırmak” için bir vasıta olarak görülmüştür. Bu kısımda bahsi geçen ülkelerdeki tartışmalarda öne çıkarılan konular ve onların tartışılma biçimi ele alınmış, ayrıca, bunların ardında yatan ideolojik ve siyasi motivasyonlara işaret edilmiştir.

Sözleşme bağlamında öne çıkan tartışma konularından biri “gender³⁷” (toplumsal cinsiyet) kelimesinin tanımıdır. Sözleşmede toplumsal olarak inşa edilmiş kadın ve erkek rollerinden bahsedilmesine rağmen muhafazakâr çevreler, bunun ötesinde bir anlam taşıdığını iddia etmiş ve tartışmayı bu çerçevede yürütmüştür³⁸. Bu bağlamda iki husus öne çıkmıştır. Bunlardan ilki sözleşme ile “üçüncü cinsiyet” tanımının meşruluk kazanacağı iddiasıdır. Kadın ve erkek olarak yapılan ayırımın geçersiz hale geleceği, daha doğrusu alternatif cinsel kimlik(ler) ortaya çıkarılmak istendiği vurgulanmaya başlanmıştır. İkinci husus ise “gender” kavramının kendisiyle ilgilidir. Zira çoğu dilde bunun net bir karşılığı yoktur ve ülkelerin kendi dillerinde önerdikleri karşılıklar kavramı daha da anlaşılmaz hale getirmektedir. Türkiye’de kullanılan toplumsal cinsiyet kavramında da buna benzer bir durum söz konusudur. Kavramın sadece cinsiyet rollerinde toplumsal unsurlardan kaynaklı eşitsizliklere gönderme yaptığını söyleyenler olduğu kadar, biyolojik kimliğin reddedilmesi anlamını taşıdığını iddia edenler de mevcuttur. Bu da tartışmaların daha karmaşık hale gelmesine yol açmaktadır.

Tartışma odağına oturan bir diğer konu eşcinsel evliliğidir. Sözleşme içinde cinsel yönelim ifadesi sadece şiddete maruz kalan grupların korunması bağlamında geçmesine rağmen, tartışma yaşayan bütün ülkelerde sözleşme ile eşcinsel evliliğinin önü açılacağına dair güçlü bir iddia dillendirilmektedir. Söz konusu ülkelerde LGBTQ karşıtlığı oldukça yüksektir

³⁶ Isaacs / Rudzite, s.1425.

³⁷ Toplumsal cinsiyet kavramının kullanılışı için bakınız: Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 210, <https://rm.coe.int/1680462545>, ET.: 11.01.2021.

³⁸ Güneş, Ayşe / Ezikoğlu, Çağlar. “Legal and Political Challenges of Gender Equality and Crimes Against Women in Turkey: The Question of Istanbul Convention”, *Women & Criminal Justice*, C.33, S. 1, 2023, s. 14-27.

ve bu sözleşmeyle birlikte LGBTQ gruplarına dışarıdan destek verileceği iddiası yaygındır. Bu gelişmelerin ülkenin manevi değerlerinin altını oymaya veya onları yok etmeye yönelik bir girişim olarak yorumlanması da dikkat çekicidir. Halbuki az önce ifade edildiği gibi, sözleşme metninde bunun desteklendiğine yönelik herhangi bir ibare bulunmamaktadır.

Aile kurumunun korunması ve ahlaki yozlaşma çok tartışılan konular olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin ülkelerin manevi değerlerini yozlaştırma amacını taşıdığı ve bu yozlaşmadan en fazla aile kurumunun etkileneceği yaygın bir kabul haline gelmiştir. Metne bakıldığında hane içi şiddet ve özellikle kadına yönelik şiddetin önlenmesi doğrultusunda devletlerin önlemler alması gerektiğinin altı çizilmektedir. Buna göre gerektiği durumlarda, şiddeti uygulayanın evden uzaklaştırılması veya kadının sığınma evlerine yerleştirilmesi gibi “sert” önlemler alınmalıdır. Bazı çevreler, bunu aile bütünlüğünün bozulması olarak yorumlamaktadır. Buna ilaveten yukarıda zikredilen hususlarla birlikte geleneksel aile yapısının bozulmak istendiğine dair iddialar mevcuttur ve bunlar ciddi destek görmektedir.

Sözleşmeyle ilk bakışta hiçbir ilgisi olmamasına rağmen, gündeme getirilen konulardan biri de ülke egemenliğidir. Sözleşmenin dışarıdan yapılan baskılar neticesinde ülkelere zorla kabul ettirilmek istendiği yaygın kullanılan bir argümandır. Buna göre, dışarıdan yapılan baskılar çerçevesinde Avrupa Birliği’nden gelen talepler olduğu kadar ülke modernizasyonunu destekleyen sivil girişimlere de atıf söz konusudur. Bütün bunlar ülkelerin iç işlerine ve işleyişine bir müdahale olarak algılanmakta ve egemenliği zedeleyici uygulamalar olarak yorumlanmaktadır. Avrupa şüphecilüğünün yükselişte olduğu bir dönemde, AB tarafından gelen her tür talep iç işlerine müdahale olarak algılanmaktadır. İstanbul Sözleşmesi ile de ülkelerin iç işlerine müdahale etmek istediği dile getirilen bir mesele olarak görülmektedir.

III. TARTIŞMALARIN ODAK NOKTALARI VE BULGULAR

Daha önce ifade edildiği gibi İstanbul Sözleşmesi bazı ülkelerde ideolojik bir perspektiften ele alınmaktadır ve meselenin özünden ziyade siyasi ve toplumsal bir malzeme yapılarak araçsallaştırılmıştır. Dolayısıyla, bu çalışmada bahsi geçen ülkelerdeki tartışmalardan hareketle Isaacs ve Rudzite tarafından önerilen dört boyut³⁹ üzerinden bir incelenecek ve ülkeler arasındaki benzerliğe dikkat çekilecektir. Yürütülen tartışmalarda sözleşme, bir hukuki metin olarak tartışılmamaktadır, aksine siyasi gündemin konusu haline gelerek bir kültür savaşının malzemesine dönüşmüştür.

1. Bu bağlamdaki ilk boyut, tartışmaların ahlaki bir bağlama oturtulmasıdır, yani ahlaki bir yozlaşmaya vurgu yapılmasıdır. Hatta sözleşme karşıtları olduğu kadar taraftarları da ahlaki bir göndermeye başvurmaktadır. Söz konusu gönderme bir tarafın ilahi veya ahlaki bir emire referans verme şeklinde olduğu gibi karşı tarafın da küresel insan haklarına vurgu yaptığı görülmektedir. Letonya’da, örneğin, bu minvalde tartışmaların yürütüldüğü görülmektedir; sözleşmenin geleneksel aileye bir tehdit teşkil ettiği, cinsiyetin toplumsal olarak inşa edildiği veya “gender” ideolojisinin dayatıldığı temel tartışma konularından birkaç tanesidir⁴⁰. Bulgaristan’da hükümet sözleşmeyi onaylamaya hazırlanırken muhalefetin İstanbul

³⁹ Isaacs / Rudzite, s. 1421

⁴⁰ Isaacs / Rudzite, s. 1428-1433.

Sözleşmesi’ni araçsallaştırdığı dikkat çekmektedir. Kullandıkları karşı argümanların merkezinde “aile, gelenek” gibi değerlerin tehdit edildiği yer almaktaydı. Bu sayede çeşitli aktörlerin mobilize edilmesi mümkün olmuştur⁴¹ (dış tehdit, toplumun ahlaki dokusuna tehdit; STK’lar mobilize edilmesi). Hatta geleneklerin tehdit altında olduğu iddiası başka tehditlerin varlığına da işaret ederek gündeme taşınmaya çalışılmıştır. Örneğin göç, birçok ülkede olumsuz algılanmaktadır. Bulgaristan’ın bu sözleşme neticesinde sadece göçmen almak zorunda kalmayacağını, özellikle trans birey mülteci almaya zorlanacağı iddia edilmiştir. Benzer bir durum Polonya’da gözlemlenmektedir. 2012’de imzalanmasına rağmen hükümet içinde muhalif sesler yükselmiş ve İstanbul Sözleşmesi başlıca tartışılan bir konu olmuştur. Dile getirilen argümanlar ise feminist ideolojinin baskısı, geleneksel aile değerlerine tehdit, eşcinselliğin önünün açılması⁴² olmuştur. Hatta sözleşmenin gizli bir gündemi olduğu ve aslında LGBTQ taleplerinin destekleneceği önemle vurgulanmıştır.

Türkiye’deki tartışmaların odağında da ahlaki konular ve geleneklere yönelik tehditler vardır. Buna göre sözleşmeyle aileye verilen zarar neticesinde çarpık yapıların ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir⁴³. Böylece, sözleşmeyle, üçüncü cinsiyet tanınacak, eşcinsel evlilikleri meşru hale gelecek ve aile değerleri tehdit edilecektir⁴⁴. Türkiye Düşünce Platformu tarafından Cumhurbaşkanlığına sunulan raporda⁴⁵ da bu iddiaları görmek mümkündür. Bu rapora göre sözleşmeyle cinsiyetsizlik özendirilmekte, manevi değerler zedelenmekte ve aile kurumu zayıflatılmaktadır. Bu nedenle de sözleşme feshedilmelidir⁴⁶. Bütün bunlar, Türkiye’deki tartışmalarda ahlaki sorunların öne çıkarıldığı ve sözleşmenin içeriğiyle ilişkili olmamasına rağmen sözleşme bağlamında ileri sürüldüğünü ortaya koymaktadır. Hatta yaygın argümanlar arasında sözleşmenin aileyi korumadığı, aksine ev içi ve kadın cinayetlerinin önünü açtığı da yer almaktadır. Çözüm olarak ise geleneksel hane yapıları önerilmektedir, çünkü buna göre böyle bir yapıda aile ve toplum daha huzurludur. Böylece annelik onuru zedelenmekte ve kadının iş hayatına katılımı aileyi bitirmektedir.

2.İkinci boyut, “aracıların dışsallaşması” olarak tabir edilen bir olgudur; böylece taraflar sözleşmenin hayata geçirilmesinde dışarıdan baskı veya desteklerin olduğunu iddia etmektedir. Hatta bunların kendi ideolojilerini dayatmak ve kültürün değişimini zorlamak gibi gizli gündemi olduğu iddiaları da mevcuttur. Letonya’da, örneğin, Soros gibi küresel liberal normların destekçileri devreye girdiği iddiaları tartışmanın önemli bir gündemi olmuştur⁴⁷. Ancak söz konusu araçların ülke dışından olması şart değildir, ülke içinde de sürece dahil olan gruplar veya kurumlar bulunmaktadır. Örneğin Letonya’da dini kurumlar da dahil olmak üzere çeşitli grupların tartışmaya taraf olduğu görülmektedir. Letonya Bilimler Akademisi’nin bir değerlendirme yaparak sürece dahil olması buna bir örnek olarak sunulabilir, onların raporuna

⁴¹ Gwiazda / Minkova, s.10.

⁴² Gwiazda / Minkova, s. 13-15.

⁴³ Özdil Gümüş, s. 48.

⁴⁴ Bodur Ün, Marella/Arıkan, Harun, s. 951.

⁴⁵ Bu platform daha sonra geri çekildiğini duyurmuştur. Daha fazla bilgi için bakınız: <https://ilkha.com/6284-sayili-kanun-ve-genc-evlilik-magdurlari-cumhurbaskani-na-sunulan-istanbul-sozlesmesi-degerlendirme-raporundan-onemli-detaylar-131767>; <https://bianet.org/haber/istanbul-sozlesmesi-ne-karsi-cikan-platform-geri-cekildi-228469>. ET.: 11.01.2024.

⁴⁶ Yetkin, Murat. “İşte Erdoğan’dan fesih isteyen İstanbul Sözleşmesi raporu”, 2020, <https://yetkinreport.com/2020/07/23/iste-erdogandan-fesih-isteyen-istanbul-sozlesmesi-raporu/>, ET: 21.02.2024.

⁴⁷ Isaacs / Rudzite, s. 1421.

göre sözleşmenin onaylanması ertelenmelidir, çünkü ülkenin alt yapısı henüz buna hazır değildir⁴⁸. Yine Vatikan'ın tartışmalarda taraf olduğu görülmektedir; hatta toplumda konuşulan konulardan birisi Paskalya'nın yasaklanacağı iddiasıdır⁴⁹.

Türkiye'de de benzer iddialar söz konusu olmuştur, çünkü sözleşmenin ülkenin kendi değerlerine aykırı gizli gündemi olduğuna dair görüşler oldukça yaygındır. Ayrıca, “dış güçlerin” bu sürece dahil oldukları ve ülkenin iç işlerine müdahil olmak istedikleri de sıkça dillendirilmektedir. Her ne kadar bu görüşlere itiraz eden ve sözleşmenin önemine işaret eden karşı bir kamp olsa da, bunların seslerini daha az duyurabildikleri görülmektedir. Sözleşme karşıtı kamp içinde dini cemaatler, medya kuruluşları, çeşitli İslamcı yazar ve entelektüeller, “gender” karşıtı STK'lar vs. vardır. Hepsinin başvurduğu argümanlar ise kültürel yozlaşmanın ve ailenin tehdit altında olmasıdır. Ayrıca erkeklerin mağdur edildiği, aslında bunun Soros destekli bir proje olduğu ve sözleşmenin gizli gündemi (asıl amasın LGBTQ hakları olması gibi) olduğu da ileri sürülmüştür. Bu grubun söz konusu argümanlarla siyasilere baskı yapması mümkün olmuş ve ayrıca gündemi belirlemek için birtakım stratejilere başvurulmuştur. Gazete yazıları, dilekçeler, videolar, sosyal medya kanalları, hatta KADEM⁵⁰ gibi muhafazakâr kadın derneklerini hedef haline getirme⁵¹ bu stratejilerden bazılarıdır. Böylece, sözleşme etrafında dönen tartışmalara dışarıdan taraflar dahil olmuş ve süreci belirleyecek bir güç elde etmişlerdir.

3.Üçüncü boyut, “kültürün araçsallaştırılması” ile ilişkilidir, yani taraflar arasında bir kültür savaşı yaşanmakta ve kültür bu savaşın bir aracı haline gelmektedir. Bir tarafın kazanması, aynı zamanda kendi kültürünün domine etmesi anlamını taşımaktadır. Bu türden bir kültür savaşında tarafların beklentisi ve çıkarları da söz konusu olacak ve neticesinde kazanan taraf toplumu şekillendirebilecektir. İstanbul Sözleşmesi de böyle bir kültür savaşının aracına dönüşmüştür, zira asıl maksat kadın meselesine çözüm getirmek değil kendi iktidar alanını genişletmek için onu araçsallaştırmaktır. Ayrıca, meselenin araçsallaştırılması, özellikle siyasilere iç sorunlardan uzaklaşma imkânı sunmuştur. Macaristan'da Victor Orban, dini kamusal alanda daha etkin hale getirecek adımlar atmış, kiliseleri yenilemiş ve toplumsal merkezler haline getirmiştir. Bunun yanı sıra din temelli örgütler daha aktif rol almaya başlamış, din temelli eğitim kurumlarına daha fazla devlet fonu aktarılmıştır. “Gender studies” yerine “Family studies” başlığı çerçevesinde çalışmalar ağırlık kazanmıştır⁵². Polonya'da da benzer gelişmeler yaşanmış, uygulanan sosyal politikalar yine daha çok aile ağırlıklı olmuştur⁵³. Buna İstanbul Sözleşmesi çerçevesinde baktığımızda, yine kültürel savaşın belirleyici rol oynadığını söylemek mümkündür. Siyasiler daha muhafazakâr değerleri ön plana çıkarmayı tercih etmekte ve sözleşme bu değerlere karşı olduğu iddia edildiğinden, muhalefet de kültür

⁴⁸ Isaacs / Rudzite, s. 1426.

⁴⁹ Isaacs / Rudzite, s. 1430.

⁵⁰ Açılımı: Kadın ve Demokrasi Derneği

⁵¹ Kütük-Kuris, Merve. “The rise and fall of support for the Istanbul Convention: Understanding the case of KADEM”, *Women's Studies International Forum*, C. 93, 2022, s.1-14.

⁵² Stubbs, Paul / Lendvai-Bainton, Noemi. “Authoritarian Neoliberalism, Radical Conservatism and Social Policy within the European Union: Croatia, Hungary and Poland”, *Development and Change*, C. 51, S. 2, 2019, s.548-549.

⁵³ Stubbs / Lendvai-Bainton, s. 552-553.

üzerinden yürütülmektedir.

Türkiye’de de sözleşmenin iki karşıt kampın mücadelesinin malzemesi olarak kullanılması açısından araçsallaştırıldığı gözlemlenmektedir. Bu tartışmaların ve tarafların odağında yine feminizm, eşcinsellik, cinsiyetsizlik gibi konular vardır ve hepsinin aileyi tehdit ettiği ileri sürülmektedir. Hatta uygulanan politikalarda yine ailenin öncelendiği görülmektedir⁵⁴. Hatta iktidar açısından seçimlerde oy kaybetme endişesiyle sözleşmenin bir araç haline getirildiğini söylemek mümkündür, çünkü çeşitli toplumsal grupların gündemi kültürel bağlamda şekillendirdiği ve sözleşmeyle ilişkilendirdiği açıktır.

4.“İktidar için asimetrik mücadele” ise sözleşme karşıtlığı etrafında yürütülen tartışmaların dördüncü boyutunu oluşturmaktadır. Kültür, bir bakıma bir iktidar kurma alanına dönüşmektedir, fakat tarafların iktidarla ilişkisinde asimetrik bir durum olması nedeniyle eşit bir mücadele yürütülememektedir. Hırvatistan’dan Bir örnek vermek mümkündür. Ülkede oy amaçlı patronaj ilişkilerinin önemli olduğu anlaşılmaktadır. Buna bir örnek, gaziler için verilen destekler veya çocuklarına sağlanan pozitif önlemlerdir⁵⁵. Yani hükümetin uyguladığı politikalarda seçmen kendine daha bağımlı hale gelmekte ve onu destekleyen tarafta yer alma ihtimali artmakta⁵⁶, bu da sözleşme karşıtı olan hükümetin elini güçlendirmektedir. Bazı hükümetler, gücü tek bir merkezde toplama girişimiyle bu asimetrik ilişkiyi daha da derinleştirmiştir. Macaristan, örneğin ekonomik krizle beraber ülkeyi radikalleştirmiş, medya monopollerini oluşturmuş, STK faaliyetlerini sınırlandırmış, hak ve özgürlüklerden uzaklaşmış ve yerine milli birliğin inşa edilmesine yönelik adımlar atmıştır⁵⁷.

Siyasi gündemi belirlemede bütün bu gelişmelerin önemli bir rolü vardır. Bunun yanı sıra sözleşme taraftarı veya karşıtı olan grupların yapısı da önem arz etmektedir. Örneğin feminist politikaların hayata geçirilmesi birtakım koşullara bağlıdır. Bunlar, karar verme sürecinde yeterli kadının olması, kritik aktörlerin desteğinin alınması veya güçlü örgütlerin varlığı gibi unsurlardır⁵⁸. Polonya’da 2015 seçim kampanyasında “gender ideoloji” karşıtlığı kullanılmış; aynı zamanda küreselleşme karşıtlığı için bir zemin sağlanmıştır. Bunun yanı sıra STK’lar ve Katolik Kilisenin baskıları da olmuştur⁵⁹. Feminist koalisyonun güçlü olmasıyla sözleşme onaylanabilmiştir. Yine de daha öncesinde hükümet içindeki muhalefet, feminist ideolojinin baskısı olduğuna dair iddiaların olduğu ve geleneksel aile değerlerinin tehdit edildiği gerekçesiyle, hatta eşcinselliğin önünün açılacağına dair iddialarla sözleşmenin mecliste hemen onaylanamamasına neden olmuştur⁶⁰, bu süreç feminist tarafın desteğiyle 2015 yılında tamamlanabilmiştir. Bulgaristan’da ise “anti-gender” koalisyonu büyük bir gruptan oluştuğundan güçlüydü ve medya gibi gündemi belirleyebilecek kaynakları kullanma kapasitesi yüksekti. Böylece destekçileri mobilize etmek daha kolay olmuştur⁶¹. Ukrayna’da da benzer

⁵⁴ Bayar, s.7.

⁵⁵ Her ne kadar günlük hayatta pozitif ayrımcılık kavramı olarak kullanılsa da pozitif/olumlu eylem veya önlem kavramların kullanımı önerilmektedir. Bkz.: https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus/terms/1413?language_content_entity=en, ET: 21.02.2024.

⁵⁶ Stubbs / Lendvai-Bainton, s.544

⁵⁷ Stubbs / Lendvai-Bainton, s. 548-549.

⁵⁸ Gwiazda / Minkova, s.3.

⁵⁹ Stubbs s. 552-553.

⁶⁰ Gwiazda / Minkova, s. 13-15.

⁶¹ Gwiazda / Minkova, s. 8.

kamplaşmalar söz konusudur⁶². Bir kutupta kilise ve onu destekleyen STK'lar ve siyasiler bulunurken, diğer kutupta seküler STK'lar, feministler ve LGBT aktivistleri ile liberal tutuma sahip çeşitli gruplar vardır. Ukrayna'da sözleşme taraftarı grupların galip geldiği anlaşılmaktadır, zira sözleşme 2022 yılında meclis tarafından onaylanmıştır.

Türkiye'ye bakıldığında Adalet ve Kalkınma Partisi'nin ilk yıllarında kadına yönelik politikalarda daha olumlu gelişmeler yaşandığı ve özellikle AB müzakereleri çerçevesinde aile, şiddet, cinsel istismar gibi konularda yasal değişikliklerin hayata geçirildiği anlaşılmaktadır⁶³. Ancak muhafazakarlığa doğru bir değişimle birlikte, aile politikalarına yapılan vurgu artmış ve İstanbul Sözleşmesi tartışmaların odağına oturmuştur. Yine, Türkiye'de de iki kamp üzerinden tartışmalar yürütülmektedir. Bir yanda daha muhafazakâr bir dünya görüşünü savunan ve aileyi merkeze koyan bir taraf bulunmaktadır. Bu grubun kendi çevrelerinden gelen talepleri dahi feminist ve aşırı olarak nitelendirdiği ve eleştirdiği görülmektedir⁶⁴. Bunun bir yansıması cumhurbaşkanlığının yazılı bir duyurusunda görmek mümkün; buna göre sözleşme, eşcinselliği normalleştirmek için kullanılmıştır. Aynı metinde sözleşmeyi mecliste onaylamayan ülkelere referans verilmiştir⁶⁵. Söz konusu kampın içinde ciddi bir medya ve STK desteği dikkat çekmektedir. Örneğin Yeni Akit veya Milli Gazete⁶⁶ hem İstanbul Sözleşmesini hem de Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığını ağır şekilde eleştirmişlerdir. Bu gazetelerde sözleşmenin aileler üzerinde baskıya neden olduğu ve boşanma oranlarında artışa sebebiyet verdiği iddia edilmektedir. Aynı şekilde STK'lar ve sert çıkışlarla gündemde olan (Sema Maraşlı, Yusuf Kaplan, İhsan Şenocak, Abdurrahman Dilipak gibi) tanınmış figürler de bu kampın içinde yerini almakta ve İstanbul Sözleşmesini sıkça gündeme taşımaktadırlar⁶⁷.

Bu noktada Türkiye'ye has olarak bir üçüncü kamptan da bahsetmek mümkündür. Hem muhafazakâr çevreye ait olan, hem de sözleşme karşıtı tarafta yer almayanlar da bulunmaktaydı. Mesela KADEM⁶⁸ bu nedenle ciddi eleştiriler alıp muhafazakâr çevrenin hedef tahtası haline gelmiştir⁶⁹. Benzer bir durum az sayıda muhafazakâr kadın yazar için de söz konusudur. Hidayet Ş. Tuksal veya Ayşe Böhürler gibi isimler, kadınların yalnız bırakıldığını ve gerçek sorunlara karşı muhafazakâr çevrenin kulaklarını kapattıklarını belirtmişlerdir⁷⁰. Hükümetin söylem değişikliği, sözleşme karşıtı kampın daha güçlü olduğunu açıkça göstermektedir, zira meclis onayından geçmesine ve iç mevzuata yansıtılmasına rağmen hükümet bu kampın isteği doğrultusunda sözleşmeden çıkmıştır.

SONUÇ

Kadın hakları ve özellikle kadına yönelik şiddetin önlenmesi gibi konular dünyadaki

⁶² Zorgdrager, Heleen, s. 95.

⁶³ Güneş / Ezikoğlu, s. 16.

⁶⁴ Özdil Gümüş, s. 44.

⁶⁵ Bodur Ün/Arıkan, s. 955.

⁶⁶ İslamcı basın ve Milli Gazete özelinde İstanbul Sözleşmesi karşıtlığı üzerine örnekler içeren bir inceleme için bkz. Keleş / Onay, 2022.

⁶⁷ Özdil Gümüş, s. 45-46, Güneş/ Ezikoğlu, s. 21.

⁶⁸ İstanbul Sözleşmesine ilişkin 20.01.2020 tarihli bir soru cevap tarzı açıklama halen KADEM internet sitesinde yer almaktadır. İstanbul Sözleşmesi Hakkında, 2020, <https://kadem.org.tr/istanbul-sozlesmesi-hakkinda/>, ET:21.02.2024.

⁶⁹ Bodur Ün, s. 954, Kütük Kuriş, s. 2.

⁷⁰ Özdil Gümüş, s. 49.

bütün ülkelerde bir sorun olarak devam etmektedir. Her ne kadar hukuki anlamda iyileştirmeler yapılmış olsa da gündelik hayattaki problemler çeşitli biçimlerde kendini göstermektedir. Ayrıca, devlet ve toplumların kadına yönelik sorunları ele alma tarzları da farklılık arz etmektedir. Bunlar, konuya ilişkin daha efektif çözümler bulmaktan kadına daha fazla hakların verilmesinin geleneğe tehdit anlamına geldiği görüşlerine kadar geniş bir yelpazeyi içermektedir. Sorunlara yönelik etkin çözümlerin üretilmemesi ise problemlerin daha da derinleşmesine neden olmaktadır. Bunun en bariz örneği son zamanlarda sıkça gündeme gelen kadın cinayetleridir. Türkiye’de, örneğin, her ne kadar iç mevzuat anlamında iyileştirmeler yapılsa da, söz konusu adımları eleştirel perspektiften okuyanlar da vardır. Eleştirel bakanlar, kadınlara yönelik şiddetin önlenmesine yönelik mevzuatı sorunun kaynağı olarak da yorumlamaktadır. Dolayısıyla, İstanbul Sözleşmesine yönelik ciddi eleştiriler ve iddiaları gündeme getirmişlerdir. Son zamanlarda değişen siyasi iklimle beraber bu grupların güçlendiğini ve gündemi belirler hale geldiklerini söylemek mümkündür.

Bu çalışma, İstanbul Sözleşmesi odaklı tartışmaları karşılaştırmalı bir perspektiften incelemiş ve bu tartışmaların arkasında yatan dinamikleri ortaya koymaya çalışmıştır. İstanbul Sözleşmesi’nin en çok tartışıldığı Doğu Avrupa ülkeleri ve Türkiye arasındaki benzerliklere dikkat çekilmiş ve bir takım ortak noktalar ortaya konmuştur. Bahsi geçen ülkelerin hepsinde ahlaki bir yozlaşmaya yönelik iddialar mevcuttur, yani sözleşmenin onaylanması ve iç mevzuata yansıtılmasıyla geleneksel değerlerin altının oyulacağı ve ahlaki bir bozulmanın meydana geleceği ileri sürülmektedir. En çok gündeme getirilen konular, eşcinsel evliliğinin meşrulaşması, üçüncü cinsiyetin resmiyet kazanması ve geleneksel aile yapısının yok olmasıdır. Diğer bir mesele, sözleşmenin dışarıdan dayatılmasıdır. Avrupa Birliği şüpheciliklerinin arttığı bir dönemde bu argümanın karşılık bulduğu açıktır. Sözleşme sayesinde AB’nin bahsi geçen ülkelerin iç işlerine müdahale hakkı elde edeceği ve ülkelerin egemenliğini zedeleyeceği sıkça dillendirilmiştir. AB dışında başka aktörlerin de bu sürece dahil olduğu iddiası yaygındır; bu bağlamda en çok zikredilenlerden birisi Soros vakfıdır. Böylece sözleşmenin aslında yabancı kurumların devletlere müdahale edebilmesi için bir araç olarak kullanıldığı ifade edilmektedir. Dikkat çeken bir başka husus, sözleşmenin kültürel bir bağlama oturtulması ve kültür üzerinden iktidar alanlarının genişletilmesidir. Böylece karşıt kamplar, sözleşmeyi daha ziyade kendi kültürel anlayışı çerçevesinde yorumlamakta ve bunun üzerinden kendi kültürünün domine etmesi için girişimlerde bulunmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme kültürel mücadelenin bir aracı olarak kullanılmıştır. Makalede ele alınan bir diğer husus, karşıt kampların asimetrik güç yapısıdır. Bu boyut özellikle önemlidir, çünkü sözleşmenin meclis tarafından onaylanabilmesini doğrudan etkilemiştir. Doğu Avrupa ülkelerinin çoğuna ve Türkiye’ye baktığımızda sözleşme karşıtı tarafların, gündemi ve siyaseti belirleme kabiliyetinin daha yüksek olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla sözleşmenin asıl amacını ve içeriğini tartışan çevrelerin seslerini duyurması ve gündemi belirleme imkanları olmamıştır.

Makalede daha çok sözleşme karşıtlarının görüşleri ve yöntemleri tartışılmıştır; dolayısıyla diğer kampın görüşlerini ve argümanlarını içeren yeni çalışmaların da yapılması mümkündür. Bu bağlamda karşıt kampın yaklaşımı da eleştirel bir perspektiften ele alınabilir. Zira söz konusu çevrelerde de zaman zaman uygulanan politikalar eleştirilmiştir, ancak zaman zaman bu eleştiriler realiteden uzak ve birtakım varsayımlara dayalı olabilmektedir. Örneğin

sezaryen doğum ile ilgili yeniden düzenlenmelerin yapılması, yani normal doğumun teşvik edilmesi, muhafazakâr bir politika uygulaması olarak değerlendirilmiştir. Sezaryen doğum ile kadınların doğurganlığı düşeceğinden hükümetin bunun önünü almak istediği görüşü dillendirilmektedir. Oysa bunu başka perspektiflerden de okumak mümkündür, çünkü hem maliyetli bir uygulama olması hem de sağlık alanında suistimal edilmesi belirleyiciydi. Bu tarz bir perspektifi, KADEM'in kuruluşuyla ilgili iddialarda da görmek mümkündür. Buna göre bahsi geçen dernek, aile merkezli politikaların desteklenmesi için kurulmuştur. Oysa daha dikkatli analiz edildiğinde kurulduktan sonraki yıllarda daha çok kadın merkezli politikalar üretmeye gayret etmiş, İstanbul Sözleşmesi'ni destekleyen bir tavır benimsemiş ve sözleşmenin iç mevzuata yansımaları için çalışmalar yürütmüştür. Söz konusu örnekler, karşı kampın muhafazakâr çevreye yönelik algılarında da birtakım varsayımlardan hareket ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla bu minvalde yeni çalışmalar için yeni araştırma alanları sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aydın-Düzgüt, Senem. "De-Europeanisation through Discourse: A Critical Discourse Analysis of AKP's Election Speeches", *South European Society and Politics*, C. 21, S.1, 2016, s. 45-58, DOI: 10.1080/13608746.2016.1147717
- Balogh, Lída. "The Ratification Status of the Council of Europe's Istanbul Convention Among EU Member States", *MTA Law Working Papers*, Magyar Tudományos Akadémia / Hungarian Academy of Sciences Budapest ISSN 2064-4515, 2020 <http://jog.tk.mta.hu/mtalwp>. ET.: 12.01.2024
- Bayar, Tuğba. "Turkey's withdrawal from Istanbul Convention: international human rights regime vis-à-vis authoritarian survival", *Turkish Studies*, C. 25, S.1, 2023, s. 22-42 DOI: 10.1080/14683849.2023.2262721
- Bodur Ün, Marella & Arıkan, Harun. "Europeanization and De-Europeanization of Turkey's Gender Equality Policy: The Case of the Istanbul Convention", *JCMS*, C. 60, S. 4, 2022, s. 945-962.
- Bosak, Martina / Vajda, Maja Munivrana. "The reality behind the Istanbul convention: Shattering conservative delusions", *Women's Studies International Forum*, 2019, s. 77-83.
- Cerami, Carola. "Turkey, Europe and Women's Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention", *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società* C. 3 S. 1, 2021, s. 187-195.
- Commonwealth Electoral Act. 1962, <https://www.legislation.gov.au/C1962A00031/latest/text>. ET: 21.02.2024
- Council of Europe. "The Protection of Women Against Violence Recommendation No. R (2002) 5 of the Committee of Ministers and Explanatory Memorandum", Equality

- Division, Directorate General of Human Rights (Strasbourg, Council of Europe), 2004. ET.: 12.01.2024
- Cumhurbaşkanı'na sunulan "İstanbul Sözleşmesi" değerlendirme raporundan önemli detaylar (16.7.2020), <https://ilkha.com/6284-sayili-kanun-ve-genc-evlilik-magdurlari/cumhurbaskani-na-sunulan-istanbul-sozlesmesi-degerlendirme-raporundan-onemli-detaylar-131767>; ET.: 12.01.2024
- Declaration on the Elimination of Violence against Women. 20.12.1993, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>. ET: 21.02.2024.
- Elsner, Regina. "Ukrainian Churches and the Implementation of the Istanbul Convention in Ukraine: Being Europe Without Accepting "Gender"", *The Review of Faith & International Affairs*, C.20, S. 3, 2022, s. 63-76, DOI: 10.1080/15570274.2022.2111797
- Eslen-Ziya, Hande. "Establishing networked misogyny as a counter movement: The analysis of the online anti-Istanbul convention presence". *Convergence*, C. 28, S.6, 2022, s. 1737-1753. <https://doi.org/10.1177/13548565221089218>
- Ferguson, Michael L. "Neoliberal feminism as political ideology: revitalizing the study of feminist political ideologies". *Journal of Political Ideologies*, 2017, C. 22, S. 3, s. 221–235.
- Freeden, Michael. *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*. 1996, Oxford University Press, Oxford.
- Gavrić, Saša. "Understanding Substantive Representation of Women in Consociational Post-Conflict Political Systems", *Nationalism and Ethnic Politics*, 2023, C. 30, s. 173-191, DOI: 10.1080/13537113.2023.2266155
- Güneş, Ayşe / Ezikoğlu, Çağlar. "Legal and Political Challenges of Gender Equality and Crimes Against Women in Turkey: The Question of Istanbul Convention", *Women & Criminal Justice*, C.33, S. 1, 2023, s. 14-27, DOI: 10.1080/08974454.2022.2040695
- Gwiazda, Anna / Minkova, Liana. "Gendered advocacy coalitions and the Istanbul Convention: a comparative analysis of Bulgaria and Poland", *International Feminist Journal of Politics*, 2023, s. 1-23. DOI: 10.1080/14616742.2023.2214566
- Historical Background, t.y., <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/historical-background>. ET: 21.02.2024.
- Isaacs, Rico / Rudzite, Liga. "Conceptualising Culture Wars in the Post-Communist Space: Latvia, the Istanbul Convention and the Struggle for Power", *Europe-Asia Studies*, C. 73, S. 8, 2021, s. 1418-1440, DOI: 10.1080/09668136.2021.1937574
- İstanbul Sözleşmesi'ne karşı çıkan platform geri çekildi. 4.8.2020, <https://bianet.org/haber/istanbul-sozlesmesi-ne-karsi-cikan-platform-geri-cekildi>

228469. ET.: 11.01.2024.

Johnston, Neil. “The History of the Parliamentary Franchise”, *Research Paper*, 13/14, 2013. <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP13-14/RP13-14.pdf>. ET: 21.02.2024.

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (2011), Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi- No. 210, <https://rm.coe.int/1680462545>. ET.: 11.01.2021.

Keleş, Dilek / Onay, Duygu. “İslamcı Basında İstanbul Sözleşmesi Karşıtlığının İzlekleri: Millî Gazete Örneği”. *Kültür ve İletişim*, Cilt 24(2), Sayı 48, 2022, s. 372-405. DOI: 10.18691/kulturveiletisim.915364

Kütük Kuris, Merve. “The rise and fall of support for the Istanbul Convention: Understanding the case of KADEM”, *Women's Studies International Forum*, C. 93, 2022, s.1-14.

Kølvraa, Christoffer & Ifversen, Jan. “The attraction of ideology: discourse, desire and the body”. *Journal of Political Ideologies*, C. 22, S. 2, 2017, s. 182–196.

Married Women’s Property Act, 1882, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/75/enacted>. ET: 21.02.2024.

Nagy, Alíz. “The Non-Ratification of the Istanbul Convention – Gender Inequality in Hungary”, *V4 Human Rights Review*, C. 3, S. 2, 2020, s. 19-21.

Özdil Gümüş, Esra. "The Contemporary Debates on Conservative Family: The Case of the Istanbul Convention," *RAIS Conference Proceedings* 0054, 2021, Research Association for Interdisciplinary Studies, s. 43-52.

Parti, Katalin. “Illiberal and Populist Political Narratives on Gender and Underreporting of Sexual Violence: A Case Study of Hungary”, *Politics and Governance* (ISSN: 2183–2463), C. 10, S. 4, 2022, s. 1-11. <https://doi.org/10.17645/pag.v10i4.5519>

Positive Discrimination (t.y.), https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus/terms/1413?language_content_entity=en, ET: 21.02.2024.

Resmi Gazete, 2021, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf>. ET: 21.02.2024.

Squire, Isobel, “Gender Ideology and the Istanbul Convention in Bulgaria”, [Master’s thesis, Aalborg Universitet], 2018.

Stubbs, Paul / Lendvai-Bainton, Noemi. “Authoritarian Neoliberalism, Radical Conservatism and Social Policy within the European Union: Croatia, Hungary and Poland”, *Development and Change*, C. 51, S.2, 2019, s. 540–560. DOI: 10.1111/dech.12565.

Susser, Bernard. “The domains of ideological discourse”. *Journal of Political Ideologies*, C. 1, S. 2, 2011, s.165–181. <https://doi.org/10.1080/13569319608420735>

Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmesine İlişkin Açıklama, 21.03.2021, <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/turkiyenin-istanbul-sozlesmesinden-cekilmesine-iliskin-aciklama>. ET: 12.01.2024

Ünal, Didem. “Securitization of gender as a modus operandi of populism: anti-gender discourses on the Istanbul Convention in the context of AKP’s illiberal transformation”, *Southeast European and Black Sea Studies*, 2023, s. 1-21. DOI: 10.1080/14683857.2023.2262227

Van Dijk, Teun A. “Discourse and Ideology”, içinde: *Discourse Studies: A Multidisciplinary Introduction*, Sage, 2011.

Vassileva, Radosveta. “A Perfect Storm: The Extraordinary Constitutional Attack against the Istanbul Convention in Bulgaria”, *Osteuropa Recht*, C. 68, S.1, 2022, s. 78-96. DOI: 10.5771/0030-6444-2022-1

Violence against women, 25.3.2024, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>. ET: 21.02.2024.

What is the Istanbul Convention? Who is it for? Why is it important? (t.y.), <https://ec.europa.eu/justice/saynostopvaw/downloads/materials/pdf/istanbul-convention-leaflet-online.pdf>. ET.: 21.02.2024

Yetkin, Murat, İşte Erdoğan’dan fesih isteyen İstanbul Sözleşmesi raporu, 23.7.2020. <https://yetkinreport.com/2020/07/23/iste-erdogandan-fesih-isteyen-istanbul-sozlesmesi-raporu/>, ET.: 21.02.2024.

Zorgdrager, Heleen, “Ukrainian churches in defence of ‘traditional values’: two case studies and some methodological considerations”, *Religion, State & Society*, C. 48, S. 2-3, 2020, s. 90-106. DOI: 10.1080/09637494.2020.1757372

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Aşamalar ve Süreler: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Merkezli Bir Değerlendirme

Ahmet AYATA ^{1*} 

¹ Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 12.06.2024

Kabul: 27.09.2024

Yayın: 02.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Sosyo-legal Çalışmalar,
Karar Alma Süreci,
Anayasa Yargısı,
Cumhurbaşkanlığı
Kararnameleri, Yargısal
Denetim Süreleri.

Yargılamaların makul sürede tamamlanması Anayasa Mahkemesinin önüne bireysel başvurular yoluyla gelen kararlar kadar Mahkemenin kendi kararları açısından da önem arz etmektedir. Bireysel başvurular ile normların yargısal denetiminin etkinliği, sürecin uzunluğuyla ters orantılıdır. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen ve mahkemece iptal edilen normların yürürlüğe girdiği günden iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı güne kadar (yürürlükleri ertelenmediği takdirde) yürürlükte kalmaları öngörülmektedir. Süreç boyunca yasama yetkisinin yahut yürütmenin ilk elden düzenleyici işlem yetkisinin kaçınılmaz olarak anayasanın üstünlüğü ilkesine tercih edildiği anlaşılmaktadır. Doktrinel hukuk çalışmalarından farklı olarak cumhurbaşkanlığı kararnameleri şeklindeki normların yargısal denetim süreçlerine odaklanan bu çalışma, betimleyici bir araştırma olup sosyo-legal çalışmalar kapsamında değerlendirilebilir. Çalışma cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin ilk kararın verildiği 22/01/2020 tarihinden 15/10/2023 tarihine kadarki kararlarla sınırlandırılmıştır. Çalışmada öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin paylaştığı istatistiklerde yer almayan sürelerin norm bilgi bankası aracılığıyla elde edilmesi yoluna gidilmiştir. İlgili norm denetimi kararlarının, normun yayımlanması, ilk inceleme, karar gibi farklı aşamaları dikkate alınarak ne kadarlık bir sürede verildiği tespit edilmiş ve bu süreler kanunlarla mukayeseli biçimde değerlendirilmiştir. Bunun yanı sıra mahkemenin cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin kararları detaylandırılmıştır. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen cumhurbaşkanlığı kararnameleri için bir ya da daha fazla hükmünün iptal edilmesi durumunda karar süresinin iptal talebinin reddedildiği kararlara göre %70 daha uzun olduğu tespit edilmiştir. İptal kararı alma sürecinin tabiatının gereği olarak iptal kararlarının daha uzun sürede alındıkları ileri sürülebilir. Ancak bu durum norm denetiminin etkinliğine ve işlevselliğine ilişkin kaygı vericidir.

Stages and Durations in The Decisions of the Constitutional Court: An Evaluation Centered on Presidential Decrees

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 12.06.2024

Accepted: 27.09.2024

Published: 02.12.2024

The completion of the proceedings within a reasonable time is as important for the decisions of the Constitutional Court through individual applications as it is for the Court's own decisions. The effectiveness of judicial review is inversely proportional to the length of the process. The norms that are claimed to be unconstitutional and annulled by the court are envisaged to remain in



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Keywords:

Socio-Legal Studies,
Decision-Making
Process, Constitutional
Justice, Presidential
Decrees, Length of
Judicial Proceedings.

force from the day they enter into force until the day the annulment decision is published in the Official Gazette. Throughout the process, it is understood that the legislative power or the first-hand regulatory authority of the executive is inevitably preferred to the principle of supremacy of the constitution. Unlike doctrinal legal studies, this study, which focuses on the judicial review processes of presidential decrees, is a descriptive research and can be considered within the scope of socio-legal studies. The study is limited to the decisions from 22/01/2020, when the first decision on presidential decrees was issued, until 15/10/2023. The periods that are not included in the statistics shared by the Constitutional Court were obtained through the norm database. The duration of the relevant norm review decisions was determined by taking into account the different stages such as the publication of the norm, the first review, and the decision; these durations were evaluated in comparison with the laws. In addition, the court's decisions on presidential decrees are detailed. For presidential decrees that were claimed to be unconstitutional, it was found that the duration of the decision was 70% longer in cases where one or more rules were annulled than in cases where the annulment request was rejected. It can be argued that annulment decisions take longer due to the nature of the annulment decision-making process. However, this situation raises concerns regarding the efficiency and functionality of norm review.

To cite this article:

Ayata, A. (2024). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Aşamalar ve Süreler: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Merkezli Bir Değerlendirme”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 588-603.

***Sorumlu Yazar:** Ahmet AYATA, aayata@atu.edu.tr

GİRİŞ

Makul sürede yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsurudur. İç hukukumuzda da Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) Keser Altıntaş [GK], B. No: 2023/18536, 25/7/2023 kararıyla birlikte son günlerde yeniden yoğun tartışma konusu olan makul sürede yargılanma hakkı bugüne kadar AYM tarafından ihlal kararı verilerek sonuçlandırılan bireysel başvuru kararlarının %90’ından fazlasının konusunu oluşturmaktadır.

Yargılamanın makul sürelerde bitirilmesi daha çok ceza hukuku ve miras hukuku çerçevesinde ele alınmaktadır. Ancak yargılama sürelerinin makul süreleri aşan uzunlukta olmasının hukukun her alanı için sakıncalar doğurduğu şüphesizdir. Anayasa hukukunda yargısal denetim açısından da bu sorunun varlığını kabul etmek gerekmektedir. AYM’nin bireysel başvuru kararları yoluyla başka yargı makamları tarafından verilen kararlar için çok defalar ihlal kararı verdiği makul sürede yargılanma hakkı AYM’nin bireysel başvuru ve norm denetimi kararları açısından da ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Anayasa yargısında da tıpkı diğer hukuk dallarında olduğu gibi yargısal denetimin etkinliği sürecin makul süreyi aşan uzunluğuyla ters orantılıdır.

İhlali ileri sürülen haklarla doğrudan bağlantılı olması nedeniyle bireysel başvuruların makul süreyi aşan sürelerde sonuçlandırılmasının birtakım sakıncalar doğuracağı açıktır. Bununla birlikte bireysel başvuruların yanı sıra norm denetimi kararlarında da karar alma süreleri büyük önem taşımaktadır. Zira hukukumuzda kanunların anayasaya uygunluğu bir karine olmakla birlikte AYM tarafından yapılacak norm denetimi sonucunda iptal kararı verilmesi halinde ilgili kuralın anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini yürürlükte kaldığı sürece ihlal etmiş olduğunu ya da en azından ihlale imkân tanıdığını kabul etmek gerekecektir. İptal süreci boyunca yasama yetkisinin yahut yürütmenin ilk elden düzenleyici işlemler yapma yetkisinin kaçınılmaz olarak anayasanın üstünlüğü ilkesine tercih edildiği anlaşılmaktadır. Anayasaya aykırılığı sonradan tespit edilen kuralın yürürlükte kaldığı süre boyunca anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedeleyeceği ve çeşitli hak ihlallerine sebep olabileceği ortadadır. Bu sebeple normların ihdasından iptaline kadar beklenmesi gereken sürelerin, doğrudan birtakım anayasal ilkelerin korunması ve genel olarak adaletin tesisi ile ilişkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla diğer hukuk dallarında olduğu gibi pratik olarak telafisi güç sonuçların ortaya çıkmasının önüne geçilmesi ve teorik olarak anayasacılığın varlık nedenlerine paralel bir tutum sergilenmesi noktasında sürelerin uzunluğu çok temel bir göstergedir.

Yargılamalarda sürelerin hangi faktörlerden etkilendiği, ne gibi durumlarda karşı oy kullanma sıklığının arttığı, yargıçların hangi etkenler çerçevesinde karar verdiği gibi sorular yoluyla hukuk dışı faktörlerin yargısal karar alma sürecini nasıl etkilediğini inceleyen çalışmalara yabancı literatürde sıkça rastlanmaktadır. Bu çalışmaları kabaca “yargıçların seçilmeleri ve görev süreleri, mahkemelere erişim, yargısal yetki üzerindeki sınırlar ve yargısal karar verme süreci” başlıkları altında toplamak mümkündür.¹ Hukuki realizmin etkisiyle yükselen ve sosyo-legal çalışmalar olarak sınıflandırabileceğimiz bu çalışmalar gözlemlenebilir verileri de kullanarak, daha çok yargı kararının nasıl olması gerektiğine odaklanan doktrinel hukuk çalışmalarından farklı olarak yargısal karar verme sürecinin nasıl işlediğine odaklanmaktadır.

Hukuk mantığı çerçevesinde düşünüldüğünde yargılama sürelerinin uzunluğunu etkileyen faktörler incelenirken başta yasal nedenleri yani mevzuatı düşünmek gerekmektedir. Sosyal etmenler arasında ilk akla gelen husus ise iş yüküdür.² Bunun yanı sıra yargılama sürelerinin uzaması aktörler arası stratejik ilişkilerin bir sonucu olarak da ortaya çıkabilir. Yargısal aktivizm tartışmalarından bugüne AYM’nin de bu tip stratejik davranışlar geliştirdiğine ilişkin tezler içeren literatür genişlemektedir.³ İngilizce literatürde farklı mahkemelerde yargılama süreçlerinin uzunluğuna ilişkin istatistiklerin değerlendirildiği; bu yolla yargı sisteminin etkinliğine⁴ ve hızına yönelik çözüm önerilerinin getirildiği⁵ çok sayıda

¹ Epstein Lee / Knight Jack. "Mahkemeler ve Yargıçlar" içinde Austin Sarat (ed.), Merve Bakdur (çev.), *Hukuk ve Toplum El Kitabı*, İslık Yayınları, 2022, s. 255.

² Peters, Geoffrey. "The Problems of Caseload and Delay in the Minnesota Supreme Court—An Introduction to a Symposium", *William Mitchell Law Review*, C. 1, S. 7, 1981, s. 43.

³ Oder, Bertil, Emrah. "The Turkish Constitutional Court and Turkey’s Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure", *ICL Journal*, C. 18, S. 1, 2024.

⁴ Clark, David S. / Merryman, John Henry. "Measuring the Duration of Judicial and Administrative Proceedings", *Michigan Law Review*, C. 75, S. 1, 1976.

⁵ Landoni, Mattia. "Justice Delayed...An Overview of the Options to Speed Up Federal Justice", *Journal of Public*

çalışma bulunmaktadır.⁶ Bu tip çalışmaların, yargılama sürelerine ilişkin verilerin sosyal, ekonomik ve siyasi verilerle birlikte değerlendirilmesiyle hukukun sosyal bağlam içinde değerlendirilmesine katkı sunacağı kabul edilmektedir.⁷ Türkçe literatürde ise tespit edilebildiği kadarıyla bu süreçleri detaylı biçimde kategorize ederek her aşama için uygulama ve süreleri analiz eden tek çalışma Yılmaz Aliefendioğlu'nun 1988 tarihli çalışmasıdır.⁸

Doktrinel hukuk çalışmalarından farklı olarak cumhurbaşkanlığı kararnameleri şeklindeki normların yargısal denetim süreçlerine odaklanan işbu çalışma, betimleyici bir araştırma olup sosyo-legal çalışmalar kapsamında değerlendirilebilir. Çalışma cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin ilk kararın verildiği 22/01/2020 tarihinden 15/10/2023 tarihine kadarki kararlarla sınırlandırılmıştır. Çalışmada öncelikle AYM'nin paylaştığı istatistiklerde yer almayan sürelerin norm bilgi bankası aracılığıyla her karar için ayrı ayrı hesaplanarak elde edilmesi yoluna gidilmiştir. İlgili norm denetimi kararlarının, normun yayımlanması, ilk inceleme, karar gibi farklı aşamaları dikkate alınarak toplamda ne kadarlık bir sürede verildiği tespit edilmiş ve bu süreler farklı norm türleriyle mukayeseli biçimde değerlendirilmiştir. Bunun yanı sıra diğer norm türlerinden farklı olarak Mahkemenin cumhurbaşkanlığı kararnamelerine (CBK) ilişkin kararları detaylandırılmıştır. Böylelikle ilk olarak Mahkemenin yasama ve yürütme organlarının düzenlemelerine farklı sürelerde cevap verip vermediği sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır. Ardından ilgili süreler yorumlanarak karar verme sürecine ilişkin çeşitli çıkarımlar yapılmıştır.

I. NORM DENETİMİ KARARLARINDA HUKUKİ ÇERÇEVE

AYM kararlarının anayasal düzeydeki hukuki çerçevesi Anayasa'nın "Anayasa Mahkemesinin Kararları" başlıklı 153. maddesinde çizilmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesi iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan açıklanamayacağına ilişkin kuraldır. Üçüncü fıkra ise iptal kararlarının etki edeceği tarihi düzenlemektedir. Buna göre iptal kararlarında kural; iptal edilen kuralın iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkması şeklindedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 153. maddesinin 3. fıkrasının ikinci cümlesi "Gereken hallerde..." AYM'ye iptal kararının yürürlük tarihini azami bir yıl olacak şekilde erteleme imkânı vermektedir.

Bu sürenin 1961 Anayasası'nın ilk halinde azami altı ay ile sınırlı tutulduğu görülmektedir. 1971 yılında yapılan değişiklikle süre bir yıla çıkartılmış ve 1982 Anayasası'nda da bir yıllık süre korunmuştur.

"Gereken hallerin" neler olduğu ise Anayasa'nın ilgili maddelerinde yahut 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ilgili 66. maddesinde somutlaştırılmamıştır. Hâlbuki 10/11/1983 tarihli ve 2949 sayılı önceki kanunun 53. maddesinin 4. fıkrasının üçüncü cümlesi gereken halleri şu şekilde somutlaştırmaktaydı:

and International Affairs, C. 18, 2007.

⁶ Levin, A. Leo / Wolley, A. Edward. *Dispatch and Delay: A Field Study of Judicial Administration in Pennsylvania*, University of Pennsylvania, Pennsylvania, 1961.

⁷ Clark / Merryman, s. 90.

⁸ Aliefendioğlu, Yılmaz. "Türk Anayasa Mahkemesi'nin İç İşleyişi ve Karar Alma Süreci", *Bahri Avcı'ya Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988.

“Anayasa Mahkemesi bir kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde meydana gelecek olan hukuki boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görürse, yukarıdaki fıkra hükmünü uygular ve boşluğun doldurulması için Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı ile Başbakanlığa bilgi verir.” Buna göre AYM’nin iptal ettiği hükümler bakımından iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi kararı vermesi; iptalden kaynaklanan bir hukuki boşluk doğması, bu boşluğun kamu düzenini tehdit edici veya kamu yararını ihlal edici mahiyette bulunması şartlarına bağlanmıştır.

İlgili düzenlemenin yokluğu durumunda dahi Anayasanın iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi kurumunu düzenleyen kuralının takip eden 153. maddenin 4. fıkrasıyla birlikte yorumlanmasıyla “gereken hallerin” hukuki boşluğa ilişkin olduğu sonucu çıkartılabilir. Zira “İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.” şeklindeki fıkranın lafzından anlaşılabacağı üzere AYM’nin iptal kararı sonrası doğabilecek hukuki boşluğun doldurulması amacına hizmet eden söz konusu süre gerekli düzenlemeyi yapması için TBMM’ye tanınmaktadır.

AYM’nin “gereken halleri” gerçek anlamda gerekçelendirerek somutlaştırdığını söylemek de mümkün değildir. Kararlarda genellikle iptal kararının yürürlüğünün ertelendiği durumlarda “...doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden...” şeklindeki mutata ibare kullanılmaktadır. Bu kararlar nadiren gerekçelendirilse bile erteleme süresi için bir gerekçe yahut objektif ölçüt belirtilmemektedir.⁹ Dolayısıyla uygulamada da mevzuattan daha somut bir tanımlama getirilmemektedir.¹⁰

Anayasa yargısının gerekliliğine ilişkin anayasacılık temelli argümanların, Anayasa’nın 153. maddesinin tamamının ve özellikle dördüncü fıkrasında yer alan “öncelikle görüşüp” ibaresinin sistematik yorumundan anlaşılabacağı üzere iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi imkânı bir istisna olarak düzenlenmiştir. Sistematik yorumun, 1961 Anayasası’nın ilgili kurumu düzenleyen 152. maddesinin gerekçesini ortaya koyan Temsilciler Meclisi tutanakları incelenerek ulaşılabilecek genetik yorumla da desteklendiğini ifade etmek mümkündür.¹¹ Öğretide de genel kabul yürürlüğün ertelenmesi kararlarına istisnai olarak başvurulması gerektiği yönündedir.¹²

Dolayısıyla kural olarak Anayasaya aykırılığı ileri sürülen ve mahkemece iptal edilen normların ihdas edildiği günden iptal kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı güne kadar yürürlükte kalmaları öngörülmektedir. Bu sürenin istisnai olarak Mahkemenin iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi yönünde alacağı bir kararla uzatılması mümkündür.

⁹ Bkz. AYM, T.10/02/2011, E.2008/58, K.2011/37.

¹⁰ Özveri, Kübra, Cemre. *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2020, s. 62-64.

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi, “Birleşim 53”, *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 4, s. 221-225.

¹² Gözübüyük, A. Şeref. *Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 290; Yıldırım, Turan. “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, S. 4, 1993, s. 72; Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 11. baskı, Yetkin Yayınevi, 2010, s. 496.

II. NORM DENETİMİ KARARLARINDA AŞAMALAR

Bu kısımda AYM'nin norm denetimi kararlarının hangi aşamalardan geçerek sonuçlandırıldığının tespit edilmesi yoluna gidilmiştir. Böylece ihdas edilen ve ardından iptal edilen normların ne kadar süre yürürlükte kaldıklarının ayrı ayrı tespit edilmesi ve bu sürelerin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

A. Normun Yürürlüğe Girişinden AYM Önüne Gelişine Kadar Geçen Süre

Bilindiği üzere AYM'nin norm denetimi kararları soyut ve somut norm denetimi kararları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İptal davaları olarak da anılan soyut norm denetimi Anayasa'nın 150. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "...Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir." Takip eden "Dava açma süresi" başlıklı 151. maddesi uyarınca bu hak ihdas edilen düzenlemenin "...Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer." Dolayısıyla iptal davasına konu olabilecek bir düzenlemenin iptal davası açabilme hakkına sahip olanlar bakımından AYM önüne getirilmesi için azami süre 60 gündür. Bu süre, Anayasanın 148. maddesinde yer alan istisna hükmü ile şekil bakımından denetim için on gün olarak belirlenmiştir. Her ne kadar anayasaya aykırı normların bir an evvel yürürlükten kaldırılması gerekçesi ileri sürülerek ihdas edilmiş olsalar da bu sürelerin yargısal denetimi kısıtlayıcı sonuçlara elverişli oldukları şüphesizdir.¹³

Öngörülen süreler içerisinde olmak kaydıyla iptal davasının hangi süre zarfında açılacağı, Mahkemenin takdirinde değildir. Ancak bu süre daha sonra iptal edilecek bir kuralın, yargılama süresiyle birlikte toplamda ne kadar yürürlükte kalacağına etki etmektedir. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bir kuralın yürürlükte kalma süresinin hesabında normun yürürlüğe girdiği tarihin de dikkate alınması gerekmektedir.

Anayasaya aykırılığın başkaca mahkemeler tarafından ileri sürüldüğü itiraz yolu olarak da anılan somut norm denetimi içinse böyle bir süre bulunmamaktadır. Yukarıda verilen bilgiler uyarınca daha sonra Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal talebi kabul edilecek kuralların yürürlüğe girdikleri tarihten iptal davasının açıldığı tarihe kadar geçen sürelerin bir aşama olarak dikkate alınması anlamlıdır. Buna karşılık aynı aşamanın somut norm denetimi için dikkate alınması anlamlı olmayacaktır.

İptal kararları bakımından ilgili süre içerisinde, itiraz yolu bakımındansa bu yola başvurulduğu zaman AYM'nin önüne gelen dava ya da başvuru AYM İçtüzüğü'nün 44. maddesi uyarınca Genel Sekreterliğe dilekçe sunulmasıyla yapılır. Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca sunulan bu dilekçelerin "...Genel Sekreterlikçe Yazı İşleri Müdürlüğüne havale edildiği tarihte dava açılmış sayılır."

¹³ Ülgen, Özen. *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 114–115.

B. İlk İncelemeden İptale Kadar Geçen Süre

1. İlk İnceleme

AYM İçtüzüğü'nün 47. maddesinin ilk fıkrası uyarınca yukarıdaki usulle açılan dosyalar "...raportörlere uzmanlık alanları, ellerindeki iş sayısı ve dosyanın özelliği gözetilerek Başkan tarafından dağıtılır." 48. madde ise raportörlerin dosyalara ilişkin ilk inceleme raporlarını beş gün içerisinde hazırlamalarını öngörmektedir. Aynı maddenin son fıkrası gerekli görülmesi halinde Başkanın raporların hazırlanması için ek süre verebileceğini düzenlemektedir. İlk inceleme raporunun tamamlanmasının ardından Genel Kurulca uygun bulunması halinde dava ya da başvuruya ilişkin işin esasına geçilmesi kararı verilir.

İptal davalarında başvuruda eksiklik tespit edilmesi halinde AYM İçtüzüğü'nün 49. maddesi uyarınca ilgililere eksikliklerin giderilmesi amacıyla on beş günden az olmamak üzere süre verilir. İtiraz yolunda ise benzer durumda ret kararı verilmesi öngörülmüştür.

2. Esasa İlişkin İnceleme

Esasa geçilmesine karar verilen dosyanın esas incelemesine ilişkin raporun hazırlanması için yeniden raportör görevlendirilir. Bu raporun hazırlanma süresi, İçtüzüğü'nün 50. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca raportörün görüşü alınarak Başkanca belirlenir ve bu süre daha sonra Başkanca uzatılabilir.

İçtüzüğü'nün 53. maddesinin ilk fıkrası gereği Genel Kurul gündemini Başkanlık belirlemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası esasa ilişkin raporların ve karar taslaklarının Başkanlıkça düzenlenen gündem ile birlikte, "...toplantı gününden en az bir hafta öncesinden üyelere dağıtıl(masını)" öngörmektedir. Takip eden fıkrada ise "Başkan, acele olan veya gecikmesinde zarar umulan hâllerde bu maddede belirtilen usule ve süreye bağlı olmaksızın toplantının gününü ve gündemini belirleyebilir." ifadesiyle Başkana gündeme ilişkin daha geniş yetkiler tanınmıştır. Dolayısıyla gündem belirlemenin incelenen dosyanın ne kadarlık bir sürede sonuçlandırılacağı hususunda etkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Karar alma süresinin uzunluğu elbette daha çok esasın incelenmesinin ne kadarlık bir sürede yapılacağına bağlıdır. İptal davalarından farklı olarak 152/3. maddeye göre somut norm denetiminde AYM "...işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır." Düzenlemenin lafzından anlaşılabacağı üzere bu sürenin aşılması mümkündür.

3. Kararların Yazılması ve Yayınlanması

Esasa ilişkin incelemenin ardından sıra kararın yazım aşamasına gelmektedir. Yürürlüğün ertelenmesi bahsinde değinilen 153. maddenin ilk fıkrası, iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan açıklanamayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla bir kararın yayımlanması için beklenmesi gereken süreler arasında gerekçe yazım aşaması da yer almaktadır.

Ancak kararın yazımı gerekçeli kararın yazımı ile son bulmayabilir. İçtüzüğün Karar başlıklı 57. maddesinin altıncı fıkrası kararın yayımına kadar geçen süreyi etkileyecek diğer değişkenleri şu şekilde belirlemektedir:

Heyete katılan üyeler, birlikte veya ayrı ayrı varsa karşı oy yazısı veya farklı ya da ek gerekçesini, Genel Kurulca karara son şeklinin verilmesinden itibaren on gün içinde Başkanlığa verdikleri takdirde, bunlar karara eklenir. Karşı oy, farklı ya da ek gerekçelerin bu süre içinde Başkanlığa ulaştırılmaması hâlinde karar, bunlar eklenmeksizin yayımlanır.

Düzenlemede karşı oy yazılarının, farklı ya da ek gerekçelerin karara eklenmesi için on gün içerisinde Başkanlığa ulaştırılması şart koşulmuş, aksi durumda kararın bu gerekçeler eklenmeksizin yayımlanması öngörülmüştür. Dolayısıyla karşı oylar ile farklı ve ek gerekçelerin yazımının karar sürecini ancak on gün ile sınırlı olmak üzere uzatabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

4. İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenme Süresi

Yukarıda bahsedildiği üzere iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi mekanizmasına başvurulup başvurulmadığı normun yayımlandığı tarihten iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih arasındaki süre bakımından önem taşımaktadır. İstisnai olması beklenen bu süre daha evvel belirtildiği gibi bir yıla kadar uzayabilmektedir.

Son olarak Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca iptal kararlarının geriye yürümemesi, anayasaya aykırılıkları tespit edilen normların yürürlükte kaldıkları süre bakımından önemli olmakla birlikte kararın geriye yürütmesine imkân tanınmadığı için bu çalışmada incelenen aşamalar bakımından önem taşımamaktadır.

III. NORM DENETİMİ KARARLARINDA SÜRELER

Önceki başlık altında derlenen aşamalar, norm türlerine ve denetim türlerine göre farklılıklar gösterebilmektedir. Kanunlar ve CBK'lar bakımından bu aşamalar ortak olmakla birlikte denetimin soyut ya da somut norm denetimi şeklinde olması süreleri belirgin biçimde etkilemektedir. Bu açıdan çalışmada mümkün olduğunca kanunlara ilişkin veriler de göz önünde bulundurularak CBK'larla kanunlar arasında süreler bakımından farklılık olup olmadığı değerlendirilmişse de sınırlılıklar sebebiyle esas olarak CBK'lara ilişkin soyut norm denetimi kararlarına odaklanılmıştır. Bu seçimler aşağıda daha detaylı şekilde gerekçelendirilmiştir.

Bu kısımda ele alınan veriler, CBK'lara ilişkin ilk kararın verildiği 22/01/2020 tarihinden 15/10/2023 tarihine kadarki kararlarla sınırlandırılmıştır. Bu tarihler arasında ilgili kararlar bakımından yayımlanma tarihi esas alınmıştır. Kanunların somut norm denetimi kararlarına ilişkin verilerde ise hem karar tarihi hem de yayımlanma tarihi bakımından nihai tarih 15/10/2023 olarak filtrelenmiştir.¹⁴

¹⁴ Bir önceki paragrafta değinilen sınırlılığın bir nedeni de itiraz kararlarının yayımlanması konusundaki farklılıktır. Somut norm denetimi kararları bakımından Resmi Gazetede yayımlanma süreleri oldukça değişkendir. Ret şeklinde sonuçlanan kimi kararlarda tebliğ tarihinin yayımlanma tarihi yerine kullanılması düşünülebilirse de

Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen normların yürürlükte kaldıkları sürenin tespit edilmesi yukarıdaki başlıklar ve alt başlıklarda ele alınan sürelerin birlikte değerlendirilmesiyle mümkündür. Söz konusu normların yürürlükte kaldıkları süre, kabaca şu dört aşamada harcanan sürelerin toplamından oluşmaktadır:

1. Normun yayımlandığı tarihten ilk inceleme tarihine kadar geçen süre
2. İlk inceleme tarihinden karar tarihine kadar geçen süre
3. Karar tarihinden iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihe kadar geçen süre
4. Varsa yayımlandığı tarihten iptal kararının yürürlüğünün ertelendiği tarihe kadar geçen süre.

Belirtilen sürelerden ilki normun yürürlüğe girişinden AYM’de ilk incelemesinin yapıldığı tarihe kadar geçen süredir. Bu sürenin yerine ilk incelemeden de evvel dilekçenin ya da başvurunun AYM Genel Sekreterliğine ulaştığı tarihin dikkate alınması daha doğru görülebilir. Ancak AYM’nin web sitesinde yer alan kararlar bilgi bankası aracılığıyla bu tarihin edinilmesi mümkün değildir. Zira sistemde yer alan dava dilekçelerinde de tarih yer almamaktadır. Bunun yerine her karar için karar bilgi formunda yer alan ilk inceleme tarihi dikkate alınmıştır.

İlgili kuralın yayımlanmasından ilk incelemeye kadar geçen sürenin yukarıda belirtilen mevzuat gereğince altmış gün civarında olması beklenmelidir. Altmış günü aşan sürelerin AYM’nin yukarıda değinilen dilekçe kabul süreçlerinin işleyişinden kaynaklandığını düşünmek gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki bu sürenin somut norm denetimi kararları için hesaplanması bu çalışma açısından anlamlı sayılmaz. Çünkü somut norm denetiminde başka bir mahkemede oluşacak anayasaya aykırılığa ilişkin kanaatin ne zaman oluşacağını bilmek mümkün değildir. Bu sürenin hesaplanması somut norm denetimi kararlarında anayasaya aykırı kuralların ortalama ne kadar süre yürürlükte kaldığını ortaya koymak açısından faydalı olabileceksen de diğer kararları değerlendirme biçimi açısından elverişli değildir. Sonuç olarak çalışmanın bu kısmında yalnızca CBK’lara ilişkin somut norm denetiminde normun yayımlanmasından ilk inceleme tarihine kadar geçen süreler incelenen zaman aralığındaki tek itiraz kararı için hesaplanmıştır. Ancak değinilen sebep ve örneklemin yetersizliği nedeniyle kanunlara ilişkin verilen somut norm denetimi kararlarıyla bunların mukayesesi anlamlı olmayacaktır. Bununla birlikte CBK’lar için iptal davalarında hesaplanan bu sürelerin, kararların iptal ya da ret şeklindeki sonuçlarına göre tasnif edilmesi yoluna gidilerek sürelerin davanın sonucuna göre değişkenlik gösterip göstermediği sorusuna yanıt bulunması hedeflenmiştir.¹⁵

bu çalışmada bu yola gidilmemiştir. Kararlar bilgi bankası aracılığıyla yapılan taramada ilk karar tarihi 22/01/2020 olarak belirlenmiştir. Dikkate alınan son karar, E.2023/139, K.2023/146 sayılı karar olup karar tarihi 13/9/2023’tür. Somut norm denetimi şeklindeki bu karar yayımlanmamıştır.

¹⁵ Bir kararın iptal kararı olarak adlandırılması için tek bir hükmün iptal edilmesi yeterli kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle bu analiz dosya düzeyinde bir analizdir. Bu çalışma açısından aynı dosyada yer alan kaç hükmün iptal edildiği önemli olmadığı için hüküm düzeyinde bir analize ihtiyaç duyulmamıştır.

Buna göre belirtilen periyotta CBK'lara ilişkin 58 iptal davası karara bağlanmıştır. Bu davalarda kararın sonucuna bakılmaksızın normun yayımlandığı tarihten ilk inceleme tarihine kadar geçen süre ortalama 80,3 gündür. Hakkında karar verilen hükümlerden en az bir tanesinin iptal edildiği 35 kararda, diğer bir deyişle bu çalışmanın izlediği terminolojiyle, 35 adet iptal kararında söz konusu süre 84.7 gündür. Hiçbir hükmün iptal edilmediği 23 kararda, diğer bir deyişle ret ile sonuçlanan 23 karar bakımındansa bu süre 75.3 gün olarak gerçekleşmiştir.

İlk inceleme tarihine kadar geçen sürenin ardından ilk inceleme tarihinden kararın verildiği tarihe kadarki aşamalarda geçen sürelerin hesaplanması gerekmektedir. Bu aşamalar yukarıda bahsedildiği gibi ilk inceleme, esasın incelenmesi ve kararın verilmesi aşamaları olup tüm bu aşamalarda geçen süreye karar alma süresi ismi verilebilir.

Somut ve soyut norm denetimi kararları arasındaki farklılaşma ilk inceleme tarihine kadar geçen süre ile sınırlı değildir. AYM kararlarının hukuki çerçevesine ilişkin kısımda belirtilmiş olduğu gibi somut norm denetimi için Anayasanın öngörmüş olduğu beş aylık bir süre bulunmaktadır. Bu süreye her koşulda riayet edilmediği anlaşılmakla birlikte somut norm denetimi kararları arasında süreler bakımından ciddi farklılıklar olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu çalışmanın belirlediği yöntem açısından somut norm denetimi kararlarının başka bir çalışmada ayrıca değerlendirilmesinin daha anlamlı olacağı bir kez daha görülmektedir.

İlk incelemeye kadarki süreye ve karar alma süresine dair zikredilen nedenlerle bu çalışmada CBK'lara ilişkin esas olarak iptal davalarında geçen sürelerin araştırılması yoluna gidilmiştir. Bunun istisnası yine ilk incelemeye kadar geçirilen sürelerin ele alınmadığı kanunlara ilişkin somut ve soyut norm denetimi kararlarına dair incelemelerdir. Kanunlara ilişkin iptal davalarında ve itiraz başvurularında harcanan sürelerin, ilk incelemeye kadar geçirilen süreler dâhil edilmeden hesaplanarak CBK'lara ilişkin karar süreleriyle mukayese edilmesi yoluna gidilmiştir. Daha açık bir ifadeyle CBK'lar ve kanunlar için yukarıda karar alma süresi olarak tanımlanan süre mukayese edilmiştir.

Ele alınan süre zarfında kanunlara ilişkin somut norm denetimi kararlarında toplam 225 karar için ortalama karar alma süresi 329,5 gün olarak hesaplanmıştır. Bu kararlar arasında ilk inceleme tarihi ve karar tarihi aynı olan kararlar bulunmakla birlikte bu sürenin yıllarla ölçüldüğü kararlar da bulunmaktadır. 04/11/2021 tarihli ve E.2019/4, K.2021/78 sayılı karar¹⁶ incelenen zaman aralığında en uzun karar alma süresine sahip karar olup bu süre 1022 gün olarak gerçekleşmiştir. Aynı kararda karar tarihinden kararın yayımlanmasına kadar geçen süre ise 125 gündür.

Kanunlara ilişkin soyut norm denetimi kararlarında toplam 79 karar için karar alma süresi 857,5 gün olarak hesaplanmıştır. Aynı kararların yayımlanması için beklenmesi gereken süre ortalama 105 gün olarak gerçekleşmiştir. İncelenen zaman aralığında en uzun karar alma süresi 11/11/2021 tarihli ve E.2021/104, K.2021/87 sayılı karara ait olup bu süre 1736 gün

¹⁶ Kararın konusu: "10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 44. maddesiyle 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen ek 30. maddenin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir." Bkz. AYM, T.11/11/2021, E.2021/104, K.2021/87.

olarak gerçekleşmiştir. 134 günlük yayımlanma süresiyle birlikte ilk incelemeden kararın yayımlandığı tarihe kadar geçen toplam sürenin 1870 gün olduğu görülmektedir. İlk incelemeden yayım tarihine kadar toplam sürenin 1890 günle en uzun olduğu karar ise 09/11/2022 tarihli E. 2018/84, K.2022/132 sayılı karar¹⁷ olup bu kararda karar alma süresi 1637 gün, karar tarihinden yayımlanmaya kadar geçen süre 253 gündür.

Belirtilen periyotta CBK'lara ilişkin toplam 58 soyut norm denetimi kararının 35'inin iptal ile sonuçlandığı ve 23'ünde iptal edilen hüküm bulunmadığı belirtilmiştir. Bu kararların tamamı için ortalama karar alma süresi 607,7 gün olarak gerçekleşmiştir. Bu süre iptalle sonuçlanan kararlar bakımından 767,7 gündür. Buna karşılık ret ile sonuçlanan 23 karar bakımından aynı sürenin 385,8 gün olduğu tespit edilmiştir.

CBK'lara ilişkin son aşamada ele alınacak süreler karar tarihinden yayımlanma tarihine kadar geçen sürelerdir. Bu süre 58 kararın tamamı için 104,8 gün olarak gerçekleşmiştir. İptalle sonuçlanan 35 karar bakımından aynı sürenin 114,2 gün olduğu görülmektedir. Bu süre ret ile sonuçlanan kararlar bakımından 94 gün olarak hesaplanmıştır.

Bu periyotta CBK'lara ilişkin tek bir somut norm denetimi kararı¹⁸ verilmiş olup bu kararda mukayese bakımından çok fazla anlam ifade etmese de ilk incelemeye kadar beklenmesi gereken süre 182 gün olmuştur. Karar alma süresi ise 288 gün olarak gerçekleşmiştir. Bu kararın verilişinden yayımlanmasına kadar geçen süre ise 57 gündür. Bu sürelerin toplamı diğer bir deyişle kuralın yürürlükte kaldığı toplam süre 527 gündür.

Son olarak daha evvel istisnai mahiyette olduğu belirtilmiş olan ve yargılama sürecinin bir aşaması olarak kabul edilmese de anayasaya aykırılığı tespit edilen kuralın yürürlükte kalma süresini uzatması bakımından bu çalışma için önem arz eden iptal kararlarının yürürlük tarihlerinin ertelenme sürelerini incelemekte yarar vardır. Daha evvel belirtildiği üzere hem anayasa koyucunun amacına hem de doktrindeki yaygın görüşe rağmen istisnai mahiyette olduğu kabul edilen erteleme yoluna CBK'lara ilişkin tüm norm denetimi kararlarının %56'sında başvurulduğu görülmektedir.¹⁹ Bu sürenin 6 ay olarak belirlendiği 28/09/2022 tarihli ve E.2021/90, K.2022/108 sayılı karar haricinde tüm kararlarda ertelemenin 9 ay olarak belirlendiği görülmektedir. Buna göre söz konusu erteleme kararları, soyut norm denetimi kararlarının tamamında yargısal denetimin toplam süresini 86,9 gün uzatmıştır. Bu süre şüphesiz iptal kararları için daha anlamlıdır. Yalnızca iptal ile sonuçlanan soyut norm denetimi kararlarında ilgili süre 144 gündür.²⁰ Bununla birlikte verilen tek somut norm denetimi

¹⁷ Kararın konusu: "7/2/2018 tarihli ve 7090 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un;

A. 1. maddesinin ve ekli (1) sayılı listenin,

B. 3. maddesinin ve ekli (4) sayılı listenin,

C. 4. Maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile ekli (5) sayılı listenin,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 26., 28., 29., 30., 33., 35., 36., 38., 48., 49., 70., mülga 91., mülga 121., 125., 128., 129. ve 130. maddelerine aykırılığını ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir." Bkz. AYM, T.09/11/2022, E.2018/84, K.2022/132.

¹⁸ Bkz. AYM, T.05/04/2023, E.2022/71, K.2023/65.

¹⁹ Bu oran tıpkı iptal kararlarında olduğu gibi dosya düzeyinde hesaplanmıştır.

²⁰ Belirtilen sürelerin hesabında bir ay 30 gün olarak kabul edilmiştir.

kararında iptal edilen hükümler bakımından iptal kararının yürürlüğünün 9 ay süreyle ertelenmesine karar verilmiştir.

Dolayısıyla iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi iptal şeklinde sonuçlanan CBK kararları bakımından iptal edilen normun yürürlükte kalma süresini yaklaşık %13 arttırmaktadır. Azımsanmayacak bir oran olması bakımından erteleme kararlarının hem nicel olarak hem de hukuki açıdan incelenmesinde yarar olduğu anlaşılmaktadır. 1982 dönemi boyunca 15/05/2024 tarihine kadar verilen tüm norm denetimi kararlarının %22'sinde; kanunlara ilişkin soyut norm denetimi kararlarının %29'unda; kanunlara ilişkin somut norm denetimi kararlarının %13'ünde; kanunlara ilişkin tüm norm denetimi kararlarının %17'sinde iptal kararlarının yürürlüğünün ertelendiği görülmektedir. Bu oranlar CBK'lar için soyut norm denetiminde %44 ve somut norm denetiminde %25 iken CBK'lar için verilen kararların tümünde %43 olarak gerçekleşmiştir. Dikkat edilirse bu oranlar tüm kararlar içinde yürürlüğün ertelenmesi yoluna gidilen kararlardır. İptal şeklinde sonuçlanan kararlar bakımından bu oranlar tüm norm türleri için %49; kanunlar için %42 ve CBK'lar için %72'dir. Bu veriler iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi mekanizmasının istisnai nitelikte olması gerektiği yönündeki normatif görüşle çelişmektedir.

Sonuç olarak CBK'lara ilişkin soyut ya da somut norm denetimi kararlarının tamamında ilk incelemeye kadarki süre ortalama 82 gün; karar alma süresi ortalama 602 gün; yayımlanma süresi ortalama 104 gün ve iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi süresi ortalama 90 gündür. Bu çerçevede AYM'nin CBK türündeki bir norma ilişkin norm denetimi kararlarını ortalama 878,3 günde verdiği anlaşılmaktadır.

IV. SÜRELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ortaya konulan verilerden anlaşılabacağı üzere incelenen aralıkta karar süreleri oldukça uzundur. Öyle ki kanunlara ilişkin bir kararda anayasaya aykırı olduğu tespit edilen kuralların 1890 gün yürürlükte kaldığı görülmüştür. Her iki norm türü bakımından da ortalama karar süreleri, Aliefendioğlu'nun 1988 tarihli çalışmasında tespit ettiği yaklaşık 2 yıllık süreden daha uzundur. Bununla birlikte bu çalışmada kanunlar için 105 gün ve CBK'lar için 104 gün olarak tespit edilen, kararların Resmi Gazetede yayımlanma sürelerinin 1988 yılındaki 158 günlük süreden daha kısa olduğu görülmektedir.²¹

Yayımlanma sürelerinin 2000 yılında Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde yapılan ve 12 Temmuz 2012 tarihinde yayımlanan İçtüzükte de korunan karar yazımına ilişkin değişiklikten etkilendiği düşünülebilir. Son dönemde bu sürelerin uzayan karar sürelerinin aksine kısaldığı görülmektedir.²²

İkinci bir bulgu kanunlarla CBK'ların yargısal denetiminde sürelerin mukayesesine ilişkindir. Buna göre CBK'lara ilişkin kararlarda karar sürelerinin kanunlardan daha kısa olduğu anlaşılmaktadır. CBK'lara ilişkin içtihadın yeni şekillendirildiği düşünülürse bu sürenin kanunlardan uzun olması beklenebilirdi. Ancak bunun aksine sürenin kısa olması içtihatlarda

²¹ Aliefendioğlu, s. 181–182.

²² Bu çalışmada yapılan tespitlerin yanı sıra Haşim Kılıç'ın ve ardından daha da belirgin biçimde Zühtü Arslan'ın başkanlıkları döneminde yayımlanma sürelerinin kısaldığına ilişkin bir tespit için bkz. Ülgen, s. 33-34.

belli bir sistematüğün oturtulduğunun ve önceki kararlara atıf yoluyla iş yükünün hafifletildiğinin²³ bir göstergesi olabilir. Gerçekten de CBK'ların incelenmesine ilişkin sistematüğün oturtulmasıyla takip eden çok sayıda kararda gerek karar metninde gerekse karşı oylarda önceki kararlara atıf yapmakla yetinildiği görülmektedir.²⁴ Bu durumun ortaya çıkmasında kanunların aksine CBK'larla düzenlenebilecek alanının Anayasa'nın 104. maddesinde öngörülen çerçeveye sınırlı olması da etki olmuş olabilir. Zira düzenleme alanının sınırlı olması CBK'ların yürütmeye ilişkin benzer konular etrafında toplanmasını sağlamaktadır. Oysa kanunlar için kural olarak sınırsız bir düzenleme alanından bahsedilebilir.

Bununla birlikte kanunlar ile yürütmenin düzenleyici işlemleri arasındaki konuya ilişkin farklılık her aşama açısından sürenin kısalmasını sağlamamaktadır. İptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi kararları CBK ve kanun hükmünde kararnameler (KHK) için kanunlara nazaran daha sık alınmaktadır. Bu oran 1982 dönemi boyunca kanunlar için %12 iken KHK'lar için %40 ve CBK'lar için %43'tür. Bu veriler yürütmeye ilişkin hususlarda Mahkemenin iptal kararı sonucunda doğacak hukuki boşluğun kamu düzenini bozma ihtimalini kanunlarla düzenlenen alandan daha yüksek gördüğü şeklinde okunabilir.

Dolayısıyla sürelerin bir değişken olarak değerlendirilebilecek normun türünden etkilendiği anlaşılmaktadır. Bir değişken olarak normun türü ise içerisinde yargı-yürütme ilişkileri, yargı-yasama ilişkileri gibi stratejik sosyal faktörleri de barındırma potansiyeline sahip olmakla birlikte kesin olarak birtakım hukuki faktörler içermektedir. Bunların başında bu örnek için CBK'larda konu bakımından yetki unsuru gibi norm ile düzenlenebilecek alanlar gelmektedir. Hukuki değişkenler olarak tespit edilen norm türlerine ilişkin hukuki rejimler ve yukarıda değinilen mevzuat değişikliklerinin etkisi kesin olmakla birlikte ele alınan süreleri etkileyebilecek başkaca sosyal etkenler olup olmadığı bu seviyede bir analizle tespit edilemez. Bu soruya cevap vermek ancak daha detaylı bir hukuki analizle mümkün olabilir. Ancak özellikle iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi kararlarında karşımıza çıkan istisnanın adeta kural haline gelmesi olgusu, gerçek anlamda bir gerekçelendirmeye gidilmemesi sorunu ve CBK'ların iptali halinde söz konusu sürenin tanındığı aktörün kim olduğunun belirsizliği hususları hukuki değişkeni aşan hukuk-dışı (extra-legal) faktörlerin varlığının işaretleri olarak okunabilir. Daha açık ifade etmek gerekirse yukarıda hukuki değişken olarak kabul edip CBK'ların yürütmenin düzenleyici işlemlerinden olmasına yordduğumuz erteleme sürelerine ilişkin tespitin stratejik bir davranışa işaret ettiği ve yargı ile yürütmenin ilişkisine dair çıkarımlara imkân tanıdığı da ileri sürülebilir. Şüphesiz bu çıkarımın farklı analizlerle desteklenmesi gerekecektir.²⁵

Bu ve benzeri süreç odaklı çalışmaları faydalı kılan da bu neviden işaretlerin ve potansiyel etkenlerin tespitini kolaylaştırmasıdır. Örneğin bu çalışmada incelenen periyot ayrıca dönemselleştirilmemiş olsa da Aliefendioğlu'nun çalışmasında kararın verildiği tarihin

²³ Posner, Richard, A. "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, C. 3, S. 1, 1993, s. 39-41.

²⁴ CBK'lara ilişkin norm denetimi kararlarında uygulanan sistematüğün oluşumu ve tekrar eden hususlar için bkz. Ayata, Ahmet. *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Davranışı: Hibrit Bir Analiz (2016-2023)*, Yetkin Yayınları, 2024, s. 265-399.

²⁵ Söz konusu analizi hukuki analizle birleştirme çabasındaki bir çalışma için bkz. Ayata, Ahmet. *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Davranışı: Hibrit Bir Analiz (2016-2023)*, Yetkin Yayınları, 2024.

yaz aylarına denk gelmesi halinde kararın yayımlanmasının geciktiği ifade edilmektedir.²⁶ Benzer şekilde yaz döneminin ABD Yüksek Mahkemesinin işleyişine etkileri olduğu görülmekle²⁷ birlikte karşı oy verme davranışını etkilediği yönünde anekdota dayalı bulgular da vardır.²⁸

Son olarak karar sürelerinde denetimin nasıl sonuçlandığının da etkili olduğu görülmektedir. İptal şeklinde sonuçlanan kararların ilk incelemeye kadar geçen süre dâhil olmak üzere her aşamasının ret şeklinde sonuçlanan kararlardan daha uzun sürdüğü görülmektedir. Bu kararlar bakımından tüm süreçlerin ret kararları için olandan %70 daha uzun olduğu tespit edilmiştir. Bu bulgunun arkasında esasa ilişkin hususların daha çok tartışılması ihtiyacından, karşı oy yazımına kadar hukuki süreçle açıklanabilecek pek çok unsur bulunabilir. Karşı oylara ilişkin mevzuatta tanınan on günlük süre dikkate alınırsa karşı oyun yayımlanma süresini ve dolayısıyla toplam süreyi uzattığı savının çok da yerinde olmadığı söylenebilir. Zira kimi kararlarda karşı oy sahiplerinin şerhlerine yer verilmediği görülmektedir.²⁹ Ancak yine de fikir ayrılığının karar alma süresini uzatması şaşırtıcı değildir.

İptal kararlarında tüm aşamalarda geçen sürenin uzunluğuna ilişkin olarak ABD Yüksek Mahkemesi üzerine yazılan literatürde yoğun ilgi gören “gündem belirleme”³⁰ yoluyla iptal kararlarının geciktirilmesi olgusunun, stratejik bir yargısal davranış olarak kabul edilerek araştırılması da fayda sağlayabilir.³¹ Bununla birlikte geciktirme bir strateji olarak kabul edilecekse bunun her karar için hukuki analiz yürütülerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu çalışmada CBK’lar özelinde bu çeşit bir stratejinin yürütüldüğünü gösterir bulgular yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki çalışmada ortaya konan, iptal kararlarında sürelerin ret kararlarına nazaran uzun olduğu şeklindeki tespit, literatürdeki stratejik davranış tezlerini doğrulayacak ya da çürütecek mahiyette olmamakla birlikte destekleyecek nitelikte görülebilir.

SONUÇ

Özellikle artan iş yükü ve mahkemelerin stratejik gündem belirlemeleri gibi sosyal sebeplerle makul sürede yargılanmanın hukukun tüm alanlarında temel ve küresel ölçekte bir sorun haline geldiğini kabul etmek gerekmektedir. AYM de sıklıkla uzayan karar verme süreleri neticesinde Mahkemece yapılan yargısal denetimin etkinliğini yitirdiği yönünde eleştiriler almaktadır. Gerçekten de çalışma boyunca ortaya konan süreçler ve yukarıda değerlendirilen bulgular ışığında tıpkı AYM önüne bireysel başvurular yoluyla gelen hususlarda olduğu gibi

²⁶ Aliefendioğlu, s. 181.

²⁷ Greenhouse, Linda. *The U.S. Supreme Court: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 63.

²⁸ Yolcu, Serkan. *Yargıçların Görüş Ayrılığı Sorunu: Anayasa Hukukunda Karşı Oy*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 11–12.

²⁹ Örnek olarak karşı oy sahibi olmasına rağmen Celal Mümtaz Akıncı’nın şerhinin yer almadığı bir karar için bkz. AYM, T.11/06/2020, E.2018/119, K.2020/25.

³⁰ Perry, H.W. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1994; Owens, Ryan, J., "The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting", *American Journal of Political Science*, C. 54, S. 2 , 2010, s. 412.

³¹ Caldeira, Gregory A. / Wright, John. "Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court", *American Political Science Review*, C. 82, S. 4, 1988, s. 1109-1127. Ayrıca bkz. Oder, s. 4.

AYM'nin norm denetimi kararları bakımından da ciddi bir yargılamada makul sürenin aşılması sorunuyla karşı karşıya olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemenin CBK'lara ilişkin ilgili periyotta verdiği tüm kararlar bakımından ortalama karar süresinin 796 gün olduğu görülmektedir. İptal ile sonuçlanan kararlarda bütün aşamaların ret ile sonuçlanan kararlardan daha uzun sürdüğü tespit edilmiştir. Tabiatı itibarıyla iptal kararlarının daha uzun sürede alınması beklenebilir fakat bu kararların alınması için geçen sürenin ret kararlarından %70 daha uzun olması norm denetiminin etkinliği ve işlevselliği konusunda kaygı uyandırıcıdır. Zira kanunlar için en uzun 1890 gün, CBK'lar için erteleme süresi dâhil olmak üzere en uzun 1995 gün süren normun yürürlüğe girişinden iptal kararının yürürlüğe girişine kadar geçen sürenin anlamı Anayasa'ya aykırı bulunan bir normun bu süre zarfında yürürlükte kalıyor olmasıdır. Bu tabloyu toplam süreleri yaklaşık %13 uzatacak kadar sık başvurulmuş iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi kararları daha da vahim hale getirmektedir.

Son yıllarda karar sürelerinin aksine kararın yazımı ve yayımlanmasına ilişkin sürelerin kısalması ise bir hukuki değişken olarak mevzuat yoluyla norm denetimine ilişkin sürelerin kısaltılmasının mümkün olduğunu göstermektedir. İtiraz yolunda olduğu gibi denetimin diğer aşamaları için de benzer sürelerin öngörülmesi süreçlerin görece makul sürede tamamlanması açısından fayda sağlayabilir.

CBK'lar için iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesi yoluna kanunlara nazaran daha fazla başvurulduğu tespit edilmiştir. Ancak çalışmada ele alınan diğer süreçlerin, CBK'lar için diğer norm türlerinden daha uzun sürmediği görülmüştür. Dolayısıyla CBK'lar ile diğer norm türleri arasında AYM'nin yasama ve yürütmeye ilişkin çıkarım yapılmasına yarayacak, sofistike bir analiz yapılmak isteniyorsa CBK'lara ilişkin kararların hukuki analizinin de yapılarak daha detaylı biçimde araştırılması gerekmektedir. Bu tip bir analiz, çalışmada işaretlerinden bahsedilen sosyal etkenlerin araştırılması yoluyla Mahkemenin işleyişi ve yargısal davranışını anlamaya yönelik anlamlı ve zihin açıcı sonuçlar üretebilir. Son olarak CBK'lara ilişkin içtihadın tazeliği göz önünde bulundurularak çalışmanın ilerleyen zamanlarda yenilenmesinin faydalı olacağı söylenebilir. Zira kararlarda izlenen sistematığın oturmasının karar alma sürelerini kısaltması mümkündür.

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu, Yılmaz. "Türk Anayasa Mahkemesi'nin İç İşleyişi ve Karar Alma Süreci", *Bahri Avcı'ya Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988.

Ayata, Ahmet. *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Davranışı: Hibrit Bir Analiz (2016-2023)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Caldeira, Gregory A. / Wright, John. "Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court", *American Political Science Review*, C. 82, S. 4, 1988, s. 1109-1127.

Clark, David S. / Merryman, John Henry. "Measuring the Duration of Judicial and

- Administrative Proceedings", *Michigan Law Review*, C. 75, S. 1, 1976, s. 89-99.
- Epstein Lee / Knight Jack. "Mahkemeler ve Yargıçlar" içinde Austin Sarat (ed), Merve Bakdur (çev), *Hukuk ve Toplum El Kitabı*, Işık Yayınları, 2022.
- Gözübüyük, A.Şeref. *Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Greenhouse, Linda. *The U.S. Supreme Court: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Landoni, Mattia. "Justice Delayed...An Overview of the Options to Speed Up Federal Justice", *Journal of Public and International Affairs*, C. 18, 2007, s. 127-148.
- Levin, A. Leo / Wolley, A, Edward. *Dispatch and Delay: A Field Study of Judicial Administration in Pennsylvania*, University of Pennsylvania, Pennsylvania, 1961.
- Oder, Bertil, Emrah. "The Turkish Constitutional Court and Turkey's Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure", *ICL Journal*, C. 18, S. 1, 2024, s. 127-163.
- Owens, Ryan, J., "The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting", *American Journal of Political Science*, C. 54, S. 2 , 2010, s. 412-427
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 11. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özveri, Kübra, Cemre. *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2020.
- Perry, H.W. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1994.
- Peters, Geoffrey. "The Problems of Caseload and Delay in the Minnesota Supreme Court—An Introduction to a Symposium", *William Mitchell Law Review*, C. 1, S. 7, 1981, s. 41-49.
- Posner, Richard, A. "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, C. 3, S. 1, 1993, s. 1-41.
- Ülgen, Özen. *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Yıldırım, Turan. "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 26, S. 4, 1993, s. 69-80.
- Yolcu, Serkan. *Yargıçların Görüş Ayrılığı Sorunu: Anayasa Hukukunda Karşı Oy*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi, "Birleşim 53", *Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 4, 25/04/1961, s. 178-257.

Karşılıksız İleri Düzenleme Tarihli Çekin İcra Takibine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme (Çek Kanunu m. 3/8)

Ayşe KILINÇ^{1*} 

¹ Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 03.05.2024

Kabul: 08.11.2024

Yayın: 05.12.2024

Anahtar Kelimeleri:

Çek, İleri Düzenleme
Tarihli Çek, İcra Takibi,
Şikâyet, Süresiz Şikâyet.

ÖZET

Çek, TTK m. 780 vd. hükümlerine göre kambyo senedir. Çekin kambyo senedi niteliğini kazanabilmesi için birtakım unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlardan biri de düzenleme tarihidir. Ancak düzenleme tarihinin çekin fiilen düzenlendiği gerçek düzenleme tarihi olmasına gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle, düzenleme tarihi olarak çekin düzenlediği tarihten sonraki bir tarih de yazılabilir. Bu durumda ise ileri düzenleme tarihli çek meydana gelir. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak TTK ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nda düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden biri de Çek Kanunu'nun m. 3/8'de kabul edilen hükümdür. Belirtilen hükme göre, üzerinde yazılı tarihten önce ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması durumunda, bu çekle ilgili olarak icra takibi yapılması mümkün değildir. Yine Çek Kanunu geçici m. 3/5 hükmünde de üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce 31.12.2025 tarihine kadar çekin ibrazının geçersiz olduğu kabul edilmiştir. İşte bu çalışmanın konusunu; karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi yapılmasının takip hukuku bakımından sonucu oluşturmaktadır.

An Evaluation on the Effect of the Bad Post-Dated Cheque on Enforcement Proceedings (Article 3/8 of Cheque Code)

Article Info

Article History

Received: 03.05.2023

Accepted: 08.11.2024

Published: 05.12.2024

Keywords:

Cheque, Post-Dated
Cheque, Enforcement
Proceedings, Complaint
To Enforcement
Proceedings, Complaint
Indefinitely.

ABSTRACT

A cheque is a bill of exchange in accordance with the provisions of Article 780 and following articles of the Turkish Commercial Code. In order for a cheque to qualify as a bill of exchange, it must have certain conditions. One of these factors is the date of drawing. However, the drawing date need not be the actual date of drawing on which the cheque is actually issued. In other words, a date later than the date of drawing of the cheque may be written as the date of drawing. In this case, a post-dated cheque will be created. The Turkish Commercial Code and the Cheque Code numbered 5941 contain regulations on post-dated cheques. One of these regulations is the provision adopted in Article 3/8 of the Cheque Code. Pursuant to the aforementioned article, if the cheque presented before the date written on the cheque is not honoured, it is not possible to execute enforcement proceedings in relation to this cheque. It is also accepted in the provisional article 3/5 of the Cheque Code that the presentation of the cheque before the date of drawing written on it until 31.12.2025 is invalid. The subject of this study is the effect of the execution proceedings in relation to the bad post-dated cheque in terms of the law of enforcement proceedings.

To cite this article:

Kılınç, A. (2024). "Karşılıksız İleri Düzenleme Tarihli Çekin İcra Takibine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme (Çek Kanunu m. 3/8)", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 604-618. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.133>

*Sorumlu Yazar: Ayşe Kılınç, Kilincayse1983@hotmail.com



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

GİRİŞ

5941 sayılı Çek Kanunu m. 3/8 düzenlemesi ile ileri düzenleme tarihli çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkmasının takip hukukuna etkisi hüküm altına alınmaktadır. Nitekim, belirtilen maddede yer alan; *“Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.”* şeklindeki hüküm ile adeta kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çek için bir icra takibi yasağı kabul edilmektedir. Zira, m. 3/8’de yer alan ikinci cümlede, ileri düzenleme tarihli çekte icra takibi yapılabilmesinin koşullarına yer verilerek, mevcut koşullar oluşmadan takip yapılamayacağı hususu da ayrıca vurgulanmaktadır. Bu bağlamda çalışmanın konusunu, 5941 sayılı Kanun’un m. 3/8 düzenlemesinin icra takibi bakımından sonuçları oluşturmakta; belirtilen hükmün maddî hukuku ilgilendiren kısımları ise kapsam dışında bırakılmaktadır. Bununla birlikte, m. 3/8 hükmü ileri düzenleme tarihli çek ile ilgili olması sebebiyle, öncelikle ileri düzenleme tarihli çek kavramı – çalışmanın boyutunu aşmadan genel hatları ile- ele alınmaktadır. İlerleyen bölümlerde ise çalışmanın esasını oluşturan mevcut düzenleme, konu ile ilgili yargı içtihatları ve öğretideki görüşlere yer verilerek takip hukuku bakımından değerlendirilmektedir.

I. İCRA TAKİBİNİN KONUSU OLARAK KARŞILIKSIZ İLERİ DÜZENLEME TARİHLİ ÇEK

Hukukumuzda ileri düzenleme tarihli çekin düzenlenebilmesini öngören bir hüküm kanunda açıkça kabul edilmiş değildir. Ancak aşağıdaki bölümde belirtildiği üzere, TTK m. 795/2 ve Çek Kanunu m. 3/8 hükümlerinin, ileri düzenleme tarihli çekin düzenlemesine izin verdiği kabul edilmektedir¹. Bu bakımdan çalışmanın bu bölümünde; ileri düzenleme tarihli çek kavramı ve bu tür çekle ilgili olarak hukukumuzda yer alan düzenlemeler ile ileri düzenleme tarihli çekin karşılıksız çıkması konuları yer almaktadır.

A. Kavram ve Hukukî Düzenlemeler

6102 sayılı TTK m. 780 vd. düzenlenen çek, bir tür bir kambiyo senedir. Çek, TTK’ya göre kambiyo senedi olarak düzenlenmiş olması sebebiyle, takip hukuku bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim, elinde kambiyo senedi bulunan bir alacaklının, İİK’nın m. 167 vd. kabul edilen kambiyo senetlerine özgü takip yolları ile takip yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, alacaklının alacağı bir kambiyo senedi olan çeke bağlanmışsa, İİK’da kambiyo senetlerine özel olarak düzenlenen (haciz veya borçlunun iflâsa tabi olması durumunda iflâs) takip yollarına başvurarak borçluyu takip etmesi mümkündür (İİK m. 167/1).

Kambiyo senetlerinin bir türü olan çek, ödeme aracı niteliğinden² dolayı uygulamada yaygın bir kullanım alanına sahiptir. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından 5914 sayılı Çek Kanunu³ ile

¹ Bkz. aşağıda I, A başlıklı kısım dn. 13.

² Çekin ödeme aracı niteliği ile ilgili olarak bkz. Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 47-51; Reisoğlu, Seza. *Çek Hukuku*, Ankara, 2011, s. 39-40.

³ 14.12.2009 tarihli 5941 sayılı Çek Kanunu RG: 20.12.2009 T ve 27438 S.

ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Belirtilen Kanun ile kambiyo senedinin bir türü olan çek ile ilgili konunun maddî hukuk boyutunu ilgilendiren düzenlemeler yapılmıştır⁴. Bununla birlikte, kambiyo senedi niteliğine sahip olan çek ile ilgili takip hukuku bakımından özel usûllerin kabul edilmesinin bir sonucu olarak, Kanun'un m. 3/8'de takip hukuku bakımından sonuçları olan bir hüküm de yer almaktadır.

TTK uyarınca çekin kambiyo senedi niteliği taşıyabilmesi için, diğer kambiyo senedi türlerinde olduğu gibi, birtakım zorunlu unsurlara sahip olması gerekmektedir. TTK m. 780/1'de "çek" niteliğinin kazanılabilmesi için gereken zorunlu unsurlar belirtilmiştir⁵. TTK m. 781/1'de ise açıkça m. 780'de belirtilen unsurlar bulunmadığı takdirde –kanunda sayılan istisnalar dışında- bir senedin çek sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

TTK m. 780/1'de çekin kurucu unsurları arasında sayılan "düzenleme tarihi" unsuru üzerinde durmak gerekir. Buna göre, TTK m. 780/1'de çekin düzenleme tarihini içermesi gerektiği belirtilmiştir. Düzenleme tarihinin yazıyla veya rakamla ay, gün ve yıl olarak açık bir şekilde çekte yer alması ve bu tarihin belirli, mümkün bir tarih olması gerektiği kabul edilmektedir⁶. Çekte belirtilen düzenleme tarihinin çekin fiilen düzenlendiği gerçek tarihinden önceki veya sonraki bir tarih olması mümkündür⁷. Bu bağlamda, çekin üzerinde fiilen düzenlendiği tarihten sonraki bir tarihin yazılması durumunda "ileri düzenleme tarihli çek" veya "ileri tarihli çek"⁸ olarak kabul edilen bir çek türü ortaya çıkmaktadır⁹. Öğretide¹⁰ "vadeli çek" olarak da ifade edilen bu çek türü ile çekin ibraz sürelerinin uzatılmak suretiyle, esasında çekte vade olmamasına rağmen, sanki bir vade oluşturulduğu ileri sürülmektedir.

TTK m. 780/1 uyarınca, çekte düzenleme tarihi zorunlu unsur olarak kabul edilse de çekte düzenleme tarihi olarak belirtilen tarihin gerçek tarih olması zorunluluğu bulunmadığından, hukukumuzda ileri düzenleme tarihli çekin düzenlenmesine izin verildiğini söylemek mümkündür¹¹. Nitekim, düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çeklerle ilgili yapılan TTK m. 795/2¹² ve Çek Kanunu m. 3/8 düzenlemeleri de kanun koyucunun bu iradesini ortaya koymaktadır. Buna göre, kanunda açıkça ileri düzenleme tarihli çekin düzenlenmesini öngören bir hüküm bulunmasa da

⁴ Buna göre, "Amaç ve Kapsam" başlıklı Çek Kanunu m. 1; "Bu Kanunun amacı, çek defterlerinin içeriklerine, çek düzenlenmesine, kullanımına, çek hamillerinin korunmalarına ve kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması önlemlerine katkıda bulunmaya ilişkin esaslar ile çekin karşılıksız çıkması ve belirlenen diğer yükümlülüklerle aykırılık hâllerinde ilgililer hakkında uygulanacak yaptırımları belirlemektir." şeklinde düzenlenmiştir.

⁵ TTK m. 780/1 Çek; a) Senet metninde "çek" kelimesini ve eğer senet Türkçe'den başka bir dille yazılmış ise o dilde "çek" karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi, c) Ödeyecek kişinin, "muhatapın" ticaret unvanını, d) Ödeme yerini, e) Düzenleme tarihini ve yerini, f) Düzenleyenin imzasını, g) Banka tarafından verilen seri numarasını, h) Karekodunu, içerir.

⁶ Ayli, Ali/Yardımcıoğlu, Didem. "Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı. 2014, 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 3195-3239, s. 3209-3210; Bahtiyar, Mehmet, "5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S. 2, Y. Aralık 2013, s. 47-58, s. 49; Kendigelen, s. 107-109; Uyar, Talih. "İcra Hukukunda Çek'in Geçerlilik Koşulları", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 59, Kasım 2007, s. 3519-3535, s. 3524.

⁷ Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3213; Bahtiyar, s. 50; Kendigelen, s. 114-115; Uyar, 2007, s. 3525.

⁸ "İleri tarihli çek" ifadesi dışında öğretide, "sonraki tarihli çek", "muahhar tarihli çek", "postdate çek", "nominal tarihli çek", "önceki tarihli çek" ve "vadeli çek" ifadelerinin de kullanıldığına ilişkin olarak bkz. Çöl, Hüseyin Cem. "İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 1, 2004, s. 195-220; s. 196.

⁹ Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3213-3214; Bahtiyar, s. 51; Çöl, s. 195; Kendigelen, s. 262-263; Reisoğlu, s. 64.

¹⁰ Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3214; Bahtiyar, s. 51; Reisoğlu, s. 144.

¹¹ Bahtiyar, s. 50; Çöl, s. 196.

¹² TTK m 795/2; "Düzenleme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir."

belirtilen düzenlemeler uyarınca, kanun koyucunun örtülü bir şekilde de olsa buna izin verdiği ifade edilmektedir¹³.

B. İleri Düzenleme Tarihli Çekin Karşılıksız Çıkması

Hukukumuzda ileri düzenleme tarihli çekte izin veren TTK m. 795/2 ve Çek Kanunu m. 3/8 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç; çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden önce ibraz edilebilmesi ve –karşılığı varsa- ibraz günü ödeme yapılabilmesidir¹⁴. Ancak burada esas sorun; ibraz günü çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkmasının sonucunun ne olduğudur. Bu sorunun cevabını ise Çek Kanunu m. 3/8’de yer alan düzenleme vermektedir. Belirtilen düzenleme uyarınca, üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemiş olması durumunda, bu çekle ilgili olarak icra takibi yapılması mümkün değildir¹⁵. Buna göre, kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili takibin başlatılabilmesi ancak çekte yazılı olan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süreleri içinde ibraz edilip, tamamen veya kısmen karşılıksız çıkmasına bağlıdır¹⁶. Ancak ileri düzenleme tarihli çek ile ilgili olarak kabul edilen bir diğer düzenleme ile mesele daha da karışık hale gelmektedir¹⁷. Buna göre, Çek Kanunu geçici m. 3/5’e göre¹⁸, 31.12.2025 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir. Belirtilen hüküm uyarınca, TTK m. 795/2 ve Çek Kanunu m. 3/8 hükümleri gereği ileri tarihli çek düzenlenmesi mümkün olsa da çekin üzerinde yazılı tarihten önce bankaya ibrazı geçersiz sayılmaktadır¹⁹. Öğretide

¹³ Bahtiyar, s. 50; Çöl, s. 197; Kendigelen, s. 262; Reisoğlu, s. 144; Yeşilova, Ecehan Aras/ Yeşilova, Bilgehan. “Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme (5838 Sayılı Kanun’un 18 ve 32/XIX Maddelerinin Getirdikleri)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, 2009, s. 1-61, (Erişim Tarihi: 29.02.2024 <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-82-511>), s. 18-19.

¹⁴ Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3228; Bahtiyar, s. 54; Gençtürk, Muharrem. “Çek Kanunu’nda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 1-2, 2011, s. 119-159; s. 125; Kendigelen, s. 267; Pulaşlı, Hasan. *Çek Hukuku Ve İlgili Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 38; Reisoğlu, s. 146; Yeşilova/Yeşilova, s. 19, s. 33.

¹⁵ Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3228; Bahtiyar, s. 54; Gençtürk, s. 125-126; Kendigelen, s. 267; Pulaşlı, s. 38.

¹⁶ Ayli/Yardımcıoğlu, s. 3228; Bahtiyar, s. 54-55; Kendigelen, s. 267; İlave edilen Çek Kanunu m. 3/8 hükmü ile ilgili olarak Adalet Komisyonu Raporunda, “*bu yeni fıkraya göre ileri düzenleme tarihli çeklerin üzerinde yer alan tarihten önce bankaya ibraz edilmesi ve karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması halinde, bu çekle ilgili olarak karşılıksız işleminin ve hukuki takip yapılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.*” ifadelerinin yer aldığına ilişkin olarak bkz. Reisoğlu, s. 146.

¹⁷ Nitekim belirtilen düzenlemeler ticaret hukuku öğretisinde tartışmalara sebep olmaktadır. *Pulaşlı*, ileri tarihli çekte ilişkin yeni kanun ile bir çözüm getirilmeyip, aksine durumun daha karmaşık hale geldiğini; zira kanunda yer alan geçici maddede belirtilen tarihe kadar ibrazın geçersiz olduğuna ilişkin hüküm bir tarafa bırakıldığında, bu tarihten sonra ileri tarihli çeklerin, düzenleme tarihinden önce ibraz edildiği takdirde kısmen veya tamamen karşılığın bulunmaması durumunda ortaya yeni birtakım sorunların çıkacağını belirterek, özellikle ticaret hukuku bakımından nasıl sorunların oluşacağını ayrıntılı olarak açıklamıştır. Bkz. *Pulaşlı*, s. 36 ve ayrıca bkz. 38-44; *Bahtiyar* ise TTK m. 795/2, Çek Kanunu m. 3/8 ve geçici m. 3/5 hükümlerini birlikte değerlendirdiğinde, hukukumuzda ileri tarihli çek konusunda hala hangi sistemin kabul edildiği konusunda bir karmaşa olduğunu ve ileri tarihli çekle ilgili olarak hukuki sorumluluk yoluna gidilebilmesi için Çek Kanunu m. 3/8 hükmünün yürürlükten kaldırılarak, TTK m. 795/2’deki düzenin işleminin sağlanmasını ileri sürmektedir. Bkz. *Bahtiyar*, s. 57.

¹⁸ 7491 sayılı Kanun’un m. 65 ile Çek Kanunu geçici m. 3/5’te yer alan “31.12.2023” ibaresi “31.12.2025” olarak değiştirilmiştir. 7491 sayılı Kanun RG: 28.12.2023 T, 32413 S.

¹⁹ Çek Kanunu geçici m. 3/5’in yürürlüğe girmesi ile TTK m. 795/2’in şimdilik askıya alındığını, çek hukukunda öğretide yargı içtihatları ile kabul edilen “çekte vade olmaz” kuralının geçerliliğinin, çekin ibrazı ve ibrazın hukuki sonuçları bakımından geçici de olsa ortadan kalktığına ilişkin olarak bkz. Yasan, Mustafa. “Çek Kanunu Geçici M. 3 F. 1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazı Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (Ve Özellikle Ödenmesi)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 321-354, s. 331-332. “...20.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 3/8. maddesi “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanunu’nun 707. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen

ise ileri sürülen bir görüşe göre²⁰, TTK m. 795/2 gereği, ileri düzenleme tarihli çek düzenleme tarihinden önce de bankaya ibraz edilebilmesi ve çekin karşılığının bulunması durumunda ödeme yapılması mümkün olduğundan, çekin karşılıksız kalması durumunda, çek hamiline iade edilmesi ve hamili tarafından dava ve icra takibine konu edilememesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, burada yasaklanan kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan çekin üzerinde yazılı olan tarihe kadar dava ve takip yollarının konusunu oluşturamamasıdır²¹.

Kanımızca, takip hukuku bakımından değerlendirildiğinde; Çek Kanunu geçici m. 3/5 ve m. 3/8 hükümleri birbirlerini tamamlayan düzenlemeler içermektedir. Şöyle ki; her iki düzenlemenin amacı da –esasen çekin düzenleme tarihinden önce ibrazına izin verilmese de (geçici m. 3/5 uyarınca)- ileri düzenleme tarihli çekin düzenleme tarihinden önce bankaya ibrazı sonucunda kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması durumunda, üzerinde yazılı olan düzenleme tarihine kadar dava ve icra takibine konu yapılamamasıdır. Diğer bir ifadeyle, burada yasaklanan; karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili icra takibi yapılmasıdır²². Nitekim, Çek Kanunu m. 3/8’de yer alan “*hukukî takip yapılamaz*” ibaresi ile karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çeki takip yasağı getirilmesi amaçlanmaktadır. Öncelikle belirtilen maddede yer alan “*hukukî takip*” ibaresi ile icra takibini de içine alan hukukî başvuru yollarının anlaşılması gerektiğine şüphe yoktur. Zira, hukukumuzda “*hukukî takip*” diye bir kurum mevcut değildir; belirtilen ifadenin, çekin bir ticaret hukuku kurumu olması sebebiyle, ticaret hukuku bakış açısıyla hatalı olarak kaleme alınmış olduğunu ifade etmek mümkündür²³. Nitekim ticaret hukuku öğretisinde de *Bahtiyar* tarafından “*hukukî takip*”

ödenmemiş olması hâlinde, bu çek ile ilgili olarak hukukî takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.” hükmünü içermektedir. Bu düzenlemenin dayandırıldığı gerekçede, “ileri düzenleme tarihli çek”in üzerinde yer alan tarihten önce, bankaya ibraz edilmesi ve karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması hâlinde, söz konusu çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işleminin ve hukukî takip yapılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiş; ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak kambiyo senetlerine özgü hukukî takip yoluna başvurulabilmesi için üzerinde yazılı düzenleme tarihi itibarıyla kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve bu Kanun hükümlerine göre “karşılıksızdır” işlemine tabi tutulmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Kanunkoyucu bu düzenleme ile yetinmemiş, 5941 sayılı Kanun’un geçici 1/5. maddesinde “31.12.2011 tarihine kadar üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.” şeklinde bir geçiş hükmüne de yer vermiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; 31.12.2011 tarihinden sonra ileri düzenleme tarihli bir çek, üzerinde yazılı bulunan keşide tarihinden önceki bir tarihte karşılığı tahsil edilmek amacıyla bankaya ibraz edildiğinde, şayet hesapta para bulunuyorsa, ibraz eden hamile çekin karşılığı ödenecektir. Buna karşılık, hesapta para mevcut değilse, bu çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmayacak ve hukukî takibe geçilemeyecektir. Zira hukukî takip yoluna gidilebilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve “karşılıksızdır” işlemine tabi tutulması şartı aranmaktadır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK’nın 795/1. maddesi “Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir.” hükmünü, aynı maddenin 2. fıkrası ise “Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir.” hükmünü içermektedir. Anılan son düzenleme ve 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 3/8. maddesi ileri düzenleme tarihli çeki imkân vermiş ve fakat Çek Kanunu’nun 31.01.2012 tarih ve 6273 sayılı Kanun ile değişik geçici 3/5. maddesi ile 31.12.2017 tarihine kadar keşide tarihinden önce bankaya ibrazın geçersiz olduğu şeklinde getirilen düzenleme ile ileri düzenleme tarihli çekin ibrazına bu tarihten önce izin verilmemiştir...” 23. HD, E. 2014/10069, K. 2014/7615, T. 27.11.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁰ Yeşilova/Yeşilova, s. 33-34.

²¹ Yeşilova/Yeşilova, s. 34; Belirtilen düzenlemenin çalışma konusu bakımından önemi takip hukukuna etkisi olarak dikkate alınsa da ticaret hukuku öğretisinde, düzenlemenin tek başına çekin ibrazına ilişkin değil, muhatap banka açısından hamile ödenmesine ilişkin yasaklılığı da getirdiği ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Yasan, s. 333.

²² Belirtilen hüküm ile hem dava yoluna hem de icra takibi yoluna başvurma yasaklandığını ifade etmekle birlikte, çalışmanın konusunun, karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekin icra takibine konu edilmesinde bulunurken, bunun icra takibine etkisi olduğundan, davaya etkisinin çalışmanın kapsamı dışında olduğunu ayrıca altını çizmek gerekir.

²³ Nitekim *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes*, bu ifade ile kastedilenin icra takibi olduğunu; zira hukukumuzda “*hukukî takip*” diye bir kurumun olmadığını ve böyle bir ifadenin alışılmış bir ifade olmadığını

ifadesi eleştirilmiştir. Yazara göre, hukukî takip ifadesi hukuk tekniği ve temel kavramlar yönünden isabetli değildir; zira, Adalet Komisyonu tarafından eklenen bu fıkranın gerekçesi komisyon raporunda hatalı yorumlara sebep olabilecek şekilde ifade edilmiştir²⁴. Yazar, raporda hukukî takip ifadesi ile yalnız kambiyo senetlerine özgü takibin yasaklandığının amaçlandığını; diğer takip yollarına başvurulabileceği gibi hatalı bir izlenimin ortaya çıktığını; ancak belirtilen hükmün amacının dava ve icra takibi olarak tüm hukukî yolları engellediğini haklı olarak ileri sürmektedir²⁵.

Çek Kanunu m. 3/8 hükmüne göre, karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekin icra takibine konu edilmesi durumunda, bunun takibe etkisi ve sonucu önemlidir. Zira, Çek Kanunu geçici m. 3/5 ile 31.12.2025 tarihine kadar karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekin ibrazının geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Ancak belirtilen hükmün, hem geçici olması hem de esasında –takip hukuku bakımından- m. 3/8 ile aynı amaca hizmet eden paralel bir düzenleme olması konuyu karmaşık hale getirmektedir.

II. KARŞILIKSIZ İLERİ DÜZENLEME TARİHLİ ÇEKİN TAKİP HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çek Kanunu m. 3/8’de yer alan “*hukukî takip yapılamaz*” ifadesinin takip hukuku bakımından etkisi üzerinde durmak gerekir. Bu bölümde; karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekin icra takibine konu edilmesi durumunda, icra takibinin akıbetinin ne olması gerektiği ve icra takibinin iptalinin söz konusu olması durumunda ise iptalin gerekçelerinin neler olduğu hususları ele alınmaktadır. Aşağıda sırasıyla; uygulamada sorunun nasıl ele alındığına ilişkin olarak Yargıtay uygulaması, öğretide ileri sürülen görüşler ve son olarak ise kişisel görüş ve değerlendirmeler yer almaktadır.

A. Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekin icra takibine konu edilmesi durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar üzerine verdiği kararlar incelendiğinde şu sonuçlara varmak mümkündür. Öncelikle, Yargıtay’ın ileri düzenleme tarihli çekin üzerinde yazılı tarihten önce bankaya ibrazının geçersiz olduğunu belirten Çek Kanunu geçici m. 3/5 ile düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilen karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekle ilgili icra takibini yasaklayan Çek Kanunu m. 3/8 hükmünü birlikte ele alarak değerlendirdiği bir kısım kararları bulunmaktadır. Buna göre, Yargıtay, belirtilen kararlarında, ileri düzenleme tarihli çekin üzerinde yazılı tarihten önce bankaya ibrazının geçersiz olduğunu; bu çekle ilgili icra takibi yapılamayacağını ve icra takibinin İİK m. 170/a maddesine göre iptal edilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁶.

belirtmektedirler. Bkz. Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 282.

²⁴ Bahtiyar, s. 56.

²⁵ Bahtiyar, s. 56; *Pulaşlı* da hukukî takip ifadesi ile karşılıksız çekten dolayı hamilin kambiyo senetlerine ilişkin takip yapması veya mahkemeye müracaat etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. *Pulaşlı*, s. 43 dn. 42.

²⁶ “...5941 sayılı Çek Kanununun geçici 3/5. maddesi; “31.12.2020 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.” hükmünü içermektedir. Yine aynı Kanunu’nun 3. maddesinin 8. fıkrasında ise; “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının TTK’nun 707. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde bu çekle ilgili hukuki takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır” hükmü yer almaktadır. Somut olayda takibe konu edilen 25/03/2018 keşide tarihli çekin keşide tarihinden önce 23/03/2018 tarihinde muhatap bankaya

Bir başka kararda Yargıtay, icra takibine konu edilen çeklerin zamanaşımına uğradığı ileri sürülerek icranın geri bırakılmasının talep edildiği bir uyuşmazlıkta, Çek Kanunu'nun belirtilen hükümlerini birlikte değerlendirerek, düzenleme tarihinden önce çekin ibrazının geçersiz olduğu ve dolayısıyla çekin kambiyo senedi niteliği taşımadığından, zamanaşımı süresinin on yıl olduğuna karar vermiştir²⁷.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesince verilen bir diğer kararda ise Çek Kanunu'nun geçici m. 3/5 hükmü ile m. 3/8 hükmü birlikte ele alınarak, düzenleme tarihinden önce ibraz edilip karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili icra takibi yapılamayacağı belirtilmesine rağmen, yukarıdaki²⁸ kararlardaki gibi, icra takibinin İİK m. 170/a maddesine göre iptal edilmesi gerektiğinden bahsedilmemiştir²⁹.

vekaleten A.Ş. Beşiktaş Çarşı Şubesine ibraz edildiği görülmektedir. Çekin ibraz tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5941 Sayılı Kanunun geçici 3/5 maddesine göre çekin ibrazı geçersiz olduğundan bu çekle ilgili takip yapılamaz. O halde mahkemece; takip konusu 25/03/2018 keşide tarihli çekin düzenleme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edilmiş olması nedeni ile, işbu çekle sınırlı olmak üzere borçlu Turizm Seyahat İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. yönünden İİK'nun 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken,..." 12. HD, E. 2019/14009, K. 2020/5837, T. 29.06.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Aynı yönde benzer kararlar için bkz. 12. HD, E. 2014/20817, K. 2014/22111, T.23.09.2014; 12. HD, E. 2012/27276, K. 2013/3877, T. 12.02.2013; 12. HD, E. 2017/11113, K. 2018/5164, T. 24.05.2018; 12. HD, E. 2019/7627, K. 2019/12810, T. 17.09.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁷ "...Alacaklı tarafından borçlu aleyhine dört adet çekte dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla icra takibine başlandığı, borçlunun takibin kesinleşmesinden sonra çeklerin 6 aylık zamanaşımına uğradığını ileri sürerek İİK'nun 71/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken aynı Kanun'un 33/a maddesi uyarınca icranın geri bırakılması talebiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece istemin reddine karar verildiği görülmektedir. 28.02.2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe giren 5838 Sayılı Yasa'nın 18. maddesi ile 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanuna eklenen geçici 1/5. maddesine göre; "31.12.2011 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir." 14.12.2009 tarihinde kabul edilip, 20.12.2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 3. maddesinin 8. fıkrasına göre ise; "üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının TTK'nun 707. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde bu çekle ilgili hukuki takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması gerekir." Somut olayda, takibe konu olan 20.11.2011 keşide tarihli çek, 17.10.2011 tarihinde bankaya ibraz edilmiştir. Bu durumda yukarıda yazılı yasal düzenlemelerin yürürlük tarihinden sonra keşide edilmiş ve keşide tarihinden önce ibraz edilmiş olan takip dayanağı çekteki bu ibraz, yukarıda belirtilen geçici 1/5. maddeye göre geçersizdir. Bunun sonucu olarak takip dayanağı belge kambiyo vasfı taşımadığından zaman aşımı süresi on yıla tabi olup, on yıllık zamanaşımı süresi de dolmamıştır. O halde mahkemece, 20.11.2011 keşide tarihli bu çek yönünden istemin reddine karar verilmesi isabetli ise de diğer çekler yönünden 11.03.2014 ile 30.09.2014 tarihleri arasında zamanaşımını kesen bir işlem yapılmadığından, mahkemece, borçlunun zamanaşımı şikayetinin bu çekler yönünden kabulü ile icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup alacaklının karar düzeltme isteminin kısmen kabulü ile kararın yeniden bozulması gerekmektedir..." 12. HD, E. 2018/11589, K. 2019/2824, T. 25.02.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁸ Bkz. dn. 26.

²⁹ "...28.02.2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe giren 5838 Sayılı Yasa'nın 18. maddesi ile 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanuna eklenen geçici 1/5. maddesine göre; "31.12.2011 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir." 14.12.2009 tarihinde kabul edilip, 20.12.2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 3. maddesinin 8. fıkrasına göre ise; "üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının TTK'nun 707. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde bu çekle ilgili hukuki takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması gerekir." Somut olayda, 25.05.2010 keşide tarihini taşıyan çek, 17.02.2010 tarihinde bankaya ibraz edilmiştir. Bu durumda yukarıda yazılı yasal düzenlemelerin yürürlük tarihinden sonra keşide edilmiş ve keşide tarihinden önce ibraz edilmiş olan takip dayanağı çekteki bu ibraz, yukarıda belirtilen geçici 1/5. maddeye göre geçersizdir. Çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilerek karşılıksızdır işlemine tabi tutulmadığından yukarıda yazılı 5941 Sayılı Kanun'un 3/8. maddesine göre bu çekle ilgili takip yapılamaz.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin benzer bir başka kararında da yalnızca Çek Kanunu'nun m. 3/8 hükmü dikkate alınarak, ileri düzenleme tarihli çekin üzerinde yazılı olan tarihten önce ibraz edilmesi ve karşılıksız çıkması durumunda icra takibi yapılamayacağı ve bu sebeple icra takibinin iptal edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Ancak bahsi geçen kararda da icra takibinin iptal gerekçesi olarak yukarıda³⁰ yer verilen kararlardaki gibi İİK m. 170/a hükmüne yollamada bulunulmamıştır³¹. Buna göre, Yargıtay'ın bu kararlarında³² icra takibinin Çek Kanunu'nun geçici m. 3/5 hükmü ile m. 3/8 hükmüne göre iptal edilmesi gerektiğini belirttiğini; ancak yukarıdaki³³ diğer kararlarında olduğu gibi, iptalin gerekçesi üzerinde durmadığı sonucuna varmak mümkündür. Zira, Yargıtay, yukarıda belirtilen kararlarında takibin iptal sebebi olarak İİK m. 170/a hükmüne dayanmıştır.

B. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Öncelikle, icra hukuku öğretisi bakımından, karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi yapılması durumunda, bunun icra takibine etkisi ve sonucu hakkında ileri sürülen görüş ve tartışmaların sınırlı olduğunu ifade etmek gerekir. Nitekim bu konuda öğretilde *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes* tarafından bir görüş ileri sürülmüştür³⁴. Ticaret hukuku öğretisinde ise mesele yalnızca maddî hukuk boyutu ile ele alınmış ve üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemiş olması durumunda, bu çekle ilgili olarak icra takibi yapılmasının mümkün olmadığına işaret edilmiştir³⁵.

Buna göre, icra hukuku öğretisinde *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes* tarafından ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi yapılması halinde, icra takibinin akıbetinin ne olacağı hususu –Yargıtay kararlarında olduğu gibi³⁶- kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmiştir. Belirtilen görüş, ileri düzenleme tarihli çekin üzerinde yazılı tarihten önce icra takibine konulmasının, çekin kambiyo senedi niteliğini etkilemeyeceğini ifade etmektedir³⁷. Bu görüşe göre, mevcut düzenlemeler uyarınca, esasında olmaması gerektiği halde ileri düzenleme tarihli çek, bankaya ibraz edilerek karşılıksız işlemine tabi tutulmuşsa, bu çekle ilgili olarak icra müdürünün bu takip talebini reddetmesi gerekir³⁸. Belirtilen

O halde mahkemece, bu yöndeki itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...” 12. HD, E. 2011/10872, K. 2011/28975, 15.12.2011 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³⁰ Bkz. yukarıda dn. 26.

³¹ “...5941 Sayılı Çek Kanununun 3/8. maddesinde "Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde, bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır."düzenlemesi yapılmıştır. Somut olayda takip konusu çekin keşide tarihi paraflanmış düzeltmeye göre 28.02.2011 olup, daha sonra 02.02.2011 olarak yapılan düzeltme tahrifat niteliğindedir. Bu durumda çekin tahrifattan önceki hali nazara alınarak sonuca gidilmelidir. Çekin kabul edilen keşide tarihi 28.02.2011 den önce 03.02.2011 tarihinde bankaya ibraz edildiği anlaşıldığından anılan yasa gereğince takip konusu yapılamaz. Mahkemece takibin bu nedenle iptali gerekirken dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle iptaline karar verilmesi isabetsiz olup sonuçta takip iptal edildiğinden kararın gerekçesinin düzeltilerek onanması gerekmiştir...” 12. HD, E. 2011/17587, K. 2012/3181, T. 13.02.2012 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³² Bkz. yukarıda dn. 29 ve dn. 31.

³³ Bkz. yukarıda dn. 26.

³⁴ Bkz. aşağıda dn. 37 vd.

³⁵ Bkz. yukarıda I, B başlıklı kısım, dn. 15, dn. 16, dn. 17, dn. 20, dn. 21.

³⁶ Bkz. yukarıda II, A başlıklı kısım dn. 26.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 281-282

³⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 282.

görüş uyarınca, icra müdürünün takibi reddetme gerekçeleri olarak ise ya çekte vade olmamasına rağmen ileri düzenleme tarihi konularak vade gibi kabul edilmesi sebebiyle vadenin gelmemesi ya da alacaklının takip hakkının bulunmamasının akla gelebileceği; ancak iki ihtimalde şikâyet sürelerinin farklı olduğu; ayrıca bu iki ihtimal dışında düzenlemenin kamu düzenini ilgilendirdiğinden süresiz şikâyetin de akla gelebileceği meselesi tartışılmıştır³⁹. Bununla birlikte bu görüşe göre, özellikle “*hukukî takip yapılamaz*” ifadesinin vadeyi değil; takip hakkının olmamasını kastettiği belirtilerek, alacaklının takip hakkının bulunmaması sebebinin kabul edilmesinin takip hukuku bakımından doğru olacağı ileri sürülmektedir⁴⁰.

C. Kişisel Görüş ve Değerlendirmeler

Çek Kanunu geçici m. 3/5 ve m. 3/8 hükümleri uyarınca, kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekin icra takibine etkisi bakımından gerek öğretide ileri sürülen görüş⁴¹ gerekse yargı içtihatları⁴² değerlendirildiğinde ifade edilmesi gereken; karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi yapılmasının mümkün olmadığıdır. Belirtilen görüş ve kararlara göre, icra takibinin başlatılması durumunda ise derdest takibin kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe özel bir şikâyet düzenlemesi olan İİK m. 170/a’ya göre iptal edilmesi gerekir. Nitekim, Yargıtay verdiği bir kısım kararlarında⁴³, icra takibinin iptalinin gerekçesi olarak İİK m. 170/a hükmüne yollamada bulunmuştur. Buna göre, Yargıtay’ın değerlendirmesini, çekin bir kambiyo senedi türü olması sebebiyle, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipteki özel şikâyet hallerini esas alarak yaptığını söylemek mümkündür.

Meseleye ilişkin kişisel değerlendirmelere geçmeden önce birkaç hususun altının çizilmesi önemlidir. Öncelikle Çek Kanunu geçici m. 3/5 ile m. 3/8 hükümlerinde yer alan ifadelerin takip hukuku bakımından karşılığının ne olduğunun belirlenmesinde yarar vardır. Şöyle ki; Çek Kanunu geçici m. 3/5’te açıkça; “... *ibrazı geçersizdir*” ifadesi ile m. 3/8’de belirtilen “... *hukukî takip yapılamaz*” ifadelerini birlikte yorumlamak gerekir. Buna göre, kanun koyucunun belli bir tarihe kadar (31.12.2025) ileri düzenleme tarihli çekin düzenleme tarihinden önce ibrazını geçersiz saydığını; ancak bu düzenlemeye rağmen, ileri düzenleme tarihli çekin düzenleme tarihinde önce ibraz edilmesi ve kısmen ya da tamamen karşılıksız çıkması durumunda, bu çekle ilgili icra takibi yapılmasına izin vermediğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda, düzenleme tarihinden önce ibraz edilip karşılığı çıkan çek için ödeme yapılabilmektedir⁴⁴ ve bu ihtimalde ortaya bir sorun çıkmamaktadır. Ancak burada sorun; çekin düzenleme tarihinden önce ibraz edilmemesi gerekirken (Çek Kanunu geçici m. 3/5) ibraz edilip de karşılıksız çıkması halinde mevcuttur. Esasen kanımızca; Çek Kanunu m. 3/8 hükmü açıkça “*hukuki takip yapılmaz*” ifadesine yer verdiğiinden, bir sorundan bahsetmemek gerekir. Zira, bu ihtimalde çekin icra takibinin konusu olmasına kanun koyucu izin vermemektedir. Buna göre, belirtilen hükümde karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili bir

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 282.

⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 282; Öğretide *Kuru* da mevcut çalışma konusundan bağımsız olarak, takip konusu çekin muhatap bankaya veya bir takas odasına ibraz edilmediği takdirde icra müdürünün takip talebini reddetmesi, aksi halde alacaklının kambiyo senedine özgü haciz yoluyla takip yapma hakkına sahip olmaması sebebiyle takibin iptal edilebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 810.

⁴¹ Bkz. yukarıda II, B başlıklı kısım, dn. 37 vd.

⁴² Bkz. yukarıda II, A başlıklı kısım, dn. 26 vd.

⁴³ Bkz. yukarıda II, A başlıklı kısım, dn. 26.

⁴⁴ Bkz. yukarıda I, B başlıklı kısım, dn. 14.

icra takip yasağı olduğunu ifade etmek yanlış olmaz. Dolayısıyla, tüm bu düzenlemelere ve kanun koyucunun, kanımızca açıkça getirdiği icra takip yasağına rağmen, karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak alacaklı icra takibi başlatırsa, mevcut takibin akıbetinin ne olması gerektiği sorusuna cevap bulmak gerekir.

İlk olarak, kanunî düzenlemenin açıklığı ve kanunla getirilen icra takip yasağına rağmen bir takip talebinde bulunulduğunda, icra müdürünün bu talebi reddetmesi gerekir. Zira, Çek Kanunu'nun ilgili hükümleri, emredici düzenlemeler olması; aksinin taraflarca değiştirilememesi ve belirtilen düzenlemelerin kamu düzenini ilgilendirmesi⁴⁵ sebebiyle, icra müdürünce kendiliğinden dikkate alınır⁴⁶. İcra müdürünce kendiliğinden dikkate alınması gerektiği halde dikkate alınmadan, hukuka aykırı yapılan işlemlerin ise şikâyet yoluyla icra mahkemesince denetime tabi tutulacağı İİK m. 16 vd. düzenlenmiştir⁴⁷. İİK m. 16'da şikâyet sebebi genel olarak işlemin kanuna aykırı olması olarak düzenlense de aynı maddede işlemin hadiseye uygun olmaması, bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması da diğer şikâyet halleri olarak kabul edilmiştir⁴⁸.

Şikâyetle ilişkin İİK m. 16'daki genel düzenlemenin yanı sıra kanun koyucu İİK m. 168 ve 170/a maddelerinde bir ilâmsız icra takip türü olan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip için özel birtakım şikâyet sebepleri düzenlemiştir. Buna göre, senedin kambiyo senedi niteliğinde olmaması, senedin vadesinin gelmemesi ve alacaklının takip hakkının olmaması belirtilen özel şikâyet halleridir⁴⁹. Çalışma konusu bakımından ele alındığında, çekin bir kambiyo senedi türü olması sebebiyle, bu özel şikâyet hallerinden birine göre değerlendirme yapmak mümkün olabilir. Karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekte (esasen çekte) vadenin bulunmadığı⁵⁰ dikkate alındığında, senedin vadesinin gelmemesi sebebinin gerçekleşmeyeceği ortadadır⁵¹. Çekte düzenleme tarihi olarak ileri bir tarihin konulmasına kanun koyucu tarafından izin verildiği ve ileri düzenleme tarihli çekin

⁴⁵ Zira, borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun yararını korumak amacıyla konulmuş emredici hükümlere aykırı yapılan işlemlerin kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin olarak bkz. Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 246.

⁴⁶ Nitekim, ibraz olunan çek hakkında muhatap banka tarafından Çek Kanunu'nun m. 5/1 ve m. 3/8 hükümlerine aykırı şekilde karşılıksızdır işlemlerinin gerçekleştirilmesinin kanunun emredici hükümlerine aykırılık oluşturacağı ve bu durumun yetkili mercilerce kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekeceği ile ilgili olarak bkz. Yasan, s. 343; Ayrıca takip talebinin kanunda öngörülen unsurları taşımadığı; bu bağlamda, genel takip şartlarının yanı sıra kanunda takip türü olarak belirlenen özel takip şartlarının (İİK m. 167/, m. 168/1) bulunmaması durumunda, icra dairesinin takip talebinin reddine karar vereceği ve ret gerekçesini icra tutanağına yazması gerektiği; takip talebi bakımından giderilebilir eksiklikler bulunduğu takdirde ise süre verilerek eksikliğin tamamlanmasının istenebileceği ile ilgili olarak bkz. Çelikoğlu, Cengiz Topel. *İcra Dairesi Kararı*, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2017, s. 152.

⁴⁷ Şikâyetin öğretide yapılan tanımları ile ilgili olarak bkz. Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 88; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 51; Kuru, s. 103; Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve Güncel Yargı Kararları İşlenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 26; Muşul, s. 51; Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil. *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.5-7; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 57-58; Uyar, Talih. *İcra Hukukunda Şikâyet ve İtiraz* (İİY, 16, 17, 22; 62-71), Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1983, s. 1-2; Üstündağ, Saim. *İcra Hukunun Esasları*, Baştan sona gözden geçirilmiş ve (4949 sayılı Kanun hükümleri gözönünde tutulmak suretiyle) yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 44-45; Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 92-93.

⁴⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 89-91; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 55-57; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 27-29; Kuru, s. 104-106; Pekcanitez/Simil, s. 82; Üstündağ, s. 47-48; Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 32-33; Yılmaz, s. 93.

⁴⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 382-383; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 291-293.

⁵⁰ Çekte vade olmadığına ilişkin olarak bkz. yukarıda I, A başlıklı kısım dn. 10.

⁵¹ Bkz. aynı yönde Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 282.

hukukumuzda kabul edildiğinden yukarıda⁵² bahsedildi. Dolayısıyla, çekte düzenleme tarihi olarak gerçek düzenleme tarihinden farklı ileri bir tarih konulması çekin kambiyo senedi niteliğini etkilemez. Zira, TTK m. 780/1’de aranan çekte bir düzenleme tarihinin olmasıdır; yoksa düzenleme tarihinin fiilen düzenlenen tarih olması gerekmez⁵³. Bu bağlamda, karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi yapılması durumunda, çekin kambiyo senedi niteliğinde olmaması şeklindeki şikâyet sebebine dayanılması kanımızca mümkün değildir⁵⁴. Geriye hem yargı içtihatlarında⁵⁵ hem de öğretide⁵⁶ gerekçe olarak dayandırılan özel şikâyet hallerinden, alacaklının takip hakkının bulunmaması kalmaktadır. Kanımızca; bu şikâyet haline dayanılması da söz konusu değildir. Nitekim, her ne kadar Çek Kanunu m. 3/8’de “*hukuki takip yapılamaz*” ifadesi ile sanki alacaklının takip yapma hakkının bulunmadığı yönünde bir sonuç ortaya çıksa da meseleye hükmün kabul ediliş amacından yaklaşmak daha doğrudur. Bu sebeple, hem Çek Kanunu geçici m. 3/5 hükmünü hem de m. 3/8 hükmünü birlikte değerlendirmek gerekir. Belirtilen düzenlemeler ile kanun koyucu ileri düzenleme tarihli çekin düzenlenmesine izin verse de bunun ibrazını belli bir süre ile geçersiz kılmaktadır. Yine bu hükme rağmen ileri düzenleme tarihli çekin ibraz edilmesi ve karşılıksız çıkması durumunda ise icra takibinin konusunu oluşturamayacağı açıkça belirtilmiş ve adeta bir icra takip yasağı getirilmiştir. Belirtilen hükümlere göre, alacaklının takip yapma hakkının bulunmadığından söz etmek kanımızca doğru olmaz. Zira, alacaklının takip hakkı, icra takibinin konusunu oluşturan kambiyo senedinden doğan alacağa ilişkin takip yetkisinin bulunmaması; diğer bir ifadeyle, yetkili hamil olmaması veya borçlunun senet borçlusu olmaması hallerinde bulunmamaktadır⁵⁷. Oysa ileri düzenleme tarihli çekte alacaklının alacaklı sıfatı ve borçlunun borçlu sıfatına ilişkin bir tereddüt yoktur. Bu durumda, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte kabul edilen özel şikâyet sebeplerini de içine alan daha genel bir şikâyet sebebi olan İİK m. 16’da belirtilen işlemin kanuna aykırı olmaması sebebine göre değerlendirme yapmak gerekir. Şikâyet sebebi olarak işlemin kanuna aykırılığının dar yorumlanmaması gerektiği öğretide⁵⁸ ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kanuna aykırılıkla, yalnızca İİK hükümleri değil, takip hukukunu ilgilendiren diğer kanunlarda yer alan hükümler de kastedilmektedir⁵⁹. Dolayısıyla, Çek Kanunu’nun m. 3/8’de icra takibi

⁵² Bkz. yukarıda I, A başlıklı kısım dn. 9 vd. özellikle dn. 13.

⁵³ Bkz. yukarıda I, A başlıklı kısım dn.11.

⁵⁴ Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. yukarıda II, A başlıklı kısım, dn. 27; Düzenleme tarihinin yazılmış olması çekin kambiyo senedi niteliğini kazanması için yeterli olduğundan, üzerinde düzenleme tarihi bulunmayan çekin çek sayılmayıp, usul hukuku bakımından delil başlangıcı sayılacağına ilişkin olarak bkz. Uyar, 2007, s. 3523.

⁵⁵ Bkz. yukarıda II, A başlıklı kısım dn. 26.

⁵⁶ Bkz. yukarıda II, B başlıklı kısım, dn. 37 vd.

⁵⁷ Kambiyo senedinin yetkili hamili olmayan kişinin, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapamayacağı; yaparsa icra müdürünün bu böyle bir takip talebini reddetmesi gerektiği, aksi halde borçlunun bu takibe karşı takip alacaklısının kambiyo senedinin yetkili hamili olmadığını; diğer bir ifadeyle, kambiyo hukuku gereğince takip hakkının bulunmadığı gerekçesi ile icra mahkemesine beş gün içinde şikâyet yolu ile başvurabileceği hakkında bkz. Kuru, s. 765; Ayrıca bkz. Kuru, s.766-767, s. 810; Aynı yönde bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 341; Ancak kambiyo senetlerine özgü yolla takipte bulunanın, kambiyo hukukuna göre takip yetkisi ile alacaklı sıfatının birbirinden tamamen ayrı kavramlar olduğunu, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte bulunan takip yetkisine sahip olduğunun anlaşılması halinde alacaklı sıfatının olup olmadığını aranmayacağı, aksi halde alacaklı sıfatına bakılacağı ve alacaklı sıfatı bulunmadığı takdirde borçlunun şikâyet hakkına sahip olduğuna ilişkin olarak bkz. Ergün, Mevci. *Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s. 95, s. 96.

⁵⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 89-90; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 55; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 27; Kuru, s. 105; Muşul, s. 233; Pekcanitez/Simil, s. 82; Postacıoğlu/Altay, s. 62; Üstündağ, s. 47; Yılmaz, s. 93.

⁵⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 89-90; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 55; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 27; Kuru, s. 105; Muşul, s. 233; Pekcanitez/Simil, s. 82-83; Postacıoğlu/Altay, s. 62; Üstündağ, s. 47; Yılmaz, s. 93.

yapılamayacağını belirten hükmüne rağmen, icra takibi başlatıldığında da kanuna aykırı bir işlem söz konusu olur.

Şikâyet sebebinin, Çek Kanunu'nun belirtilen düzenlemeleri ile getirilen icra takip yasağı dolayısıyla genel bir şikâyet sebebi olan İİK m. 16 uyarınca kanuna aykırılık olduğu sonucuna vardıktan sonra, şikâyetin süresinin ne olacağı meselesi üzerinde durmak gerekir. Zira, İİK m. 16/1 uyarınca şikâyet, kural olarak şikâyet konusu işlemin öğrenilmesinden itibaren yedi gündür. Ancak İİK m. 16/2'de bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılması durumunda şikâyetin her zaman yapılabileceğini düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanı sıra öğretide ve yargı içtihatlarında işlemin kamu düzenine aykırı olması halinde de şikâyetin süresiz (icra takibi sona erinceye kadar) olacağı kabul edilmektedir⁶⁰. İşlemin kamu düzenine aykırı olması konusunda ise öğretide getirilen ölçüt; işlemin kanuna aykırı olmasının yanı sıra, işlemin taraflarını, üçüncü kişileri ve kamu düzenini korumak amacıyla getirilen hükümlerin ağır bir şekilde ihlal edilmesi olarak belirtilmektedir⁶¹. Çek Kanunu geçici m. 3/5 ile m. 3/8 hükümlerinin düzenleme amacına bakıldığında, belirtilen hükümlere aykırılığın kamu düzenine aykırılık oluşturacağını söylemek yanlış olmaz. Nitekim, üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden önce çekin ibrazının geçersiz sayılmasına ve karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi yapılamamasına ilişkin düzenlemeler takibin taraflarını korumaya yönelik olup, kamu düzenini korumayı amaçlamaktadır⁶². Ayrıca kamu düzenine aykırı işlemlerin belli bir sürenin geçmesi ile düzelmemesi ve kamu düzenine aykırı işlemin söz konusu olması durumunda, takibe devam etmekte yarar olmaması⁶³ hususları dikkate alındığında da karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekle ilgili başlatılan icra takibinin kamu düzenine aykırılık oluşturduğu söylenebilir. Şöyle ki; ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak öncelikle Çek Kanunu geçici m. 3/5 uyarınca ibrazın geçersizliği yaptırım düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Çek Kanunu m. 3/8 uyarınca takip yasağı getirilerek, çekle ilgili icra takibinin yapılması ancak düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibraz edilerek karşılıksızdır işlemine tabi tutulması koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, henüz kanunî ibraz süresi gelmeden ibraz edilip karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili icra takibi yapıldığında, çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihine göre ibraz süresinin gelmesinin beklenerek icra takibinin iptal edilmemesi gerektiğini ileri sürmek doğru olmaz. Zira, mevcut takip devam ederken çekin üzerinde yazılı olan düzenleme tarihi gelse bile bu çekle ilgili takip yapılabilmesi için kanunî ibraz sürelerine göre ibraz edilmesi ve sonrasında karşılıksızdır işlemi yapılması gerekir (Çek Kanunu m. 3/8). Diğer bir ifadeyle, ileri düzenleme tarihli çekin icra takibine konulmasının koşulları tereddütsüz bir şekilde Çek Kanunu m. 3/8 son cümlede belirtilmektedir. Dolayısıyla, karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekle ilgili başlatılan icra takibine devam etmekte yarar da bulunmamaktadır; zira belli sürenin geçmesi işlemi hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, karşılıksız ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak başlatılan icra takibine karşı kamu düzenine aykırılık sebebiyle, süresiz olarak şikâyet yoluna

⁶⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 95; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 57; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 31; Kuru, s. 109; Muşul, s. 244; Pekcanitez/Simil, s. 146; Postacioğlu/Altay, s.74; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 35.

⁶¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 95; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 57; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 29; Kuru, s. 109; Muşul, s. 244, s. 246; Pekcanitez/Simil, s. 146, s. 148; Postacioğlu/Altay, s. 75; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 36.

⁶² İleri düzenleme tarihli çekle ilgili Çek Kanunu'nun madde gerekçelerinde m. 3/8 ile ilgili bir açıklama yer almadığı, kanun koyucunun tasarının kanunlaşma sürecinde ileri düzenleme tarihli çekte, üzerinde yazılı olan tarihten önce çekin ibraz edilmesi ve karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması durumunda, çek hamiline karşı hukuki takip yapılabileceğine ilişkin fikrini değiştirdiğini ve 07.12.2009 tarihli Adalet Komisyonu Raporu'nda, 3. maddeye 8. fıkra hükmünün eklendiği hakkında bkz. Pulaşlı, s. 36-37.

⁶³ Pekcanitez/Simil, s. 146, s. 149; Postacioğlu/Altay, s.77.

başvurulması gerektiğini kabul etmek doğru olur. Bu düşünce, Çek Kanunu m. 3/8'de kabul edilen icra takip yasağının getiriliş amacına da uygun düşmektedir. Nitekim, belirtilen düzenleme açıkça icra takibinin yapılamamasına ilişkin emredici bir hüküm niteliğindedir⁶⁴. Bu bağlamda, kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi başlatılması durumunda, bu takibin icra mahkemesince belli bir süre ile sınırlı olmaksızın (icra takibi sona erinceye kadar) iptal edilmesi kanımızca yerindedir⁶⁵.

SONUÇ

TTK m. 780 vd. hükümlerine göre bir kambiyo senedi türü olan çek için hem bir ödeme aracı olması hem de uygulamadaki önemi nedeniyle 5941 sayılı Çek Kanunu ile özel olarak düzenleme yapılmıştır. Belirtilen kanunda çekle ilgili olarak maddî hukuka ilişkin hükümlerin yanı sıra takip hukukunu ilgilendiren hükümler de mevcuttur. Buna göre, çekin bir kambiyo senedi olması ve İİK m. 168 vd. hükümlerine göre özel bir takip usûlü olan kambiyo senetlerine özgü takip yolunun kabul edilmesi aynı anlayışın bir sonucudur.

Bir kambiyo senedi olan çekin bu niteliğini kazanabilmesi için birtakım zorunlu unsurları taşıması gerekir (TTK m. 780/1). Bu unsurlardan biri de çekin düzenleme tarihinin olmasıdır. Zira, çekte vade bulunmamaktadır; ancak bir düzenleme tarihine sahip olması gerekir. Bununla birlikte, düzenleme tarihinin fiilen çekin düzenlediği tarih olmasına gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle, gerçek düzenleme tarihinden sonraki bir tarih de düzenleme tarihi olarak kabul edilebilir. Bu durumda, ileri düzenleme tarihli çek olarak kabul edilen bir çek türü ortaya çıkmaktadır. Hukukumuzda TTK m. 795/2 ve Çek Kanunu m. 3/8 hükümleri ile kanun koyucunun ileri düzenleme tarihli çekin düzenlenmesine izin verdiği ileri sürülmektedir.

Çek Kanunu'nda yer alan bir kısım hükümlerle, ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak takip hukukunu da ilgilendiren düzenlemeler kabul edilmiştir. Bunlardan biri de m. 3/8 hükmüdür. Belirtilen hükümde; üzerinde yazılı olan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması durumunda, bu çekle ilgili olarak hukukî yollara başvurulamaması; diğer bir ifadeyle, icra takibi yapılamaması yer almaktadır. Yine belirtilen fıkranın devamında hukukî yollara başvurunun koşulları ayrıca düzenlenmiştir. Çek Kanunu'nda takip hukukunu ilgilendiren bir diğer hüküm ise çekin, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce 31.12.2025 tarihine kadar ibrazını geçersiz kılan geçici m. 3/5'tir.

Çek Kanunu'nda yer alan ve takip hukukunu ilgilendiren geçici m. 3/5 ve m. 3/8 düzenlemeleri emredici ve kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla, bu hükümler uyarınca ileri düzenleme tarihli çekin, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce bankaya ibraz edilememesi

⁶⁴ Kamu yararı amacı ile konulan, maddi hukukun emredici hükümlerini ihlal eden işlemler için de şikâyetin süreye tabi tutulamayacağını belirterek, ailenin korunması amacıyla konulan önceki Medeni Kanun'un m. 165'te yer alan düzenlemeyi örnek gösteren *Pekcanitez*, belirtilen hükme göre, eşlerin kabulünde bile işlemdeki sakatlığın ortadan kalkamayacağını ve bu hükme aykırı olarak takip yapılması durumunda, bu takiple ilgili işleme karşı şikâyetin süresiz olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. *Pekcanitez*, Hakan. *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 87; Aynı yönde *Uyar* da Medeni Kanun'un m. 165'in emredici hukuk kuralı olduğunu ve hükmün aksinin eşler tarafından kararlaştırılamayacağını ve gerek icra memuru gerekse icra hâkimi tarafından kendiliğinden gözetilmesinin zorunlu olup, bu hükme aykırı olarak takip yapılması durumunda süresiz şikâyetin söz konusu olacağını belirtmiştir. Bkz. *Uyar*, 1983, s. 5.

⁶⁵ Öğretide kanunun emredici hükümlerin aykırılık teşkil eden kamu düzenine aykırı işlemlerin, işlemi yapan memur tarafından her zaman geri alınabileceği veya değiştirilebileceği ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. *Pekcanitez/Simil*, s. 149; *Üstündağ*, s. 51.

gerekir. Ancak, ileri düzenleme tarihli çek muhatap bankaya ibraz edilirse ve karşılığı varsa ödemenin yapılması da mümkündür. Bununla birlikte, çekin karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması durumunda, belirtilen çekle ilgili olarak icra takibi yapılamaz. Zira, Çek Kanunu'nda kabul edilen (geçici m. 3/5 ve m. 3/8) hükümlerle açıkça bir yasak öngörülmektedir. Çek Kanunu'nda kabul edilen yasağa rağmen, karşılıksız çıkan ileri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak icra takibi yapılmak istenirse, bu takibin sonucunun ne olacağı sorusunun cevabını Çek Kanunu m. 3/8 vermektedir. Bu durumda, icra müdürünün bu takip talebini reddetmesi gerekir; aksi halde icra takibinin şikâyet yoluyla iptali söz konusu olur. İcra müdürünün takibi reddetme gerekçesi veya sonraki aşamada şikâyetin sebebi ise bir kısım yargı içtihatlarına ve öğretideki bir görüşe göre, İİK m. 170/a'da düzenlenen alacaklının kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapma hakkının bulunmadığına dayanan özel bir şikâyet halidir.

Kanımızca; kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte kabul edilen özel şikâyet hallerinin uygulanması söz konusu değildir. Zira, çekte vade olmadığından, vadeye ilişkin şikâyet sebebi oluşmaz. Alacaklının takip hakkının bulunmaması ise alacaklının yetkili hamil olmaması veya borçlunun senet borçlusu olmaması ile ilgilidir. Dolayısıyla, gerek Çek Kanunu m. 3/8'de kabul edilen icra takip yasağına ilişkin hükme gerekse ibrazı geçersiz kılan geçici m. 3/5 hükmüne aykırı bir işlemin yapılması söz konusu olduğundan, şikâyet sebebinin genel bir şikâyet sebebi olan İİK m. 16 uyarınca kanuna aykırılık olması gerekir. Bununla birlikte, belirtilen düzenlemelerin emredici hükümler içermesi ve kamu düzenini korumayı amaçlaması dikkate alındığında, şikâyet süresinin süresiz olarak kabul edilmesi yerinde olur.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası. Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Ayli, Ali/Yardımcıoğlu, Didem. “Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı. 2014, Y. 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 3195-3239.
- Bahtiyar, Mehmet. “5941 Sayılı Çek Kanunu Açısından İleri Tarihli Çek”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S. 2, Aralık 2013, s. 47-58.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. *İcra Dairesi Kararı*, Ekin BASIM Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- Çöl, Hüseyin Cem. “İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. , 2004, s. 195-220.
- Gençtürk, Muharrem. “Çek Kanunu'nda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 1-2, 2011, s. 119-159.
- Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve Güncel Yargı Kararları İşlenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

- Ergün, Mevci. *Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989.
- Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Şikayet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Pekcanıtez, Hakan. *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023.
- Pekcanıtez, Hakan/Simil, Cemil. *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer. *İcra Hukuku Esasları*, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı, Hasan. *Çek Hukuku Ve İlgili Mevzuat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- Reisoğlu, Seza. *Çek Hukuku*, Ankara, 2011.
- Uyar, Talih. “İcra Hukukunda Çek’in Geçerlilik Koşulları”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 59, Kasım 2007, s. 3519-3535.
- Uyar, Talih. *İcra Hukukunda Şikayet ve İtiraz (İİY, 16, 17, 22; 62-71)*, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1983.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, Baştan sona gözden geçirilmiş ve (4949 sayılı Kanun hükümleri gözönünde tutulmak suretiyle) yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2004.
- Yasan, Mustafa. “Çek Kanunu Geçici M. 3 F. 1 Uyarınca Üzerinde Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazı Geçersiz Olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (Ve Özellikle Ödenmesi)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 321-354.
- Yeşilova, Ecehan Aras/ Yeşilova, Bilgehan. “Çek Hukukuyla İlgili İki Yeni Düzenleme (5838 Sayılı Kanun’un 18 ve 32/XIX Maddelerinin Getirdikleri)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, Y. 2009, s. 1-61, (<https://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2009-82-511>)
- Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmayan Ülkelere Gönderilen Türk İşçilerin Geçirdikleri İş Kazasından Sosyal Güvenlik Kurumunun Sorumluluğu

Hasan KAYIRGAN ^{1*} 

¹ Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 13.10.2024

Kabul: 15.11.2024

Yayın: 05.12.2024

Anahtar Kelimeleri:

Sosyal Güvenlik, Türk İşçiler, Kısmi Sigortalılık, İş Kazası.

ÖZET

Yabancı ülkede faaliyet gösteren Türk şirketleri çoğu zaman işçileri de ülkemizden temin etmektedir. Bu tür çalışmalar sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülkelerde gerçekleştirileceği gibi sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde de çalışma söz konusu olabilir. Türk işçiler, sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde çalışmalarında çeşitli sağlık sorunları ile karşılaşabilir, hatta iş kazalarına maruz kalabilir. İşte iş kazası sonucunda meydana gelebilecek sürekli engellilik durumunda sosyal güvenlik kurumunun sorumlu olup olamayacağı Yargıtay kararları ile çözümlenmiştir. Şayet sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkede kurulmuş bir şirket nezdinde çalışma gerçekleşmişse sosyal güvenlik kurumunun herhangi bir sorumluluğunun bulunmayacağı kabul edilmiştir. Durum böyle olmakla birlikte Türk işçinin tüm işlemleri Türkiye’de kurulu şirket yapıldığı da bilinen bir gerçektir. Bu bakımdan organik bağ kurulması suretiyle Türkiye’den gönderilen Türk işçi olarak kabul edilmeli ve 5510 sayılı Kanun’un 5-g bendine göre hareket edilmelidir.

Determination of the Responsibility of the Social Security Institution for Occupational Accidents of Turkish Employees Sent to Non-Social Security Countries

Article Info

Article History

Received: 13.10.2023

Accepted: 15.11.2024

Published: 05.12.2024

Keywords:

Social Security, Turkish Workers, Partial Insurance, Work Accident.

ABSTRACT

Turkish companies operating in foreign countries often procure labour from Turkey. Such labour may be performed in countries with a social security agreement or in countries that do not have a social security agreement. Turkish labourers may encounter various health problems during their work in countries where there is no social security agreement, and may even be exposed to occupational accidents. The decisions of the Court of Cassation have analysed whether the social security institution can be responsible for the permanent disability that may occur as a result of work accidents. It has been accepted that the social security institution will not have any responsibility if the work is carried out in a company established in a country that has not signed a social security agreement. Although this is the case, it is a known fact that all transactions of the Turkish worker are carried out by the company established in Turkey. In this respect, the Turkish worker who is sent from Turkey by establishing organic ties should be accepted as a Turkish worker and should be acted according to paragraph 5-g of the Law No. 5510.

To cite this article:

Kayırgan, H. (2024). “Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmayan Ülkelere Gönderilen Türk İşçilerin Geçirdikleri İş Kazasından Sosyal Güvenlik Kurumunun Sorumluluğu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 619-637. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.134>

*Sorumlu Yazar: Hasan Kayırgan, hasankayirgan@hacettepe.edu.tr



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

GİRİŞ

Yabancı ülkede faaliyet gösteren Türk şirketleri çoğu zaman işçileri de ülkemizden temin etmektedir. Bu tür çalışmaların sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde de gerçekleştirilmesi mümkündür. Türk işçiler, sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerdeki çalışmalarında çeşitli sağlık sorunları ile karşılaşabilir, hatta iş kazalarına maruz kalabilir. İşte iş kazası sonucunda meydana gelebilecek sürekli engellilik durumunda sosyal güvenlik kurumunun sorumlu olup olamayacağı Yargıtay kararları ile çözümlenmiştir. Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan bir ülkenin mevzuatına uygun olarak kurulmuş bir şirket nezdinde çalışma gerçekleşmişse sosyal güvenlik kurumunun herhangi bir sorumluluğunun bulunmayacağı kabul edilmiştir. Durum böyle olmakla birlikte Türk işçinin tüm işlemlerinin Türkiye’de kurulu şirket tarafından yapıldığı da bilinen bir gerçektir. Bu bakımdan çalışmamızda Türk işçilerin sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde çalışması dolayısıyla meydana gelen iş kazalarında hak sahibi olup olamayacakları değerlendirilmiştir. Türk işçilerin sosyal güvenlik haklarının bulunup bulunmadığı irdelenirken öncelikle sosyal güvenlik kavramının anlam olarak neyi ifade ettiği, uluslararası belgelerde sosyal güvenlik hakkına nasıl atıf yapıldığı, hukukumuzda sosyal güvenlik hakkının ne anlama geldiği ele alınacaktır.

I. SOSYAL GÜVENLİK KAVRAMI

İnsanlık, varoluşundan itibaren çeşitli tehlikelere maruz kalmıştır. Bu tehlikeler içsel veya dışsal etkenlerden kaynaklanabilir. İnsanoğlu da her zaman maruz kalabileceği riskleri bertaraf edebilme ihtiyacını hissetmiştir¹. Yarından emin olma amacıyla da çeşitli tedbirler alınmış, ancak tek başına mücadele edebilmenin yetersizliği karşısında ilkel dönemlerden itibaren dayanışma ve yardımlaşma olgusu kolektif bir şekilde sağlanmaya çalışılmıştır². Özellikle sanayi devrimi sonrası dayanışma ve yardım müesseselerinin de yetersiz kaldığı görüldüğünden sosyal güvenliğin kurumsallaşması ihtiyacı da hasıl olmuştur³. İşte sosyal güvenlik, bu açıdan insanlık tarihi kadar eski ve evrensel nitelikte bir kavram olarak kabul edilmektedir⁴. Esas itibarıyla sosyal güvenlik çok eski bir idealin yeni adıdır ve insanlık düşüncesi geliştikçe, sosyal güvenliğe duyulan ihtiyaç gittikçe yoğunlaşmıştır⁵.

¹ “Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 1; Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 3.

² Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 1; Aslanköylü, Resul. *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ve BAĞ-KUR KANUNU İle Karşılaştırmalı)*, C. I, Bilge Yayınevi, s. 160; Kuruca, Mustafa/Özdamar, Murat. *Tüm Yönleriyle Emeklilik*, 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013, s. 37; Çubuk, Ali. *Sosyal Politika – Sosyal Güvenlik – Sosyal Sigortalar ve İş Hukuku*, Varol Matbaası, Ankara 1975, s. 95; Hüseyinli, Namık. *Azerbaycan’ın Sosyal Güvenlik Sistemi*, Kamu İş, Ankara 2012, s. 5.

³ Çayiroğlu, Tahsin. *Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Sistemi ve Türkiye*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 17.

⁴ Yazgan, Turan. *Sosyal Sigorta*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul 1977, s. 34 (Sosyal Sigorta); Demirbilek, Sevdâ. *Sosyal Güvenlik Sosyolojisi*, Legal Yayıncılık, İzmir 2005, s. 21; Ersan, Gürbüz. *Türkiye’de Sosyal Güvenlik*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1987, s. 7; Güvercin, Cemal Hüseyin. *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Türkiye’de Sosyal Güvenliğin Tarihçesi*, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, C. 57, 2004/2, s. 90; Gökbayrak, Şenay. “Türkiye’de Sosyal Güvenliğin Dönüşümü”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, C. 2, S. 25, İstanbul 2010, s. 142; Arıcı, Kadir. *Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku*, Kamu İş, Ankara 1997, s. 1 (Avrupa Birliği); Aslanköylü, s. 160; Hüseyinli, s. 8.

⁵ Kırmızı, Evran/Hüseyinli, Namık. “Sosyal Güvenlik Hakkının Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2019/2, s. 1206; Cahit Talas, Sosyal Ekonomi, 4. B., Sevinç Matbaası, Ankara 1976, 526;

Sosyal güvenlik⁶ kelimesinin içinde yer alan sosyal kelimesi, bir insan topluluğuna ait olduğunu ifade etmesinin yanı sıra sözü geçen kavram bu topluluğa dâhil olan bireyler arasında dayanışma, yardımlaşma, eşitlik ve sosyal adalet ilkelerinin geçerli olduğunu da hatırlattığından⁷, bahsi geçen terimin daha geniş bir anlama sahip olduğu ifade edilmektedir⁸. Güvenlik kelimesi de bir tehlike durumunu anımsatarak, bunun zararlarının giderileceğini ya da en aza indirgenmeye çalışılacağını ima etmektedir⁹. Güvenlik kelimesi emniyet karşılığı kullanılmakla beraber içerisinde tehlikeyi de barındırır¹⁰. Tehlikenin olmadığı yerde güvenlik de söz edilemez. İnsanoğlu da her zaman risklerle karşılaştığına göre insanlık var olduğu müddetçe de sosyal güvenlik ihtiyacı varlığını muhafaza eder¹¹.

Sosyal güvenlik, insanlığın yarından emin olma isteğinin somut bir görünümüdür¹². Ayrıca sosyal risklerin meydana gelmesi halinde ortaya çıkabilecek zararlara karşı bireylerin korunması anlamına gelir¹³. Toplumun karşılaşabileceği risklere karşı güvence sağlamayı ve insanları ihtiyaçlarının esaretinden kurtarmayı amaçlar¹⁴. Anlatılanlardan hareketle de sosyal güvenliğin, belirli sosyal riskler karşısında herhangi bir ayırım yapmaksızın herkesi asgari yaşam seviyesine ulaştırma ve yarın endişesini ortadan kaldırma gayreti içerisinde olduğu görülmektedir¹⁵.

Sosyal güvenlik her bakımdan yaygın ve genişleyen bir sistem olarak bütün mesleki, sosyal ve fizyolojik riskleri kapsamaktadır¹⁶. Sosyal güvenlikte aslolan, ülke nüfusunun bütününe toplumsal güvenlik rejimi içine alabilmektir¹⁷. Günümüzde emek piyasasındaki teknolojik gelişmeler, standart dışı iş sözleşmeleri, ekonomik alanda yaşanan olumsuz etkiler ile göç faaliyetlerinin yoğunlaşması, sosyokültürel faktörler ve politikanın etkisiyle meydana gelen gelişmelerin, sosyal güvenliğin kapsamının, amacının ve araçlarının değişmesine sebebiyet vermiştir. Bu süreçte, sanayi toplumlarında ifade edilen klasik riskler yerini üretilmiş risklere bırakmıştır. Üretilmiş riskler tabiri insanların ve kurumların tutumlarından, onların hayat tarzından ve tercihlerinden kaynaklanır¹⁸. Bu riskler daha zor kontrol edilebilir, kaynakları belirsiz, ne zaman, nerede ortaya çıkacağı pek belli

Tuncay/Ekmekçi, s. 1”.

⁶ “Sosyal ve güvenlik kelimelerinden oluşan “sosyal güvenlik” kelimesi toplumu ilgilendiren güvenlik anlamında kullanılmaktadır” (Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 11. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 1; Yazgan, Sosyal Sigorta, s. 35).

⁷ “Etimolojik köken olarak sosyal terimi Latince ortak, arkadaş, yoldaş gibi anlamlar ifade eden “socius” kelimesinden türemiştir” (Yuvalı, Ertuğrul. “Sosyal Politika Aracı Olarak Sosyal Güvenlik Kavramı”, *İş ve Hayat Dergisi*, 2020, C. 6, S. 11, s. 49, dn. 14 (Sosyal Politika)).

⁸ Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, Dora Yayıncılık, 10. Baskı, Bursa 2019, s. 4.

⁹ Yazgan, Turan. *İktisatçılar İçin Sosyal Güvenlik Ders Notları*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1992, s. 18 (Ders Notları); Tuncay/Ekmekçi, s. 3.

¹⁰ Şakar, s. 1.

¹¹ Alper, s. 5.

¹² Talas, Cahit. *Sosyal Ekonomi*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s. 527.

¹³ Arıcı, Kadir. *Sosyal Güvenlik*, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s. 4 (Sosyal Güvenlik); Korkusuz, M. Refik/ Uğur, Suat. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015, s. 6; Çubuk, s. 99; Yazgan, Ders Notları, s. 18.

¹⁴ Richardson, s. 16

¹⁵ İzveren, Adil. *Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar*, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 160; Çubuk, s. 102; Sümer, s. 6; Çetin, Emrah. *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 103.

¹⁶ Talas, s. 539.

¹⁷ Kaboğlu, s. 19.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çuhacı, Aysu. “Ulrich Beck’in Risk Toplumu Kuramı”, *Sosyoloji Dergisi* / 3. Dizi 14. Sayı / 2007, s. 129-157.

olmayan, sonuçları oldukça ağır ve demokratik kurumlarla çözümü hayli güç olan risklerdir¹⁹. Dolayısıyla bugün artık sosyal güvenlik, gelirlerin topluma adil paylaştırılmasını gözeten iktisadi amacın aksine riskin adil bir şekilde dağıtılması meselesiyle ilgilenmektedir²⁰.

II. ULUSLARARASI BELGELERDE SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Modern üretim imkânları, sanayi devrimi ile gelişme göstermiş ise de değişen ekonomik süreç ve sosyal hayat ile dayanışma ve yardımlaşma kavramları önemini yitirmiştir. Bu sebeple de bireylerin sosyal güvenlik ihtiyaçları belirgin hale gelmiştir²¹. Bundan hareketle sanayi devriminin, sosyal güvenlik tedbirlerine duyulan ihtiyaçların artması bakımından bir kırılma noktası oluşturduğu söylenebilir²². Nitekim geleneksel sosyal güvenlik tedbirleri sanayi devriminin getirdiği olumsuzluklar ile mücadele edememiştir²³. Buna yönelik olarak uluslararası alanda yapılan düzenlemelerde sosyal güvenlik hakkının bir insan hakkı olarak ele alınması gerektiği vurgulanmıştır. Aynı zamanda uluslararası kaynaklarda sosyal güvenlik kavramı ele alınmış ve sosyal güvenliğin bir ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır.

1929 yılı ekonomik krizi ile Amerika’da meydana gelen işsizliğin büyük boyutlara ulaşması sebebiyle muhtaç duruma düşen insanların ihtiyaçları karşılanamamış, fakir, yaşlı, engelli ve hastalar için de herhangi bir önlem alınamamıştır²⁴. Bu nedenle 1932 yılında Roosevelt tarafından refah devleti²⁵ doktrini ortaya atılmış²⁶ ve 1935 yılında Sosyal Güvenlik Kanunu²⁷ yürürlüğe girmiştir²⁸. Sosyal güvenlik kavramı, hukuki anlamda ilk defa bu kanunda yer bulmuştur²⁹. Sosyal güvenlik kavramının hukuki alanda 1935 yılında Amerikan Yasasında kullanılması nedeniyle, sosyal

¹⁹ Esgin, Ali. “İmal Edilmiş Belirsizlikler Çağının Sosyolojik Yönelimi: Ulrich Beck ve Anthony Giddens Kaynaklı “Risk Toplumu” Tartışmaları”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences* (<http://jss.gantep.edu.tr>) 2013 C. 3, S. 12, s. 688.

²⁰ Tuncay/Ekmekçi, s. 6; Yüksel, s. 14.

²¹ Şen, Murat. “Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar ve Vakıflar”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 16, S. 6, İstanbul 2002, s. 22; Richardson, s. 6; Sümer, s. 3; Kırmızı/Hüseyinli, s. 1206.

²² Yüksel, Hasan. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2016, s. 3; Çetin, s. 133.

²³ Arıcı, Avrupa Birliği, s. 1.

²⁴ Eigsti Gerber, Diane/McGuire, Sandra L. “Understanding Contemporary Health and Welfare Services: The Social Security Act of 1935 and the Public Health Service Act of 1944”, *Nurs Outlook*, 1995, S. 43: s. 266; Richard M. Flanagan. “Roosevelt, Mayors and the New Deal Regime: The Origins of Intergovernmental Lobbying and Administration”, *Polity*, Spring, 1999, Vol. 31, No. 3, s. 415.

²⁵ Türkçe literatürde “refah devleti” ya da “sosyal devlet” in aynı kavramlar olduğu burada esas itibarıyla İngilizce literatürde kullanılan “wellfare state” in anlatılmak istendiği yönünde bkz.: C. Can Aktan/Özlem Özkıvrak, *Sosyal Refah Devleti*, İstanbul 2008, s. 14; aynı yönde bkz.: Yuvalı, *Sosyal Politika*, s. 54.

²⁶ Ayhan, Abdurrahman. “Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Güvenlik İlkeleri”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 1, S. 1, Ankara 2012, s. 42; Tunçomağ, Kenan. *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, 2. Baskı, İÜHFD Yayınları, İstanbul 1982, s. 6; Çavuş, Hakan. “Sosyal Güvenlik Hakkı”, *Legal İSGHD*, 2016, C. 13, S. 51, s. 1485; Akad, s. 19; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 20; Tuncay/Ekmekçi, s. 1; Korkusuz/Uğur, s. 3; Şakar, s. 1.

²⁷ 14.08.1935- Social Security Act

²⁸ Orijinal hükümlerin birçoğunun 1601 tarihli Elizabeth Yoksulluk Yasasında alındığı ifade edilmiştir; Eigsti Gerber/McGuire, s. 266-267; Sosyal güvenlik kanunu yürürlüğe girdiği dönemde muhtemel ömür yaşı sadece 60 iken, şimdi 78,7 olması karşısında; 1935 yılında çoğu insanın emeklilik yardımlarından faydalanamamış olduğuna ilişkin bkz.: Thomas, Michael D. *2019 Social Security Medicare Facts*, The National Underwriter Company, 2019.

²⁹ Tunçomağ, s. 25; Sümer, s. 3; Demirbilek, s. 25; İlk kez 1918 yılında SSCB’de bir kararnamede yer verildiğine ilişkin bkz.: Özşuca, Şerife Turcan. *Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sisteminin Ekonomi Üzerindeki Etkileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9; Sosyal Güvenlik kavramının ilk defa devrimci lider Simon Bolivar tarafından 1819 yılındaki konuşmasında kullanıldığı yönünde bkz.: Centel, s. 1; Çetin, s. 41-42.

güvenliğin modern toplumların bir ürünü olması gerektiği ifade edilmektedir³⁰. Ayrıca sosyal güvenlik kanununun zamanın önemli bir dönüm noktası olduğu da savunulmaktadır³¹. Kanunun özellikle yaşlılara, görme engelli ve işsiz insanlara, bağımlı ve engelli çocuklara, anne ve çocuk sağlığı ile halk sağlığına önem verdiği belirtilmiştir³². Buna karşın, bu Kanunun ilk halinde sadece emekli aylığı bağlanmasının öngörüldüğü, bunun yanında da sınırlı bir işsizlik sigortası ihtiva etmesi³³ nedeniyle dar kapsamlı bir sigorta kanunu olduğu da belirtilmektedir³⁴. Ayrıca, Amerikalı yazarlar Linda Gordon, Lieberman and Quadagno tarafından, Sosyal Güvenlik Kanunu'nun Amerika Birleşik Devletleri'nin bugün bilinen tabakalı refah sistemini geliştirdiği kırk yıllık bir sürecin başlangıcı olması yönüyle de eleştirilmiştir³⁵.

Roosevelt tarafından gerçekleştirilen 6 Ocak 1941 tarihli konuşmasında, ihtiyaçtan, korkudan ve yoksulluktan kurtulma hürriyetleri tabirleri altında yine sosyal güvenlikle de bahsedilmiştir³⁶. Bu nutku takiben sosyal güvenlik kavramı en kapsamlı biçimde 1941 tarihli Atlantik Anlaşması ile ortaya atılmıştır³⁷. 14 Ağustos 1941 tarihinde Başkan Roosevelt ile İngiliz Başbakanı Churchill tarafından imzalanan ve ilan olunan Atlantik Şartında, Amerika ve İngiltere'nin savaş sonu amaçları kararlaştırılmıştır³⁸. Atlantik şartının beşinci maddesi uyarınca ekonomik ilerleme, bireylerin çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve sosyal güvenliğin etkinleştirilmesi için işbirliğinin sağlanmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır³⁹.

Bugün anladığımız şekliyle resmi ifadesini dünyada ilk kez 1935 yılında ABD'de kabul edilen Sosyal Güvenlik Kanunu'nda bulmuş olan kavram, Sir William Beveridge sayesinde gerçek anlamına kavuşmuştur⁴⁰. 1942 yılında tamamlanan Beveridge Raporunda, sosyal güvenliğin belirli bir gelirin sağlanması, diğer bir ifade ile kişiyi muhtaç olma durumundan kurtaracak yeterli bir gelirin temini olduğu, bu temin vazifesinin de devletin görevleri içinde yer aldığı, çağdaş toplumun yüz karası olan yoksulluğun ancak sistemli bir sosyal güvenlik örgütlenmesiyle önlenilebileceği vurgulanmıştır⁴¹.

³⁰ Sözer, Ali Nazım. *Sosyal Sigorta İlişkisi*, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1991, s. 5; Tunçomağ, s. 1; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 20.

³¹ Eigsti Gerber/McGuire, s. 270.

³² Eigsti Gerber/McGuire, s. 267; Yüksel, s. 9-11; Aslanköylü, s. 179; *An act to provide for the general welfare by establishing a system of Federal old-age benefits, and by enabling the several States to make more adequate provision for aged persons, blind persons, dependent and crippled children, maternal and child welfare, public health, and the administration of their unemployment compensation laws; to establish a Social Security Board; to raise revenue; and for other purposes* (<http://www.ssa.gov/history/35act.html>), E.T. 29.08.2013).

³³ Hill-Andrews, Oliver. "A new and hopeful type of social organism": Julian Huxley, J.G. Crowther and Lancelot Hogben on Roosevelt's New Deal", *BJHS*, C. 4, S. 52, December 2019, s. 659.

³⁴ Alper, Yusuf. "ABD Sosyal Güvenlik Sistemi Bir Model Olabilir Mi?", *Çimento İşveren Dergisi*, İstanbul 2008, s. 8.

³⁵ Davies, Gareth/Derthick, Martha. "Race and Social Welfare Policy: The Social Security Act of 1935", *Political Science Quarterly*, C. 2 (Summer, 1997), S. 112, s. 218.

³⁶ Savcı, Bahri. "Korkudan ve Yoksulluktan Kurtulma Hürriyetleri", *Ankara Üniversitesi S.B.O.D.*, C. II, No: 1-2, 1947 Ocak, s. 41; Richardson, s. 9; Tuncay/Ekmekçi, s. 6.

³⁷ Çubuk, s. 97.

³⁸ Çetin, s. 206.

³⁹ Talas, s. 540; Çetin, s. 206; Güzel, Ali. "Sosyal Güvenliğin Evrensel Değerleri ve Yeni Liberal Formlar", *Tes İş Dergisi*, S. 2006/3, s. 42; Savcı, s. 41-42.

⁴⁰ Talas, s. 528; Yazgan, Sosyal Sigorta, s. 48; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 21; Sümer, s. 12; Kuruca/Özdamar, s. 43.

⁴¹ East, Robert. *Social Security Law*, Macmillan Press Ltd., 1999, s. 43-44; Ogus, A. I./Barendt, E. M., *The Law of Social Security*, 3. Baskı, Butterworths London 1988, s. 3-4; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 21; Akad, s. 20; Sümer, s. 12; Aslanköylü, s. 180-181; Çavuş, s. 1484; Çayıroğlu, s. 24; Çetin, s. 110.

Beveridge’a göre sosyal güvenlik, belirli bir gelirin garanti edilmesidir⁴². Beveridge tarafından öngörülen sistem, beşikten mezara hayatın tüm evrelerinde geçerli olacak şekilde tüm insanların öngörülebilir ihtiyaçlarını karşılamalıdır⁴³. Beveridge raporunda; yaşlılığa, işsizliğe ve hastalığa karşı tüm vatandaşlara koruma sağlamak suretiyle mevcut sistemin geliştirilerek katılmalı sosyal güvenlik sisteminin kurulması da önerilmiştir⁴⁴.

Uluslararası Çalışma Örgütü de sosyal güvenliği; bireylerin karşılaştıkları fizyolojik risklere karşı maruz kalacağı yoksulluk durumuna ve ayrıca çocukların ve analığın korunmasına yönelik tedbirler bütünü şeklinde tanımlamıştır⁴⁵. Uluslararası Çalışma Örgütü’ne göre sosyal adaletin hayata geçirilmesi ile ancak barışın evrensel ve sürekli hale getirilmesi mümkündür⁴⁶. Bu doğrultuda 102 sayılı Sözleşme ile sosyal güvenliğin asgari normları belirlenmiştir. Sözleşme uyarınca belirli sosyal riskler karşısında devletlere sosyal güvenliği sağlama yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁷.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne göre de bireylerin iradesi dışında ortaya çıkan riskler karşısında tüm ihtiyaçlarının karşılanması gerekir⁴⁸. Ayrıca geçim kaybına sebep olan riskler karşısında güvenlik hakkına da sahiptir⁴⁹. Filadelfiya konferansında da yoksulluğun tüm insanlığın refahına yönelik bir tehlike olduğu belirtilmiştir⁵⁰ ve sosyal güvenlik tedbirleri ve sağlık yardımlarının temel amacının muhtaç duruma düşmüş insanlara esas bir gelir sağlanması gerektiği vurgulanmıştır⁵¹.

Sosyal güvenliğin uluslararası belgelerde açık bir şekilde insan hakkı olarak tezahür edildiğini⁵² de söylemek mümkündür. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de sosyal güvenlik, uluslararası bir kural olarak düzenlenmiştir⁵³, bunun yanında sosyal güvenliğin her şahsın temel hakkı olduğu ifade edilmiştir⁵⁴.

Avrupa Birliği düzenlemelerinde, sosyal güvenlik hakkının tanınmasına ve uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin en önemlisi olarak Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı gösterilmektedir. Sözleşmenin, 102 sayılı Sözleşmede kabul edilen riskleri esas almasının yanında bir yargılama mekanizmasının kurulması, sosyal güvenliğin finansmanının işçi ve işveren kesiminin katılımı olmaksızın vergi yoluyla sağlanması ve sosyal güvenliğin yönetiminin işçi

⁴² Ogus/Barendt, s. 4; Çetin, 110.

⁴³ East, s. 43.

⁴⁴ İşçi, işveren ve devletin katılımı ile sistemin gerçekleşeceği yönünde bkz.: East, s. 43.

⁴⁵ Tuncay/Ekmekçi, s. 2-3; Tunçomağ, s. 38.

⁴⁶ https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412373/lang--tr/index.htm E.T.: 20.08.2021.

⁴⁷ MüKoZPO/Gottwald, 5. Auflage, 2017, Brüssel Ia-VO Art. 1 Rn. 22, 23; Sözer, Ali Nazım. *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 4; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 35; Çayıroğlu, s. 40.

⁴⁸ Çetin, s. 219.

⁴⁹ Tunçomağ, s. 36; Arıcı, Avrupa Birliği, s. 2; Sümer, s. 12; Ayhan, s. 43; Çetin, s. 219; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 25. maddesi; “Her insanın, yiyecek, giyecek, konut, sağlık hizmetleri ve gerekli toplumsal hizmetler de içinde olmak üzere; kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahını sağlayacak uygun bir yaşam düzeyine hakkı vardır. İşsizlik, hastalık, dulluk, ihtiyarlık ya da geçim olanaklarından iradesi dışında yoksun kaldığı diğer hallerde sosyal güvence hakkına sahiptir. Anneler ve çocuklar öncelikle özen ve yardım görmek hakkına sahiptirler. Bütün çocuklar evlilik içinde ya da dışında doğsunlar, aynı toplumsal güvenceden yararlanırlar” şeklindedir.

⁵⁰ Çetin, s. 210.

⁵¹ Tolga, Muammer Vassaf. *İş Hukuku*, 3. Baskı, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul 1985, s. 313.

⁵² Başterzi, Fatma. *Yaşlılık Sigortası*, Tisk Yayını, s. 35; Turan, Ercan, “Sosyal Güvenlik Hakkı”, *Kamu İş*, C. 7, S. 3, Ankara 2003, s. 1; Demirbilek, s. 21; Şakar, s. 9; Arıcı, Avrupa Birliği, s. 2.

⁵³ Çubuk, s. 97; Arıcı, Avrupa Birliği, s. 9-10; Sözer, s. 4; Çetin, s. 217.

⁵⁴ Çetin, s. 217.

ve işveren temsilcilerine bırakılması gibi hususları da içerdiği görülmektedir⁵⁵. Şartın 12. maddesi uyarınca sosyal güvenlik sistemi etkin bir şekilde tesis edilmelidir⁵⁶. Maddenin devamında Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu uyarınca öngörülen asgari düzeyde Sosyal Güvenlik sistemini oluşturma ya da yeterli düzeyde yükseltme gereği de vurgulanmıştır⁵⁷. Bunun yanında, mevcut sistemin daha ileriye taşınması, bu amaçla da serbest dolaşım ilkesi, eşit muamele ve çalışma sürelerinin birleştirilmesi gibi ilkeler benimsenmiştir⁵⁸. Buna göre, sadece sosyal güvenlik sistemi kurulması istenmemiş, aynı zamanda sistemin etkin ve sürekli gelişme kaydedecek içeriği ihtiva etmesi amaçlanmıştır⁵⁹.

Şartın 13. maddesinde sosyal güvenlik hizmetlerinden faydalanmayanlar için tıbbi ve sosyal yardımlar ele alınmıştır⁶⁰. Söz konusu maddeye göre de taraf ülkelerin, yeterli imkânı sahip olmayan ve bu kaynakları kendi çabaları veya bilhassa sosyal güvenlik sistemi kapsamındaki yardımlarla güvence altına alamayan bireylere yeterli yardımı sağlamayı taahhüt ettikleri kabul edilmektedir⁶¹. Yine sözleşmeye taraf ülkelere, sosyal güvenlik sisteminin sadece sosyal sigortalardan ibaret olmadığı, çalışma olanağına sahip olmayan ya da ödediği primler karşılığında sosyal sigortalardan faydalanma imkânı bulamayan kişilere de asgari bir yaşam seviyesi temin etme vazifesi yüklenmiştir (m. 14)⁶².

III. TÜRK HUKUKUNDA SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE KAPSAMI

Diğer ülke anayasalarında olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da sosyal güvenlik, herkese tanınan bir insan hakkı olarak, sosyal ve ekonomik haklar içerisinde anayasal bir hak olarak değerlendirilmiştir (m. 60). Söze konu hükümde sosyal güvenlik hakkının sağlanmasının devletin bir görevi ve bu hakkın bir insan hakkı olarak kabulü gerektiği 1982 Anayasası tarafından da vurgulanmıştır.

Anayasamızın 60. maddesine göre *Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar*. Bu hüküm uyarınca herhangi bir ayırım gözetmeksizin toplumda yaşayan tüm bireylere sosyal güvenlik hakkı tanınmıştır. Bunun yanında devlet sosyal güvenlik sistemini kurmak ve her türlü tedbiri almakla yükümlü tutulmuştur.

1982 Anayasasında sosyal güvenlik hakkı herkese tanınmış ve ayrıca özel olarak korunması

⁵⁵ Akzambak, Mehmet. *İnsan Hakları III Çalışma ve Sosyal Güvenlik Tüm ILO ve Avrupa Konseyi Sözleşmeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1997, s. 1141-1178; Tuncay/Ekmekçi, s. 61 vd.; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 36 vd.; Sözer, s. 4-5.

⁵⁶ chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Frm.coe.int%2F168007cf93&cld=183134, E.T.: 21.08.2021.

⁵⁷ chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Frm.coe.int%2F168007cf93&cld=183134, E.T.: 21.08.2021.

⁵⁸ Caniklioğlu, Nurşen. "5510 s. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Avrupa Sosyal Şartı Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Anayasal Sosyal Haklar*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 160; Çayıroğlu, s. 73.

⁵⁹ Caniklioğlu, s. 168.

⁶⁰ Erdoğan, Gülnur. "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", *TBB. Dergisi*, Sayı 77, 2008, s. 148.

⁶¹ Yuvalı, Ertuğrul. *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından Eşit Davranma Borcu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 25 (Eşit Davranma); Caniklioğlu, s. 161; chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Frm.coe.int%2F168007cf93&cld=183134, E.T.: 21.08.2021.

⁶² Caniklioğlu, s. 162; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 38; Yuvalı, Eşit Davranma, s. 25.

gerekli bireyler de vurgulanmıştır. Gerçekten 1982 Anayasası'nın 61. maddesine göre *Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.*

Son olarak 1982 Anayasası m. 62'de yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması teminat altına alınmıştır: Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları başlıklı 62. madde uyarınca:

Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.

İnsan hakkı olarak sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama arttırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmalıdır⁶³. Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında da devletin sosyal güvenlik hakkını temin etmekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Sosyal devletin gereği olarak devlet sosyal güvenlik hakkını tüm bireylere tanımalı; vatandaşlarının sosyal durumuyla ilgilenmeli; dolayısıyla da yeterli geliri olmayan bireyleri insanca yaşamak için koruyup gözetmelidir. Ayrıca sosyal güvenlik hakkının tesis edilmesinin sosyal devlet ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu ve aynı zamanda kamu hizmeti olarak mutlaka yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre de sosyal güvenlik, sosyal hukuk devletin bir gereğidir. Aynı zamanda sosyal adalet ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet eder. Bu yönleriyle de insanlara asgari yaşam düzeyi temin etmek devletin görevidir. Bireyler de bu doğrultuda devletten bu görevi yerine getirmek için gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurma haklarına sahiptir. Sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olup vazgeçilemez⁶⁵.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 34. Hukuk Dairesine göre de vatandaşlara sosyal güvenlik sağlanarak, kişileri yaşadıkları toplum içinde insan onuruna yaraşır şekilde onları başkalarına muhtaç etmeyecek asgari bir hayat standardın sağlanmak istendiği vurgulanmıştır. Aksinin düşünülmesi Anayasa'nın sosyal güvenliğin bir insan hakkı olduğuna ilişkin ilkesine aykırılık oluşturur⁶⁶.

Bireylerin sosyal sorun teşkil eden tehlikeler karşısında yalnız bırakılmaması gerektiği, bunun sonucu olarak sosyal güvenlik sistemlerinin varlık nedeninin, bir toplumda sosyal sorunların en aza indirgenmesi ve çözümlenmesine aracı olmak ve böylelikle sosyal barış, sosyal adalet ile sosyal

⁶³ AYM, 21.06.2012, E. 2011/10, K. 2012/98.

⁶⁴ AYM., 22.12.2011, E. 2010/65, K. 2011/169; AYM, 21.06.2012, E. 2011/10, K. 2012/98.

⁶⁵ YHGK., 18.11.2020, E. 2016/625, K. 2020/909.

⁶⁶ İstanbul BAM., 34HD., 20.12.2018, E. 2018/2172, K. 2018/2228.

dengeyi kurabilmek olduğu vurgulanmaktadır⁶⁷. Bu itibarla sosyal güvenlik, temel bir insan hakkı olarak ele alınmalıdır. Sosyal güvenlik, herkes için ihtiyaçtır ve ayırım gözetmeden herkesi kapsamı gerekir⁶⁸. Bu açıdan da bir insan hakkı olarak öngörülen sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesinin devlete ait bir görev olduğu belirtilmiştir⁶⁹. Dolayısıyla, sosyal güvenliğin kapsamının ve uygulama alanının kişiler ve riskler açısından genişletilmesi suretiyle sigortalı lehine yoruma başvurulması gerektiği de vurgulanmaktadır⁷⁰. Buna ek olarak tek bir yorum yönteminin tercih edilmesinin doğru olmadığı kuşkulu bir durumun varlığı halinde şüphenin yorumlanmasında sigortalı lehine davranılması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹. Diğer taraftan askerlik gibi zorunlu kamu hizmeti teşkil eden bir süreçte kişilerin sigortalılıklarının temin edilmesi devletin görevi olarak görülmekte iken⁷² bu durumun sigortalı aleyhine yorumlanması sosyal güvenliğin amacına aykırılık teşkil eder.

IV. SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA YAPILAN BİLDİRİMLERİN MAHİYETİ

Sosyal sigortalılık kural olarak zorunlu kurulur. Başka bir ifade ile sigortalılık ilişkisinin kurulması tarafların iradesine bağlı değildir. Sigortalılık ilişkisi kanun gereği kendiliğinden oluşur. 5510 sayılı Kanunun 7. maddesi sigortalılığın ne zaman başlayacağını hüküm altına almıştır. Örneğin iş sözleşmesi ile çalışan bir kişi, çalışmaya başlamasıyla birlikte sigortalılık niteliğini kazanır. İşverenin, işçiyi Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmemiş olması sigortalılık niteliğinin edinilmesine engel olmaz. Sosyal güvenlik kurumuna yapılan bildirimler açıklayıcı olduğundan aslolan fiili durumdur. Sigortalının sosyal güvenlik kurumuna nasıl bildirildiği değil, fiilen yaptığı iş esas alınarak sigortalılık vasfı belirlenmelidir⁷³. Bir kişinin gerçekte işçi olarak çalışmamasına karşın, ortağı olduğu bir şirketten 4/1-a kapsamında sigortalı olarak göstermesi mümkün değildir⁷⁴.

V. SOSYAL GÜVENLİĞİN MÜLKİLİĞİ İLKESİ PRENSİBİ

Mülkilik prensibi uyarınca kanunların, ülke sınırları ile sınırlı bir alanda bağlayıcı olması ve

⁶⁷ Kuruca/Özdamar, s. 39; Demirbilek, s. 15.

⁶⁸ Şakar, s. 7.

⁶⁹ Akad, s. 29.

⁷⁰ Ayrıca bkz.: Y10HD., 05.07.2021, E. 2020/12071, K. 2021/9585 sayılı ilamında karşı oy yazısı.

⁷¹ Barın, Nurgül Emine. “Türk Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Sigortalı Lehine Yorum İlkesi”, *International Conference On Eurasian Economies 2016*, s. 239-240.

⁷² Alper, Yusuf. “Askerlik Borçlanması Bir Sosyal Güvenlik Sorunu Olmaktan Çıkabilir”, *Sosyal Güvenlik Üzerine Yazılar’ım, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları – 31*, Ankara 2019, s. 564.

⁷³ Davacının sosyal güvenlik hukuku yönünden 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında gösterilmesi iş sözleşmesi ile çalıştığını göstermez (Y9HD., 23.01.2023, E. 2022/17656, K. 2023/1210).

⁷⁴ Somut olayda; SGK kayıtlarına göre, davalı 05/06/2020-29/09/2020 ve 01/12/2020- 27/10/2021 tarihleri arasında davacı nezdinde sigortalı olmakla birlikte 2021 yılı Nisan ayından itibaren sigorta primlerinin yatırılmadığı, davacı tarafın istinaf dilekçesinde, davalının bir müddet işyerinde hizmet akdine istinaden çalıştığını, ancak hizmet akdinin sona erdiğini, dava konusu edilen dönemde herhangi bir hizmet akdinin bulunmadığını, sehven muhasebeci tarafından sigorta çıkışının yapılmaması nedeni ile SGK kayıtlarında bu dönemde sigortalı olarak görüldüğünü, bu durumun ortaya çıkması üzerine 27/10/2021 tarihinde sigorta çıkışının yapıldığını ileri sürdüğü görülmektedir. Davalı taraf ise, gerek cevap dilekçesinde gerekse istinafa cevap dilekçesinde az önce açıklanan davacı beyanını kısmen destekler şekilde davacı ile aralarında işçi işveren ilişkisi bulunmadığını, M...Yemekleri isimli işyerinin %30 ortağı olduğunu savunmuştur....Mahkemeye, tarafların iddia ve savunmaları nazara alınarak, taraf delilleri toplanıp taraflar arasında yukarıda açıklanan kriterler gözetilerek İş Kanunu kapsamında işçi işveren ilişkisi veya Borçlar Kanunu kapsamında herhangi bir hizmet ilişkisi olup olmadığı araştırılıp somut olarak ortaya konulmadan salt SGK kayıtlarına dayanılarak taraflar arasındaki ilişkinin işçi işveren ilişkisi olduğunun kabulü ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır (İstanbul BAM. 31HD., 31.01.2024, E. 2022/578, K. 2024/144).

uygulanması esastır⁷⁵. Bu esas devletlerin hükümlerlik haklarının da bir sonucudur. Kanunların bir başka ülkede uygulanmaması mülkilik esasının gereği olduğu kadar teknik zorunlulukların da bir sonucudur. Devletin sosyal güvenlik alanındaki sorumluluğu nerede olursa olsun herkesi kapsayacak bir genişlikte olamaz. Lex loci laboris ilkesi olarak bilinen çalışılan ülke mevzuatının uygulanması sosyal güvenlik hukuku alanında geçerliliğini korumaktadır⁷⁶.

Mülkilik prensibi, ülke dışındaki vatandaşların sosyal güvenliği meselesine gerekli ilginin gösterilmemesi için de bir gerekçe olarak kullanılmaktadır. Sosyal güvenlikte milliyet esası ülkelerin birtakım hakları kendi tabiiyetindeki insanlarla sınırlı olmak üzere tanınması, kullandırması ve tabiiyeti dayanan farklılıklara sahip olarak tanzim etmesi sonucunu doğurmaktadır.

VI. YABANCI ÜLKELERDE TÜRK İŞÇİLERİN ÇALIŞMASI VE SOSYAL GÜVENLİK HAKLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk işçilerin yurt dışında çalışmaları dört başlık altında değerlendirilebilir.

Bunlar:

- Türk işçinin yurt dışında sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş bir ülkede çalışması,
- Türk işçinin Türkiye’de çalışması bulunmamakta iken yurt dışında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan bir ülkede çalışması,
- Türkiye’de çalışmakta iken sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan bir ülkede görevlendirilmesi,
- Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan bir ülkede çalışmakta iken sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan başka bir ülkeye geçici ya da sürekli olarak gönderilmesi şeklinde tezahür edebilir.

5510 sayılı Kanunun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5. maddesinin (g) bendinde, *ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin 4. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacakları ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanacağı, Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri durumunda, 50. maddenin 2. fıkrasındaki Türkiye’de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümlerinin uygulanacağı, bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmayacağı belirtilmiştir.*

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle işçilerin sosyal güvenceleri konusunda yeni bir sistem uygulanmaya başlanmıştır. 506 sayılı Kanun döneminde ilk önce topluluk sigortası ile 2003 yılından itibaren ise topluluk sigortası veya isteğe bağlı sigortalılık ile sadece uzun vadeli sigorta

⁷⁵ Savaş Kutsal, Fatma Burcu. *Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 79 vd.

⁷⁶ EuGH, 15.3.2001 - Rs. C-444/98.

kolları bakımından kapsama alınmışlardır. Mevcut durumda kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası bakımından zorunlu uzun vadeli sigorta kolları bakımından ise isteğe bağlı olarak kapsama alınmışlardır. Kişinin uzun vadeli sigorta kolları açısından kapsamda olması isteğe bağlı sigortalılık veya yurt dışı hizmet borçlanması ile dolayısıyla malullük yaşlılık ve ölüm sigortalarının bireylerin tamamen kendisinin ödemesiyle gerçekleştiğinden bu yeni düzenleme doktrinde isabetli bulunmamıştır.

Düzenlemede iki ülke mevzuatının neden olacağı mükerrer sigortalılık ile yükümlülüklerin dolayısıyla bunlardan kaynaklanacak ek yüklerin maliyetleri artıracığından bahisle işverenlerin farklı çözüm yollarını izlemek durumunda kalmalarına neden olabileceği belirtilmektedir. Çözüm olarak ise mümkün olabildiği kadar çok ülke ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesi yapılması sözleşme yapılamayan ülkeler açısından ise bu ülke mevzuatlarının incelenerek çalışılan yabancı ülkede zorunlu tutulmayan sigorta kollarının ülkemizde zorunlu olarak uygulanması,

Tüm sigorta kolları açısından zorunluluk esası mevcut ise sigortalı hizmetlerin birleştirilmesi söz konusu olacağından bir hak kaybı ortaya çıkmayacak ise de çalışılan ülkede tabi olunan sigorta kolunun yeterli güvence sağlamadığı durumlarda ülkemizde aynı sigorta koluna zorunlu olarak tabi tutulması önerilmektedir.

Hükümde yer alan Türk İşveren ifadesi Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde tanımlanmıştır: Yurtdışına sigortalı götürecek işverene ait işyerinin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulu ve tescilli olması şarttır. Yabancı ülke mevzuatına göre kurulan firmalarca yurt dışında gerçekleştirilen işlerde çalıştırılan Türk vatandaşları hakkında bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna göre sigortalının yurt dışında çalışacağı işyeri yabancı bir ülkede kurulmuş bir şirket ise artık bu ülkenin şirketi kabul edilecek ve o ülkenin mevzuatına tabi olacaktır (m. 87). 5510 sayılı Kanun m. 5/g uyarınca çalışmalar 21 kodu ile bildirilmekte olup 21 kodu ile bildirilen sürelerde meydana gelen bir iş kazasında sosyal güvenlik kurumunun gelir bağlaması ve diğer yardımları sağlaması yönünden herhangi bir sorun yaşanmamaktadır⁷⁷.

5510 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca *4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan sigortalıların işverenleri tarafından geçici görevle yurt dışına gönderilmeleri, (c) bendinde sayılan sigortalıların mevzuatlarında belirtilen usûle uygun olarak yurt dışına gönderilmeleri veya (b) bendinde sayılanların sigortalılığa esas çalışması nedeniyle yurt dışında bulunmaları halinde, bu*

⁷⁷ Kurumdan, davacının 30.11.2009 tarihinde 4.4120.07.07.1183949.34 sicil sayılı Moskova Leningradski Spor Kompleksi işyerinde çalışmasının sona erdiği bildirilerek isteğe bağlı sigorta primlerinin ödenmesine son verileceği Kuruma işverence bildirilmiş ise de sigortalının isteğe bağlı sigortalılığının sona erdirilmesine dair Kuruma veya işverene sunduğu bir dilekçe olup olmadığı; 01, 02, 03 Aralık 2009 günlerini kapsayan biçimde sigortalı veya işverence prim ödenip ödenmediği; sigortalının davalı şirket adına işlem gören 4.4120.07.07.1183949.34 sicil sayılı Moskova Leningradski Spor Kompleksi işyerinde 15.07.2009 - 30.11.2009 tarihleri arasında geçen (5/g ve 50.madde kapsamında) hizmetinin (21) koduyla Kuruma bildirildiği görülmekle bu döneme ait isteğe bağlı sigorta primlerinin kim tarafından ödendiği Kurumdan sorularak araştırılmalı; davalı şirket tarafından Kuruma sunulan 09.12.2009 tarihli dilekçede davacının 30.11.2009 tarihi itibarıyla işten ayrılması nedeniyle 5510 sayılı Kanun'un 5/g bendine göre isteğe bağlı sigorta bildirimine son verilmesinin istenildiği ancak 04.12.2009 - 31.05.2010, 01.06.2010 - 01.04.2011 tarihleri arasındaki çalışmalarının yine davalı şirket işyerlerinden (21) belge koduyla Kuruma bildirildiği görülmekle davacının 01, 02, 03 Aralık 2009 günlerini kapsayan sürede davalı şirket ile arasındaki hizmet akdinin devam edip etmediği belirlenerek, oluşacak hukuki duruma göre bir karar verilmesi gerekir (İstanbul BAM. 34HD., 05.10.2022, E. 2021/2885, K. 2022/2073).

görevleri yaptıkları sürece, sigortalıların ve işverenlerin sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülükleri devam eder. Söz konusu hüküm uyarınca geçici görevlendirme kapsamında yurt dışına çalışmaya giden 4/1-a ve 4/1-c kapsamındaki sigortalılar bu yerde geçen çalışmaları için hizmet tespiti davası açabilecektir.

Geçici görevden bahsedebilmek için şu unsurların bir arada bulunması gerekir:

- *Türkiye Cumhuriyeti ile yabancı ülke arasında sosyal güvenlik sözleşmesi düzenlenmemiş olması*
- *Türk işverenin iş merkezinin Türkiye’de bulunması*
- *Gerçek veya tüzel kişi Türk işverenin Türkiye’de iş yapmak koşulu aranmaksızın Türkiye’de tescil edilmiş ya da tescil edilebilir nitelikte işyerinin olması*
- *Türk işveren ile Türk işçi arasında yabancı ülkede yerine getirilecek iş görme edimine ilişkin bireysel iş sözleşmesinin Türkiye’de yapılması*
- *Türk işçinin işbu yazılı veya sözlü hizmet sözleşmesinin Türk işçiye yüklediği iş görme ediminin yerine getirilmesi gereği olarak yurt dışında yaşamasının sürekli olmayıp geçici nitelik taşıması*

Geçici Görev kavramı bakımından herhangi bir süre sınırlaması öngörülmediğinden, görevin geçici mi yoksa sürekli mi olduğunun belirlenmesinde her somut olayın özelliği, bu yönde hizmet akdinin sigortalıya yüklediği iş görme ediminin niteliği, iş süresini belirlemeye ilişkin iş hayatının olağan akışı ve Sosyal Güvenlik Hukuku ilkeleri gözetilmelidir.

Yurt dışına giden işçiler açısından işverenleri tarafından geçici görevleri devam ettiği sürece Türkiye'deki sosyal sigorta hak ve yükümlülükleri de devam edecektir. Bu durumun temelinde hem devletin vatandaşını yabancı ülkede de kuruma ihtiyacı hem de gidilen ülkenin sosyal güvenlik edimlerini kendi vatandaşlarına sırtından kısa bir süre için ülkeye gelen yabancı işçiye sağlamada isteksiz davranması yer alır. Ayrıca bu durum zorunluluk ilkesinin de bir sonucudur. İşçiler açısından söz konusu düzenlemenin uygulanma kabiliyeti bulması ancak geçici bir görevle yurt dışına gönderilmeleri halinde gerçekleşmektedir.

Yabancı ülkedeki görevlendirme, geçici bir süre ile değil uzun süreli ise ya da kişinin kendisi yurt dışına giderek iş bulmuş ise mülkilik ilkesi gereği gittikleri ülkenin sosyal sigortalar mevzuatına tabi olacakları kabul edilmektedir. Bu nedenle geçici görevden ne anlaşılması gerektiğinin tespiti de önem arz etmektedir. Ancak mevzuatımızda bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan bir ülkede görevlendirme söz konusu ise ilgili sosyal güvenlik sözleşmesinin hükümleri uyarınca görevlendirmenin geçici olup olmadığı tespit edilmelidir:

- *Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca Türkiye’de sigortalı olup da 12 aydan daha az süre ile sözleşmeye taraf ülkelere gidenler geçici göreve gelmiş kabul edilecek ve görevleri süresince haklarında Türk sosyal güvenlik mevzuatı uygulanmaya devam edecektir. Görev sürelerinin beklenmedik nedenlerle önceden tahmin edilenden fazla sürmesi*

ve 12 ay aşması ise bu kişilerin doğrudan o ülkede sigorta olmalarına neden olmamakta ancak ilgili ülkenin sosyal güvenlik kuruluşunun teklifi üzerine tayin edilen merci onay vermediği takdirde o ölçüde sigorta olmaları söz konusu olmaktadır.

■ Tayin edilen merciin onay vermesi halinde ise Türk mevzuatına tabi olunan süre görevini tamamlama süresine kadar uzamaktadır.

■ Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği m. 44/2 düzenlemesine göre altı aydan kısa süreyle yurt dışına gönderilenler geçici, altı aydan fazla gönderilenler ise sürekli olarak gönderilmiş sayılmalıdır.

■ 3201 sayılı Kanunda 1 yıla kadar işsizlik süreleri borçlanma konusu olabildiğinden 1 yıllık süre kıyasen uygulanmalıdır. Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesine göre de 1 yıllık süre kabul edilmektedir.

■ Tarım Bağkur sigortalılığında prim kesintisinden sonraki 2 yıllık süreye yapılan atıf burada da dikkate alınabilir^{78, 79}.

İşverenin yurt dışında sadece faaliyette bulunması ya da Türkiye’de şirketi bulunmakla birlikte yurt dışında da farklı bir işyeri açması durumunda ve görevlendirme olmaksızın doğrudan yurt dışında çalışması halinde geçici olarak görevlendirmeden söz edilemez⁸⁰. İşverenin baştan beri yurt dışında faaliyet göstermesi halinde, bu işveren yanında işe başlanması ve orada çalışılması, Türkiye’de tescilli işyerinde faaliyet yürütmekte olan işverenin yurt dışında ayrı işyeri açması ve sigortalının Türkiye’deki işyerinde herhangi bir çalışması, bu işyerinden görevlendirmesi söz konusu olmaksızın, doğrudan yurt dışındaki işyerinde çalışması, geçici görevle yurt dışına gönderilme niteliğinde değerlendirilemez. Diğer bir deyişle, geçici olarak götürülmeyip yurt dışında o ülkenin mevzuatına göre kurulmuş ve faaliyet gösteren, Türkiye’de işyeri bulunmayan işverenler yanında,

⁷⁸ “Bu açıklamalar ışığında davacı adına kesinti yapılan ve dosyada bulunan Mart 1999, Kasım 2004 ve Mart 2005 tevkifatları yönünden Tarım Bağkur sigortalısı olarak kabulü zorunludur. Mart 2005 tarihli prim kesintisi sonrası Şubat 2007 tarihli ürün teslimi bulunduğu ve yerleşik Yargıtay içtihatlarında belirtildiği gibi prim kesintisini takiben ürün teslimi bulunması ve ürün tesliminin prim kesintisinden sonra iki yıllık süre içerisinde yapıldığı gözetildiğinde davacının tarımsal faaliyetinin bu dönemde süreklilik arz ettiği anlaşılmakla bu tarihler arasında da Tarım Bağkur sigortalısı olarak kabulü gerektiği, kabul edilen sigortalılık süreleri yaşlılık aylığı için yeterli olmadığından yaşlılık aylığı talebinin yerinde olmadığı anlaşılmıştır” (Ankara BAM., 10HD., 03.02.2022, E. 2022/78, K. 2022/179).

⁷⁹ “Somut olayda davacının 01/11/2004 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı aldığı, 04/03/2013-31/07/2014 tarihleri arasında davalı iş yerinden hizmetlerinin bildirildiği, Etiyopya ile Türkiye arasında akdedilmiş sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar ve yasal düzenlemelere göre, davalı işveren ile Başbakanlık TİKA kurumu arasında yapılan sözleşme örneği celp edilerek Türk işverenin yabancı ülkede üstlendiği işin niteliği ile davacının görevdeki geçiciliğe ilişkin koşullar yukarıda anlatılan çerçevede yöntemince araştırılmalı taleple bağlı kalınarak sonuca göre bir karar verilmelidir” (Ankara BAM. 10HD., 21.04.2022, E. 2020/1442, K. 2022/699).

⁸⁰ “Eldeki dosyada davacı; davalı ... A.Ş.’nin taşeronu olan davalı ... Ltd. Şti. nde 14.07.2008-11.05.2010 tarihleri arasında inşaatta ustabaşı olarak aylık net 1700 ABD doları ile çalıştığının tespitini talep etmiş olup; Mahkemece davacının geçici görev ile Cezayir ‘de görevlendirildiği, bordro tanıklarının beyanları, ücret bordroları ve işçilik alacakları dosyası ile anlaşılması karşısında; davacının 14/07/2008 - 11/05/2010 tarihleri arasında davalı ... Dekorasyon Ltd. Şti. ’nin işçisi olarak geçici görev ile brüt 13.674,72 Cezayir Dinarı ücret karşılığında çalıştığının tespitine hüküm tesisi edildiği anlaşılmıştır. Somut olayda; davacının anılan mevzuat hükümlerine göre 506 sayılı Yasa ve 5510 sayılı Yasanın 4/1-(a) maddesi kapsamında sigortalı olup olamayacağı, davalı şirketin yabancı ülkede üstlendiği işin niteliği ile görevdeki geçiciliğe ilişkin koşullar yukarıda anlatılan çerçevede yöntemince araştırılmalı, 506 sayılı Yasanın 7. ve 5510 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında geçici görevle gönderilme olgusu, değinilen ilkeler kapsamında irdelenmeli ve ulaşılabacak sonuca göre bir karar verilmelidir” (Y10HD., 28.09.2022, E. 2022/10114, K. 2022/11383).

doğrudan yurt dışındaki iş nedeniyle işe alınan Türk işçilerin o ülke mevzuatına tabi olacakları, 506 sayılı Yasa ve 5510 sayılı Yasanın 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı sayılamayacakları anlaşılmaktadır⁸¹. Sonuç olarak 5510 m. 5/g bendi veya 10. madde uyarınca yurt dışında çalışma halleri dışında meydana gelen iş kazaları kanun kapsamı dışında tutulmuştur⁸². Uygulamada Türk şirketlerin yabancı ülke mevzuatına uygun bir şirket kurarak işçileri kurulan bu şirketin işçisi olarak gösterdiklerinden de mülkîlik ilkesi gerekçe gösterilerek işçilerin geçirdikleri iş kazası dolayısıyla sosyal güvenlik kurumundan herhangi bir hak veya talepte bulunamayacakları kabul edilmektedir. Durum böyle olmakla birlikte Türkiye’deki şirket ile yabancı ülke mevzuatına uygun olarak kurulan şirket arasında öncelikle organik bağ bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir⁸³.

⁸¹ “Davacının çalıştığı Burundi ülkesi ile ülkemiz arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmadığının ,davalı işyeri ile kurum arasında topluluk sigortası sözleşmesi olmadığının ve davacının hizmet sözleşmesinin ilk defa Burundi ülkesinde yapılacak işe ilişkin olup, İŞ SÖZLEŞMESİNİN DÜZENLENDİĞİ TARİH ÖNCESİ VEYA SONRASINDA DAVALI İŞYERİNDE ÇALIŞMASININ BULUNMADIĞININ BU HALDE DAVACININ YURT DIŞINA GEÇİCİ GÖREVLENDİRME İLE GÖNDERİLMEDİĞİNİN ANLAŞILMASINA GÖRE (Samsun BAM. 7HD., 08.02.2022, E. 2021/1407, K. 2022/254); Dosya kapsamına göre; davacıya ait sigorta hizmet cetveli incelendiğinde; 23.06.2012-30.09.2014 tarihleri arasında 21 kodu ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelere götürülen işçiler için kısa vadeli sigorta kollarından bildirim yapıldığı, 23.06.2012 ve 04.07.2012 tarihli hizmet sözleşmeleri ve tanık beyanları içeriği ve davacının bu yönde bir iddiasının bulunmaması da birlikte değerlendirildiğinde davacının münhasıran davalının Süleymaniye’de bulunan işyerinde çalıştırılmak üzere götürüldüğü ve bu işin geçici görevlendirme kapsamında değerlendirilmesinin mümkün bulunmaması karşısında davacının çalışmalarının 5510 sayılı Kanunun 10. Maddesi kapsamında uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmadığına dair yaklaşımı yerinde görülmüştür” (Ankara BAM. 11HD., 13.04.2023, E. 2023/710, K. 2023/748).

⁸² “Irak ile Türkiye arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yok ise de davacının bir Türk şirketi tarafından geçici olarak yurt dışına götürülmesi durumu mu yoksa tamamen Irak mevzuatına göre kurulan ve faaliyet gösteren, Türkiye’de işyeri bulunmayan, dava dışı bir şirket tarafından ve Irak mevzuatına göre mi çalıştırıldığı hususları irdelenerek karar verilmesi gerekir” (Y10HD., 17.05.2021, E. 2020/8062, K. 2021/6271); “Irak ile Türkiye arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi imzalanmamış olup, somut olay çerçevesinde davacı murisinin Türkiye’de davalı şirket nezdinde sigortalılığının bildirilmesi ya da geçici süre ile yurt dışına gönderilmesi söz konusu olmadığından; yurt dışındaki iş bu çalışma yönünden yabancı hukuk mevzuatı olan Irak mevzuatı uygulanacak olup, davacının murisi Türkiye sigortalısı değildir. Bu nedenle somut davada, Türk Sigorta Hukuku çerçevesinde iş kazası tespiti söz konusu değildir. Belirtilen hususlar irdelenerek karar verilmesi gerekirken; yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmektedir” (Y10HD., 13.10.2021, E. 2020/10640, K. 2021/12112); “Davalı E...San. ve Tic. A.Ş. vekili cevap dilekçesinde özetle; Es.. grubuna dahil şirketlerden E...A.Ş. ile K.. grubuna dahil diğer davalı K... Toplu Konut İnşaat A.Ş. şirketlerinin, inşaat sektöründe ticarî faaliyetlerde bulunmak amacıyla 12 Haziran 2010 tarihinde İran’da Tahran Ticaret Sicili’ne 376849 numara ile kayıtlı “K.. & E...Pars (PJSC)” unvanlı bir anonim şirket kurduklarını, kısaca KEP olarak adlandırıldığını, şirketin İran Hukukuna ve özellikle anonim şirket kurallarına uygun olarak kurulduğunu, şirket hisselerini 2011 yılında K... Toplu Konut İnşaat A.Ş.’ye devrederek ortaklıktan ayrıldıklarını, davanın Türk Mahkemelerinde görülemeyeceğini, davanın husumetten reddi gerektiğini, davacı ile aralarında sigortalı sayılabilmesi için yapılmış sözleşme, iş girişi, ücret ödemesi, istihdam ilişkisi, geçici görevlendirme vb. kayıt bulunmadığını, hem Türk işçiler hem taşeronların İran’a kendi imkanlarıyla gelip şantiyede iş başvurusu yaparak çalıştıklarını, Türkiye’den işçi sevkiyatı olmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Dava dosyasındaki kayıt ve belgelerden, davacının İran’da 29/12/2010 tarihinden itibaren hastane kayıtları ve Türkçe tercümelerinin bulunduğu, 03/01/2011 tarihine kadar hastanede kaldığı, Özel T...hastanesinin 06/01/2011 tarihli epikriz raporunda davacının 05/01/2011 tarihinde davacının beyanına göre yaklaşık 9 gün önce İran’da yüksekte düştüğü bu kazanın iş kazası tespiti olduğunun tespiti istemli açılan dava sonucunda mahkemece davanın kabulüne karar verildiği, dairemizin 03/12/2019 tarih 2018/3105 E., 2019/1969 K. sayılı kararı sonrasında, davacının Sosyal Güvenlik Kurumuna 23/05/2016 tarihinde başvurduğu, bu başvurusu sonucu Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığınca soruşturma başlatıldığı ve 15/09/2017 tarihli Denetim Raporu sonucunda 27/12/2010 tarihli kazanın iş kazası olduğunun tespitine karar verilmesi nedeniyle “Davacının davasının konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına,” karar verildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, 15/09/2017 tarihli Denetim Raporu sonucunda dava konusu olayın iş kazası olduğunun kabul edilmesi nedeniyle davanın konusuz kaldığından” (Ankara BAM. 10HD., 06.04.2023, E. 2021/2120, K. 2023/790).

⁸³ “Bu tür davalarda, davacının çalışmasının gerçekliği, işin ve işyerinin kapsam ve niteliğiyle süresinin belirlenebilmesi amacıyla; çalışmaları ile ilgili tüm belgeler davalı kurumdan; puantaj kayıtları ve ücret tediye bordrolarının asılları işverenden getirilmeli, iş bu belgelerden sigortalının imzasını içerenler yönünden imzanın aidiyeti davacı tarafından kabul edilenler ile inkar edilip de aidiyeti ehil bilirkişi incelemesiyle saptananlardan yine davacı tarafından hata-hile-ikrah

Organik bağ tespit edilirken dikkate alınabilecek hususlar sırasıyla:

- Polnet Kayıtları
- İşveren Tarafından Yapılan Ödemeler
- Sosyal Güvenlik Kayıtları
- Yabancı Mevzuata Göre Kurulan Şirket ile Türkiye'deki Şirketin Hissedar Kayıtları olarak belirtilebilir.

Bahsi geçen bilgi ve belgelerden işçinin aslen Türkiye'de kurulu şirket ile irtibata geçerek yabancı ülkede kurulu şirkette çalışmaya başladığı, bu şirket nezdinde geçen çalışmalarının nasıl tezahür edeceğinin Türkiye'de kurulu şirket ile belirlendiği gibi hususlar organik bağın tespitinde önem arz etmektedir. Organik bağın bulunduğu yönünde kanaate ulaşılması halinde de 5510 sayılı Kanun m. 5-g bendi uyarınca hükümlerin işletilmesi ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından faydalandırılması gerektiği sonucuna varılacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere aslolan fiili çalışmadır. Sosyal güvenlik hakkının tesisi öncelikli olup temel bir insan hakkı olarak da kabul edildiğinden yurt dışında kurulan şirketlerde çalışan işçilerin 5510 sayılı Kanunun 5-g maddesi uyarınca yurt dışına gönderilen işçiler olarak kabulü zorunluluk arz etmektedir.

SONUÇ

Yabancı ülkede faaliyet gösteren Türk şirketleri çoğu zaman işçileri de ülkemizden temin etmektedir. Bu tür çalışmalar sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülkelerde gerçekleştirilebileceği gibi sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde de çalışma söz konusu olabilir. Türk işçiler, sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde çalışmalarında çeşitli sağlık sorunları ile karşılaşabilir, hatta iş kazalarına maruz kalabilir. İşte iş kazası sonucunda meydana gelebilecek sürekli engellilik

durumu iddia ve ispat edilemeyenler bakımından, işbu yazılı belgelerin aksi eşdeğerde delillerle kanıtlanması için davacıya delilleri sorulmalı; dava konusu dönemde işyeri devri yada işverenler arasında organik bağ bulunup bulunmadığı araştırılmalı, davacı ile birlikte çalışan ve işverenlerin bordrolarında kayıtlı kişiler ile, aynı yörede komşu veya benzeri işleri yapan başka işverenler ve bu işverenlerin çalıştırdığı bordrolara geçmiş kişiler re'sen saptanarak bilgi ve görgülerine başvurulmalı, bunun dışında sigortalının kayıtlarda gözükmeyen çalışmalarının hangi nedenlerle kayıtlara geçmediği ya da bildirim dışı kaldığı hususu gereğince araştırılmalı, tespiti istenen dönemde davalı işyerinde kurum müfettişlerince inceleme yapılıp yapılmadığı sorulmalı, inceleme yapılmışsa belgeler getirilmeli, yargılama sürecinde dinlenen tanık anlatımlarının değerlendirilmesinde, iş yerinin kapsamı, kapasitesi ve niteliği nazara alınmalıdır” (Y10HD., 23/05/2022, E. 2022/5905, K. 2022/7668); “Dosyadaki kayıt ve belgelerden; Ülkemiz ile Türkmenistan arasında düzenlenmiş Sosyal Güvenlik Sözleşmesi bulunmadığı, davalı şirket ile topluluk sigortası yapıldığına ilişkin bir belgenin dosya arasında bulunmadığı, 1997 yılı Kasım ayından 14.02.1998 tarihine kadar dava dışı başka bir firmada çalıştığını, 15.02.1998 tarihinden itibaren tekrar davalı firmada çalışmaya başladığını ve 26.09.2009 tarihine kadar çalışmasının devam ettiğini ileri sürerek, 1997 yılı Kasım ayı ile 14.02.1998 tarihleri arası hariç 1995 yılı Temmuz ayından 26.09.2009 tarihine kadar çalışmalarının tespitini talep eden davacının, 512 sicil no.lu Emper Sigorta Ar. Hizm. Ltd. Şti'nden 01.11.1994-15.07.1995 tarihleri arası sigortalılık bildiriminin yapıldığı, ardından dava dışı 122 sicil Yamata İnş. A.Ş.'den (kod 7) ile 11.11.1997-10.02.1998 arası sigorta bildiriminin yapıldığı anlaşılmıştır. Tüm bu yasal düzenleme ve değerlendirmelere göre, mahkemece, davacının dava konusu ettiği dönemde sigorta bildirimlerinin yapıldığı 512 sicil ve 122 sicil sayılı iş yerleri ile davalı işyeri arasında hukuki ilişki bulunup bulunmadığı, anılan işyerleri ile davacının çalıştığını belirttiği davalıya giderek anılan iş yerlerinin davalı işverenliğe ait olup olmadıkları belirlenmeli, bu kapsamda yapılacak belirlemenin sonucuna göre, 506 sayılı Kanunun 7. maddesi kapsamında geçici görevle gönderilme olgusu ve hak düşürücü süre husus da irdelenerek varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir” (Y10HD., 21.12.2022, E. 2022/14100, K. 2022/16437).

durumunda sosyal güvenlik kurumunun sorumlu olup olamayacağı Yargıtay kararları ile çözümlenmiştir.

Sosyal güvenlik, sosyal risklerin neden olabilecekleri gelir kayıplarına ve gider artışlarına karşı bir ülkede yaşayan insanların ekonomik güvenliklerinin sağlanmasını amaçlar. Bu alanda yapılan çalışmalar incelendiğinde, sosyal güvenlik doğumu itibarıyla ekonomik yönden güçsüzleri ve insanca yaşamak için yeterli geliri olmayanları öncelikle korumaktadır. Aslolan kişinin sigortalılığının temin edilmesidir ve fiili durumdur.

Yurt dışına gönderilen Türk işçilerinin sosyal güvenlik bakımından Türkiye’de korunabilmesi için ya 5510 sayılı Kanun m. 5-g uyarınca Türkiye’den gönderilen Türk işçisi sayılması gerekir ya da m. 10 uyarınca geçici görevle gönderilmelidir. Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde yabancı ülke mevzuatına uygun şekilde kurulan şirketlerde çalışan Türk işçilerinin ise herhangi bir haktan faydalanması mümkün olmamaktadır. Ancak halihazırda Türk işçinin Türkiye’de kurulu bir şirket ile tüm ilişkiyi yürüttükten sonra yabancı ülke mevzuatına tabi şirkette çalışmış gibi gösterilmesi halinde ise fiili durum nazara alınarak Türkiye’den gönderilen işçi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi bir durumda sosyal güvenlik hakkının tesisi ve 5510 sayılı Kanunda yer alan Türkiye’den gönderilen işçi hükmünün ihlal edilmesi anlamını taşıyacaktır. Özellikle organik bağ kurulması suretiyle durumun çözülebilmesi de mümkün olacağı belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet. *Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı*, 1. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul 1992.
- Aktan, C. Can/Özkıvrak, Özlem. *Sosyal Refah Devleti*, Okutan Yayınevi, İstanbul 2008.
- Akzambak, Mehmet. *İnsan Hakları III Çalışma ve Sosyal Güvenlik Tüm ILO ve Avrupa Konseyi Sözleşmeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1997, s. 1141-1178.
- Alper, Yusuf. “Askerlik Borçlanması Bir Sosyal Güvenlik Sorunu Olmaktan Çıkabilir”, *Sosyal Güvenlik Üzerine Yazılar’ım, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları – 31*, Ankara 2019, s. 549-564.
- Alper, Yusuf. “ABD Sosyal Güvenlik Sistemi Bir Model Olabilir Mi?”, *Çimento İşveren Dergisi*, İstanbul 2008.
- Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, 10. Baskı, Dora Yayıncılık, Eylül 2019
- Arıcı, Kadir. *Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku*, Kamu İş, Ankara 1997
- Arıcı, Kadir. *Sosyal Güvenlik*, Gazi Kitabevi, Ankara 2015 (Sosyal Güvenlik).
- Aslanköylü, Resul. *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ve BAĞ-KUR KANUNU İle Karşılaştırmalı)*, C. I, Bilge Yayınevi
- Ayhan, Abdurrahman. “Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Güvenlik İlkeleri”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 1, S. 1, Ankara 2012

- Barın, Nurgül Emine. “Türk Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Sigortalı Lehine Yorum İlkesi”, *International Conference On Eurasian Economies 2016*, s. 239-240.
- Başterzi, Fatma. *Yaşlılık Sigortası*, Tisk Yayını, Ankara 2006.
- Caniklioğlu, Nurşen. “5510 s. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Avrupa Sosyal Şartı Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Anayasal Sosyal Haklar*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Çavuş, Hakan. “Sosyal Güvenlik Hakkı”, *Legal İSGHD*, 2016, C. 13, S. 51, s. 1479-1507.
- Çayıroğlu, Tahsin. *Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Sistemi ve Türkiye*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Çetin, Emrah. *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Çubuk, Ali. *Sosyal Politika – Sosyal Güvenlik – Sosyal Sigortalar ve İş Hukuku*, Varol Matbaası, Ankara 1975.
- Çuhacı, Aysu. “Ulrich Beck’in Risk Toplumu Kuramı”, *Sosyoloji Dergisi* / 3. Dizi 14. Sayı / 2007, s. 129-157.
- Davies, Gareth/Derthick, Martha. “Race and Social Welfare Policy: The Social Security Act of 1935”, *Political Science Quarterly*, C. 2 (Summer, 1997), S. 112, s. 217-235.
- Demirbilek, Sevda. *Sosyal Güvenlik Sosyolojisi*, Legal Yayıncılık, İzmir 2005.
- Eigsti Gerber, Diane/McGuire, Sandra L. “Understanding Contemporary Health and Welfare Services: The Social Security Act of 1935 and the Public Health Service Act of 1944”, *Nurs Outlook* 1995, S. 43, s. 266-272.
- Esgin, Ali. “İmal Edilmiş Belirsizlikler Çağının Sosyolojik Yönelimi: Ulrich Beck ve Anthony Giddens Kaynaklı “Risk Toplumu” Tartışmaları”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences* (<http://jss.gantep.edu.tr>) 2013 C. 3, S. 12, s. 683-696.
- Flanagan, Richard M. “Roosevelt, Mayors and the New Deal Regime: The Origins of Intergovernmental Lobbying and Administration”, *Polity*, Spring, 1999, C. 3 (Spring, 1999), S. 31, s. 415-450.
- Gökbayrak, Şenay. “Türkiye’de Sosyal Güvenliğin Dönüşümü”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, C. 2, S. 25, İstanbul 2010
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 18. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Güzel, Ali. “Sosyal Güvenliğin Evrensel Değerleri ve Yeni Liberal Formlar”, *Tes İş Dergisi*, S. 2006/3, s. 40-47.

- Hill-Andrews, Oliver. “A new and hopeful type of social organism’: Julian Huxley, J.G. Crowther and Lancelot Hogben on Roosevelt’s New Deal”, *BJHS*, C. 4, S. 52, December 2019, s. 645–671.
- Hüseyinli, Namık. *Azerbaycan’ın Sosyal Güvenlik Sistemi*, Kamu İş, Ankara 2012.
- İzveren, Adil. *Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar*, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.
- Kırmızı, Evran/Hüseyinli, Namık. “Sosyal Güvenlik Hakkının Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2019/2.
- Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. B., Ekin Yayınevi, Bursa 2015.
- Kuruca, Mustafa/Özdamar, Murat. *Tüm Yönleriyle Emeklilik*, 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013.
- Münchener Kommentar ZPO/Gottwald. 5. Aufl. 2017, Brüssel Ia-VO Art. 1 Rn. 22, 23.
- Ogus, A. I./Barendt, E. M. *The Law of Social Security*, 3. Edition, Butterworths London 1988.
- Savaş Kutsal, Fatma Burcu. *Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Savcı, Bahri. “Korkudan ve Yoksulluktan Kurtulma Hürriyetleri”, *A.Ü.S.B.O.D.*, C. II, S. 1-2, 1947.
- Sözer, Ali Nazım. *Sosyal Sigorta İlişkisi*, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1991.
- Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Şen, Murat. “Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar ve Vakıflar”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 16, S. 6, İstanbul 2002, s. 18-40.
- Talas, Cahit. *Sosyal Ekonomi*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.
- Thomas, Michael D. *2019 Social Security Medicare Facts*, The National Underwriter Company, 2019.
- Tolga, Muammer Vassaf. *İş Hukuku*, 3. Baskı, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul 1985.
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Tunçomağ, Kenan. *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, 2. Baskı, İÜHFD Yayınları, İstanbul 1982.
- Turan, Ercan. “Sosyal Güvenlik Hakkı”, *Kamu İş*, C. 7, S. 3, Ankara 2003.
- Turcan Özşuca, Şerife. *Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sisteminin Ekonomi Üzerindeki Etkileri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1990.

- Yazgan, Turan. *İktisatçılar İçin Sosyal Güvenlik Ders Notları*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1992 (Ders Notları).
- Yazgan, Turan. *Sosyal Sigorta*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul 1977 (Sosyal Sigorta).
- Yuvalı, Ertuğrul. *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından Eşit Davranma Borcu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012
- Yuvalı, Ertuğrul. “Sosyal Politika Aracı Olarak Sosyal Güvenlik Kavramı”, *İş ve Hayat Dergisi*, 2020, C. 6, S. 11, s. 46-74.
- Yüksel, Hasan. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2016.
- Uşan, Fatih. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Platform Sürücülerinin Hukuki Statüsü: Birleşik Krallık Örneği

Mustafa NALBANT ^{1*} 

¹ The University of Nottingham, Law Faculty, The United Kingdom

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 25.07.2024

Kabul: 01.11.2024

Yayın: 05.12.2024

Anahtar Kelimeleri:

Platform Sürücüler, İşçi,
Çalışan, Bağımsız
Çalışan, Türkiye, Birleşik
Krallık.

ÖZET

Günümüzde internetin yaygınlaşmasıyla birlikte web siteleri ve uygulamalar aracılığıyla sürücüler ve müşteriler eşleştirilmekte, geleneksel işçi-işveren ilişkilerinden farklı iş ilişkileri ortaya çıkmaktadır. İfade edilen çalışma biçimi "platform çalışma" veya "gig economy" olarak adlandırılmakta ve "Deliveroo", "Uber" gibi örnekler dünya çapında önde gelen örnekleri arasında gösterilmektedir. Ancak ifade edilen bu çalışma türünde tipik bir iş sözleşmesinin en göze çarpan bağımlılık unsurunun erozyonuna uğraması nedeniyle tipik iş sözleşmesinin sınırlarını aşılmaktadır ancak yeni bir işçi sınıfının doğup doğmadığı ya da yeni bir hukuki statüye ihtiyaç olup olmadığını sorularını gündeme getirmektedir. Ülkemizdeki yasal mevzuat ifade edilen ihtiyaca cevap vermekten uzaktır. Bahsedilen hususta, yasal mevzuatında farklı statüleri (işçi/çalışan/bağımsız çalışan) içeren Birleşik Krallık'taki platform sürücülerinin hukuki statülerine ilişkin güncel mahkeme kararları bulunmaktadır. Söz konusu nedenle bu çalışma karşılaştırmalı hukuk prensipleri çerçevesinde ülkemizdeki eksikliği Birleşik Krallık'taki güncel mahkeme kararlarıyla ifade etmeyi amaçlamaktadır.

The Legal Status of Platform Drivers: An Example of the United Kingdom

Article Info

Article History

Received: 25.07.2023

Accepted: 01.11.2024

Published: 05.12.2024

Keywords:

Platform Drivers,
Employee, Worker, Self-
Employed, Turkey,
United Kingdom.

ABSTRACT

With the spread of the internet, drivers and customers have been matched through websites and applications and this situation has led to the emergence of different relationships compared to the traditional employee-employer relationships. This new working style is called the "platform work" or "gig economy" and is exemplified by companies like "Deliveroo" and "Uber". This relationship exceeds the boundaries of a typical employment contract because of the erosion of the dependency element, core element of employment contract. This raises the question of whether a new status is emerging for drivers. The current legal framework in our country might be inadequate to address the modern necessities. However, the United Kingdom, which encompasses different status (employee/worker/self-employed) in its legislative framework, has recent court decisions regarding the legal statutes of platform drivers. This study aims to express the deficiency in our country within the framework of comparative law principles with current court decisions in the United Kingdom.

To cite this article:

Nalbant, M. (2024). "Platform Sürücülerinin Hukuki Statüsü: Birleşik Krallık Örneği", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 638-651. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.135>

*Sorumlu Yazar: Mustafa Nalbant, mustafa.nalbant1@nottingham.ac.uk



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

GİRİŞ

Günümüzde dijitalleşme ve teknolojik gelişmeler gündelik hayatımızı etkilediği gibi iş hayatını da şekillendiren önemli faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır.¹ İnternetin de hayatımızda yaygın bir şekilde yer edinmesiyle birlikte web siteleri ve uygulamalar sayesinde çalışanlar ve müşteriler eşleştirilmiş ve tipik olarak işçi işveren ilişkisinden farklı iş ilişkileri ortaya çıkmaya başlamıştır.² Ortaya çıkan çalışma biçimlerinden biri de, her ne kadar bu hususta bir konsensus sağlanamasa da “platform çalışma” ya da “gig economy” olarak adlandırılmaktadırlar.³

Dijital platformlar, merkezi olmayan bilgi ağları, veri analitiği ve mobil dijital cihazların birleşimiyle ortaya çıkmış ve ekonomik faaliyetleri koordine etmenin modern bir şeklidir.⁴ Platformlar, belirli bir mal veya hizmetin arz ve talebini şeffaflık ve verimlilik sağlayarak bir araya getiren ve bunu yaparken de işlemleri algoritmik bir şekilde koordine eden dijital ağlar olarak tanımlanabilir.⁵ Platform çalışmalarında, müşteri, platform ve çalışan arasında üçlü bir hukuki ilişki söz konusudur. Bu ilişkide müşteri, kendisine belirli bir hizmetin sunulması veya bir işin yapılması için platform aracılığıyla talepte bulunur. Çalışan ise platform üzerinden müşterinin ihtiyaç duyduğu hizmeti sağlayan veya işi gerçekleştiren kişidir. Platform, bu süreçte taraflar arasındaki hukuki bağlantıyı oluşturan bir aracı rolü üstlenir.⁶

Dijital platformlar avantajları ve dezavantajları bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin, iş hayatına yansıyan yönüyle, platform çalışanları açısından esnek çalışma koşulları sunabilmektedir. Aynı zamanda mekân ve süre sınırlaması olmaksızın çalışabilmelerine olanak sağlayabilmektedir.⁷ Kırılgan grupların işgücü piyasasına girişini de kolaylaştırmıştır. Diğer yandan, dijital platform çalışanlarının platform üyelik şart ve koşullarını karşılamak amacıyla katlandıkları maliyetler, platform çalışmanın dezavantajı olarak karşımıza çıkmaktadır. Platform çalışanları genellikle kendi satın aldıkları üretim araç ve gereçlerini kullanmaktadırlar ve bu araçlar için belirli ruhsatlara ihtiyaç duymaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık’ta Uber sürücülerinin taksi ruhsatını temin etmeleri gerekmektedir.⁸ Platform çalışanlarının büyük bir kısmı sosyal güvenliğe de katkıda bulunmamaktadır. Bu nedenle, platform ekonomisinin büyümesiyle birlikte mevcut sosyal güvenlik sistemlerinin sürdürülebilirliği ve çalışanlar açısından yeterli korumanın sağlanıp sağlanmadığı sorunu da ortaya çıkmaktadır.⁹

¹ IDS. *Atypical and Flexible Working*, Thompson Reuters, London, 2019, s.297.

² Fernández-Macías, Enrique. *Automation, Digitalisation and Platforms: Implications for Work and Employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, s.15.

³ Kenner, Jeffrey. “Uber Drivers Are Workers: The Expanding Scope of The Worker Concept in the UKs Gig Economy” in *Precarious Work: The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar, 2019, s.5. OECD *Employment Outlook 2019: The Future of Work*, OECD Publishing, Paris, s.52.

⁴ Pesole, Annarosa/ Brancati, Cesira/ Fernández-Macías, / Biagi, Federico/ González Vázquez, Ignacio. *Platform Workers in Europe*, European Commission, 2018, s.7.

⁵ Fernández-Macías, s.15.

⁶ Sevil Doğan “‘Uber’ Platformu Çalışanlarının Hukuki Statülerine İlişkin Yaklaşımlar”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2020, s.1126.

⁷ Boyacı, Nil Belgin. *Dijital Emek Platformları ve Sendikalar*, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi 2020, s.70.

⁸ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *Study to Gather Evidence on the Working Conditions of Platform Workers: Final Report*, European Commission Publications Office, 2020, s.71.

⁹ Aleksynska, Mariya Anastasia/ Bastrakova, Natalia Anastasia. *Working Conditions on Digital Labour Platforms: Evidence from a Leading Labour Supply Economy* (Germany, Institute of Labor Economics (2019) s.10.

Platform çalışma biçimiyle ilgili en büyük tartışma, platform sürücülerinin istihdam statüsüdür. Ülkemizde yasal düzenlemelerin eksikliği nedeniyle istihdam statüsü konusu netliğe kavuşmamıştır. Platform çalışma biçimi, geleneksel istihdam türleri bağlamında işçi statüsünde çalışanlar ve serbest çalışanlar arasındaki sınırları bulanıklaştırmaktadır.¹⁰ Platform sürücülerinde aşağıda da belirtileceği gibi iş sözleşmesinin ana unsurlarından olan bağımlılık unsuru erozyona uğramıştır ve söz konusu durum akıllara yeni bir işçi sınıfının doğup doğmadığı veyahut buna ilişkin ülkemizde bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı sorularını da beraberinde getirmektedir.

Zikredilen soruların cevabını bulabilmemize yardım edebilecek en uygun ülkelerden biri “Birleşik Krallık” olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, Birleşik Krallık örneği farklı istihdam sınıflarını/statülerini bünyesinde barındırmaktadır. Bu statüler işçi (*employee*), çalışan (*worker*) ve kendi hesabına çalışan kişi ya da bağımsız çalışan (*self-employed*) olarak ifade edilebilir. Birleşik Krallık’ın üçlü yelpazeye sahip olması geleceğimizi yakından ilgilendiren bu alanda irdelenmesi gereken uygun yasal bir çerçeve olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹ Yakın zamanda Birleşik Krallık yüksek mahkemeleri platform sürücülerinin statüleriyle alakalı verilen güncel kararlar da incelemeyi gerekli kılmaktadır.

Bahsi geçen statülerin sınırlarını net bir şekilde belirtmek de her zaman çok kolay değildir. Platform çalışanları ile yapılan ampirik çalışmada, platform çalışanların kendisi de bir netlik içerisinde değildir. Gerçekten platform çalışanlarının %75,7’sinin kendilerini bir işçi (%68,1) veya bağımsız çalışan (%7,6) olarak tanımladığını ortaya konmuştur.¹² Kendilerini bir işçi saymalarının nedeni çalışanlarının geleneksel anlamda düzenli bir işe sahip olmaları ve iş mevzuatına tabi olmalarıdır.¹³ Bahsedilen hususta Birleşik Krallık mahkemeleri de sınıflandırmayı kolaylaştırmak için belirli testler ileri sürmüşlerdir.¹⁴

Çalışmamızda, işçi (*employee*)/çalışan (*worker*)/bağımsız çalışan (*self-employed*) arasındaki farklılıkları belirlenecek ve bu farklı hukuki statülere Birleşik Krallık hukukunda bahsedilen haklar açıklanacaktır. Sonrasında, platform sürücülerıyla ilgili mahkemelerinin kararları ışığında teknolojinin gelişmeler ve dijitalleşme ile farklı bir sınıfa doğumuna sebebiyet verip vermediği araştırılacaktır.

I. BİRLEŞİK KRALLIK’TA BİREYLERİN İSTİHDAM STATÜLERİ

Bir çalışanın statüsünün belirlenmesinin hiç de kolay olmadığı düşüncesi, her bir olayın kendine özgü ve biricik olması nedenine dayanmaktadır ve zorluğu kolaylaştırmak adına Birleşik Krallık hukukunda içtihatlardan türetilen statülerin belirlenmesine yönelik farklı testlerin yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.¹⁵ Her işçinin, çalışanın ve bağımsız yüklenicinin işverenleri veya müşterileri ile arasındaki ilişkinin farklılığı değişik statülerin oluşuma sebebiyet vermiştir. Bu durum özellikle alışılmışın dışında çalışan bireyler, diğer bir ifade ile platform sürücülerini de ziyadesiyle

¹⁰ International Organization of Employers. *Brief on Understanding the Future of Work* (6 July 2016) s.10. Kovancı, Yasemin Ari. “Platform Çalışma Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlara Yönelik Sendikalar ve Platform Çalışanlarının Girişimleri” *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.10, S.20, 2020. S.334.

¹¹ Honeyball, Simon. *Employment Law* 14. Baskı, Oxford University Press, 2016, s.25.

¹² Pesole, s.4.

¹³ Pesole, s.4.

¹⁴ Davies, A. C. L. *Employment Law*, Pearson, 2015, s.10

¹⁵ Bower, John. *A Practical Approach to Employment Law*, 8. Baskı, Oxford University Press, 2009, s.13.

geçerlidir.¹⁶ Ancak bireylerin statülerine bağlı olarak sunulan haklarda büyük ölçüde farklılıklar yaratması ifade edilen ayrımı en uygun şekilde yerine getirmenin önemini artırmaktadır. Statülerin belirlenmesi hususu Birleşik Krallık özelinde yasalardan ziyade mahkeme kararlarına dayanmaktadır.¹⁷ Ancak iş hukukundaki mevcut eğilimler değerlendirildiğinde, iş mahkemelerinin işçi (*employee*) ve çalışan (*worker*) statülerine giderek daha geniş bir kapsam atfetmeleri, daha kapsayıcı haklar ve korumalar sağlama eğiliminde olmaları vurgulanması gereken bir husustur.

Bireyin statüsüyle ilgili mahkeme kararlarına dayanan testlere geçmeden önce, farklı istihdam türlerinin yasal tanımlarının kısaca açıklanması iş hukukunun temel kavramları olarak değerlidir. 1996 tarihli Çalışma Hakları Yasası (*Employment Rights Act*)’nın 230. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, işçi (*employee*), “bir iş sözleşmesi altında çalışan veya çalışmaya giren” biri olarak tanımlanır.¹⁸ Aynı maddenin 3. fıkrası ise ‘çalışan’ kavramını tanımlamaktadır: “bir iş sözleşmesi” altında (dolayısıyla işçi grubunu da çalışan tanıma dahil eden) veya “başka bir sözleşme” altında kişisel olarak herhangi bir iş veya hizmeti başka bir taraf için yerine getirmeyi üstlenen ancak diğer tarafın “müşteri” statüsünde olmadığı bir istihdam türü olarak ifade edilmiştir.¹⁹

Çalışan (*worker*) kategorisi işçi ve bağımsız yüklenici arasında yer alan, “üçüncü” veya “hybrid” bir kategori şeklinde ilk olarak ABD’de dile getirilmiştir.²⁰ Ortaya çıkış sebebine bakıldığında, platform çalışanlarının modern, ekonomik ve teknolojik gerçekleriyle birlikte bir ara kategoriye ihtiyaç olduğu ifade edilmiş ve üçüncü bir ara kategorinin ise gerçeklikler için uygun şekilde tasarlanmış yenilikçi bir çözüm olduğu ileri sürülmektedir.²¹ İfade edilmelidir ki platform çalışanları için kullanılması gereken terim “yarı-bağımlı” işçi olmalıdır. Ortada tipik bir iş sözleşmesi kadar bağımlı olmayan ancak bağımsız çalışanlar kadar da özgürlükten bahsedemeyeceğimiz bir durum söz konusudur. Dolayısıyla söz konusu ara statüyü tanımlarken yarı-bağımlı ifadesinin kullanımı yerinde olacaktır.²²

Son olarak “bağımsız çalışan” ise bahsedilen iki statünün dışında kalan kimseler olarak ifade edilebilir. Bağımsız çalışan kimseleri ayırt edici unsurları vasıflı işin, bireyin kendi ekipmanlarını sağlayarak, kendi çalışma programları çerçevesinde ve günlük veya saatlik ödmeden ziyade proje başına ödeme aldıkları istihdam statüsü olarak tanımlanabilir.²³ Bağımsız çalışan statüdeki kişilerin durumları iş hukuku prensiplerinden ziyade genel sözleşmeler hukuku prensipleri çerçevesinde değerlendirilir. Bağımsız çalışanlar, istedikleri kimselerle pazarlık yaparak fiyat belirleme yeteneğine sahiptirler.²⁴

Yukarıdaki tanımlamalar iki hususu vurgulamaktadır. Birincisi, çalışan (*worker*) tanımı, işçi (*employee*) tanımını da kapsamına almaktadır.²⁵ Bu ifade tüm işçilerin çalışan olduğunu ancak tüm

¹⁶ Çiğdem, Serpil. “Endüstri 4.0 ve Dijital Emek Platformlarının İnsana Yakışır İş Bağlamında Değerlendirilmesi” *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, C. 77, 2019, 176-183.

¹⁷ Painters, Richard/ Holmes, Ann. *Cases and Materials on Employment Law*, 10. Baskı, Oxford University Press 2015, s.47.

¹⁸ Employment Rights Act (1996), m. 230(1).

¹⁹ Employment Rights Act (1996), m.230(3) (a-b)

²⁰ Cherry, Miriam/ Aloisi, Antonio. “Dependent Contractors in the Gig Economy: Comparative Approach” *American University Law Review*, C.66 S.3,2016, s.637.

²¹ Cherry, s.637.

²² Freeland, Mark. *The Personal Employment Contract* (Oxford University Press, 2003) s.23.

²³ Cherry, s.643.

²⁴ Davies, s.119.

²⁵ Upex, Robert/ Benny, Richard/ Hardy, Stephan. *Employment Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2009, s.72.

çalışanların işçi olmadığı anlamını barındırmaktadır. Statülerin arasındaki ayrımın pratik önemi, işçilerin Birleşik Krallık'taki iş hukuku kapsamında tüm haklardan yararlanabilirken, çalışanların tüm haklardan yararlanamamasıdır. İşçi (*employee*), iş hukuku alanında temel düzenleyici kavramdır ve bir kişi işçi olarak nitelendiğinde, iş kanunlarının tanıdığı tüm haklara mazhurdur. İşçi kavramının önemini anlamak için, *sadece* işçi statüsündeki kimselere sunulan hakları bilmek önemlidir.²⁶ İşte başlıca örnekler (i) Çalışma şartları ve koşullarına dair yazılı bir beyan alma hakkı²⁷ (ii) Haksız yere işten çıkarılmama hakkı²⁸ (iii) İşten çıkarılma tazminatı talep etme hakkı²⁹ (iv) Doğum izni, babalık izni, ebeveyn izni veya acil durum izni alma hakkı³⁰ (v) Esnek çalışma talep etme hakkı.³¹

Yukarıda da belirtildiği gibi çalışan statüsü işçi statüsünü içerisinde barındırdığından, diğer bir deyişle, her bir işçi aynı zamanda bir çalışan olduğundan aşağıda belirtilecek haklar hem işçiler hem de çalışanlar için geçerlidir: (i) Ulusal Asgari Ücret alma hakkı³² (ii) Sendika üyeliği nedeniyle ayrımcılığa uğramama hakkı³³ (iii) Yarı zamanlı çalışma nedeniyle ayrımcılığa uğramama hakkı³⁴ (iv) Disiplin veya şikayet görüşmesinde yanında birisini bulundurma hakkı³⁵ (v) Haber uçurma (*whistleblowing*) nedeniyle zarara uğramaya karşı koruma hakkı.³⁶ Zikredilen haklar çalışma hayatının en temel haklarından ve bireylerin istihdam statüsünü doğru bir şekilde belirlemek haklara ulaşım bakımından önem arz etmektedir. Ancak ifade edilmelidir ki bağımsız çalışan veya kendi hesabına çalışan (*self-employed*) iş kanunlarında düzenlenen haklardan yararlanamayacaktır.

II. TÜRK HUKUKU'NDA BİREYLERİN İSTİHDAM STATÜLERİ

Türk Hukuku'nda işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. Fıkrası işçi için bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişidir ifadesini kullanmıştır. İş sözleşmesi ise İş Kanunu'nun 8. maddesinde, "Bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. İlgili tanıma göre, iş sözleşmesi üç temel unsurdan oluşmaktadır (i) Bir işin yapılması (ii) İşin ücret karşılığında yapılması (iii) İşin bağımlılık ilişkisine dayanması.³⁷

Bir işin ifa edilmesi ve bunun karşılığında bir ücret ödenmesi diğer sözleşmelerde de sıklıkla yer alan unsurlardır. Bağımlılık unsuru girişte de ifade edildiği gibi iş sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur. Bağımlılık unsuru, ekonomik ve kişisel bağımlılık olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁸ Ekonomik bağımlılık iş sözleşmesinin belirli unsuru kabul edilmemektedir. Zira

²⁶ Davies, s.98.

²⁷ Employment Rights Act, 1996, m.1(1).

²⁸ Employment Rights Act, 1996, m. 94(1).

²⁹ Employment Rights Act, 1996, m.135(1).

³⁰ Maternity and Parental Leave Regulations 1999; Paternity and Adoption Leave Regulations 2002.

³¹ Employment Rights Act, 1996, m. 80(F).

³² National Minimum Wage Act 1998, m.1.

³³ Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992.

³⁴ The Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000.

³⁵ Employment Relations Act 1999, m.10.

³⁶ Employment Rights Act 1996, m.43A.

³⁷ Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat. *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, 30. Baskı, İstanbul, 2017, s.150; Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Seçkin yayıncılık, 27. Baskı, Ankara, 2024, s.41 vd.; Akyiğit, Ercan, *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, 2024, s.106 vd.

³⁸ Güzel, Ali. "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme" *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 1996,

bağımsız çalışanlar da örneğin tek müşterisi olan bağımsız çalışan durumunda olduğu gibi, kişisel bakımdan bağımlılığı bulunmasa da ekonomik bakımdan bağımlılığı söz konusu olabilir.³⁹

Kişisel bağımlılık ise iki anlamı muhteviyatında barındırmaktadır. İlk anlam olarak, işverenin yönetim hakkını ifade etmektedir. İşveren, yönetim hakkını işçiye işin nasıl yapılacağına dair emir ve talimatlar vererek kullanır. Başka bir deyişle, işçi, işin gerçekleştirilmesi sürecinde işverenin otoritesi altındadır. İşveren, işçiye emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırma yetkisi ile yönetir.⁴⁰ İş sözleşmesi çerçevesinde işçi, işin yapılması sırasında işverene tabi olup onun emir ve talimatlarına bağlı olarak denetlendiği için bağımlıdır. Söz konusu bağımlılık, işverene çalışanı sürekli denetleme veya buyruklarına göre iş yaptırma yetkisi verir.

Bağımlılık unsurunun ikinci boyutu ise işçinin işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğüdür. İşçi, işverenin işin yapılması ve işyerinin düzeni ile ilgili talimatlarına uymak zorundadır ve emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü iş sözleşmesinden doğar. Doğal olarak, eğer çalışanın işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü yoksa çalışma ilişkisi iş sözleşmesinin kapsamına girmeyecektir.⁴¹ Ancak, ifade edilmelidir ki, her hukuki ilişkide bu bağımlılığın ölçütleri farklılık gösterebilir. Başka bir ifadeyle, iş ilişkisinde bağımlılık kavramı göreceli bir nitelik taşır. Bağımlılık her iş ilişkisinde değişen bir yoğunluğa sahip olup, kapsamı ve derecesi farklılık gösterebilir. İşin niteliği ve işçinin işyerindeki hiyerarşik konumu, bağımlılığın derecesinin artmasına veya azalmasına yol açabilir. İşçinin iş görme edimini yerine getirirken özgürlüğünün artmasıyla, işin nerede, ne zaman ve nasıl yapılacağı gibi konulardaki bağımlılığı da azalır. Bağımlılığın belirlenmesinde işin yürütülme koşulları önemlidir. Kısacası, her işçi için bağımlılık düzeyi, olayın somut özelliklerine göre değişebilir.⁴²

Türk Hukuku'nda teknolojik gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkan atipik iş sözleşmeleri kapsamında bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı görülmektedir. İşyeri sınırları dışında çalışma, esnek çalışma süreleri, işverenin işçi üzerindeki kontrol ve yönetim yetkisini azaltmıştır. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için bağımlılık ilişkisinin olması hala gereklidir.⁴³ Ancak bağımlılık için kriterimiz ne olacağı sorusu cevaplanmaya ihtiyacı olan bir husustur. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Kanada'da bireylerin gelirinin 80%'ini oluşturması durumunda bağımlılık kriterinin sağlanacağını savunurken bu rakam Almanya'da 51%'dir.⁴⁴ Ancak kişinin geliri içindeki payını bağımlılık için kıstas almak yerinde değildir çünkü çalışan sıfatıyla yerine getirilmiş tek seferlik bir kuryelik çalışma dahi çalışan statüsüne bahsedilmiş hukuki haklarından (örneğin: asgari ücret hakkı) yararlanmaya engel olmamalıdır. Söz konusu işin kendine özgü özelliklerini göz önüne alarak statü belirlemek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, ticari kazançları nedeniyle gelir vergisi mükellefi olanlar, esnaf ve

s.104.

³⁹ Güzel, s.104.

⁴⁰ Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2016, s.253.

⁴¹ Süzek, s.253.

⁴² Merve Kutlu. "Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme" C. 15 S. 2, 2021, s. 277.

⁴³ Namli, İrem. "Dijital Çağ' da Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: "Crowd Working" *Sicil İş Hukuku Dergisi*, C.42, 2019, s.136. Güzel, 109.

⁴⁴ Davidov, Guy. "Who is A Worker?" *Industrial Law Journal*, C.34, 2005, s.67.

sanatkârlar, şirket ortakları ve tarımsal faaliyette bulunanlar kendi adlarına ve hesaplarına bağımsız çalışanlar olarak tanımlanmaktadır. Bu grubun en belirgin özelliği, kendi faaliyetlerinden elde ettikleri gelirin düzensiz ve belirsiz olmasıdır.⁴⁵ Birleşik Krallık'ta olduğu gibi, işçiler iş hukuku kapsamındaki haklardan yararlanabilirken, bağımsız yükleniciler iş hukukuna tabi değildir.

Belirtilmelidir ki, ülkemizde de platform sürücülerinin en büyük sorunu istihdam statülerinin belirlenmesidir. Tek taraflı hazırlanan platform üyeliği sözleşmesinde sürücüler için “bağımsız çalışan” ifadesi kullanılabilir. Ancak sürücülerin şart ve koşulları incelendiğinde hem işçi statüsünden hem de bağımsız çalışan statüsünden özelliklere sahip oldukları görülmüştür. Dolayısıyla Türkiye’deki yasal çerçeve istihdam statüsü ile ilgili ihtiyaç ve sorunlara cevap bulamamakta ve teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmaktadır. Söz konusu eksiklik ise sürücülerden ziyade işverene ucuz ve maliyetsiz işgücü imkânı sunarak işveren lehine sonuçlar doğmasına sebebiyet vermektedir.

III. BİRLEŞİK KRALLIK'TA İSTİHDAM STATÜLERİNİN BELİRLENMESİ

Bir bireyin istihdam statüsünü belirlemenin en kolay yolu sözleşmenin taraflar arasındaki ilişkiyi nasıl tanımladığını doğrudan incelemektir ve sözleşmede ifade edilen etiketleri doğru ve bağlayıcı olarak kabul etmek yerinde ve anlaşılabilir.⁴⁶ Ancak, özellikle son yıllarda, İngiliz iş mahkemeleri sözleşmelerde kullanılan bu etiketlerin doğru olmayabileceğini ve aslında bireyleri haklarından yoksun bırakan bir “aldatmaca (*sham*)” olabileceğini kabul etmişlerdir.⁴⁷ Bir iş yeri çalışanını bağımsız çalışan statüsünde gösterme eğiliminde olmasının altında yatan sebepler genellikle daha az ücret ödemek, emeklilik fonuna para yatırmamak veya daha az para yatırmak olabilir.⁴⁸

Fakat mahkemeler tarafların ilişkisini analiz ederken sözleşmelerde kullanılan etiketlerin kelime anlamından ziyade sözleşmelerin arkasında yatan niyetleri irdelemeye yönelik bir yaklaşım benimsemiştir. Bu yaklaşım *Autoclenz v Belcher*⁴⁹ [2011] davasında ilk olarak vurgulanmıştır. Statünün belirlenmesi hususunda tarafların göreceli pazarlık gücünün (*bargaining power*) dikkate alınması gerektiğini, gerçek anlaşmanın (*true agreement*)⁵⁰ ve işin tüm özelliklerinin ayrıntısıyla incelenmesi suretiyle ortaya çıkarılması gerektiğini kabul etmiştir. Bu nedenle, mahkemelerin işverenin menfaatini gözetken bir sözleşmede kullanılan bir etiketten ziyade gerçek istihdam statüsünün belirlenmesinde işveren ile birey arasındaki ilişkinin özelliği ve yoğunluğu dikkate alınmalıdır.

Mahkemeler istihdam statüsünü belirlerken geniş bir yelpazede bütün hususları göz önünde bulundururlar fakat statülerin sınırlarını belirlemek hiç de kolay olmadığından dolayı mahkemeler farklı testleri uygulama yoluna gitmişlerdir.⁵¹ Söz konusu testler kontrol (control), risk (risk) ve

⁴⁵ Öztepe, Nagihan Durusoy/ Akbaş, Sezgi. “Türkiye’de Kendi Adına ve Hesabına Çalışanların Sosyal Güvenliği” *Sosyal Güvenlik Dergisi* C.8, S.1, 2018, s.67

⁴⁶ Elias, Patrick. “Changes and Challenges to the Contract of Employment” *Oxford Journal of Legal Studies*, C.38, S.4, 2018, 871,

⁴⁷ Smith, Ian/ Baker, Aaron/ Warnock, Owen. *Employment Law*, 15. Baskı, Oxford University Press, 2021, s.49

⁴⁸ Halegua, Aaron. “United States” Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick, *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, ILO Publishing, 2016, s.313.

⁴⁹ *Autoclenz Ltd v Belcher* [2011] UKSC 41, [2011] ICR 1157 46.

⁵⁰ *Autoclenz Ltd v Belcher* [2011] UKSC 41, [2011] ICR 1157 46, para 100-112.

⁵¹ Pitt, Gwyneth/ Drew, Sandhya. *Pitt’s Employment Law*, 12. Baskı, Thomson Reuters, 2022, s.125.

karşılıklı yükümlülük (mutuality of obligations) testleridir. Bir işçinin (*employee*) işçi olarak kategorize edilebilmesi için tüm testleri geçmesi gerekirken, bir çalışanın (*worker*) birkaçını geçemezse de çalışan olarak kabul edilebileceğini ifade etmek gerekmektedir. Ancak belirtilmelidir ki serbest meslek sahibi olanlar (*self-employed*) testlerden hiçbirini geçemeyecek ve dolayısıyla yukarıda işçiler ve çalışanlar için ifade edilen korumalardan faydalanamayacaklardır.

Kontrol testi *Ready Mixed Concrete* davasında [1968] özetlenmiştir.⁵² Bir ücret karşılığında bir çalışanın kendi çalışması ve becerisini işveren için sunacağı ve bunu yaparken işverenin kontrolüne tabi olacağı belirtilmiştir. İşverenin kontrolünde olacağı ifadesi kontrolü yapılacak işin ne olduğuna nasıl yapılacağına, nerede ve ne zaman yapılacağına karar verme anlamına gelmekteydi. İlgili davada sürücü beton teslimatı işi için bir beton şirketiyle sözleşme yapar ve sözleşme ilgili ‘bağımsız yüklenici’ olarak tanımlamaktadır. Sürücü, kendi aracını satın alacak, aracı şirket renklerinde boyatacak, aracı kendisi kullanacaktı ancak araç tamirlerinin yapılması ve ilgili ödemelerin yapılma şekli şirket kuralları çerçevesinde düzenlenecekti. Sonuç olarak mahkeme sürücünün sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirirken aracı, kendi emeğini, yakıtı ve görevin yerine getirilmesindeki diğer gereksinimleri belirleme konusunda yeterli özgürlüğe sahip olduğundan ve şirketin kontrolünün oldukça sınırlı olduğundan sürücü bir şirket çalışanı (*worker*) değil, bağımsız yüklenici olarak kabul edilmiştir.⁵³ Vurgulamak gerekir ki kontrol testinde mahkeme mutlak bir kontrol aramış, kontrol üzerindeki herhangi bir sınırlamayı test bakımından dışlamıştır.

İkinci olarak risk testi de çalışan (*worker*) ve bağımsız çalışan (*self-employed*) ayırt etmek için kullanılmaktadır. Risk testinin temeli “eğer kar ve zarar riskini üstleniyorsanız, gerçekten başka biri için çalıştığınız söylenemez” düşüncesine dayanmaktadır.⁵⁴ Bunun en belirgin örneği *Quashie v Stringfellow Restaurants Ltd* [2013]⁵⁵ davasında görülmüştür. Davacı uyuşturucu kullanma ve uyuşturucu temin etme iddialarının ardından sözleşmesi sonlandırılan bir dansçıdır. Haksız işten çıkarılma iddiası iş mahkemesinin görevsizlik kararı neticesince reddedildi çünkü hâkim ilgili kişinin bağımsız çalışan olduğuna hükmetti.⁵⁶ Mahkeme, risk testi ile ilgili kişi kendi ücretlerini müşterilerle pazarlık yaparak belirlediği ve böylelikle zarar riskini de üstlendiğinden işverenin davacıya ödeme yapma zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak mahkeme davalının dansçıları dans etmeleri için işe almadı; aksine, müşteriler için dans ederek para kazanma fırsatı sağlamak için olduğunu vurgulayarak dansçının bağımsız yüklenici olduğuna karar vermiştir.

Karşılıklı yükümlülükler (*mutuality of obligations*) testinde ise, bir işverenin iş teklif etmek zorunda olup olmadığı, işçinin teklifi kabul etmek zorunda olup olmadığı, tekliflerin ayrı ayrı sözleşmeler olarak mı yoksa taraflar arasında devam eden bir sözleşme bağı içerisinde olup olmadığı önem arz etmektedir. *O’Kelly v Trusthouse Forte Plc* [1983] davası Londra merkezindeki bir otelde mutfak personeli olarak çalışanların hukuki statüsüyle ilgiliydi.⁵⁷ O’Kelly ve diğer geçici çalışanlar yemek hizmetleri personeli olarak çalışmaktaydı. Çalışanlar, otelin kendilerini haksız yere, hiçbir açıklayıcı neden belirtmeden işten çıkarıldıklarını iddia ettiler. Oysaki işverenlerin çalışanlara iş sağlama zorunluluğunun olmadığı ve çalışanların da işi kabul zorunluluğunun olmadığı yazılı iş

⁵² *Ready Mixed Concrete (Southeast) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance* [1968] 2 QB 497 (QB).

⁵³ *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance* [1968] 2 QB 497 (QB) para 100.

⁵⁴ *Quashie v Stringfellow Restaurants Ltd* [2012] EWCA Civ 1735; [2013] IRLR

⁵⁵ *Quashie v Stringfellow Restaurants Ltd* [2012] EWCA Civ 1735; [2013] IRLR, para 99-106.

⁵⁶ *Quashie v Stringfellow Restaurants Ltd* [2012] EWCA Civ 1735; [2013] IRLR, para 99-106.

⁵⁷ *O’Kelly v Trusthouse Forte Plc* [1984] QB 90 (CA) para 104-105.

sözleşmelerinde olarak açıkça belirtilmişti. Ancak otelde her zaman geçici personel için bol miktarda bulunmaktaydı ve ayrıca “düzenli geçici işçiler” olarak bilinen “tercih edilen” işçilerin bir listesi mevcuttu. Tercih edilenlerin listesindeki işçilere her yıl 2 hafta tatil ücreti bile verildiği için çalışan (*worker*) statüsünden neredeyse ayırt edilemezdi. Mahkeme, taraflar arasında karşılıklı bir işi teklif etme ve işi yerine getirme bakımından yükümlülük olmadığına ve geçici işçilerin bağımsız yüklenici olarak işleri yürüttüklerine ve hizmet sağladıklarına karar verdi.⁵⁸

Karşılıklı yükümlülükler testi altında en fazla irdelenen diğer bir konu ise işçi ve çalışan sözleşmelerinin kişisel olarak yerine getirilmesi gerekliliğini öngören Employment Rights Act in 230. maddesi bağlamında çalışanın kendisinin yerine bir yardımcı yedek elemen (*substitute*) gönderebilme gönderememe hususudur. *Express & Echo Publications v Tanton* [1999] davasında, Tanton’ın sözleşmesinde kişisel performans zorunluluğu olmadığı ve başka birini işe gönderebilme yetkisine sahip olduğu için çalışan (*worker*) olmadığı kabul edilmiştir.⁵⁹ Ancak, *Pimlico Plumbers v Smith* [2018] davasında ise, işverenin ilgili çalışanın yerine geçecek kişiyi seçme konusunda kontrol uyguladığı takdirde, bireyin çalışan (*worker*) olduğuna karar vermiştir çünkü yardımcı yedek elemanın belirlenmesi işverenin onayına bağlıydı.⁶⁰ Bununla birlikte, işverenin olası yedeklerin seçimi üzerinde ne kadar kontrol uygulaması gerektiği konusundaki çizginin nerede çizileceği net değildir ve belirsizlik muhtemelen her durumda ayrı ayrı belirlenecektir.

IV. PLATFORM SÜRÜCÜLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

Son yıllarda kazananların tüketiciler ve finansal paydaşlar, kaybedenlerin ise kazanımları kesintiye uğrayan sektördeki orta sınıf çalışanlar olduğu bir model gelişmiştir. Bu model yöneticilerin maliyetleri mümkün olan her şekilde düşürme baskısı ile karşı karşıya kalmaları nedeniyle ortaya çıkmıştır.⁶¹ Teknolojik yeniliklerle yönlendirilen gig ekonomisi bu eğilimleri hızlandırmıştır ve Deliveroo ve Uber bunun en iyi örneklerinden olmuştur. Ancak çalışanlarının istihdam statüsünün belirlenmesi hususunda da en çetrefilli alan olarak yine *gig economy*, diğer bir deyişle standart dışı çalışma (*non-standard working*) karşımıza çıkmaktadır. Bu tür çalışmalar ülkemizde de platform çalışma olarak bilinmektedir ve platform sürücülerin hukuki statüsünün belirlenmesi açıklığa kavuşturulması gereken bir meseledir. Platform sürücülerinin sözleşme türlerinin kendine özgü (*sui generis*) yapısı bulunmaktadır, ayrıca ülkemizde bu tür sözleşmelere yönelik kabul edilmiş bir yaklaşım eksikliği söz konusudur. Bu nedenle aşağıda bu konuyla alakalı verilmiş Birleşik Krallık’taki mahkeme kararları da irdelenecektir.

Özellikle platform çalışanları hukuki statülerinin belirlenmesi açısından *Deliveroo* [2023] ve *Uber* [2021] davaları son yıllarda çok sayıda emekçinin hayatını etkileyen davalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Deliveroo, müşterilerin restoranlardan yemek siparişi vermesine ve bunların bir akıllı telefon uygulaması aracılığıyla teslim edilmesine olanak tanıyan bir yemek dağıtım platformudur.

⁵⁸ *O’Kelly v Trusthouse Forte Plc* [1984] QB 90 (CA), para 104-106

⁵⁹ *Express & Echo Publications v Tanton* [1999] ICR 693 (CA) para 103 ve 112.

⁶⁰ *Pimlico Plumbers Ltd and another v Smith* [2018] UKSC, para 29-31.

⁶¹ Zwick, Austin, “Welcome to the Gig Economy: Neoliberal Industrial Relations and the Case of Uber” *GeoJournal* 83 (2018), s.686-687.

Uber ile benzer bir iş modeli kullanarak operasyonun maliyetlerini nispeten çalışanlarına devretmektedir.⁶²

Söz konusu davalarda düşük fakat düzenli maaş alan çalışanlara koruma sağlarken, platform çalışma sisteminin esnekliğini korumaya çalışılmasında zorluk yaşanmıştır. Bu uyuşmazlıklarda mahkeme risk testini uygulamamış, bunun yerine kontrol ve karşılıklı yükümlülükler testinin yedek yardımcı eleman kısmına odaklanmıştır. Çünkü platform sürücülerinin herhangi bir risk altına girmeleri söz konusu değildir ve Uber/Deliveroo şirketlerinin sürücülere karşı iş teklifi sunma hususunda herhangi bir zorunluluklarının bulunmadığı gibi sürücülerinde teklif edilse dahi teklifi kabul etme zorunlulukları bulunmamaktadır.⁶³

Independent Workers Union of Great Britain (Appellant) v Central Arbitration Committee davasında, Büyük Britanya Bağımsız İşçiler Sendikası, sendikanın yetkili sendika olarak tanınması için Deliveroo şirketine başvuruda bulunur, ancak başvuru mahkeme tarafından sürücülerin çalışan (*worker*) olarak kabul edilmemesi nedeniyle, diğer bir deyişle kendi hesabına çalışan kimse (*self-employed*) olarak kabul edilmesi nedeniyle, tanınmaya yönelik başvurusunu reddeder.⁶⁴ Mahkeme ise kararın gerekçesinde sürücülerin ulaştırma hizmetini kişisel olarak sağlama zorunluluğu olmamasını ve kendilerinin yerine başka bir eleman gönderebilmelerinin mümkün olduğunu, yedek eleman kimi gönderebileceği konusunda özgürlüğe sahip olduğunu ifade ederek ilgili sürücülerin bağımsız çalışan (*self-employed*) olduğuna karar vermiştir.⁶⁵

Bunun benzer bir örneği de *Uber BV and others v Aslam and others* davasında görülmüştür.⁶⁶ Uber-Aslam kararı, son yıllarda platform çalışanlarının hukuki statüsünün ve bağımlılık ilişkisinin belirlenmesine dair önemli kararlar arasında yer almaktadır.⁶⁷ İlgili kararda, İngiliz hukukunun bağımlı çalışanları koruma gerekliliği vurgulanmıştır. Uber davasını Deliveroo davasından ayıran en önemli farklılık, sürücülerin Uber'e bağımlı ve tabi olmalarıdır. Uber sürücülerinin hizmetlerini başka bir sürücü ile yerine getirme imkânı yoktur.⁶⁸ Uber sürücülerinin ne zaman çalışacakları konusunda kontrol sahibi olmaları ve Uber onların çalışma saatlerini belirlemese de (onları bir işçiden ayıran bir özellik), işi kişisel olarak yapma zorunluluğu, karşılıklı yükümlülükler testi bakımından çalışan (*worker*) statüsü lehine sonuçlanmıştır.⁶⁹

Uber sürücünün durumu, Deliveroo sürücüsünden farklıdır. Bir Uber rezervasyonu yaptığınızda, sürücünün adı ve aracının plakası size uygulama üzerinden kullanıcıya sağlanmaktadır ve yalnızca o sürücü o aracı sürebilir. Bir Deliveroo sürücüsü için kişisel hizmet gerekliliği yoktur, aksine işi yapmak için bir başkasını çok kolaylıkla yerine geçirme imkânı vardır. Dolayısıyla, Uber sürücülerinin kendi hesabına çalışandan (*self-employed*) daha fazla bağımlı olduklarından çalışan (*worker*) olarak kabul edilmişlerdir. Her ne kadar platform çalışanları olmasalar da *Piblico Plumbers* mahkeme kararından bahsetmek gerekir. Pimlico Plumber adlı kurumsal firmaya bağlı olarak çalışan

⁶² Woodcock, Jamie, "The Algorithmic Panopticon at Deliveroo: Measurement, Precarity, and the illusion of Control" *Ephemera: Theory & Politics in Organizations*, 20.3. (2020). s. 67.

⁶³ Kenner, s.6-7.

⁶⁴ Ayrıntılı Bilgi için, Woodcock, s.76-84.

⁶⁵ *Independent Workers Union of Great Britain (Appellant) v Central Arbitration Committee* [2023] UKSC 43, para 85-86.

⁶⁶ *Independent Workers Union of Great Britain (Appellant) v Central Arbitration Committee* [2023] UKSC 43, para 85-86.

⁶⁷ Kutlu, 301-302.

⁶⁸ *Uber BV and others v Aslam and others* [2021] UKSC 5, para 94.

⁶⁹ *Uber BV and others v Aslam and others* [2021] UKSC 5, para 164.

su tesisatçıları, çalışan (worker) olarak kabul edilmişlerdir. Bu durumun nedeni ise kurumsal bir şirketin su tesisatçıları kendi yerlerine yedek elemanı göndermek istediklerinde şirketin kimlerin bu hizmeti sağlamaya gideceğine yönelik üst seviye kontrol yetkisinin olmasıdır. Yani sırf yedek eleman gönderebilmeleri ilgilileri kendi hesabına çalışan yapan bir kriter değildir, işverenin yedek elemanları belirleme üzerindeki kontrol imkânı da göz önünde bulundurulması gereken husustur.

SONUÇ

Platform çalışması yeni ve sürekli evrilen bir istihdam biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır ve ülkemizde de platform çalışmanın önündeki engellerin günden güne azaltılması tavsiye edilmekte ve yaygınlığının da giderek artması beklenmektedir.⁷⁰ Karmaşık ve değişken doğası, politika oluşturma açısından önemli zorluklar teşkil etmektedir. Bu alandaki gelişmelerin yakından izlenmesi, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde gerekli politika tepkisini desteklemek adına önümüzdeki yıllar için önem arz etmektedir.⁷¹ “Çalışan” statüsü, Birleşik Krallık hukukunda, işverenin gerektirdiği durumlarda sözleşmesine uygun olarak çalışmak zorunda olan ve en yüksek düzeyde iş korumasına sahip olan “işçi” (employee) ile bağımsız olarak çalışan “bağımsız yüklenici” (independent contractor) arasında yer alan bir ara kategori olarak tanımlanmıştır. Platform çalışanlarının sözleşmelerinin doğası gereği aşırı esnek yapısı ve erozyona uğramış bağımlılık kriteri nedeniyle işçi statüsünde olmadıkları aşikârdır. “Çalışan” olarak tanındıkları takdirde ise sürücülere karşı asgari ücret, ücretli tatiller ve ayrımcılığa karşı koruma gibi sınırlı ama önemli haklar tanınırken, bağımsız çalışan olarak tanındıkları durumda iş kanunundaki haklardan mahrum kalacaklardır.

Daha önce bahsedildiği gibi, *Autoclenz* davası mahkemelerin sözleşmenin ötesine geçmesine neden olmuş, istihdam statüsünün belirlenmesinin duruma özgü doğasını şiddetlendirmiş ve gerçekliği bulunmayan hükümleri engelleyerek iş hukukunun muhteviyatında bulunan hakların daha fazla kişiye sunulmasına hizmet etmiştir. Örneğin Uber’de Yüksek Mahkemenin 30.000’den fazla çalışana koruma sağlayarak platform çalışanlarının tartışmalı durumuna çalışanlar lehine son vermiştir.⁷² Dolayısıyla karar son yıllarda iş hukuku mevzuatında daha geniş bir gruba koruma sunma eğiliminin ispatı olarak yorumlanabilir.

Teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmış mevzuatımızın revize edilmeye ihtiyacı vardır. Bir ara çalışan (worker) kategorisi yaratılması böylelikle de platform sürücülerine nispeten koruma sağlanması potansiyel bir çözüm olabilir. Bu hususta zaten parçalanmış olan işçi sınıfını daha da bölmek anlamına gelebileceğine yönelik endişeler olabilir⁷³ ancak belirtilmelidir ki Birleşik Krallık hukukunda her işçi aynı zamanda bir çalışan olduğu için dile getirilen endişeyi ortadan kaldıracak niteliktedir. Ayrıca Birleşik Krallıktaki çalışan kategorisi sosyal adalete hizmet etmeye yönelik bir örnek teşkil etmektedir çünkü bağımlılık unsuru çok da güçlü olmayan platform sürücülerini için sürücüye babalık izni hakkı verilmeyebilir ancak söz konusu sürücünün ulusal asgari ücretin altında çalıştırılmaması veyahut durumundan dolayı ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı yasalar tarafından garanti altına alınmalıdır.

⁷⁰ Kişi, Nermin. “Paylaşım Ekonomisinin Ulaşım Sektörüne Yansımaları: Uber Örneği” *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* C.5, S.10, 2018, s.64-65.

⁷¹ Pesole, s.56.

⁷² Pesole, s.56.

⁷³ Boyacı, s.117-118.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan. İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, 2024.

Aleksynska, Mariya/ Bastrakova, Anastasia/ Natalia Anastasia. *Working Conditions on Digital Labour Platforms: Evidence from a Leading Labour Supply Economy*, Germany, Institute of Labor Economics, 2019.

Bower, John. *A Practical Approach to Employment Law*, 8. Baskı, Oxford University Press, 2009.

Boyacı, Nil Belgin. *Dijital Emek Platformları Ve Sendikalar*, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi, 2020.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nursen/ Canbolat Talat. *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 30. Baskı, 2017.

Cherry, M, Aloisi, A. “Dependent Contractors in the Gig Economy: Comparative Approach” *American University Law Review*, C.66, S.3, 2016. s. 635-689.

Çiğdem, Serpil. “Endüstri 4.0 ve Dijital Emek Platformlarının İnsana Yakışır İş Bağlamında Değerlendirilmesi” *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* C. 77, 2019. S. 157-199.

Davidov, Guy. “Who is A Worker?” *Industrial Law Journal*, C.34, 2005, 57-69.

Davies, A. C. L. *Employment Law*, (Pearson, 2015).

Sevil Doğan “‘Uber’ Platformu Çalışanlarının Hukuki Statülerine İlişkin Yaklaşımlar”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2020.

Elias, Patrick. “Changes and Challenges to the Contract of Employment” *Oxford Journal of Legal Studies*, C.38, S.4, 2018, 869-887.

European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion. *Study to Gather Evidence on the Working Conditions of Platform Workers: Final Report*, European Commission Publications Office, 2020.

Fernández-Macías, Enrique. *Automation, Digitalisation and Platforms: Implications for Work and Employment* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

Freeland, Mark. *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003. s.23.

Güzel, Ali. “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme” *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 1996. s. 151-202.

Halegua, Aaron. “United States” Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick, *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview*, ILO 2016.

Honeyball, Simon. *Employment Law*, 14. Baskı, Oxford University Press, 2016.

IDS. *Atypical and Flexible Working*, London: Thompson Reuters, 2019.

International Organization of Employers. *Brief on Understanding the Future of Work* (6 July 2016).

Kenner, Jeffrey. “Uber Drivers Are Workers: The Expanding Scope of The Worker Concept in the UKs Gig Economy” in *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe* (Edward Elgar, 2019).

Kovancı, Yasemin Ari. “Platform Çalışma Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlara Yönelik Sendikalar Ve Platform Çalışanlarının Girişimleri” *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.10, S.20, 2020. s.325-352.

Merve Kutlu. “Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme” C. 15 S. 2, 2021, s. 271-310.

Macías, Fernández. *Automation, Digitization and Platforms: Implications for Work and Employment*, Eurofound Working Paper, 2017.

Namlı, İrem. “Dijital Çağ’ da Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: “Crowd Working” Sicil İş Hukuku Dergisi, C.42 2019. S. 128-143.

Nermin Kişi. “Paylaşım Ekonomisinin Ulaşım Sektörüne Yansımaları: Uber Örneği” *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* C.5, S.10, 2018, s.57-68.

OECD. *Employment Outlook 2019: The Future of Work* Paris, OECD Publishing, 2019.

Öztepe, Nagihan Durusoy/ Akbaş, Sezgi. “Türkiye’de Kendi Adına ve Hesabına Çalışanların Sosyal Güvenliği” *Sosyal Güvenlik Dergisi* C.8, S.1, 2018. s. 67-94.

Painters, Richard/ Holmes, Ann. *Cases and Materials on Employment Law* (10. Baskı Oxford University Press 2015).

Pesole, Annarosa/ Brancati, Cesira/ Fernández-Macías, / Biagi, Federico/ González Vázquez, Ignacio. *Platform Workers in Europe* (European Commission 2018).

Pitt, Gwyneth/ Drew, Sandhya. *Pitt’s Employment Law*, 12. Baskı, Thomson Reuters 2022.

Smith, Ian/ Baker, Aaron/ Warnock, Owen, Owen. *Employment Law*, 15. Baskı Oxford University Press, 2021.

Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, Seçkin yayıncılık, 27. Baskı, Ankara, 2024.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Upex, Robert/ Benny, Richard/ Hardy, Stephan. *Employment Law*, 3.Baskı, Oxford University Press, 2009.

Woodcock, Jamie, and Callum Cant. "Platform Worker Organising at Deliveroo in the UK: From Wildcat Strikes to Building Power". *Journal of Labor and Society* 25.2 (2022): 220-236.

Woodcock, Jamie. “The Algorithmic Panopticon at Deliveroo: Measurement, Precarity, and the illusion of Control” *Ephemera: Theory & Politics in Organizations*, 20.3. (2020). S. 67-95.

Zwick, Austin. “Welcome to the Gig Economy: Neoliberal Industrial Relations and the Case of Uber” *GeoJournal* 83 (2018). s. 679-691.

Apartman Yöneticisinin İsim ve Adres Bilgilerinin Asılmaması Kabahati

Selman ÖZDEMİR ^{1*} 

¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 31.05.2024

Kabul: 26.09.2024

Yayın: 03.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Kat Mülkiyeti,
Apartman Yöneticisi,
Bilgi Asma, İdarî
Yaptırım, Kabahat.

Günümüz sosyal ve ekonomik koşulları, çevresel etkenler ve imar planlarıyla öngörülen yapılaşma kuralları gereği, özellikle şehirlerde apartman ve site biçiminde toplu yerleşim yerlerinde yaşamak bir tercih değil, bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu toplu yerleşim yerlerinde ikamet edenlerin, toplu yaşamının getirdiği birtakım yükümlülükleri bulunduğu gibi; söz konusu toplu yerleşimlerin yöneticilerinin de muhtelif yükümlülükleri bulunmaktadır. Yöneticilerin görevlerine ve sorumluluklarına ilişkin düzenlemelere esas olarak Kat Mülkiyeti Kanununda yer verilmiştir. Kat Mülkiyeti Kanununda yer alan yönetici yükümlülüklerinden birisi de yöneticinin isim ve adres bilgilerini ana gayrimenkulün girişine, herkesin rahatlıkla görebileceği biçimde asma yükümlülüğüdür.

Kanun koyucu, bahse konu bilgileri asmama davranışını kabahat olarak düzenlemiş ve norma aykırı davranışı para cezası yaptırımına tabi tutmuştur. Ancak uygulamada bu kabahatin nasıl yaptırıma tabi tutulacağı ve yaptırıma karşı hangi hukuki yollara başvurulacağı konusunda tartışmalar yaşanabilmektedir. Bu çalışmada, yöneticinin bilgi asma yükümlülüğü, yükümlülüğe uymamanın sonuçları, norma aykırı hareketin ve yaptırımın niteliği, cezayı kimin vereceği, para cezasına karşı yasal yollara müracaatın mümkün olup olmadığı hususları konunun tarihi seyriyle birlikte incelenmeye çalışılmıştır.

Executive of Apartman Block Not Posting Name and Address Information Misdemeanor

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 31.05.2024

Accepted: 26.09.2024

Published: 03.12.2024

Keywords:

Condominium,
Executive of
Apartment, Hang
Information,
Administrative
Sanction,
Misdemeanor.

Due to today's social and economic situations, environmental impacts and construction rules necessary condition of an zoning plans, living in mass settlements in the form of apartments and sites, especially in cities, is not a choice but a compulsory.

Those who live in these collective settlements have certain compulsory that come with collective living. Also managers of mass settlements also have various compulsory. Regulations regarding the duties and responsibilities of apartment superintendent are mainly included in the Condominium Act. One of the apartment superintendent's compulsory in the Condominium Act is the obligation to hang the apartment superintendent's name and address (contact) information at the entrance of the real estate main gate in a way that everyone can easily see.



The lawmaker has regulated the behavior of not posting the information in question as a misdemeanor and subjected the behavior against the norm to a fine. However, in implementation, it is controversial how this misdemeanor will be sanctioned and which legal remedies can be applied against the sanction. In this study; we tried to examine the building superintendent's imperative to disclose information, the consequences of not complying with the compulsory, the nature of the breach of the law and the sanction, who will impose the fine and whether it is possible to take legal action against the fine, together with the historical course of the issue.

To cite this article:

Özdemir, S. (2024). "Apartman Yöneticisinin İsim ve Adres Bilgilerinin Asılmaması Kabahati", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 652-696.

***Sorumlu Yazar:** Selman ÖZDEMİR, selmanozdemir3@gmail.com

GİRİŞ

Çalışmada kat mülkiyetine tabi yapılarda yöneticinin bir yükümlülüğüyle, bu yükümlülüğe uyulmaması durumunun müeyyidelendirilmesi konusu incelenmiştir. Dolayısıyla çalışmanın kat mülkiyeti hukuku konusunu ilgilendiriyor gibi görünmediği aşîkârdır. Ancak çalışma, yükümlülüğe aykırı davranma hareketini, bu hareketin cezalandırılmasını, bu cezaya karşı hukukî yollara başvurulması gibi hususları da bünyesinde barındırmaktadır. Bu cihetten meseleye bakıldığında, konunun sadece kat mülkiyeti hukukuyla değil; aynı zamanda kabahatler hukuku, yargılama (usul) hukuku sahalarıyla da ilgili olduğu açıktır. Bu nedenle makale başlığında yer verilen meselenin, söz konusu hukuk sahalarıyla irtibatlı şekilde bu çalışmada ele alınması bir zorunluluk arz etmiştir.

Kat Mülkiyeti Kanununun (KMK) 33'üncü maddesinde yer alan para cezasıyla ilgili tatbikatta yeterince olayın vuku bulduğu, teorinin de bu konuyu bu doğrultuda ele aldığı görülmektedir. Hâl böyle olmakla birlikte; bu çalışmada incelenecek olan KMK 34'üncü maddedeki para cezasıyla ilgili yeterli verinin hem tatbikatta, hem de teoride mevcut olmadığı gözlemlenmiştir.

Çalışmada incelenecek olan konuyla ilgili nadir de olsa muhtelif ihtilaflar ortaya çıkabilmektedir. Günlük hayata ya da mahkemelere yansıyan boyutuyla konu basit gibi görünürken, sürecin bir anda içinden çıkılmaz hale dönüşebildiği durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin cezaya karşı sulh ceza hâkimliğine itirazlar gündeme gelebilmekte, ceza kararlarının kesin olduğu ve itiraz edilmeyeceği meselesi gündeme gelebilmekte, yöneticinin cezalandırılması talepli müracaatların incelenmesinde ve başvurularda sorunlar ya da hatalı uygulamalar vuku bulabilmektedir.

Tatbikatta pek rastlanılmamasından kaynaklı olduğu düşünülmeyle birlikte, sebebi ne olursa olsun bu konunun literatürde de tartışılmadığı dikkati çekmektedir. Konuya ilişkin literatür taraması yapıldığında, bu çalışmanın konusu olan KMK'nın 34/9'uncu maddesi

metnin literatürdeki mevcut çalışmalara yazılmakla yetinildiği¹; ancak 34/9'uncu maddenin nasıl uygulanacağı, maddenin kimlere uygulanacağı, ceza verilmesi halinde buna yönelik itirazların nasıl yapılacağı ve itirazların nasıl inceleneceği hususlarının metinlerde tartışılmadığı gözlenmektedir. Hatta eski tarihli kitaplarda, yeni tarihli kitaplara göre bu hususlarda daha fazla açıklamanın yer aldığı, bazı meselelereyse kısmen tezlerde değinildiği müşahade edilmiştir. Bundan dolayı, doğrudan bu çalışmanın konusunu ihtiva eden meseleyle ilgili yeterli kaynağa ulaşmanın pek mümkün olmadığı tecrübe edilmiştir.

İncelenecek konunun gerek tatbikatta gerekse literatürde yeterince ele alınmaması, bizi bu çalışmayı yapmaya sevk etmiştir. Aşağıda konunun detayları incelenecektir. Ancak yöneticiliğin KMK ile düzenlenen bir sistem olması, yöneticinin yükümlülüklerinin de yine aynı Kanun'la düzenlenmiş olması nedeniyle, konuya altlık olması bakımından kat mülkiyeti hukuku kapsamında kalan mülkiyet sisteminin ülkemizde ortaya çıkış sürecinden kısaca bahsedilmesi elzemdir. Ayrıca çalışmaya konu cezanın nasıl ortaya çıktığı, geçmişten bugüne geçirdiği değişimler de bu çalışmada ele alınmıştır. Bunun sebebi de, hem maddî hukuk yönüyle cezanın kişiler üzerindeki etkisinin ortaya konulması, hem de cezalandırma ve itiraz sürecindeki değişikliklerin serencamının aktarılmasının konu bütünlüğü bakımından gerekli olduğunun değerlendirilmesidir. Zira çalışmanın sadece bu konuya vâkıf olan hukukçulara değil, bu konuya vakıf olmayan herhangi bir apartman sakinine de hitap eden bir metin olmasına özen gösterilerek; metin hem sistematik olarak hem de dil ve anlatım açısından bu duruma uygun şekilde ele alınmaya çalışılmıştır.

Öte yandan; sınırların başlangıçta çizilmesi bakımından, bazı konulara bu çalışmada değinilmeyeceğini belirtmek gerekmektedir. Aksi halde çalışma sınırları aşılmış, yayın sayfa sınırının üzerine çıkılmış olunacaktır. Bu kapsamda cezanın ödenmesi, tahsili, takibi ve zamanaşımı konularının başlı başına ayrı bir çalışmada incelenmesi gereken konular olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle cezanın ödenmesi, tahsili, takibi ve zamanaşımı konuları burada incelenmemiştir.

Benzer şekilde yönetici meselesinin ne zaman gündeme geleceği, inşaat aşamasında yönetici tayin edilip edilmeyeceği, yönetici olmak için gereken şartlar, yöneticinin seçilmesi, görev süresi, yetkileri, sorumluluğu, aynı parsel üzerinde birden fazla blok bulunması durumunda yönetimin birden fazla olup olmayacağı, yöneticinin görevinin sona ermesi, yönetici ve malikler arasındaki hukukî ilişkiler gibi konular da bu çalışmanın konusu dışında kaldığından, bu hususlara çalışmada yer verilmemiştir.

¹ Örneğin Gökalp, Şerafettin / Gökalp, Mete. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.246'da; Kurak, Necat. *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.1041'de; İlgezdi, Ali Rıza. *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.315'te; Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Apartman Rehberi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.77'de; İnal, Nihat. *Apartman, Site, Toplu Konut, Devremülk Yönetimi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.363'te, bu konuya sadece kanun maddesi yazılmak suretiyle değinilmiş; kanun metni yazımı haricinde bu çalışmalarda konuya ilişkin başkaca değerlendirme yapılmamıştır. Literatürde konunun bu şekilde ele alınmasının örneklerini çoğaltmak mümkündür. Ancak çalışmanın esası bu meselenin ele alınmadığı konuya ilişki kitaplar olmadığından, bu örneklerle yetinilmiştir.

I. KAT MÜLKİYETİ MÜESSESESİNİN POZİTİF HUKUKA GİRİŞİ

Günümüzde özellikle şehirleşmenin de etkisiyle, münferit yapılarda ya da müstakil konutlarda değil; apartman tipi yapılarda yahut site olarak adlandırılan içerisinde birden fazla binanın ve bağımsız bölümün yer aldığı geniş parseller içerisinde konumlandırılmış toplu yapı alanlarında ikamet edilmektedir. Keza günümüzde, özellikle hizmetler sektörü olarak adlandırılan sektörel faaliyetlerin yürütüldüğü çalışma alanları da benzer şekilde, iş merkezleri olarak isimlendirilen büyük yapılar içerisinde yer alan, birbirinden bağımsız birden fazla işyerinin faaliyet gösterdiği mekânlar haline gelmiştir².

Esasında apartman tipi yapılar, 19’uncu yüzyıl sonundan itibaren İstanbul’da görülmeye başlanmakla ve bilahare Cumhuriyet devrinde de apartman tipi yapılar inşa edilmeye devam edilmekle³ birlikte; 17.02.1926 tarihli ve 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenisinde, bir binadaki birden fazla kat (bağımsız bölüm) üzerinde ayrı ayrı mülkiyetlerin varlığı kabul edilmemiştir⁴. Dolayısıyla o tarihteki mevzuata göre, birden fazla kat/daire şeklinde inşa edilse dahi, binanın bütünü üzerinde mülkiyet kurulabilmekte, bütün binaya tapu senedi tanzim edilmekte; ancak bir binada birden fazla daire bulursa dahi bunların her biri için ayrı ayrı tapu senedi tanzim olunamamakta, ayrı ayrı daire (bağımsız bölüm) mülkiyeti söz konusu olamamakta idi⁵.

1940’lı yıllardan itibaren başlayan şehirlere göç süreci, şehirlerdeki arsa fiyatlarında olağanüstü artışlara sebep olmuştur. Memleketimize hâs sosyal ve ekonomik koşullar dolayısıyla ülkemizde sermaye birikiminin mevcut olmaması, bu durum sebebiyle şehre gelen kişilerin arsa alabilecek ve alınan bu arsaya ev yapabilecek ekonomik güçlerinin bulunmaması sonucunda, büyükşehirlerde müstakil ev yapılması kendiliğinden sona ermiştir⁶. Bu dönemde adına “kira evleri” denilen, hızlı bir apartmanlaşma süreci başlamıştır⁷.

Şehirlerde kontrolsüz ve sistemsiz bir şekilde gecekondu siteleri kurulmaya başlanmış⁸; halk, elbirliğiyle toplu gecekondu yapım işine girişmiş; mevcut binalara kat – oda ilave edilme durumu ortaya çıkmıştır⁹. Bu tipteki meskenlerin inşası sonucunda, büyük yapılarda birden fazla sayıda aile yaşar hale gelmiş; aile fertlerinin gerek ortak alanları kullanımları sırasında,

² Özdemir, Selman. “Kat Mülkiyeti Müessesesinin Doğuşu”, *Mahalli İdareler Dergisi*, C. 86, S. 220, 2020 Şubat, s.72.

³ Pulat Gökmen, Gülçin. “Türkiye’de Apartmanlaşma Süreci ve Konut Kültürü”, *TMMOB Mimarlar Odası Adana Şubesi Güney Mimarlık Dergisi*, C. 5, Eylül 2011, s.13-14.

⁴ Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer. *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s.445.

⁵ Özdemir, s.73.

⁶ Özdemir, s.73.

⁷ Faiz Büyükçam, Serap. “Türk Evinden Apartmana Türkiye’de Konut Olgusu; 1950-1980 Dönemi İstanbul Apartmanları”, *Dicle Üniversitesi 1. Uluslararası Mimarlık Sempozyumu (4-6 Ekim 2018) Bildiriler Kitabı*, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır, 2018, s.70.

⁸ TBMM, “26.07.1963 tarih ve 71 - 2064/3685 Sayılı Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Yazısı Eki Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Gerekçesi”, s.2, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_d01/c036/mm_01036062ss0524.pdf, E.T.05.06.2019.

⁹ TBMM, “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Gerekçesi”, s.3.

gerek daireyi kullanımları sırasında, gerekse dairelerin satışı ve devri esnasında sorunlar görülür olmuştur¹⁰.

Problemlere Medenî Kanun kapsamında çözümler üretilmek istenmiştir. Tek parsel üzerine birden fazla bağımsız bölümden müteşekkil dikey ya da yatay kat mülkiyeti benzeri yapıların durumunu hem yasallaştırmak (hukuka aykırı fiilî durumu affetmek) hem de tek parsel dikey ya da yatay birden fazla bağımsız bölümü olan dairelerin kullanılabilirliğini artırmak maksadıyla, kat mülkiyeti olmayan¹¹, ancak irtifak hakkı tesisi suretiyle bağımsız bölüm kullanımına imkân veren 6217 sayılı Tapu Kanununun 26'ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun çıkarılmıştır¹². Fakat ileri sürülen çareler yetersiz görülerek sorunun başlı başına bir kanunda ele alınmasına karar verilmiştir¹³.

1959 yılında bir KMK Lâyihası hazırlanarak TBMM'ye sunulmuş, komisyon görüşmeleri sonrasında Lâyiha, Genel Kurula intikal etmeden 27 Mayıs askerî müdahalesinin gerçekleşmesiyle tasarı kanunlaşmamıştır¹⁴. 1961 Anayasası'yla “Plânlı Dönem” başlamıştır¹⁵. Devlet Planlama Teşkilatı (DPT), Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nden (TODAİE'den) “*memleketin genel idarî sorunları ve bu sorunlara çözümler öneren bir rapor hazırlanmasını*” istemiştir¹⁶.

TODAİE, Merkezî Hükümet Teşkilâtı Araştırma Projesi (MEHTAP) Raporu ismiyle raporu hazırlayarak hükümete sunmuştur¹⁷. Raporun “Mesken İşleri İçin Teşkilât ve Temel Esaslar” başlıklı kısmında, “*Medenî Kanuna kat mülkiyetiyle ilgili düzenleyici hükümler konmalıdır*” cümlesine yer verilerek, birden fazla bağımsız bölümlü yapıların mevcut durumunun bir sorun teşkil ettiğinden ve kat mülkiyeti konusunda yasal düzenleme yapılması gerektiğinden bahsedilmiştir¹⁸.

Neticede kanun koyucu sorunun büyüklüğünü ve gün geçtikte problemin içinden çıkılmaz bir hâl alması durumunu gözeterek, salt Medenî Kanun'da yapılacak düzenlemelerle kat mülkiyeti konusunun yeterince düzenlenemeyeceğini değerlendirmiş ve bu alana münhasır¹⁹ 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu 23.06.1965 tarihinde kabul edilerek, 02.01.1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁰. Böylece bağımsız bölümler üzerinde ferdi mülkiyet, ortak

¹⁰ Özdemir, s.74.

¹¹ Birik ve Aksoyak, bu düzenlemenin bir kat mülkiyeti olduğundan bahsetmektedirler; Birik, Melih / Aksoyak, Ömer Devrim, Özlem Çalışkan. “Modern Mahallenin Öğrettikleri: Açık Geçirgen Mahalle Birimi”, *İstanbul 1. Konut Kurultayı Bildiriler Kitabı*, Yıldız Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 497.

¹² Resmî Gazete, 09.01.1954, S.8603.

¹³ Oğuzman/Seliçi, s.445-446.

¹⁴ TBMM, “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Gerekçesi”, s.3.

¹⁵ Tan, Turgut. *Plânlamanın Hukukî Düzeni*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1976, s.5.

¹⁶ Sevinç, Hüseyin. “Değişim ve Kurumsal Yapılandırma Süreci: Merkezî Hükümet Teşkilâtı Araştırma Projesi (MEHTAP)”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 7, S. 35, 2014, s.737.

¹⁷ Özdemir, s.74.

¹⁸ TODAİE, *Merkezî Hükümet Teşkilâtı Araştırma Projesi Raporu*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1966, s.292.

¹⁹ Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku – II (Mülkiyet)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.447.

²⁰ Resmî Gazete, 02.07.1965, S.12038.

alanlar üzerinde ise paylı mülkiyet sağlayan nev'i şahsına münhasır özel yapıda bir toplu mülkiyet çeşidi²¹ ortaya çıkmıştır.

Büyükşehirlerde çoğalan düşük gelirli meskensiz kişilere, müstakil meskene göre nispeten daha ucuz konut sağlanması ve özellikle ekonomik, hukukî ve sosyal yönlerden ortaya çıkan problemlerin çözümü amacıyla ihdas edilen Kanun²²; bu Kanun kapsamında kalan yerlerde yaşayanlar bakımından bazı yükümlülükleri ve sorumlulukları da içermektedir. Bu yükümlülüklerin ve sorumlulukların bir kısmı da, bu yapıların yöneticilerine ilişkindir. Bu çerçevede aşağıda, yöneticinin ad ve soyadı ile iş ve ev adresini asma yükümlülüğü meselesi incelenecektir.

II. YÖNETİCİ

Münferit mülkiyetin mevcut olduğu durumlar bakımından esasında “yönetim” kavramından söz edilemez. Çünkü bu durumda malikin fiilî ve hukukî tasarruflarından söz edilir. Malikin bu hakkı, mülkiyet hakkının kanun dairesinde sağladığı yetkilerden ibarettir. Ancak konu toplu mülkiyet olunca, aynı nesne üzerinde birden çok iradenin varlığının ortaya çıkardığı menfaat çatışması kaçınılmaz olmaktadır. Zira bu durumda şey üzerindeki fiilî ve hukukî tasarruflarda geçerli birden fazla irade söz konusudur. Hal öyle olunca, yönetim olgusunun hukuk tarafından düzenlenmesi gerekmektedir²³.

Özmen, toplu mülkiyet konusu şeye ilişkin fiilî ve hukukî tasarruflarda bulunma yetkisinin kullanımına ilişkin kurallar bütünü, “*yönetim düzeni*” olarak ifade etmektedir. Yönetim düzeni, toplu mülkiyet olma olgusuna kendiliğinden bir sınırlama getirmektedir. Nitekim artık tek kişi olan malikin her şeyi yapabilen iradesinin yerine, birden çok irade geçmektedir²⁴.

Esasında anagayrimenkul²⁵, kat malikleri kurulu tarafından yönetilmektedir. Yönetim biçimi de haliyle bu kurul tarafından belirlenmektedir. Lâkin anagayrimenkulün her işinin kat malikleri kurulu tarafından doğrudan yürütülerek işlerin yerine getirilmesi her zaman fiilen imkân dâhilinde değildir²⁶. Nitekim gerek yatay kat mülkiyeti olsun, gerek dikey kat mülkiyeti olsun çok sayıda kat malikinin bulunduğu bir yerde, oranın yönetim işlerinin kat maliklerinin bir araya gelerek yürütmelerini beklemek; yönetim işinin gereği gibi yapılamamasına, işlerin aksamasına, bazı işlerin hiç yapılamamasına ya da bazı işlerin geç yapılmasına sebep olacaktır²⁷. Bu sebeple kanun koyucu, yönetim işleri için ayrı bir icra merci olmasını

²¹ Delikaya, Ömer. *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.27.

²² Akipek, Jale G. *Türk Eşya Hukuku – İkinci Kitap: Mülkiyet*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1973, s.55-56.

²³ Özmen, E. Saba. *Kat İrtifakı*, Yaklaşım Yayınları, İstanbul, 1997, s.334.

²⁴ Özmen, s.335.

²⁵ 634 sayılı Kanun'da “anagayrimenkul” bitişik olarak yazıldığından, çalışmada kelimenin mevzu ifade şekli olan bitişik yazım benimsenmiştir.

²⁶ Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s.964.

²⁷ Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda. “Kat Mülkiyeti Kanununun 34. Maddesine Göre Yöneticinin Atanması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2021, s.1906.

öngörmüştür. Bu kapsamda yönetici, kat mülkiyetine tabi olan taşınmazlarda önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸. Nitekim toplu yapıların, apartmanların, sitelerin sorunsuz, tek elden ve profesyonelce yönetilmesi, kat maliklerinin huzur içerisinde birlik halinde yaşamaları noktasında en büyük görev yöneticiye düşmektedir²⁹.

KMK'nın teklif metninde, anagayrimenkulün idaresine ilişkin bölümün başlığına “İdareci” başlığı verilmiştir³⁰. Millet Meclisi Adalet Komisyonu, “İdareci” başlığını, “Yönetici” olarak değiştirmiş ve idareci sıfatı yerine kanun metnine yönetici sıfatı yazılmıştır³¹. Böylelikle evvelâ mevzuat metnine, bilahare konuşma diline “apartman – site yöneticisi” tabiri girmiştir.

Yönetici, kat malikleri kuruluyla birlikte kat malikleri birliğinin³² organlarından birisidir³³. Bu organ, Kanun gereği anagayrimenkulün devamlı şekilde idare edilmesini sağlayan bir fonksiyon görmektedir.

Anagayrimenkulde sekizin üzerinde bağımsız bölüm bulunmaktaysa, bu halde anagayrimenkule bir yönetici tayini zorunludur (KMK m.34/2). Sekizden daha az sayıda bağımsız bölüm bulunmakta ise, bu durumda yönetici atanması zorunlu olmayıp, malikler tarafından yönetimin birlikte yürütülmesi mümkündür. Fakat sekizden az bağımsız bölümün bulunduğu yerlerde de kat maliklerinin kararıyla yönetici atanması mümkündür. Hatta sekizden az bağımsız bölümün bulunduğu yerlerde yönetici atanması konusunda anlaşma sağlanamamışsa, bu yerlerde de mahkemeden yönetici atanması talep edilebilir³⁴.

Öte yandan; kat maliklerinin, anagayrimenkulün yönetimini kendi aralarından birisine tevdi ederek, kendi aralarından birisini yönetici tayin etmeleri (seçmeleri) mümkün olduğu gibi; kat maliki olmayan dışarıdan bir kimsenin de yönetici tayin edilmesi mümkündür (KMK m.34/1). Kat maliki olmayan dışarıdan bir kimsenin yönetici olmasına karar verilirse, bu durumda uygulamada adına “profesyonel yöneticilik sözleşmesi” denilen; belirli süreli, sürekli borç ilişkisi doğuran ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyle ana gayrimenkulün yönetim işleri dışarıdan bir kişiye tevdi edilmektedir³⁵. Yönetici kat maliklerinden birisi değil de dışarıdan birisi olarak belirlenmişse; bu yönetici de, kat malikleri arasından seçilen

²⁸ Dursun Karaahmetoğlu, s.1906.

²⁹ Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 09.11.2021, E.2017/3-2917, K.2021/1380 (UYAP Sistemi).

³⁰ TBMM, Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Gerekçesi, s.27.

³¹ TBMM, “Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu’nun 04.05.1965 Tarih ve 128 Sayılı Kararı”, s.24, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_04029102ss0623.pdf, E.T.05.05.2019.

³² Kat malikleri birliği ile ilgili açıklamalar için bkz.; Özmen, E. Sabâ / Yılmaz, Zeynep, “Kat Mülkiyeti Oluşumunda Motorlu Taşıt Edinimi Engellerine Dayalı Eleştiriler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2021, s.616-617.

³³ Özcan, Zeynep. “Kat Malikleri Kurulu ve Yönetim”, <https://avys.omu.edu.tr/storage/app/public/zeynep.ozcan/72635/KAT%20MAL%C4%B0KLER%C4%B0%20KURULU%20VE%20Y%C3%96NET%C4%B0M.pdf>, E.T.27.01.2024.

³⁴ Germeç, s.999. Karahasan, Mustafa Reşit. *Kat Mülkiyeti Hukuku - C. II*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.243.

³⁵ Türkmen Ahmet / Keçecioğlu, Burak. “Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s.863.

yöneticilerin haklarına ve yetkilerine sahiptir³⁶. Diğer bir ifadeyle kat maliki olan yöneticiyle kat maliki olmayan yönetici arasında bu çalışmada ele alınacak yükümlülük bakımından bir fark bulunmamaktadır. Zira ister kat maliki olsun ister dışardan profesyonel bir yönetici olsun, yönetim hizmetlerinin KMK çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir³⁷.

Şayet yönetici hâkim tarafından tayin edilmişse, bu çalışmada ele alınacak yükümlülük hâkim tarafından tayin edilen yönetici için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla bu çalışmada ele alınacak yükümlülük ve değinilecek hususlar bakımından; kat maliki olan yönetici, kat maliki olmayan yönetici ve kat maliki olan/olmayan ve fakat hâkim tarafından tayin edilen yönetici bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; anagayrimenkulün bütün bağımsız bölümleri bir kişinin mülkiyetindeyse, o bir kişi kanunen aynı zamanda yöneticidir³⁸ (KMK m.34/3). Bu durumda malik, yasal yönetici durumundadır³⁹. Ancak kanunen yönetici durumunda bulunan bu malik, sahip olduğu bağımsız bölümlerden bazılarının mülkiyetini sonradan başkalarına devrederse, bu halde onun hâlâ yönetici olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira anagayrimenkulün bütün bağımsız bölümleri artık bir kişinin değil, birden fazla kişinin mülkiyetindedir ve söz konusu malikin yöneticilik sıfatı bu nedenle ortadan kalmaktadır⁴⁰. Böyle bir durumda yöneticilik görev ve sorumluluklarının mevcut olup olmadığı da buna göre belirlenecektir.

Anagayrimenkulün bütün bağımsız bölümlerinin bir kişinin mülkiyetinde olması ve bu nedenle yönetici sıfatı taşıyan kişinin vefatı halindeyse, şayet mirasçı bir kişiye bu durumda bu mirasçı yönetici sıfatını taşımaya başlayacaktır. Ancak mirasçı birden fazlaysa, bu halde mirasçılardan hiçbirinin tek başına kanunen yönetici durumunda olduğu söylenemeyecektir. Böyle hallerde, tereke malları içinde bağımsız bölüm sayısı sekiz veya daha fazla olan kat mülkiyeti rejimine tâbi gayrimenkul varsa, bir yöneticinin tayin edilmesi gerekmektedir⁴¹.

Bu noktada, “*miras ortaklığına bir temsilci tayin edilmişse, tereke temsilcisinin yanında bir de kat mülkiyeti rejimine tabi gayrimenkul için ayrıca yönetici tayin edilmeli midir?*” sorusu ve sorunu ile karşılaşılmaktadır ki; bu soruya olumlu veya olumsuz cevaplar verilebilir. Ancak çalışma konumuz, kat mülkiyetine tabi gayrimenkulün bir kişiye ait olması ve bu kişinin vefatı sonrasında, birden fazla mirasçının mevcudiyeti halinde terekeye konu bu anagayrimenkulde yöneticinin kim olacağı konusu değildir. Bu meselenin miras hukukuyla birlikte başlı başına ayrı bir çalışmada ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir. Aksi halde makalenin mecrası dışına çıkılması söz konusu olacağından, bu tartışmaya burada son verilerek, yönetici meselesi üzerinden çalışmanın ilerletilmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

³⁶ İnal, s.367. Karahasan, C.II, s.237.

³⁷ İlgen, G. Aylin. *Apartman ve Site Yönetimi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.18.

³⁸ İnal, s.366.

³⁹ Karahasan, Mustafa Reşit. *Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku - C. III*, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.384.

⁴⁰ Arpacı, Abdülkadir. *Apartman Yönetim Kılavuzu: Kat Malikleri ve Apartman Yöneticilerinin El Kitabı*, Temel Yayınları, İstanbul, 1997, s.186-187.

⁴¹ Arpacı, s.187.

Kanun koyucu yönetim işinin bir kişi ya da üç kişilik bir kurul tarafından icra edilmesini öngörmüştür (KMK m.34/1). Yönetim işi bir kişiye verilmişse, buna “yönetici” adı verilmektedir. Yönetim işi bir kişiye değil de üç kişilik bir kurula verilmişse bu kurula yönetici değil, “yönetim kurulu” adı verilmektedir⁴². Yönetim işi üç kişilik kurul tarafından icra edilecekse, bu çalışmada ele alınacak olan yükümlülük ve bu yükümlülüğe uymamanın müeyyidesiyle söz konusu kurulun her bir üyesinin muhatap olacağı tabiidir. Bu hususun detaylarına aşağıda değinilecektir.

III. YÖNETİCİNİN VEYA YÖNETİM KURULUNUN İSİM - ADRES BİLGİLERİNİ ASMA MECBURİYETİ

KMK’nın ilk halinde, “Yöneticinin öz ve soyadı ile iş ve ev adresinin anagayrimenkulün giriş kapısı yanına veya antrede görülecek bir yere çerçeve içinde asılması mecburidir” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir (KMK m.34/9). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, “yöneticinin para cezasıyla cezalandırılması” öngörülmüştür.

KMK Lâyihasında, “idarecinin isim ve adresinin” ifadesi kullanılmıştır⁴³. Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nda “idarecinin isim ve adresinin” ifadesi kabul görmemiş; Lâyiha’da yer alan “idarecinin isim” ifadesi “yöneticinin öz ve soyadı” olarak değiştirilmiş, “adresinin” ifadesi de “iş ve ev adresinin” şeklinde değiştirilmiş; bu değişiklik Cumhuriyet Senatosu’nca da kabul görmüş⁴⁴ ve metin bu şekilde kanunlaşmıştır.

Kanun’un ilk halinde, bahse konu mecburiyetin düzenlendiği cümlede sadece yöneticiden bahsedilmiş; yönetim kurulundan bahsedilmemiştir. Ancak maddenin birinci cümlesinde “Yöneticinin öz ve soyadı ile iş ve ev adresinin anagayrimenkulün giriş kapısı yanına veya antrede görülecek bir yere çerçeve içinde asılması mecburidir” ifadesine yer verildikten sonra; maddenin ikinci cümlesinde, “Bu yapılmazsa, yöneticiden veya yönetim kurulu üyelerinin her birinden, (...) para cezası alınmasına (...) hükmolunur” ifadesine yer verilmiştir. İkinci cümlede yer alan hüküm, söz konusu mecburiyetin sadece tek kişilik yönetim olan yönetici için değil; üç kişilik kurul halindeki yönetim olan yönetim kurulu bakımından da geçerli olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla bu mecburiyet yönetim kurulu üyeleri için de söz konusudur⁴⁵.

Kanun’un 34/9’uncu maddesinde 2007 yılında 5711 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’la değişiklik yapılmıştır⁴⁶. Değişiklik, çalışmaya konu mecburiyet bakımından yeni bir hüküm getirmemiştir. Başka bir deyişle mecburiyet halen

⁴² Kal, Halil. *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi*, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s.13.

⁴³ TBMM, Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Gerekçesi, 27.

⁴⁴ TBMM, “Cumhuriyet Senatosu...”, s.26.

⁴⁵ Arpacı, s.143.

⁴⁶ Resmî Gazete, 28.11.2007, S.26714.

devam etmektedir. Diğer hususlar bakımından yapılan değişikliklereyse aşağıda ayrıca değinilecektir.

Mecburiyetin düzenlendiği cümle bakımından 2007 yılında yapılan değişiklikte, Kanun'un ilk halinde yer alan “*Yöneticinin öz ve soyadı ile iş ve ev adresinin anagayrimenkulün giriş kapısı yanına veya antrede görülecek bir yere çerçeve içinde asılması mecburidir*” hükmündeki “öz” kelimesi “ad” olarak değiştirilmiş; “antrede” kelimesi de “girişte” şeklinde değiştirilmiştir.

Netice itibarıyla kanun koyucu, bu yükümlülüğü kişi veya kurul olmasına bakılmaksızın, bütün yöneticiler için getirmiştir. Kurul halinde yönetilen yerlerde, her bir yönetim kurulu üyesinin adlarının ve soyadlarının, iş adreslerinin, ev adreslerinin ayrı ayrı yazılarak bu bilgilerin asılması gerekmektedir.

Arcak, yöneticiye veya yönetim kuruluna bu mecburiyetin getirilmesinin sebebinin, o anagayrimenkulde kimin yönetici olduğunun dışarıdan gelen kişinin kolaylıkla bilmesi ve ihtiyaç halinde yöneticiye başvurmanın/erişimin kolayca temin edilmesinin sağlanması olduğunu belirtmektedir⁴⁷. Zira yöneticiyi arayan kişinin, yöneticiyi nerede ve nasıl bulacağını bilmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Kayaduman, Kanun'un bu maddesiyle yönetimde şeffaflığın sağlanarak, muhtemel uyuşmazlıkların engellenmesinin hedeflendiğini aktarmaktadır⁴⁸. Yıldırım, bu bilgilerin asılmasından amacın yöneticiye kolay ve çabuk ulaşılmasını, özellikle anagayrimenkulle ilgili iç ve dış problemlerin gecikmesiz şekilde yönetime iletilmesini kolaylaştırmak olduğunu belirtmektedir⁴⁹.

Üner Er de bu mecburiyetle yönetimin şeffaflığının hedeflenerek yönetimden doğabilecek karışıklıkların önüne geçilmek istendiğini ifade etmektedir. Üner Er, mahkemelerde yöneticinin kim olduğunun kesin olarak tespiti konusunda açılan davaların sayısındaki artışın bu konuya genel bir çözüm getirilmesini gerektirdiğini ve kanun koyucunun bu mecburiyeti getirerek belirsizlikleri ortadan kaldırmayı amaçladığını, yönetimde görev alanların kimliğinin net bir şekilde belirlenmesi gerektiğinin bu maksatla Kanun'da belirtildiğini aktarmaktadır⁵⁰.

Kanun'da yönetim plânında başka türlü düzenlenmedikçe, blok kat malikleri kurulu tarafından blok için (ayrıca) yönetici atanacağı belirtilmiştir (KMK m.71/1). Kayaduman, toplu blok yapılarda bilgilerin ayrıca her bir bloğa asılmak suretiyle uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁵¹. Toplu yapılarda her bloğa asılacak olan bilgilerinse blok yöneticisine ya da blok yönetim kurulu üyelerine ilişkin bilgiler olması yeterlidir. Nitekim blok yöneticisi,

⁴⁷ Arcak, Ali. *Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti*, Olgaç Basımevi, Ankara, 1983, s.851.

⁴⁸ Kayaduman, Fatih. *Kat Mülkiyeti Hukuku Kapsamında Yönetim*, İstanbul Kültür Üniversitesi LEE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022, s.60.

⁴⁹ Yıldırım, Neslihan. *Kat Mülkiyeti Kanunundaki Yeni Düzenlemeler*, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s.75.

⁵⁰ Üner Er, Berna Canan. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Erciyes Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2018, s.66-67.

⁵¹ Kayaduman, s.60.

yöneticinin görevlerini düzenleyen, Kanun'un 35 ilâ 37'nci maddelerinde yer alan iş ve işlemleri yerine getirecektir⁵². Bu durum dikkate alınarak, toplu yapılarda her bloğa asılacak olan bilgilerin blok yöneticisine ya da yönetim kurulu üyelerine ilişkin bilgiler olması gerektiği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla blok nitelikli toplu yapılarda bir anagayrimenkulün girişine toplu yapı (site) yönetiminin, bir de blok girişine blok yönetiminin bilgilerinin asılması gerekmektedir.

IV. HANGİ BİLGİLERİN ASILACAĞI MESELESİ

Kanun, yöneticinin ya da yönetim kurulunun bazı bilgilerinin asılmasını zorunlu kılmıştır. Bu zorunluluğa uymama yaptırıma tabi tutulmuştur. Aşağıda değinilecek olan bu yaptırımın uygulanabilmesi için, hareketin Kanun'daki tipikliğe uygun şekilde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle yöneticiye ait hangi bilgilerin asılacağı meselesi önem arz etmektedir.

Kanun'da asılması gereken bilgiler tahdidi olarak sayılmıştır. Bu bilgiler; yöneticinin (ya da yönetim kurulu üyelerinin her birinin) adı, yöneticinin (ya da yönetim kurulu üyelerinin her birinin) soyadı, yöneticinin (ya da yönetim kurulu üyelerinin her birinin) iş adresi ve yöneticinin (ya da yönetim kurulu üyelerinin her birinin) ev adresi olarak sayılmıştır⁵³.

Kanun'la getirilen bu mecburiyetin yöneticiye kolay ve çabuk ulaşılmasını, özellikle anagayrimenkulle ilgili iç ve dış problemlerin gecikmesiz şekilde yönetime iletilmesini kolaylaştırmak amacıyla getirildiği; bu amaç dikkate alındığında yöneticinin telefon numarasının da panoya asılmasında fayda olduğu belirtilmektedir⁵⁴. Fakat Kanun'da sayılan bilgiler haricinde yöneticinin (veya yönetim kurulunun) başka bir bilgiyi asma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu kapsamda yöneticinin telefon numarasını asması zorunlu değildir. Telefon numarası asılmadığı için yöneticiye KMK'nın 34/9'uncu maddesindeki cezanın uygulanması da mümkün değildir.

Yöneticiye erişmek, yöneticiyle kolay irtibat kurmak bakımından telefon numarasının, e-posta adresinin, sosyal medya adreslerinin ve iletişim adreslerinin asılacak olan metin içerisine yazılmasında faydalar bulunabilir; ancak bunların asılmasında kanunî bir mecburiyet bulunmamaktadır. Bu nedenle ad, soyad, ev adresi ve iş adresi haricindeki bir iletişim ve kimlik bilgisinin asılma mecburiyeti bulunmadığından; Kanun'da sayılanlar haricindeki diğer bilgilerin asılmadığından bahisle yöneticiye ceza verilmesi söz konusu olmayacaktır.

⁵² Kendirlioğlu, Çağrı. *Toplu Yapılarda Yönetim*, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s.120.

⁵³ Gürler, Cemalettin. *Apartman ve Site Yöneticisinin El Kitabı*, Yenimahalle Belediyesi Yayınları, Ankara, 2016, s.51.

⁵⁴ Rezaki, Sait / Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti ve Devre Mülk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s.865. Yıldırım, s.75.

V. BİLGİ ASMA MECBURİYETİNİN NE ZAMAN BAŞLAYACAĞI MESELESİ

Kanun'da, bilgi asma mecburiyetinin ne zaman başlayacağıyla ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Bilgi asma mecburiyeti Kanun'da emredici hüküm olarak düzenlenmiştir⁵⁵. Ayrıca Kanun'da yönetim görevini üstlenen kişinin bu mecburiyeti yerine getirmesi için bir süre öngörülmemiştir. Bu iki durum birlikte dikkate alındığında; söz konusu mecburiyetin yöneticilik görevinin başladığı tarihten itibaren gecikmeksizin, hatta derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yönetimde bulunanların, yönetim görevlerinin başladığı günden itibaren, Kanun'da sayılan bilgileri asma mecburiyeti de başlamaktadır. Nitekim bilgileri asma mecburiyeti yöneticilik görevinin bir parçasıdır. Göreve başlamakla bu mecburiyetin yerine getirilme yükümlülüğü doğmaktadır.

Bilgilerin asılmaması, ihmali davranışla işlenen bir kabahattir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için, kişinin belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün bulunması gereklidir⁵⁶. Burada da bilgileri asma şeklinde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün Kanun'la getirildiği dikkate alındığında, bilgilerin asılmamasının ihmali davranışla işlenen bir kabahat olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan; kabahatler hem kasten hem de taksirle işlenebilirler⁵⁷. Kast; kanunî tanımdaki unsurlar bilinerek ve istenerek hareketin gerçekleştirilmesidir⁵⁸. Fiilin tasavvur edilmesi⁵⁹, fiilin irade edilmesi⁶⁰, kasıtlı olarak hareketin gerçekleştirilmesini ihtiva etmektedir. Bu manada bilgilerin kasten asılmaması; bilgileri asma yükümlülüğüne ilişkin hangi bilgilerin asılacağına, bilgilerin nereye asılacağına ve bilgilerin ne şekilde asılacağına ilişkin kanunî unsurların bilinmesine rağmen, bilerek ve isteyerek asmama davranışını içermektedir.

Kusur kelimesinden türemiş olan taksir ise kabahatler bakımından, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle fiilin gerçekleştirilmesidir şeklinde tanımlanabilir⁶¹. Diğer bir ifadeyle taksirden bahsedebilmek için objektif olarak öngörülen özen yükümlülüğünün ihlâl edilmesi gerekmektedir⁶². Buradaki ihlâlde de bir iradilik bulunmaktadır. Ancak bu iradilik fiile ilişkin olup, neticeyi kapsamamaktadır⁶³.

⁵⁵ Özkan, Batuhan. *Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Olarak Üstlenilmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.199.

⁵⁶ Özen, Mustafa. *İdarî Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.62.

⁵⁷ Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, TBB Yayınları, Ankara, 2016, s.373.

⁵⁸ Karakehya, Hakan. "Ceza Hukukunda Doğrudan Kast", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2007, s.121.

⁵⁹ Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s.136.

⁶⁰ Toroslu, s.132.

⁶¹ Gültekin Diken, Nil Melek. *Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk*, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s.22.

⁶² Apaydın, Cengiz. *Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.222.

⁶³ Apaydın, s.223.

Yönetici olan kişi, yöneticilik görevine başladığında neler yapması gerektiğini araştırmayarak, göreve başlar başlamaz hangi yükümlülükleri yerine getirme mükellefiyetinde olduğu konusunda bir bilgi edinmeden göreve başlamışsa, bu durum bilgileri asma şeklinde bir yükümlülüğü olduğunu öğrenmediği anlamına gelir. Kişi, böyle bir yükümlülüğü olduğunu bilseydi derhal bunu yerine getirme iradesindeyse, bu durumda kabahat taksirle işlenmiş olmaktadır.

Görevin başladığı günden itibaren bilgilerin asılmaması durumunda, Kanun'da öngörülen kabahate esas hareket gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bu durumun şahsî veya hissî maksatlarla kötüye kullanılması, örneğin yöneticilik görevinin başladığı gün bilgilerin asılmadığından bahisle yöneticinin cezalandırılmasının istenmesi mümkündür. Bu durumlar göz önünde bulundurularak; yöneticinin söz konusu bilgileri yöneticilik görevinin başladığı günden itibaren en kısa süre içerisinde, ancak “*makul bir sürede*” asması; makul sürenin geçirilmesinden sonra Kanun'da öngörülen hareketin gerçekleştiğinin değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Nitekim bu yaklaşım taksir unsurunun olup olmadığının tespiti bakımından da gereklidir. Bilgilerin asılmaması fiilinde hareketin gerçekleşmiş sayılması bakımından geçirilebilecek makul sürenin ne olacağı konusunda hâkimin; her bir olaya, toplu yapının ya da apartmanın durumuna, devralınan işlerin niteliğine ve büyüklüğüne göre bir değerlendirme yapmasında fayda olduğu mülahaza edilmektedir. Çakır, bir aylık sürenin makul süre olduğu görüşündedir⁶⁴. Biz ise bir haftalık bir sürenin makul olduğunu, bir haftadan daha fazla bir gecikmenin makul görülmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Kast unsurunun tespit edilemediği hallerde, bu sürenin dolmasından itibaren artık taksirle fiilin işlendiği değerlendirilerek ceza uygulanması gerektiği değerlendirilmektedir.

Makul süreye yönelik yapılan araştırmada, bilgilerin hangi süre içerisinde asılmasının uygun olacağına ve hangi süre içerisinde asmama durumunda makul sürenin geçmiş sayılarak hareketin cezalandırılacağına yönelik yakın tarihli bir yargı kararına rastlanmamıştır. Ancak eski tarihli bir Yargıtay kararında, bu yükümlülüğün bir hafta içerisinde yerine getirilmesi gerektiğinden, yöneticinin göreve gelişinden itibaren bir hafta içerisinde bu yükümlülüğü yerine getirmediğinin tespiti halinde cezalandırılacağından bahsedilmiştir⁶⁵. Buradan hareketle yargının benimsediği makul süre görüşünün de bir hafta olduğu değerlendirilebilir.

Diğer taraftan KMK'da, “*yönetici her yıl kat malikleri kurulunun kanunî yıllık toplantısında yeniden atanır; eski yönetici tekrar atanabilir*” hükmü yer almaktadır (m.34/5). Bu hükme göre yöneticinin görev süresi kural olarak bir yıldır, ancak gerektiğinde kat malikleri yeterli çoğunlukla toplanıp usule uygun alınan kararla bir yıllık süresi dolmamış olan yöneticinin görevine son vererek, yeni bir yönetici atayabilirler⁶⁶. Yöneticilik süresinin kural olarak bir yıl olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bilgilerin asılması için bir ay beklemenin

⁶⁴ Çakır, Feridun. *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s.520.

⁶⁵ Yarg. 5.HD, 07.12.1987, E.1987/17729, K.1987/20983 (Aktaran; Yalçın, Ayhan, *634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu*, Geçit Kitabevi, İstanbul, 2008, s.90.)

⁶⁶ Rezaki/Germeç, s.877.

görev süresine göre uzun bir süre olduğu, bu nedenle bir aylık sürenin makul süre olarak değerlendirilemeyeceği, bir haftalık sürenin yeterli olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla bilgileri asma yükümlülüğü, yöneticilik görevine başladıktan sonra bir hafta içerisinde yerine getirilmezse, cezaya esas hareketin gerçekleştiği değerlendirilmektedir.

Ayrıca yeni yönetici göreve geldiğinde, bilgi asma yükümlülüğü artık yeni yönetici tarafından yerine getirilmek zorundadır. Hâkim tarafından atanan yönetici de bu yükümlülüğü yerine getirmekle mükelleftir. Dolayısıyla gerek kat maliklerince belirlenmiş gerekse hâkim tarafından belirlenmiş olsun yönetici, bilgileri göreve başlamadan itibaren en geç bir hafta içerisinde nizamî biçimde asmak zorundadır.

VI. BİLGİLERİ ASMA ŞEKLİ

Kanun koyucu, asma yükümlülüğüne konu bilgilerin alelâde biçimde asılmasını öngörmemiştir; bir şekil ve şemail içinde bu bilgilerin asılması gerektiğinden bahsedilmiştir. Kanun metninde “*bilgi asma*” davranışından bahsedilmiştir. Asmaya konu bilgiler ve işin tariflenmesinden yola çıkıldığında asma işinin, bilgilerin bir kâğıda ya da bir postere yazılarak, bu yazılı kâğıdın ya da posterin asılması biçiminde gerçekleştirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

İkinci olarak; bilgilerin, bir çerçeve içinde asılması gerekmektedir. Nitekim Kanun’da “*çerçeve içinde asılması mecburidir*” hükmüne yer verilmiştir. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde çerçeve kelimesinin dört farklı anlamından bahsedilmiştir. Çalışma konumuzla ilgili olan çerçeve kelimesinin anlamının “*resim, yazı, ayna ve benzerlerini süslemek veya bir yere asılabilecek duruma getirmek için bunlara geçirilen kenarlık*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir⁶⁷. Bu tanımdan ve Kanun metninden yola çıkıldığında, bilgilerin bir kâğıda ya da postere yazıldıktan sonra bunun çerçeveleneceği, bu çerçevenin de asılmak suretiyle bilgilerin asılması davranışının gerçekleştirilmiş olacağı anlaşılmaktadır.

Çerçeve içinde bilginin asılmasının amacının, asılan yazının ve yazı muhtevastaki bilgilerin uzun süre sağlıklı biçimde muhafaza edilmesini sağlamak; yazının ve yazının yazılı olduğu kâğıt vd. malzemenin dış etkilere yıpranmasını, tahriş olmasını engellemek ve yazının korunmasını temin etmek olduğu değerlendirilmektedir. Dolayısıyla alelâde şekilde duvara ya da giriş kapısına bir kâğıdın yapıştırılarak bilgilerin asılmaması gerekmektedir. Alelâde şekilde duvara ya da giriş kapısına bir kâğıdın yapıştırılarak bilgilerin asılması, nizamî bir bilgi asma olmayacak; mevzuattaki şekil kurallarına uymama durumunu bünyesinde barındıracaktır.

Üçüncü olarak; bilgilerin yer aldığı çerçevenin, anagayrimenkulün kapısının yanına yahut anagayrimenkulün girişinde “*insanların rahatlıkla görebileceği bir yere*” asılması gerekmektedir. Dolayısıyla çerçevenin keyfe keder herhangi bir yere asılması mümkün değildir. Çerçevenin bina girişine ya da site girişine, dışarıdan gelen herhangi birinin kolaylıkla, ilk bakışta çerçeveyi görebilecek nitelikte asılması gerekmektedir.

⁶⁷ Türk Dil Kurumu, “Çerçeve”, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.30.01.2024.

Yukarıda belirtilen biçimdeki bilgi asmanın mevcut olması durumunda, nizamî bir bilgi asmadan bahsedilebilecektir. Aksi halde nizamî bir bilgi asma söz konusu olmayacaktır ve mevzuata aykırı davranışı nedeniyle yöneticinin cezalandırılması gündeme gelecektir.

Müeyyideye konu hareketin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından keşif icra ederek hâkimin bizzat bilgilerin nizamî şekilde asılıp asılmadığını kendisinin incelemesi mümkündür. Görünüş, bakı, yansıma, asma yerinin mesafesi, asma yerinin yüksekliği, asma yerinin konumu gibi hususlarda özel ve teknik bilgi gerekirse, mahkemenin bu hususta bilirkişi incelemesi yaptırması ve neticede kanundaki nizamî asma durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin bu şekilde yapılarak, varılan sonuca göre bir karar vermesi gerekmektedir⁶⁸. Nitekim bir olayda Yargıtay, anagayrimenkulün yerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, maddede yazılı bilgi asmaya ilişkin hususun yönetici tarafından yerine getirilip getirilmediğinin bilirkişi delili vasıtasıyla tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁹.

VII. BİLGİLERİ ASMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMEMENİN MÜEYYİDESİ VE CEZANIN CAYDIRICILIĞININ GEÇMİŞTEN BUGÜNE SEYRİ

Bilgi asma yükümlülüğü Kanun'da emredici hukuk kuralı niteliğinde düzenlenmiştir⁷⁰. Kanun koyucu, bilgileri asma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, ilgililere müeyyide uygulanmasını öngörmüştür. Burada müeyyide uygulanacak hareket, olumsuz bir davranış içinde bulunmak, böylelikle kanunun emredici hükmüne karşı gelmektir⁷¹.

Uygulanacak olan müeyyide, para cezasıdır. Para cezasının gerek nitelik gerekse içerik olarak geçirdiği dönüşümün burada ele alınması, tatbikattaki durumun geçirdiği evrelerin izahı bakımından gerekli görülmüştür. Bu nedenle bu başlık altında, çalışmaya konu para cezasının içerik ve nitelik olarak geçirdiği evrelere değinilecektir.

Kanun Lâyihasında getirilen ilk teklifte, “(...) çerçeve içinde asılması mecburidir. Buna riayet edilmezse, kat maliklerinin her birinden 50 liradan 250 liraya kadar para cezası alınır” hükmü yer almıştır⁷². Teklif edilen metinde yöneticiye bilgileri asma yükümlülüğü getirilmiş; ancak yöneticinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde cezanın yöneticiye değil kat maliklerinin her birine verilmesi öngörülmüştür. Lâyihadaki bu hükmün cezaların şahsiliği adı verilen ilkeyle çelişkili olduğu açıktır. Bu nedenle Lâyihadaki bu teklif Komisyonunda değiştirilmiştir.

⁶⁸ Germeç, Mahir Ersin / Tanrıverdi, Ezgi. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.517.

⁶⁹ Yarg. 18.HD, 11.04.2005, E.2005/1412, K.2005/3433 (UYAP Sistemi).

⁷⁰ Özkan, s.199.

⁷¹ Arcak, s.851.

⁷² TBMM, “Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı ile Kırşehir Milletvekili Ahmet Bilgin ve 8 Arkadaşının ve Afyon Karahisar Milletvekili Asım Yılmaz'ın Kat Mülkiyeti Kanunu Teklifleri”, s.50, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c036/mm__01036062ss0524.pdf, E.T.30.01.2024.

Teklifin, Adalet Komisyonundaki görüşmeleri esnasında bu hüküm “(...) çerçeve içinde asılması mecburidir. Bu yapılmazsa, yöneticiden veya yönetim kurulu üyelerinin her birinden, (...) 50 liradan 250 liraya kadar para cezası alınmasına (...) hükmolunur” şeklinde değiştirilmiş⁷³; bu hüküm Cumhuriyet Senatosu tarafından da kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Bu para cezası o tarihte (1965 yılında) sabit bir miktar olarak belirlenmiştir. Enflasyonun olmadığı bir yerde ceza miktarının sabit belirlenmesi anlaşılabilir. Ancak enflasyon sarmalıyla yaşayan bir ülkedeyse, enflasyon karşısında sabit ceza miktarı zamanla caydırıcılık özelliğini yitirmektedir. Nitekim ülkemizde de böyle olmuş ve ceza miktarı zamanla değersiz (etkisiz) bir para olmuştur. Bunun üzerine 3506 sayılı 765 sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Ek Maddeler İlave Edilmesine, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve 10 Haziran 1949 Tarihli 5435 sayılı Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun’la⁷⁴, pek çok para cezasında ve bu kapsamda çalışma konusu olan para cezası miktarında bir ayarlama yapılmıştır.

Para cezası miktarı ve güncellemesi bakımından yeni bir düzenleme yapılmasının sebebi kanun gerekçesinde, “(...) bugüne kadar, paranın satın alma gücünde görülen değer kayıpları karşısında, (...) para cezalarının, yeniden caydırıcı olabilmesi için (...) değiştirilmesi yoluna gidildiği; (...) suç ve ceza arasında bulunması gereken hassas dengenin bozulduğu ve para cezalarının bir süre etkinlik ve caydırıcılık unsurundan yoksun kalması gibi ceza adaleti bakımından sakıncalı bir durum ortaya çıktığı; getirilmesi öngörülen yeni sistemin söz konusu sakıncaları bütünüyle ortadan kaldıracığının düşünüldüğü” şeklinde açıklanmıştır⁷⁵.

3506 sayılı Kanun’la 1 Ocak 1960 tarihinden 31 Aralık 1970 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki bütün para cezaları otuz misline çıkarılmış (Ek m.1); ayrıca ceza miktarı, 1988 yılı Bütçe Kanununda 84 olarak belirlenen memur maaş katsayısının Bütçe Kanunlarıyla artırılması halinde her 30 puanlık artış bir birim kabul edilerek, ceza miktarının bu birim sayısı ile çarpımına göre artırılması öngörülmüştür (Ek m.2). Dolayısıyla 1988 yılından itibaren yöneticiye verilecek olan para cezası miktarının alt ve üst sınırı hem otuz kat artırılmış hem de sabit ceza miktarından vazgeçilerek ceza miktarı memur maaşı kat sayısına endekslenmiştir⁷⁶.

Şu durum da bir vakıadır ki, memur maaş katsayısı da enflasyonun gerisinde kalmaktadır. Bu nedenle ilerleyen süreçte para cezasında yeni bir ayarlama daha yapılmıştır.

⁷³ TBMM, “Millet Meclisi Adalet Komisyonu Değiştirisi”, s.80, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM___d01/c036/mm___01036062ss0524.pdf, E.T.30.01.2024.

⁷⁴ Resmî Gazete, 14.12.1988, S.2001.

⁷⁵ TBMM, “765 sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Ek Maddeler İlave Edilmesine, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve 10 Haziran 1949 Tarihli 5435 sayılı Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Genel Gereğesi”, s.2, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c018/tbmm18018036ss0132.pdf>, E.T.04.02.2024.

⁷⁶ Odyakmaz, A. Nevzat. *Açıklamalı - İctihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s.108. Karahasan, C. II, s.229.

Nitekim 2007 yılına gelindiğinde, KMK’da kapsamlı değişiklikler gerçekleştirilmiş; değişikliklerden bu çalışmanın konusu olan para cezası da nasibini almıştır.

Para cezasında yapılan değişikliğin, daha çok Kabahatler Kanununa uyarlama ve bu Kanun’la uyumlulaştırma kapsamında bir düzenleme olduğu söylenebilir. İlâveten miktar bakımından da bir güncelleme yapılarak, enflasyon karşısında zamanla caydırıcılığını ve etkisini yitiren ceza miktarında bir güncelleme daha yapılmıştır. Kanun Tasarısı’nda değişiklik gerekçesi olarak “*Madde ile, öngörülen para cezasının miktarı, günün ekonomik koşulları ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 52’nci maddesi dikkate alınarak değiştirilmiştir*” açıklamasına yer verilmiştir⁷⁷.

Tasarıdaki gerekçede para cezasının belirlenmesinde her ne kadar TCK’ya atıf yapılmış ise de, Adalet Komisyonu görüşmelerinde Tasarıdaki bu gerekçe benimsenmeyerek, Kabahatler Kanununun idarî yaptırımlar bakımından genel kanun niteliğinde olduğu ifade edildikten sonra⁷⁸, para cezasına ilişkin değişikliğin Kabahatler Kanununa uyum sağlanması amacıyla yapıldığı görüşü benimsenmiştir⁷⁹. Netice itibarıyla 2007 yılında çıkarılan 5711 sayılı Kanun’la⁸⁰ yapılan değişiklik neticesinde madde, “*Bu yapılmazsa, yöneticiden veya yönetim kurulu üyelerinin her birine, (...) elli Türk Lirasından ikiyüzelli Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir*” hükmünü ihtiva eder hale gelmiştir (m.34/9)⁸¹.

Kabahatler Kanunuyla uyuma yönelik bu düzenleme neticesinde, yöneticiye verilecek para cezası artışında, yukarıda bahsedilen memur maaş katsayısına ve birime yönelik artıştan da vazgeçilmiştir. Kabahatler Kanunu’nun genel hükümlerinin yöneticiye verilecek para cezası bakımından da uygulanması gerektiğinden; para cezasının yıllık artış miktarına ilişkin Kabahatler Kanunu hükümleri, 2007 yılından itibaren KMK’daki yöneticiye verilecek ceza bakımından da uygulanan bir hüküm haline gelmiştir.

Kabahatler Kanununda enflasyon nedeniyle Türk parasının değerinin düşmesi nedeniyle, anlamsız hale gelmemesi maksadıyla maktu para cezalarında her yıl artış ve enflasyona göre bir nebze olsun malî etkisi koruma öngörülmüştür⁸². Bu hususa ilişkin olarak Kabahatler Kanununda, “*İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298’inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz*” hükmü yer almaktadır (m.17/7).

⁷⁷ TBMM, “Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”, s.11, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c004/tbmm23004019ss0035.pdf>, 04.02.2024.

⁷⁸ TBMM, “Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Hakkındaki Adalet Komisyonu Raporu”, s.14-15, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c004/tbmm23004019ss0035.pdf>, 04.02.2024.

⁷⁹ TBMM, “... Adalet Komisyonu...”, 15.

⁸⁰ Resmî Gazete, 28.11.2007, S. 26714.

⁸¹ Gökalp, Şerafettin. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.30.

⁸² Akbulut, Berrin. “İdarî Para Cezası ve İdarî Para Cezasının Belirlenmesi”, *Çatalhöyük Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S. 9, 2022, s.92.

Bu noktada objektif olacağı düşünülen bir yöntemle ceza miktarlarındaki değerler kıyaslanarak değerin somutlaştırılması, zaman bakımından cezanın etki/caydırıcılık kıyası yapılmasına imkân verecektir. 1965 yılında Kanun yürürlüğe girdiğinde, ceza miktarları o tarihteki değerle 50 lira ve 250 lira şeklinde düzenlenmiştir. 1965 yılında bir ekmek 620 gramdır. 620 gram ekmek 1965 yılında ortalama 0,70 liradan satılmaktadır⁸³. 1965 yılındaki alt ceza sınırı olan 50 lirayla 44,28 kilogram ekmek, üst ceza sınırı olan 250 lirayla 221,40 kilogram ekmek alındığı anlaşılmaktadır.

2007 yılında da cezanın alt sınırı yine 50 lira, cezanın üst sınırı da yine 250 lira olarak belirlenmiştir. Fakat bu 2007 yılındaki 50 lira ve 250 lira, 1 Ocak 2005 yılında paradan 6 sıfır atılması⁸⁴ sonucu ortaya çıkan 50 lira ve 250 liradır. 5711 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2007 yılında bir ekmek 200 gramdır ve ortalama ekmek fiyatı 0,40 liradır (40 kuruştur)⁸⁵. 2007 yılı ekmek fiyatlarıyla bir kıyas yapılırsa 2007 yılındaki cezanın alt sınırı olan 50 lirayla 25 kilogram ekmek, cezanın üst sınırı olan 250 lirayla 125 kilogram ekmek alındığı anlaşılmaktadır. Ekmek üzerinden bir parite ve değerlendirme uygulandığında, 1965 yılındaki ceza miktarının 2007 yılındaki ceza miktarından daha fazla “can acıtıcı” olduğu söylenebilir.

2008 yılı başından itibaren yöneticiye verilecek olan para cezası miktarı her yıl için yeniden değerlendirme oranında artırılmaktadır. 2024 yılı itibariyle güncel alt sınır ceza miktarının 839,00 lira, güncel üst sınır ceza miktarının 4.195,00 lira olduğu anlaşılmaktadır⁸⁶.

Bu metnin kaleme alındığı tarihte Ankara’da 200 gram ekmek fiyatı 10,00 liradır⁸⁷. Buna göre bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibariyle alt ceza olan 839,00 liraya, 16,78 kilogram ekmek alınmaktadır. Üst ceza olan 4.195,00 liraya ise 83,90 kilogram ekmek alınmaktadır. Aşağıda, cezanın kişi üzerindeki yıllara göre ekonomik etkisi ve bu bağlamda yıllara göre cezanın caydırıcılık oranı mukayeseli şekilde bir grafik üzerinden aktarılmıştır⁸⁸.

⁸³ Kotaman, Murat. “Yıllara Göre Ekmek Fiyatları Analizi”, <https://www.kotaman.com/yillara-gore-ekmek-gramaji-ve-fiyatları/>, E.T.04.02.2023.

⁸⁴ Paradan 6 sıfır atılması olayı, 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun’la “*birmilyon Türk Lirası (1.000.000 TL) eşittir bir (Yeni) Türk Lirası*” şeklinde gerçekleştirilmiştir.

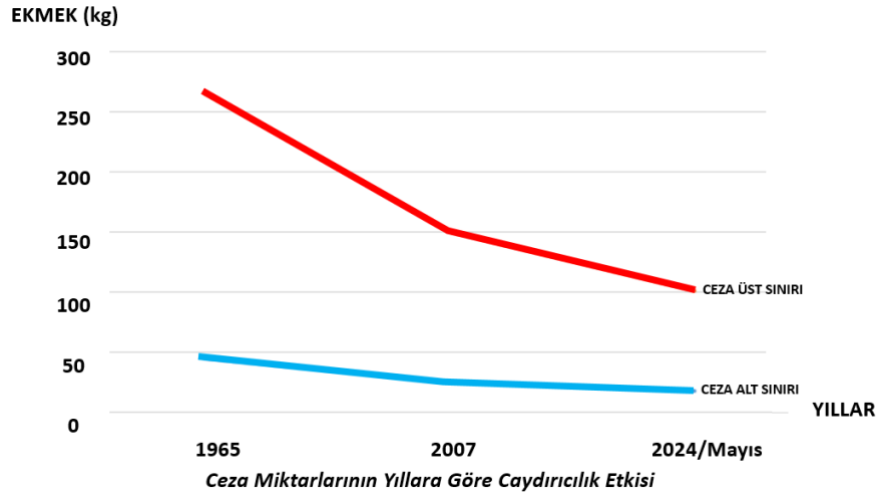
⁸⁵ Kotaman. Habertürk, “63 Yılda Ekmek Fiyatı Ne Oldu?”, <https://www.haberturk.com/galeri/ekonomi/424434-63-yilda-ekmek-fiyatı-ne-oldu/1/44>, E.T.06.02.2024. Cnn Türk, “İzmir’de Ekmek Fiyatları Zamlandı”, <https://www.cnnturk.com/ekonomi/genel/izmirde-ekmek-fiyatları-zamlandı#:~:text=Girdilere%20gelen%20art%C4%B1%C5%9Flar%20kar%C5%9F%C4%B1s%C4%B1nda%20f%C4%B1r%C4%B1nc%C4%B1,YKr'ye%20y%C3%BCkseltilmi%C5%9Ftir%22%20dedi.,E.T.06.02.2024>.

⁸⁶ Baysal ve Teke, ceza miktarlarının 2023 yılı için alt sınırının 514,00 TL, üst sınırının ise 2.786,00 TL olduğundan bahsetmektedirler; Baysal, Mustafa / Teke, Ethem. *Apartman ve Site Yönetimi El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.119.

Baysal ve Teke’nin belirttiği miktarlara göre yeniden değerlendirme oranında artış yapıldığında, 2024 yılı için alt sınırının 814,00 TL, üst sınırının ise 4.414,00 TL olduğu anlaşılmaktadır. Fakat excell programında 2007 yılından itibaren yeniden değerlendirme oranına göre yapılan hesaplamada 839,00 lira ve 4.195,00 lira olduğu görülmektedir.

⁸⁷ Dünya Gazetesi, “Ankara’da Ekmeğe Zam”, <https://www.dunya.com/ekonomi/ankarada-ekmege-zam-haberi-724875#:~:text=Ankara'da%20se%C3%A7im%20sonras%C4%B1nda%20ertelenen,tan%20itibaren%2010%20lira%20olacak.,23.05.2023>.

⁸⁸ Grafik, yukarıda yer alan karşılaştırmalı verilerden yola çıkılarak tarafımızca hazırlanmıştır.



Ekmek fiyatları üzerinden yapılan hesaplama bize, ilk ihdas edildiği 1965 yılından başlayarak 2007 yılında yapılan kanun değişikliğiyle gerçekleştirilen miktar ayarlamasından 2024 yılına kadar geçen süreçte cezanın, kişi üzerindeki ekonomik etkisini ve bu bağlamda caydırıcılık özelliğini git gide kaybettiğini göstermektedir. Grafikten görülebildiği üzere, bu çalışmaya konu ceza miktarının enflasyonun gerisinde kalan bir artış seyrinde olduğu, dolayısıyla cezanın kişi üzerindeki tesirini ve caydırıcılığını her geçen gün kaybettiği anlaşılmaktadır.

VIII. PARA CEZASININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Yöneticilere verilecek olan cezanın hukukî niteliğiyle ilgili bazı açıklamalara aşağıda, cezaya karşı kanun yolunun incelendiği bölümde değinilmesi gerekmiştir. Tekrardan kaçınmak maksadıyla o kısımdaki açıklamalar bu bölümde yinelenmeyerek, bu bölümde genel hatlarıyla bu makalede inceleme konusu yapılan para cezasının hukukî niteliği ele alınmıştır.

Yürürlükte olan Kanun metninin gerekçesinde, yöneticilere verilecek para cezası hakkında “*söz konusu para cezası, hukuk mahkemesi tarafından verilen disipliner ve tazmini nitelikte bir para ceza olup, sabıka kaydına da geçmeyecektir*” açıklamasına yer verilmiştir⁸⁹.

Hem madde gerekçesindeki bu ifadeden, hem de 5711 sayılı Kanun’un Adalet Komisyonu Raporunda para cezasına ilişkin değişikliğin Kabahatler Kanunuyla uyumun sağlanması maksadıyla yapıldığı belirtildiğinden; mahkeme tarafından verilecek bu para cezası adlî bir ceza değil, idarî bir ceza olarak kabul edilmiştir. Nitekim Kanun metnine de bu durum açıkça, “(...) mahkemece, (...) idarî para cezası verilir” ifadesiyle derç edilmiş (KMK m.34/9), kanun koyucu bu cezanın (mahkemece verilmekle birlikte) idarî bir ceza olduğunu kabul etmiştir⁹⁰.

⁸⁹ TBMM, “Kat Mülkiyeti Kanununda...”, s.11.

⁹⁰ Saruhan, Haluk. *Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikler*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2017, s.43.

Fakat KMK kapsamında mahkemenin verdiği bu para cezası, Kabahatler Kanunuyla düzenlenen ya da diğer özel kanunlarla düzenlenen “*klasik idarî cezalardan*” nitelik olarak farklıdır. Dolayısıyla Kabahatler Kanunuyla uyum maksadıyla KMK’na “idarî para cezası” yazılması, bu cezayı, idare hukuku anlamında bir para cezasına dönüştürmemektedir.

Zira klasik idarî para cezaları, idarî düzene aykırılık teşkil eden hareketlere yönelik bir yaptırımdır. Bu cezalar, kamu idareleri tarafından tatbik edilmektedirler⁹¹. Nitekim “idarî para cezası” aslında, idare cihazı (yürütme) tarafından verilen cezalardır⁹².

Bu çalışmada ele alınan bilgi asmama nedeniyle yöneticinin cezalandırılmasındaki cezaysa idare cihazı (yürütme) tarafından değil, mahkeme tarafından verilmektedir. Mahkeme ise, bir idarî merci değil, bir yargı merci olarak görev yapmaktadır. Ayrıca mahkeme bu cezayı verirken muhakeme hukuku kurallarını uygulamakta, bu cezanın verilmesi için dava açılmaktadır. Aşağıda ayrı bir başlıkta değinileceği üzere, re’sen harekete geçerek ceza verilmesi durumu da söz konusu değildir.

Bu durumlar nedeniyle 5711 sayılı Kanun’la, bilgi asmama nedeniyle yöneticiye verilecek cezaya idarî para cezası denilse de, KMK’daki para cezasının idarî mercilerce verilen para cezasından başta cezayı veren mercilerin ayrı olması nedeniyle esasında farklılaşmaktadır. Dolayısıyla burada, doğrudan idare hukuku kurallarına göre para cezası verilmesi durumu söz konusu değildir.

Ayrıca idare hukukuna konu klasik idarî para cezasındaki tespit, inceleme ve soruşturma usulleriyle KMK’daki tespit, inceleme ve soruşturma usulleri de birbirinden farklıdır. Bu bakımdan da, Kabahatler Kanunuyla uyum ve bu bağlamda Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin yöneticiye verilecek olan ceza bakımından uygulanacak olması kuralının, bazı özellikli durumlar yönünden KMK bakımından uygulanamayacağı; diğer bir deyişle Kabahatler Kanununun her genel hükmünün yöneticinin bilgi asmaması nedeniyle cezalandırılmasında tatbik edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumlara aşağıda yeri geldikçe değinilecektir.

Kanunî tanımda yöneticiye verilecek para cezasına idarî para cezası denilmekle birlikte, buradaki ceza KMK’da düzenlenmiş olan özel bir cezadır ve yürütme/idare tarafından değil, mahkeme tarafından verilmektedir. Bu niteliği nedeniyle, bahse konu cezadan “*medenî para cezası*” şeklinde bahsetmek daha uygundur. Bu cezanın medenî para cezası olamayacağı, para cezasının idarî yaptırım olması nedeniyle bu cezanın idare hukuku açısından değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler serdedilebilir. Ancak biz bu görüşlere iştirak etmemekteyiz.

Zira yukarıda da ifade edildiği üzere bu ceza, idare hukuku anlamında bir ceza değildir. Cezayı idare değil, yargı vermektedir. Ceza verilirken idarî usuller değil, muhakeme hukuku

⁹¹ Yeşil, İsmail. *Ceza Hukuku Genel İlkelerinin İdarî Cezalara Uygulanabilirliği*, Ankara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.41.

⁹² Oğurlu, Yücel. *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.90.

usulleri uygulanmaktadır. Ceza sonrasındaki (aşağıda değinilecek olan) itiraz usulleri de idare hukukundaki ve Kabahatler Kanunundaki itiraz usullerinden farklıdır.

Diğer yandan; genel olarak kamu hukuku sahasında para cezalarını adlî para cezaları, tazminat cezaları, medenî para cezaları, disiplin para cezaları ve idarî para cezaları olarak sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür⁹³. Burada tek tek bu cezaların tanımlarının ne olduğu üzerinde durulmayacaktır. Ancak medenî para cezasının, adlî para cezasından farklı bir ceza olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Keza medenî para cezasıyla tazminat para cezası da teknik olarak farklı para cezalarıdır. Nitekim tazminat para cezalarının hem tazminat hem de ceza niteliği bulunmaktadır⁹⁴. Oysa medenî para cezasının tazminat niteliği bulunmamakta, sadece ceza niteliği bulunmaktadır.

Medenî para cezasını da disiplin para cezaları, tazminat para cezaları ya da adlî para cezaları gibi yine mahkeme vermekle birlikte; medenî para cezası, suç teşkil etmeyen nitelikteki kuralların ihlaline karşı öngörülmüş yaptırımlardır. Medenî para cezalarında amaç, tecziyeden ziyade belli bir yükümlülüğü yerine getirmeyeni yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak, uyarmak, ikaz etmektir denilebilir⁹⁵. Ayrıca medenî para cezaları daha çok “*özel hukuk sahasıyla ilgili*” kanuna aykırı davranışlara ilişkin cezalardır⁹⁶.

Ne amaç ne de usul bakımından bilinen klasik idarî cezanın taşıdığı özelliklere sahip olmadığından, medenî para cezasının gerçek bir ceza niteliği taşımadığı söylenebilir. Arcak ise, yöneticiye verilecek olan bu cezayı “*hukuksal para cezası, tazminat niteliğinde bir para cezası*” olarak nitelendirmektedir⁹⁷. Arcak’ın “hukuksal para cezası” ifadesiyle medenî para cezasını kastettiği anlaşılmaktadır.

Arcak’ın bu cezayı tazminat para cezası olarak nitelemesinin sebebinin de, 1965 yılında Kanun’un TBMM görüşmelerinde Ülker’in bu cezayı tazminat para cezası olarak nitelendirmesine⁹⁸ dayandığı anlaşılmaktadır. 5711 sayılı Kanun’un gerekçesinde ise, bu cezadan “*disipliner ve tazmini nitelikte ceza*” olarak bahsedilmiştir. Bu cezanın Arcak’ın ifadesiyle hukuksal para cezası, yani medenî para cezası olarak nitelendirilmesinin doğru bir yaklaşım olduğu değerlendirilmektedir. Keza gerekçede yer alan disipliner para cezası olarak cezanın nitelenmesinin de doğru bir yaklaşım olduğu, zira KMK’yla belirlenen nizamaya uymayı sağlama amacı nedeniyle cezanın disipliner niteliğinin de olduğu düşünülmektedir. Ancak bu cezanın tazminat niteliğinde olduğunu söylemek güçtür. Nitekim tazminat para cezası, özellikle devlet hazinesinin suç/kabahat dolayısıyla uğradığı zararların giderilmesini ve devletin malî çıkarının korunmasını hedeflemektedir⁹⁹. KMK’da yöneticinin bilgi asmama davranışında ise

⁹³ Organ, İbrahim / Baran, Tülay. “İdarî ve Adlî Para Cezalarının Karşılaştırılması”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 13, S. 4, Yıl 2020, s.794.

⁹⁴ Çınar, Ali Rıza, “Adlî Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, S.118, Haziran 2016, s.32.

⁹⁵ Yeşil, s.41.

⁹⁶ Organ / Baran, s.795.

⁹⁷ Arcak, s.852-853.

⁹⁸ Ülker, Reşit. “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Görüşmelerinde Yapılan Konuşma”, *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 37, 1965, s.195.

⁹⁹ Çınar, s.32.

devlete veya kamuya verilen bir zarar ve bu zararın para cezasıyla tazmin edilmesi durumu söz konusu değildir¹⁰⁰. Bu bakımdan çalışmaya konu cezanın tazminat para cezası niteliği bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; Kanun metninde, bu cezanın idarî ceza olduğunun yazılmasının sebebi de 5711 sayılı Kanun’la Kabahatler Kanununa uyumun amaçlanmasından ileri gelmektedir. Esasında, teknik olarak, çalışmaya konu cezanın “klasik idarî ceza” niteliği bulunmamaktadır. Sadece Kabahatler Kanunuyla muhtelif konularda senkronizasyonu sağlamak, bir nevi Kabahatler Kanununa yollama yapmak maksatlı olarak Kanun’a bu cezanın idarî ceza olduğunun yazıldığı görülmektedir.

Böylelikle Kabahatler Kanunuyla bağlantı kurulmuş ve Kabahatler Kanununda yer alan “*Bu Kanunun genel hükümleri, idarî para cezası (...) yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır*” (m.3) hükmünün KMK’nın 34/9’uncu maddesindeki cezanın verilmesinde de göz önünde bulundurulması sağlanmıştır. Bu nedenle, yöneticinin bilgi asmama hareketinin kabahat olarak nitelenmesinde bir yanlışlık bulunmamaktadır. Bu manada manevî unsur bakımından Kabahatler Kanununun genel hükümleri arasında yer alan kastın ve taksirin değerlendirilmesinde de bir yanlışlık yoktur.

Netice itibarıyla 5711 sayılı Kanun’la getirilen düzenlemelerin sonucunda, yöneticinin bilgi asmama hareketi artık bir “*kabahat*” gibi değerlendirilerek, ilaveten cezaya da idarî para cezası denilerek, cezanın tesisinde Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin dikkate alınması öngörülmüştür. Fakat bu durum bize göre, para cezasının medenî para cezası olma niteliğini değiştirmemiştir. Diğer bir ifadeyle, sulh hukuk mahkemesinin vereceği para cezasının, Kabahatler Kanununa göre idarî kolluk yetkisi kapsamında idarece verilen bir ceza olmadığının hatırdan çıkarılmaması gerektiği değerlendirilmektedir.

IX. CEZA TAYİNİNDE PARA CEZASI MİKTARININ NE OLACAĞI MESELESİ

Özel kanun olan KMK’da para cezasının alt ve üst sınırı belirtilmiştir. Bu nedenle alt sınırdan, üst sınırdan, alt ve üst sınır arasında ancak alt sınıra yaklaşarak ya da alt ve üst sınır arasında ancak üst sınıra yaklaşarak ceza verilmesi mümkündür. Alt ve üst sınır arasında kalarak cezanın takdiri hâkime aittir. Ceza verilirken alt sınırdan mı, üst sınırdan mı, yoksa bu ikisi arasından mı para cezası verileceği takdir edilirken, takdir yetkisinin objektif unsurlara dayandırılması gerekmektedir.

Aşağıda para cezasının kesin olup olmadığına ilişkin tartışmalarda değinilecek olmakla birlikte; hâkimin üst sınırdan ceza vermesi durumunda bu cezanın kesin olduğu dönemde, hâkimin takdirinin kanun yolu denetimi mevcut değildi. Bu nedenle üst sınırdan uzaklaşılarak

¹⁰⁰ Çolak, Halûk / Altun, Uğurhan. “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, *TBB Dergisi*, S. 69, 2007, s.280.

ceza verilmesi ve bunun kanun yolu denetimi de haliyle mümkün değildi. Günümüzde ise objektif olarak alt sınırdan uzaklaşarak ya da üst sınırdan ceza verildiyse bunun kararda gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Kanun yolu boyutu aşağıda ayrıca değerlendirilecektir. Burada, alt sınırdan uzaklaşarak ya da doğrudan üst sınırdan ceza verilebilmesinin şartlarına değinilecektir.

2007 yılında KMK ile Kabahatler Kanunu arasında irtibat sağlanmıştır. Kabahatler Kanunu, idarî yaptırım sayılan yaptırımlar bakımından genel kanun olarak düzenlendiğinden¹⁰¹; KMK'daki para cezasının uygulanmasında Kabahatler Kanunu genel hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Kabahatler Kanununun genel hükümleri arasında “(...) *para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur*” hükmü yer almaktadır (m.17/2). Bu hüküm para cezasının verilmesinde keyfiliğin önüne geçilmesini, cezada ölçülü olunmasını zorunlu kılmaktadır. Kabahatler Kanunundaki bu düzenleme, genel nitelikli bir düzenlemedir. Buna göre, para cezasının alt sınırdan mı üst sınırdan mı yoksa bunların arasında bir yerden mi verileceğinin belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar;

a- İşlenen kabahatin haksızlık içeriği ve failin kusuru,

b- Failin ekonomik durumu,

unsurlarıdır. Haksızlık içeriğine, haksızlığın ağırlığı da denebilir. İşlenen kabahatin haksızlık içeriği, öncelikle kusurla ilgili bir husustur. Diğer bir ifadeyle bu unsur daha çok hareketin manevî unsuruyla ilgilidir. Nitekim kasıtlı bir davranışın haksızlık içeriği, taksirli davranışın haksızlık içeriğinden daha fazladır¹⁰². Bu nedenle kasıtlı olarak fiil işlenirse bu fiile verilecek olan cezanın, taksirle işlenen fiile göre daha yüksek olması gerekmektedir.

Fiilin haksızlık içeriğiyle ilgili bir diğer husus da fiilin yol açtığı neticelerdir¹⁰³. Davranışın (hareketin) ihlâl ettiği toplumsal yarar, eylemin işlenme şekli, eylemin zamanı, fiilin ağırlığı haksızlık içeriğiyle ilgili olarak göz önünde bulundurulacak diğer hususlardır¹⁰⁴.

Bilgilerin asılmaması, tek başına kanuna aykırı bir harekettir ve cezalandırılması gerekmektedir. Örneğin yöneticiliğe aday olan ancak seçilemeyen A, yönetici seçilen rakibi B'nin bilgilerini asmadığından bahisle, biraz da rekabetin verdiği hırsla cezalandırılmasını isteyebilir ve böyle bir durumda B'nin cezalandırılması gerekir. Ancak apartmanla ilgili bir hukukî mesele nedeniyle bir avukatın yöneticinin bilgilerine zamanında ulaşamaması nedeniyle B'nin cezalandırılmasını istemesinde ya da binayla ilgili bir mesele nedeniyle belediye yetkililerinin yöneticinin bilgilerine zamanında ulaşamama nedeniyle B'nin cezalandırılmasını

¹⁰¹ Gişi, Selçuk. “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2017, s.136.

¹⁰² Pehlivan, Ali. *Kabahatler Hukukunun Genel Esasları*, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s.189.

¹⁰³ Uğur, Hüsamettin. “Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdarî Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, *TBB Dergisi*, S. 85, 2009, s.202.

¹⁰⁴ Otacı, Cengiz / Korkut, Levent. *Türk Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.139.

istemesinde; yöneticiliğe aday olan ancak seçilemeyen A'nın yaptığı başvuruya göre farklı neticeler hâsıl olacaktır.

A'nın yaptığı başvuruda sadece kanuna aykırılık mevcuttur. Apartmanla ilgili bir hukukî mesele nedeniyle avukatın yöneticinin bilgilerine zamanında ulaşamamasında ise, kanuna aykırılığa ilaveten hukukî meselenin sürüncemede kalması durumu, belki de bazı hak kayıpları ortaya çıkacaktır. Benzer şekilde binayla ilgili bir mesele nedeniyle belediye yetkililerinin yöneticinin bilgilerine zamanında ulaşamamasında da kanuna aykırılığa ilaveten kamu hizmetinin aksaması, idarî işleyişin aksamasına sebep olunması, belki imar ya da su ve kanalizasyonla ilgili işlerde gecikmelerin vuku bulması söz konusu olabilecektir.

Bu bakımdan rakip yönetici adayı A'nın yönetici B'nin bilgileri asmaması nedeniyle yaptığı başvuru sonucu verilecek olan para cezası miktarıyla; bir hukukî mesele nedeniyle avukatın yöneticinin bilgilerine zamanında ulaşamamasında yahut binayla ilgili bir mesele nedeniyle belediye yetkililerinin yöneticinin bilgilerine zamanında ulaşamamasında verilecek olan para cezası miktarı birbirinden farklı olacaktır. İlk duruma nazaran diğer durumlarda alt sınırdan uzaklaşılarak para cezası verilebilecek; hatta ortaya çıkan neticeye göre gerekçesi yazılarak üst sınırdan dahi ceza verilebilecektir.

Benzer şekilde, ilk kez yönetici olan kişiye uygulanacak ceza miktarıyla daha evvelden yöneticilik yapmış, yöneticilik tecrübesi olan kişiye uygulanacak ceza miktarının birbirine eşit olması da bu manada hakkaniyetli olmayacaktır. Yahut bilgiyi hiç asmayan bir yöneticiyle eksik bilgi asan ya da nizamî şekle uymayan biçimde bilgi asan yöneticiye aynı miktarda ceza verilmesi de yine hakkaniyetli olmayacaktır. Örneklerdeki ilk hallerde alt sınıra yakın, ikinci hallerde ise alt sınırdan uzaklaşılarak yahut üst sınırdan ceza verilmesi uygun olacaktır.

Öte yandan; haksızlık içeriği, belli bir yönde icraî davranışta bulunma hukukî yükümlülüğü olmasına karşın kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesine dair davranışında; muhatabın belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün gereklerine uygun hareket etme imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen, yükümlülüğün gereğini yerine getirmeyi ihmal etmiş olmasını da gerekmektedir¹⁰⁵. Yönetici, kural olarak yöneticilik görevine başladığı gün itibarıyla bilgileri nizamî şekilde asmakla yükümlüdür. Örneğin yöneticinin göreve başladığı gün trafik kazası geçirdiğini ve 15 gün hastanede kaldığını, bu esnada bilgilerin asılmadığı tespit ettirilerek, bilgileri asma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle yönetici aleyhine dava açılırsa, böyle bir durumda yöneticinin icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün gereklerine uygun hareket etme imkân ve iktidarına sahip olmadığından, yöneticiye alt sınırdan uzaklaşılarak ceza verilmesi bir yana, hiç ceza verilmemesi de gündeme gelebilecektir.

Cezanın alt sınırdan mı, üst sınırdan mı yoksa alt sınırdan uzaklaşılarak mı verileceği hususu belirlenirken Kabahatler Kanunu gereği göz önüne alınacak bir diğer husus da failin

¹⁰⁵ Özgenç, İzzet, “Suçun Yapısal Unsurları”, *Ceza Hukukuna Giriş*, (Editörler İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2012, s.23.

ekonomik durumudur¹⁰⁶. Failin ekonomik durumunun gözetilmesindeki amaç, failin bundan sonraki davranışlarında hukuk kurallarına uygun hareket etmesini sağlayacak şekilde onun ekonomik durumuna tesir edecek nitelikte bir miktarın ceza olarak belirlenmesidir. Diğer bir ifadeyle, alt sınırın ve üst sınırın belirlendiği para cezalarında, verilecek olan cezadan alt sınırdan ayrılıp üst sınıra yaklaşırken, kişinin ekonomik açıdan mahvına (iflasına) sebep olmayacak bir miktarın ceza olarak takdir edilmesi, failin ekonomik durumunun gözetilmesi halini ihtiva etmektedir. Alt sınırdan ayrılma ya da üst sınırdan ceza verme, failin ekonomik olarak çökertilmesini ihtiva ediyorsa, failin işini yürütmesini, onun toplum içinde yaşamasını sağlayan ekonomik koşullarını ağır derecede zorlaştıracak nitelikte bir sonuç doğuracaksa, bu ceza orantısız olacaktır¹⁰⁷.

Öte yandan; Kabahatler Kanunundaki para cezasının üst sınırdan verilmesinde ya da alt sınırdan uzaklaşılarak verilmesinde, alt sınırdan ne kadar uzaklaşılacağına takdirinde göz önünde bulundurulacak unsurlardan olan failin ekonomik durumu, daha çok regülatif para cezalarıyla ilgilidir denilebilir¹⁰⁸. Nitekim regülatif cezalar, esas olarak ekonomik düzenle ilgili olan cezalardır. Ekonomik düzeni korumak, sosyal hayat için spesifik önemdeki (*bankacılık, sermaye piyasaları, enerji, telekomünikasyon, radyo-tv yayıncılığı, tütün ve alkol gibi*) hassas bazı sektörleri regüle edebilmek amacıyla, regülasyon otoritelerince (özellikle üst kurullarca) verilen idarî cezalar¹⁰⁹, regülatif cezalar olarak adlandırılabilirler.

Ulusoy'un da isabetle belirttiği üzere, cezanın ağırlık derecesi açısından regülatif cezalarla sıradan kabahat cezalarını “*aynı ligde*” veya “*aynı sıklette*” görmek mümkün değildir¹¹⁰. Nitekim regülasyon cezalarının miktarları trilyonları bulabilmektedir ki; miktar olarak adî kabahat cezalarıyla regülasyon cezalarının muhatap üzerindeki ekonomik etkilerinin kıyaslanması mümkün değildir.

Bu çerçevede, yukarıda bahsedilen iki unsurun para cezasının miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmasını Kabahatler Kanunu öngörmekle birlikte; KMK'nın 34/9'uncu maddesindeki para cezasının miktarına bakıldığında, günün sosyal ve ekonomik koşullarına göre bu miktardaki para cezasının üst sınırdan dahi verilse muhatapı ekonomik açıdan çökertecek, onun iflasına sebep olacak bir miktar olmadığı açıktır. Bu nedenle, failin ekonomik durumu ölçütünün KMK'nın 34/9'uncu maddesindeki para cezalarında mutlak surette dikkate alınacak bir unsur olarak değerlendirmekten ziyade, ikincil derecede bir unsur olarak değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

Öte yandan; ölçülülük ilkesi adı verilen ve alt sınırdan uzaklaşılarak verilen cezalarda ölçülülük ilkesinin ihlâl edilip edilmediği hususlarına yönelik adlî cezalar ve idarî cezalar bakımından muhtelif Anayasa Mahkemesi kararları bulunmaktadır. Norm denetimine ilişkin

¹⁰⁶ Onay, Mehmet Furkan. *Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.151.

¹⁰⁷ Uğur, s.202-203.

¹⁰⁸ Ekinci, Murat. “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdarî Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 3, Yıl 2017, s.50. Regülatif saha haricindeki alanlarda bir ihtimal, faaliyet ve sanat icrasını etkileyen nitelikteki para cezaları bakımından da üst sınıra yaklaşma, alt sınırdan ayrılma durumunun tartışılması gerekebilir.

¹⁰⁹ Ulusoy, Ali D. *İdarî Yaptırımlar*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.47.

¹¹⁰ Ulusoy, s.147.

kararlarda ölçülülük ilkesinin ele alınmasıyla bireysel başvuruya ilişkin kararlarda ölçülülük ilkesinin ele alınmasında da farklılıklar bulunmaktadır. Ancak özellikle bireysel başvuruya konu olaylar bakımından; her bir olayın niteliğine, her bir olayla ilgili mevzuata, her bir olaydaki cezanın miktarına, hareketin haksızlık içeriğine ve cezanın muhatabına göre ölçülülük ilkesi değerlendirmesi de değişebilmektedir.

Hâl böyle olmakla birlikte; bu çalışmanın konusu bilgi asmayan yöneticiye KMK'ya göre sulh hukuk mahkemesinin verdiği para cezalarında ölçülülük ilkesine uyulup uyulmaması değildir. Ölçülülük ilkesi meselesinin başlı başına ayrı bir çalışmada ele alınması gerektiği; bu çalışmada meselenin ele alınmasının çalışmanın boyutlarının aşılması sonucunu doğuracağı değerlendirilmiştir.

X. YÖNETİCİYE PARA CEZASI VERİLMESİ

A. Sulh Hukuk Mahkemesine Başvuru ve Başvurunun Niteliği

Yöneticiye para cezası verilebilmesi için, evvelâ başvuru yapılması gerekmektedir. Nitekim Kanun'da “(...) *başvurma (...) üzerine (...) para cezası verilir*” hükmüne yer verilmiştir (KMK m.34/9). Bu hükmün mefhum-u muhalifine göre, başvuru olmadan re'sen para cezası verilemeyeceği, mutlaka bu hususta müracaatta bulunulması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu husus, Kabahatler Kanunuyla birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu başvurunun hem bir talep, hem bir dava, hem de bir ihbar niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Fakat buradaki ihbar, taleple ve davayla iç içe geçmiş bir ihbar olduğundan, klasik ihbardan farklıdır. Zira Kanun cezalandırma için başvuruyu şart koştuğundan, bir müracaat yapılmadığı ve talepte bulunulmadığı sürece, mahkemenin re'sen harekete geçip konuyu re'sen inceleyerek yöneticiyi re'sen para cezasıyla cezalandırılması mümkün değildir. Bu husus, inceleme konusu para cezasının klasik kabahat niteliğinden farkını koyan, bir diğer sui generis nitelik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer taraftan başvurunun ihbar niteliğinin, davadan vazgeçme veya feragat bakımından da bazı sonuçları bulunmaktadır. Şöyle ki; burada emredici hükme uymamanın cezalandırılması, kabahatin yaptırma tabi tutulması nedeniyle, başvurunun ihbar niteliği gereği başvurudan vazgeçilmesi yahut davadan feragat edilmesi mümkün olmayacaktır¹¹¹. Kişi davadan vazgeçtiğini yahut feragat ettiğini beyan etse dahi, ihbar niteliğinin bir sonucu olarak gerekli inceleme-araştırma yapılarak fiil sübuta ermişse ceza verilecek, fiil sübuta ermemişse ceza verilmeyecektir. Şayet davada başka taleplerle birlikte yöneticiye ceza verilmesi talebi de yer almaktaysa, davacının davadan feragati diğer talepler bakımından sonuç doğuracak ve diğer talepler yönünden vazgeçme yahut feragat yönünde hüküm kurulacak; vazgeçme yahut feragat, ceza verilmesi talebi bakımından sonuç doğurmayacak, bilgi asma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmemesi meselesi davada incelenerek, fiilin sübuta erip ermeme durumuna göre cezaya ilişkin bir karar verilecektir.

¹¹¹ Kal, s.103.

Ayrıca, başvurunun sadece ihbar değil aynı zamanda bir talep ve dava vasfının da olduğu dikkate alındığında; bu başvurunun kolluğa ya da Cumhuriyet savcılığına yapılan klasik kabahat ihbarlarından farklı olarak mahkemeye hitaben yazılmış bir dilekçe marifetiyle, mahkemeye yapılması zorunluluk arz etmektedir. Bu dilekçe zorunluluğu, aşağıda “*XI. CEZANIN VERİLMESİ*” başlığı altında değinilecek olan başvuru merci sulh hukuk mahkemelerindeki davalarda ve işlerde basit yargılama usulünün uygulanmasından ileri gelmektedir¹¹² ve bu başvuruya dava niteliğini veren de bu durumdur.

Yine başvuruyla ilgili bir diğer önemli husus da başvurunun bu işle görevli merci yapılmasının gerektiğidir. Bu işle görevli merci, sulh hukuk mahkemeleridir. Nitekim para cezasının düzenlendiği 34’üncü maddede sulh mahkemesinden bahsedilmekte (KMK m.34/6); maddenin son fıkrasında ise cezanın aynı mahkemece, yani sulh mahkemesince verileceği belirtilmektedir. Kaldı ki; Kanun’da ayrıca, “*Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözümlenir*” denildiğinden (Ek m.1)¹¹³, 34’üncü maddeye ilâveten para cezası talebinin Ek 1’inci madde gereği de sulh hukuk mahkemelerince değerlendirileceği¹¹⁴, diğer bir ifadeyle para cezası verme görevinin sulh hukuk mahkemesine ait olduğu anlaşılmaktadır.

Yetki bakımından ise para cezasının düzenlendiği 34/9’uncu maddede bir hüküm yer almamakla birlikte; 34/9’uncu maddede para cezasını verecek mahkeme olarak bahsedilen “*aynı mahkemenin*”, yönetici atamasını yapacak mahkeme olduğu, yönetici atamasını yapacak olan mahkemenin hangi mahkeme olduğunusa 34/6’ncı maddede “*o geyrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesi*” şeklinde ifade edildiği dikkate alındığında; para cezasını vermeye yetkili mahkemenin, cezalandırılması istenen yöneticinin bu görevi icra ettiği gayrimenkulün bulunduğu yerin sulh hukuk mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yöneticiye para cezası verilmesi talebiyle dilekçeyle yapılacak olan başvurunun, bilgilerin asılması gereken gayrimenkulün olduğu yerin sulh hukuk mahkemesi olduğu görülmektedir.

Bu noktada bir hususa daha değinmek gerekmektedir. Arabuluculuk konusunun düzenlendiği 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, adı üstünde “*hukuk uyuşmazlıklarının çözümü*” meselesiyle ilgilidir. Bu Kanun’da, KMK’dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir¹¹⁵. Bu çalışmanın konusu olan yöneticinin cezalandırılması da KMK’dan kaynaklanan bir uyuşmazlıktır. Bu nedenle yöneticinin cezalandırılması talepli başvurularda KMK’da bahsedilen yargılama usulü uygulanmaktadır. Hâl böyle olmak birlikte gerek yöneticiye verilecek para cezasının niteliği, gerekse yöneticiye para cezası verilmesi talepli başvurunun niteliği birlikte ele alındığında; emredici davranışa aykırı davranışın cezalandırılmasına ilişkin yöneticinin cezalandırılması talepli başvuru, arabuluculuk şartı

¹¹² Yalın, Şeyda Şanlıç “Yeni HMK.’ya Göre Ön İnceleme”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2017, s.46.

¹¹³ Tekdoğan, Aydın. *Sulh Hukuk Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s.37.

¹¹⁴ Uslu, Abdüssamet. *Kat İrtifakı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.305.

¹¹⁵ Karaşen, Yağmur Ünsal. *Kat Mülkiyeti Uyuşmazlıkları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s.155.

kapsamında yer almamaktadır. Zira teknik olarak bu başvuru, klasik hukuk uyuşmazlığı değil, kamu düzeniyle ilgili kabahatin cezalandırılmasını ihtiva etmektedir. Bu yönden kanunda yer alan başvuru, sulh hukuk mahkemelerinde görülen hukuk uyuşmazlıklarından ve davalardan ayrılmakta, dava niteliği olarak da “sui generis” bir özellik göstermektedir.

B. Sulh Hukuk Mahkemesine Kimin Başvuracağı Meselesi

Kanun’da, yöneticiye para cezasının “(...) *ilgilinin başvurusu üzerine* (...)” verileceği belirtilmiştir (KMK m.34/9). Bu hüküm, sulh hukuk mahkemesine ancak “ilgili” olanın başvurabileceğini, “ilgisiz” olanın başvuramayacağını, diğer bir ifadeyle ilgisizin davasının reddedileceğini söylemektedir. O apartmanda oturmayan ancak apartman sakinlerinden A’ya çay-kahve içmeye ziyarete gelen B, binaya giriş esnasında yönetici bilgilerinin yer almadığını gördüğünde, yöneticiye ceza verilmesi için sulh hukuk mahkemesine müracaat edecek “ilgili” kapsamında değerlendirilecek kişilerden midir? Bu sorunun cevaplandırılabilmesi için evvelâ “*Kanun’da geçen mahkemeye başvurabilecek “ilgili” kimdir? Herkes sulh hukuk mahkemesine, yöneticiye ceza verilmesi talebiyle başvurabilecek ilgili sayılabilir mi?*” sorularının cevaplanması gerekmektedir.

KMK’da, ilgilinin kim olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmediği görülmektedir. Ancak KMK’ya bir bütün olarak bakıldığında Kanun metninde “*ilgili idare*”, “*ilgili kurum*”, “*ilgili tapu müdürlüğü*” ve “*ilgililer*” gibi ilgili zarfıyla kullanılan pek çok isme yer verildiği görülmektedir.

Kanunun sistematigi dikkate alındığında, sulh hukuk mahkemesine başvuru yapacak ilgililerin kim olduğuna, cezanın düzenlendiği 34’üncü maddeden bir önceki madde olan “Hâkimin Müdahalesi” başlıklı 33’üncü maddede kısmen değinildiği söylenebilir. Kanun’un 33’üncü maddesinde geçen “ilgili” kelimesiyle kastedilen kişilerin, “*kat maliklerinden her birisi*” olduğu anlaşılmaktadır. Ancak yöneticiye ceza verilmesi maksadıyla sulh hukuk mahkemesine başvuru yapacak ilgililerin kapsamına, sadece kat malikleri girmemektedir.

Germeç, ilgili kavramını kat maliki, kiracı veya üçüncü kişi şeklinde açıklamıştır¹¹⁶. Bize göre her üçüncü kişinin ilgili olması mümkün değildir. Bu nedenle özellikle üçüncü kişiler bakımından ilgili kavramının aşağıda yer verilen açıklamalar bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anagayrimenkulün herhangi bir bağımsız bölümünde oturma hakkı sahibi olanlar, irtifak/intifa hakkı sahibi olanlar, ayrıca kiracılar “ilgili” kapsamına girmektedir¹¹⁷. Tebligata gelen posta memuru¹¹⁸, icra/haciz işlemleri için gelen haciz memurları, arama/el koyma yahut güvenlik araştırması maksadıyla gelen kolluk/zabıta görevlileri, belediye personeli, muhtar da ilgililer arasında sayılabilir. Çünkü posta memurunun yönetici adına getirdiği tebligatları hangi

¹¹⁶ Germeç, s.972.

¹¹⁷ Arpacı, s.211. Arcak, s.852.

¹¹⁸ Arcak, s.852.

adrese teslim edeceğini geldiğinde öğrenebilmesi gerekmektedir¹¹⁹. Keza haciz memurlarının yahut arama/el koyma veya güvenlik araştırması maksadıyla gelen kolluk/zabıta görevlilerinin yöneticiye kolaylıkla ulaşması gerekmektedir. Hatta duruma göre kargo görevlisi (kurye), asansör tamiratına gelen teknisyenler, anagayrimenkulün sigorta işleriyle ilgili kişiler, apartman/site görevlisi, SGK denetçileri, iş müfettişleri, anagayrimenkulün hesap işlerini takip eden muhasebeci, binadaki tadilat/tamirat işlerini yapacak olan müteahhit, yöneticilik sıfatıyla apartmanla ilgili işlerde akdedilen sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafı dahi yerine göre ilgili statüsü kapsamında olabilirler.

Burada “ilgili” kavramı, bir nevi davacının taraf sıfatının olup olmadığının belirlenmesini sağlamakta olup; yukarıdaki farklı durumlar göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun sulh hukuk mahkemesine başvuracak kişileri saymak yerine; duruma, ihtiyaca ve yöneticiye erişmeye ilişkin her bir olayın niteliğine göre herhangi bir şahsın da bu başvuruyu yapmasına imkân tanıyacak şekilde “ilgili” ifadesini kullanmayı tercih ettiği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ve “ilgili” kapsamına dâhil olabilecek kişilerle yönetici arasındaki irtibat ve ilişkinin niteliği dikkate alındığında şimdi “*o apartmanda oturmayan ancak apartman sakinlerinden A’ya çay-kahve içmeye ziyarete gelen B, binaya giriş esnasında yönetici bilgilerinin yer almadığını gördüğünde, yöneticiye ceza verilmesi için sulh hukuk mahkemesine müracaat edecek “ilgili” kapsamında değerlendirilecek kişilerden midir?*” sorusunun cevaplanması mümkündür.

Soruda yer verilen, apartmanda oturmayan ancak apartman sakinlerinden A’ya çay-kahve içmek maksadıyla ziyarete gelen B’nin, binaya giriş esnasında yönetici bilgilerinin yer almadığını gördüğünde, yöneticiye ceza verilmesi için sulh hukuk mahkemesine müracaat edecek “ilgili” kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Bu nitelikteki müracaatların dosya üzerinden reddine karar verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Nitekim basit yargılama usulünde, mümkün olan hâllerde taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden karar verileceğinden, örnekte bahsedilen durumlara benzer hallerde taraflar duruşmaya davet edilmeden¹²⁰, dosya üzerinden sıfat yokluğundan talebin reddine karar vermenin mümkün olduğu kıymetlendirilmektedir.

C. Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

Para cezası, kanunda yazılı olan bilgilerin yine kanunda yazılı olan nizamî şekle uygun asılması mecburiyetine uymamanın müeyyidesi olarak düzenlenmiştir¹²¹. Buna göre çalışma boyunca bahsedilen,

¹¹⁹ Arcak, s.852.

¹²⁰ Önal, Ali. “Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukukî Niteliği”, *Public and Private International Law Bulletin*, V. 3, I. 2, 2017, s.594.

¹²¹ Arcak, s.851.

- a) Yazı asılmamış ise,
- b) Yazı asılmakla birlikte çerçeve içinde değilse,
- c) Yazı asılmakla birlikte içeriğinde yöneticinin adı, soyadı, iş adresi ve ev adresi bilgileri mevcut değilse yahut bilgiler eksikse,
- d) Yazı asılmakla birlikte, ilk bakışta görülmesi mümkün olan anagayrimenkulün kapısının yanına yahut girişine değil de, ilk bakışta görülemeyecek bir başka yere bilgiler asılmışsa,
- e) Çerçeve anagayrimenkulün kapısının yanına yahut girişine asılmakla birlikte, çerçeve ve/veya içeriği görünür değilse,

Kanundaki şekle uygun, nizamî bir yazı/bilgi asmadan bahsedilmeyecektir. Bu durumlardan birinin yahut bir kaçının mevcudiyetinin tespiti halinde yöneticinin para cezasıyla cezalandırılması söz konusu olacaktır. Daha evvelden de ifade edildiği üzere, bu durumun gerekirse keşif icrası ve/veya bilirkişi incelemesi de dâhil olmak üzere¹²² muhtelif delil yöntemleriyle tespit edilmeden ceza verilmesi hukuka aykırı olacaktır.

XI. CEZANIN VERİLMESİ

Eski tarihli Yargıtay kararlarında KMK'nın 34/9'uncu maddesi kapsamında yöneticinin cezalandırılması talebiyle mahkemeye yapılan başvurulardan, dava olarak bahsedilmektedir¹²³. Fakat daha evvelden de ifade edildiği üzere bu dava sui generis bir davadır. Usul hukuku kuralları dikkate alındığında bu iş, bir çekişmeli yargı işidir. Başvuran kişi davacı, yönetici yahut yönetim kurulu üyeleriye davalı konumunda bulunmaktadır. Davada gerekirse keşif icrası ve/veya bilirkişi incelemesi yaptırılarak, yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin tespitini müteakiben cezalandırma talebinin kabulüne yahut cezalandırma talebinin reddine karar verilecektir.

Öte yandan; sadece cezalandırma talebiyle mahkemeye müracaat edilebileceği gibi, yöneticinin görev ve sorumluluklarının ihlaliyle ilgili başka taleplerle açılan dava kapsamında yöneticinin cezalandırılması da istenebilir. Böyle bir durumda, cezalandırılma talebi hakkında kararda ayrıca hüküm kurulması gerekmektedir.

Cezalandırma talebiyle yapılan başvuruda uygulanacak usul bakımındansa, Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) yer alan “*sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işlerde*” basit yargılama usulünün uygulanacağı hükmü gereği (m.316/a), bilgi asmama nedeniyle yöneticinin cezalandırılması taleplerinde basit yargılama usulü uygulanacaktır¹²⁴.

¹²² Germeç / Tanrıverdi, s.517.

¹²³ Yarg. 5.HD, 07.12.1987, E.1987/17729, K.1987/20983 (Aktaran; Karahacıoğlu, Ali Haydar / Velioğlu, Ahmet, *Açıklamalı ve İçtihatlı Kat Mülkiyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 1999, s.777.)

¹²⁴ KMK'nun uygulanmasından kaynaklı yargılama usulü için bkz.: Ruhi, Ahmet Cemal / Günay, Erhan / Aydemir, Efrail / Dinç, Mutlu / Bahadır, Çilem / Germeç, Mahir Ersin / Narçin, Zelay / Süer, Gülçin Şeref / Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru / Uçakhan Güleç, Sema. *Hukuk Davaları – Cilt:2 Sulh Hukuk – Kadastro Mahkemesi Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.143 vd.

Çalışma konusu sulh hukuk mahkemelerinin yargılama usulü olmadığından, muhakeme usulüne ilişkin detaylara bu çalışmada yer verilmemiştir.

XII. CEZANIN TEBLİĞİ

5711 sayılı Kanun’la birlikte bir idarî ceza olarak tanımlanan cezanın tebligatının, idarî yaptırımlara ilişkin genel kanun olan Kabahatler Kanunundaki tebligat esaslarına göre yapılması gerektiği değerlendirilebilir. Zira Kabahatler Kanununun genel hükümleri arasında, *“İdarî yaptırım kararının, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edileceği; tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolunun, merciînin ve süresinin açık bir şekilde belirtileceği”* hükmüne yer verilmiştir (m.26/1).

Bize göre, Kabahatler Kanununda yer alan tebligat usulü ve karar içeriğine ilişkin hususlar, idare cihazı (yürütme) tarafından verilecek cezalara ilişkin bir hükmüdür. Daha evvelden de bahsedildiği üzere “idarî para cezası” aslında, idare cihazı (yürütme) tarafından verilen cezalardır¹²⁵. Bilgi asmama nedeniyle yöneticinin cezalandırılmasındaki cezaysa idare cihazı (yürütme) tarafından değil, mahkeme tarafından verilmektedir. Mahkeme bu cezayı verirken muhakeme hukuku kurallarını uygulamakta, bu bağlamda muhakeme aşamalarına ilişkin bütün tebligatları HMK hükümlerine ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapmaktadır. Ayrıca tefhim durumu da söz konusu olabilmektedir. Bu durum da, 5711 sayılı Kanun’la bu cezaya idarî para cezası denilse de, KMK’daki para cezasının idarî mercilerce verilen para cezasından farklı olması nedeniyle, Kabahatler Kanununun her genel hükmünün yöneticinin bilgi asmaması nedeniyle cezalandırılmasında uygulanamayacağı; bu bağlamda araştırma/tespit, uygulanan usul, tebligat ve (aşağıda değinilecek olan) kanun yolları bakımından Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı değerlendirilmektedir.

Tebliğatın sulh hukuk mahkemesinde görülen dava ve işlere ilişkin tebligat hükümlerine göre yürütülmesinin gerektiği, zira yöneticinin para cezasıyla cezalandırılması kararının bir mahkeme kararı olmasına ve özel yargılama usulü neticesinde verilmesine istinaden Kabahatler Kanununun tebligata ilişkin hükümlerinin yöneticiye verilen ceza bakımından uygulanamayacağı sonucuna varılmaktadır.

Bu noktada, “Kabahatler Kanununa göre verilen cezanın tebliği de, sulh hukuk mahkemesi kararının tebliği de Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmaktadır. O zaman neden böyle bir ayırım yapılmaktadır?” sorusu akla gelebilir. Mahkemenin yapacağı tebligat, Tebligat Kanununda *“kazaî tebligat”* olarak düzenlenmiştir; kazaî tebligatta bazı özellikli durumlar bulunmaktadır¹²⁶. Bu özellikli durumların tebligat esnasında uygulanabilmesi bakımından tebligatın kazaî tebligat olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu yönden de

¹²⁵ Oğurlu, s.90.

¹²⁶ Dağlı, Mutlu Can. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tebligat*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2020, s.1.

tebligatın, sulh hukuk mahkemesinde görülen dava ve işlere ilişkin tebligat hükümlerine göre yürütülmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

XIII. CEZAYA KARŞI KANUN YOLU

KMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte, yöneticiye verilecek olan ceza aleyhine herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir. Kanun'da cezanın kesin olduğu hüküm altına alınmıştır. Millet Meclisinde kanun tasarısının görüşülmesi esnasında, para cezasının kesin olmasına karşı çıkıldığı görülmektedir.

Ülker bu hususta, “(...) Kesin hüküm nerede olursa olsun sonu zulme kaçabilen, kaçma istidadında olan ve kanun yapıcıların, kanun koyucuların bundan uzak durmaları, içtinabetmeleri lâzım gelen bir müessesedir. Yani mümkün olduğu kadar yeni Anayasada hukuk Devleti niteliği de sayılmış olan Devletimizde kesin hükümden kaçınmak lâzımdır. Çünkü mesele 50 lirada, 100 lirada değildir. 50 lirada, 100 lirada veya 5 kuruşta haksızlık, zulüm kokusu olursa vatandaş buna karşı direnir, bundan münfail olur. Biz gazetelerde okuruz, 5 kuruş için cinayet işlendi diye... Aslında beş kuruş için cinayet işlenmemiştir. O beş kuruşun tahtında müstetir olan, gizli olan hak için cinayet işlenmiştir. Hukuk bunu bu şekilde anlar. Bu bakımdan sulh mahkemesinin 50 liradan 250 liraya kadar ceza vermesine bir diyeceğim yok... Hattâ bendenizin kanaatine göre, 50 liralık aşağı had (...) noksandır (...). Bu haddi daha yukarı çıkarmanız zarureti vardır, yoksa bu cezalar kat mülkiyeti gibi bir müessesenin işlemesine yetersiz kalır (...).

(...) kesin hüküm verilmesinin taraftarı değilim. Çünkü insan tabiatı, ister hâkim olarak kendisine vazife verilmiş olsun, ister normal bir vatandaş olsun, daima keyfiliğe mütemayildir. Onun içindir ki, çift meclisi kurmuşuz; onun içindir ki, bu iki meclisi de kontrol eden bir Anayasa Mahkemesini kurmuşuz; onun içindir ki, bunların hepsini kontrol etsin diye hür basını kabul etmişiz. Onun için bendeniz istirham ediyorum, (...) kesin hükmü kaldırsınlar veya en yakın bir mahkemeye bir itiraz hakkı tanısunlar” açıklamalarında bulunarak¹²⁷, sulh hâkiminin vereceği para cezası kararının kesin olmasına karşı çıkmıştır.

Evliya da bu hususta, “(...) tâyin edilen ceza (...) bugünkü rayiçle yüksek bir ceza sayılmaz. Meselenin prensibine gelince: Eğer itiraz hakkı ceza bakımından tanınmak isteniyorsa, bir üst merci tarafından tetkik edilsin deniyorsa bendeniz de bu fikre iştirak ederim. (...) Bir üst mercie itiraz hakkı tanınabilir” açıklamalarında bulunmuştur¹²⁸.

Adalet Komisyonu Başkanı Tekinel ise, verilen kararın kesinliği meselesinin cezanın idarî merci tarafından verilen ceza zannedilmesinden kaynaklı bir yanılgıdan ileri geldiğini açıklayarak, kararın kesin olmasında hukuken bir mahzur olmadığını, “(...) İdarenin bütün eylem ve işlemleri denetime tabidir. Ancak idarenin bütün eylem ve işlemleri ile mahkemeden sâdir olacak bir kazaî tasarrufu birbirine karıştırmamak lâzımdır. Kazaî tasarrufları idarî tasarruflarla karıştırmamak icabeder. Maddede bahsi geçen ceza arkadaşlarımızın ilk bakışta

¹²⁷ Ülker, s.195-196.

¹²⁸ Evliya, Fehmi. “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Görüşmelerinde Yapılan Konuşma”, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 37, 1965, s.197.

anladıkları gibi kriminal mahiyette bir ceza değildir. Buna disiplinler ceza demek uygundur ve bu vasıftadır. (...) Hapis cezasına çevrilmesi bahis konusu değildir.

(...) ceza kararlarının kesin olduğu hususundaki Anayasaya aykırılık konusunu kati olarak reddetmek istiyorum. (...) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (temyizi kabil olan veya olmıyan hükümler) başlığını taşıyan 305/1'inci maddesinde 20 liraya kadar (20 lira dâhil) hafif para cezalarının kesin okluğu ve temyiz kabiliyeti bulunmadığı belirtilmiştir. Kaldı ki, buradaki ceza ile, o maddedeki ceza arasında fark vardır. Buradaki ceza disiplinler mahiyettedir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda bahsedilen ceza ise kriminal mahiyettedir.

Yine bu maddenin ikinci bendinde yukarı haddi 50 lirayı geçemiyen hafif para cezasını müstelzim suçlardan dolayı verilen beraet kararının da temyiz kabiliyeti yoktur. (...) Üçüncü bendi de (...) miktar itibarıyla 20 liranın da fevkinde çok daha yüksek rakamlara baliğ olan bu gibi cezaların kesin olduğu ifade edilmektedir. Şu halde bu konuda Anayasaya aykırılığı yoktur. Tasarrufların mahiyetlerini, birbirine karıştırmamak lâzımdır” sözleriyle açıklamıştır¹²⁹.

Neticede görüşmelerde, hiç olmazsa para cezasına karşı sulh mahkemesinin yargı çevresi bakımından bağlı olduğu asliye hukuk mahkemesine belli bir süre içerisinde itiraz imkânının tanınması istenilmiştir¹³⁰. Ancak sulh hukuk mahkemesinin idarî para cezası kararına karşı itiraz yolu getirilmesi gerektiğine ilişkin bu görüşler kabul edilmeyerek, kanun metninde para cezasının kesin olduğu hüküm altına alınmıştır¹³¹. Para cezalarına yönelik kanun yolu başvurularında Yargıtay, para cezasının kesin olmasına istinaden bu cezaların kanun yolu denetimini yapmamıştır¹³².

2007 yılında yürürlüğe giren 5711 sayılı Kanun’la, para cezasının kesin olduğuna yönelik hüküm Kanun’dan çıkarılmıştır. Böylelikle yöneticiye verilecek olan para cezalarına karşı kanun yolunun açıldığı “şeklen” söylenebilir. Fakat burada da kendi içinde bazı açmazların olduğundan bahsedilebilir.

5711 sayılı Kanun, Kabahatler Kanunuyla uyum maksadıyla yöneticiye verilecek olan cezayı idarî para cezası olarak nitelemiştir. Bunun sonucunda Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin bu ceza bakımından uygulanması durumu ortaya çıkmıştır. Kabahatler Kanununda, idarî yaptırım kararının bir idarî merci tarafından değil de bir mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı yaptırım kararını veren mahkemeye “itiraz edilmesi” öngörmüştür. Nitekim Kabahatler Kanununda, “İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir” hükmü yer almaktadır (m.27/5).

Dolayısıyla Kabahatler Kanunu sistematğinde, bir idarî makam tarafından idarî para cezası verilmesi halinde, bu idarî para cezasına karşı sulh ceza hâkimliğine “başvurmak”

¹²⁹ Tekinel, İsmail Hakkı. “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Görüşmelerinde Yapılan Konuşma”, *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 37, 1965, s.197-199.

¹³⁰ Arcak, s.852.

¹³¹ Arcak, s.852.

¹³² Yarg. 5.HD, 07.12.1987, E.1987/17729, K.1987/20983 (Aktaran; Yalçın, s.90.)

mümkün iken; bir idarî makam tarafından değil de bir mahkeme tarafından idarî para cezası verilmesi halinde, bu idarî para cezasına karşı “*itiraz etmek*” mümkündür.

Kabahatler Kanununda yer alan “*İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir*” hükmündeki “*itiraz yolu*” ile kastedilenin ne olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Kabahatler Kanunu’nun daha çok ceza mahkemeleri dikkate alınarak yazılan bu hükmünde, itiraz müessesesinin ceza mahkemeleri uygulamasında sorun yaşanmamaktadır. Ancak hukuk mahkemeleri bakımından itiraz yolunun nasıl işletileceği konusunda hüküm bulunmamaktadır.

Bize göre sulh hukuk mahkemesinin yöneticiye verdiği para cezası bakımından Kabahatler Kanunu’nun “*İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir*” hükmündeki “*itiraz yolu*” ile kastedilen kanun yolu; idarî para cezasının verildiği mahkeme kararına karşı, cezayı veren mahkemenin tabî olduğu usul kanunlarında öngörülen “*kanun yolu*” müessesesidir. Sulh hukuk mahkemesi kararları bakımından HMK’nda öngörülen kanun yolu müessesesi ise, istinaf kanun yoludur. Buradan hareketle, yöneticiye sulh hukuk mahkemesinin verdiği para cezası kararlarına karşı istinaf kanun yoluna müracaat edilmesi bu yönüyle mümkün görünmektedir.

Bu görüşümüzü, Kabahatler Kanununun “Genel Kanun Niteliği” başlıklı 3/a maddesinde, “*Bu Kanunun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde (...) uygulanır*” hükmü de desteklemektedir. Dolayısıyla diğer özel kanunlarda kanun yoluna ilişkin özel hükümlerin bulunması halinde, Kabahatler Kanununda yer alan kanun yoluna ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmadığından, burada HMK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Kabahatler Kanununa göre bir özel kanun olan HMK’nın “İstinaf Yoluna Başvurulabilen Kararlar” başlıklı 341/2 nci maddesinde ise, “*Miktar veya değeri binbeşyüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir*” hükmüne yer verilmiştir. Maddede yer alan 1.500,00 TL’nin 2024 yılı itibarıyla yeniden değerlendirilmesine göre belirlenmiş karşılığı 28.250,00 TL’dir. Buna göre miktar veya değeri 28.250,00 TL’yi geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. HMK’nın 346 ilâ 352’nci maddelerinde ise, kesin olan kararlara karşı istinaf kanun yoluna müracaat edilmesi durumunda ne yönde karar itiraz edileceği hususları açıklanmıştır. Buna göre, kesin bir karara karşı istinaf yoluna başvurulması durumunda, başvurunun (usulden) reddine karar verilmesi gerekmektedir.

HMK’ndaki yöneticiye verilecek olan cezanın 2024 yılı üst haddinin 4.195,00 TL olduğu dikkate alındığında; üst had dahi, 28.250,00 TL’nin altında kalmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, sulh hukuk mahkemesi ceza kararının kesin olduğu ve istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı, dolayısıyla 5711 sayılı Kanun’un “kesin olarak karar verilir” hükmünü kaldırmasının pratikte bir değişiklik husule getirmedeği söylenebilir.

Nitekim konuya ilişkin bir olayda, ilgili tarafından yöneticinin para cezasıyla cezalandırılması talebinde bulunulmuş¹³³; mahkeme, talebin kabulüne ve yöneticinin 400,00 TL tutarında para cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir¹³⁴. Yönetici, 400,00 TL para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin sulh hukuk mahkemesi kararının kaldırılması talebiyle istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

İstinaf başvurusunu inceleyen Bölge Adliye Mahkemesi özetle, “İlk derece mahkemesinin yöneticinin (alt hadden) 400,00 TL idarî para cezası ile cezalandırılmasına dair kısmî kabul kararının verildiği tarih itibarıyla HMK 341/2’nci maddesi gereğince dava konusu değer “400,00” TL olması nedeniyle kesin olduğu, (...) HMK 352’nci maddesi gereğince kesin olan bir karara ilişkin olması sebebiyle istinaf başvurusunun usulden reddine karar vermek gerektiği” gerekçesiyle, istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir¹³⁵.

KMK’nın 33/3’üncü maddesindeki para cezasının verilme şartları, 34/9’uncu maddesindeki şartlardan farklıdır. Ancak 34/9’uncu maddedeki miktarla aynı miktarı ihtiva eden Kanun’un 33/3’üncü maddesindeki para cezasıyla ilgili bir başka olaya burada yer verilmesi, para cezasına karşı kanun yoluna başvurma ve kanun yolu yaklaşımının tartışılması bakımından faydalı görülmüştür. Sulh hukuk mahkemesi, “davanın kısmen kabulüne, çatının su sızdırmayacak şekilde onarımı için 3 ay süre verilmesine, çatıda bulunan antenlerin kaldırılması için 1 ay süre verilmesine; kat malikleri toplantılarının iptaline ilişkin talebin reddine; defter teslimine ilişkin talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına; mahkemece verilen sürede defteri sunmayan davalıların KMK’nın 33/son maddesi uyarınca ayrı ayrı 500’er TL idarî para cezasıyla cezalandırılmasına” karar vermiştir¹³⁶.

Para cezası verilen davalılar, istinaf kanun yoluna müracaat etmişlerdir. İstinaf başvurusunu inceleyen Bölge Adliye Mahkemesi, “KMK’nın 33/son maddesi uyarınca idari para cezasının uygulanabilmesi ve mahkeme kararının varlığı ve gereğinin yerine getirilmemesi, sonra ilgilisi tarafından ayrıca istemde bulunulmasına bağlıdır. Bu cezanın uygulanabilmesi için mahkeme KMK kapsamında bir karar vermeli, bu karar kesinleşmeli, kararda belirtilen süre içerisinde ilgilisi tarafından karar gereğinin yerine getirilmemiş olması gerekir. Ara kararların yerine getirilmemesinin sonuçları HMK’nda düzenlenmiştir. Bu nedenle mahkemece istenen defterin teslim edilmemesi nedeniyle KMK’nın 33/son maddesi uyarınca idari para cezasına hükmedilmesi hatalı olmuştur” gerekçesiyle para cezalarına yönelik istinaf başvurusunu inceleyerek, cezaları kaldırmıştır¹³⁷.

Bir başka olayda da muhtelif taleplerle birlikte site yönetim kurulu üyelerinin her birine Kanun’un 34/9’uncu maddesine göre para cezası verilmesi talebiyle mahkemeye başvurulmuş,

¹³³ İlgili tarafından aynı zamanda Sulh Hukuk Mahkemesi’nden yeniden yönetici seçilmesine karar verilmesi talebinde de bulunulmuştur. Ancak çalışma konumuzun para cezası olması nedeniyle, yeniden yönetici seçilmesine ilişkin kısım çalışma metnine alınmamıştır.

¹³⁴ Karasu Sulh Hukuk Mahkemesi, 09.05.2017, E.2015/445, K.2017/200 (UYAP Sistemi).

¹³⁵ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 35.HD., 11.12.2018, E.2017/2182, K.2018/1895 (UYAP Sistemi).

¹³⁶ Yalova Sulh Hukuk Mahkemesi, 24.05.2018, E.2015/1353, K.2018/714, (UYAP Sistemi).

¹³⁷ Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4.HD., 06.03.2019, E.2018/1463, K.2019/400, (UYAP Sistemi).

mahkeme para cezası yönünden talebin reddine karar vermiştir¹³⁸. Para cezasıyla cezalandırma talebinin reddi yönünden katılma yoluyla istinaf başvurusunda bulunan davacıların başvurusu hakkında Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesi karar tarihinden sonra davacının bağımsız bölümü sattığı, bu nedenle bağımsız bölümü devralan kişi bakımından taraf teşkilinin sağlanarak işlemlerin buna göre yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle istinaf başvuruları kaldırılarak dosyanın mahkemesine iadesine karar verilmiştir¹³⁹. Bu kararda para cezasına ilişkin bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, istinaf başvurusunun (kamu düzeni bakımından kabulüyle) para cezası verilmesi talebinin reddi yönünden mahkeme kararının usulen kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

Biz, 34/9’uncu maddeye ilişkin para cezaları kararlarının istinaf kanun yoluna tabi olduğu kanaatindeyiz. Bu bakımdan yukarıda yer verilen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararına iştirak etmemekteyiz. Zira mahkeme kararlarının istinafa tâbi olup olmadığı, malvarlığına ilişkin ve malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından, ilk derece mahkemesinin her tür nihaî kararına karşı istinafa başvurulması mümkündür¹⁴⁰.

Diğer bir ifadeyle 28.250,00 TL’nin altında kalma nedeniyle kesin olan kararlar, malvarlığı davalarına ilişkin kararlardır¹⁴¹. Malvarlığına ilişkin davalarda verilen nihaî kararlar bakımından değere bağlı istinaf sistemi söz konusudur¹⁴². Malvarlığı davası niteliğinde olmayan davalar bakımından söz konusu kesinlik sınırı uygulanmayacaktır; kezâ çekişmesiz yargı işlerinde de böyle bir sınır söz konusu değildir¹⁴³. Bu noktada, “*bilgi asmama kabahati nedeniyle yöneticinin cezalandırılması kararı, bir malvarlığı davasına ilişkin karar mıdır?*” sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Malvarlığı davaları ifadesiyle, “menkul mallar, gayrimenkul mallar ve alacaklarla ilgili her türlü malvarlığı hukukuna ilişkin, yani konusu para olan veya para ile ölçülebilen şey olan davalar” kastedilmektedir¹⁴⁴. Bilgi asmama kabahati nedeniyle para cezası verilmesi meselesi taraflara ilişkin bir alacak davası, taraflara ilişkin bir taşınır mal davası yahut da taraflara ilişkin bir taşınmaz mal davası değildir. Diğer bir ifadeyle bilgi asmama kabahatinin cezalandırılması taraflar arasındaki bir malvarlığı davası niteliğinde olmadığından, bilgi asmama kabahati

¹³⁸ Gazipaşa Sulh Hukuk Mahkemesi, 06.10.2020, E.2020/23, K.2020/370 (UYAP Sistemi).

¹³⁹ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6.HD., 18.10.2022, E.2021/1150, K.2022/1889 (UYAP Sistemi).

¹⁴⁰ Atalı, Murat. *Medenî Usul Hukuku*, (Edit. Tolga Akkaya), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011, s.176.

¹⁴¹ Gültekin, Fatih. *5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında İş Yargısı*, Uludağ Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2017, s.163.

¹⁴² Deren Yıldırım, Nevhis. “İstinafa Başvuru Şartları”, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf*, Türk Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği 15. Toplantısı (Sempozyum, 6-7 Ekim 2017), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2018, s.21.

¹⁴³ Albayrak, Adem. *Avukatlar İçin Sorularla Hukukta İstinaf El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.17.

¹⁴⁴ Katayıfçı, Derya Ece, *Yargı Kararları Işığında Medenî Usul Hukukunda İstinaf*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.72-73. Görgün, L. Şanal / Börü, Levent / Kodakoğlu, Mehmet, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.143. Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.591. Arslan, Cihat / Albayrak, Adem, *Hukukta İstinaf Uygulaması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.43.

nedeniyle verilen para cezası kararına ya da cezalandırılma talebinin reddine yönelik kararlara karşı da istinaf kanun yoluna müracaat edilebileceği değerlendirilmektedir.

Ayrıca para cezası kararının malvarlığı davası gibi değerlendirilerek miktarın kanun yolu sınırının altında kaldığından bahisle kanun yolu denetiminin yapılmamasının, Kabahatler Kanunu'nun mahkemece verilen para cezalarına karşı “*ancak itiraz yoluna gidilebilir*” şeklindeki hükmüne aykırı şekilde cezayı veren merci dışında başka bir merci tarafından cezanın incelenmemesi sonucunu ortaya çıkaracağı; bu nedenle yöneticiye verilen para cezasının HMK hükümlerine göre istinaf kanun yoluna tabi olduğu değerlendirilmektedir.

Son olarak şu hususu da vurgulamak gerekir ki; yöneticiye verilen para cezaları hakkındaki kararlara ilişkin istinaf kanun yolunda verilen kararlar ise, kesin olup, bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamayacaktır¹⁴⁵.

SONUÇ

Uygulamada dikkat edilmeyen yöneticinin bilgi asma yükümlülüğü bu çalışmada ele alınmıştır. Pek çok apartmanda ve sitede yöneticinin isim, soyisim, ev ve iş adresi bilgileri ya hiç asılmamıştır ya da nizamî şekilde asılmamıştır. Kapıya, kapının bir kenarına genellikle apartman ya da site görevlisinin telefon numarası yazılmakta; güvenlik varsa iletişim güvenlik aracılığıyla sağlanmakta, yöneticiyle ilgili herhangi bir bilgiye girişte yer verilmemekte; kimi zaman da yöneticinin sadece telefon numarası girişe yazılmakta; neticede kanunda öngörülen bilgi asma yükümlülüğü pek çok toplu yapıda yerine getirilmemektedir.

Kanun koyucu, bu durumu kamu düzeniyle ilgili bir mecburiyet olarak düzenlemiş, bu mecburiyete uymama davranışını da bir kabahat olarak tanzim etmiş ve bu hareketin para cezasıyla cezalandırılmasını öngörmüştür. Bu çerçevede çalışmada apartman ve site yöneticisinin yahut yönetim kurulu üyelerinin, yönetim görevinin bir parçası olarak üstlendikleri bilgileri asma yükümlülükleri ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak olan müeyyide incelenmiştir.

Bu inceleme kapsamında kat mülkiyeti müessesesinin pozitif hukuka girişine, yönetici kavramına, yöneticinin veya yönetim kurulunun isim - adres bilgilerini asma mecburiyetine, hangi bilgilerin asılacağı meselesine, bilgi asma mecburiyetinin ne zaman başlayacağı meselesine, bilgileri asma şekline, bilgileri asma yükümlülüğünü yerine getirmemenin müeyyidesinin ne olduğuna, para cezasının ihdas edildiği tarihten bugüne değin geçirdiği değişim sürecine, para cezasının hukukî niteliğine ve bu cezanın Kabahatler Kanunuyla irtibatına, ceza tayininde para cezası miktarının ne olacağı meselesine, sulh hukuk mahkemesine başvuruya ve başvurunun talep ve ihbar niteliğine, sulh hukuk mahkemesine kimin başvuracağı meselesine, incelemenin nasıl yapılacağına, cezanın verilmesine, cezanın

¹⁴⁵ Gözütok, Zeki, *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Başvuru ve Uygulama Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.238.

tebliğine ve cezaya karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağına yer verilmiş; bu hususlar bakımından konu ele alınmıştır.

Çalışmada bilinçli olarak cezanın ödenmesi, tahsili, takibi, zamanaşımı konularına ve yönetim ve yöneticiyle ilgili bazı teknik konulara yer verilmemiş; bu konuların başlı başına ayrı çalışmalarda ele alınması gerektiği değerlendirilmiştir.

Yapılan incelemede, tatbikatta pek riayet edilmeyen bilgi asma yükümlülüğünün esasında kamu düzeniyle ilgili bir yükümlülük olduğu, bu nedenle kanun koyucunun bilgi asmama davranışının cezalandırılmasını öngördüğü görülmüştür. Toplu yaşamada önemli fonksiyonlar üstlenen yöneticinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, özel bir yargılama usulüyle konunun incelenerek, şayet bilgi asmama yükümlülüğüne uyulmazsa yöneticinin hukuk mahkemesi kararıyla para cezasıyla cezalandırılması gerekmektedir.

Bilgi asmama hareketi teknik olarak kabahat şeklinde düzenlenmiştir. Bu hareketin müeyyidesi de yine teknik olarak idarî ceza olarak düzenlenmiştir. Buradaki idarî para cezası, hukuk mahkemesi tarafından verilmektedir. Hukuk mahkemesi tarafından verilen cezaya ilişkin kararların da istinaf kanun yoluna tabi olduğu, iş bölümüne göre KMK'dan kaynaklı uyuşmazlıkların kanun yolu incelemesini yapma işinin tevdi edildiği bölge adliye mahkemesi dairesi tarafından kanun yolu incelemesinin yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin. “İdari Para Cezası ve İdari Para Cezasının Belirlenmesi”, *Çatalhöyük Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S.9, 2022, s. 87-99.

Akipek, Jale G.. *Türk Eşya Hukuku – İkinci Kitap: Mülkiyet*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1973.

Albayrak, Adem. *Avukatlar İçin Sorularla Hukukta İstinaf El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Apaydın, Cengiz. *Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Arcak, Ali. *Değişik ve Yeni Hükümleriyle Kat Mülkiyeti*, Olgaç Basımevi, Ankara, 1983.

Arpacı, Abdülkadir. *Apartman Yönetim Kılavuzu: Kat Malikleri ve Apartman Yöneticilerinin El Kitabı*, Temel Yayınları, İstanbul, 1997.

Arsan, Cihat / Albayrak, Adem. *Hukukta İstinaf Uygulaması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Arsan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Atalı, Murat. *Medenî Usul Hukuku*, (Edit. Tolga Akkaya), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011.

Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku – II (Mülkiyet)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Baysal, Mustafa / Teke, Ethem. *Apartman ve Site Yönetimi El Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Apartman Rehberi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

Birik, Melih / Aksoyak, Ömer Devrim / Çalışkan, Özlem. “Modern Mahallenin Öğrettikleri: Açık Geçirgen Mahalle Birimi”, *İstanbul 1. Konut Kurultayı Bildiriler Kitabı*, Yıldız Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2018, s.490-519.

Cnn Türk. “İzmir’de Ekmek Fiyatları Zamlandı”, <https://www.cnnturk.com/ekonomi/genel/izmirde-ekmek-fiyatları-zamlandı#:~:text=Girdilere%20gelen%20art%C4%B1%C5%9Flar%20kar%C5%9F%C4%B1s%C4%B1nda%20f%C4%B1r%C4%B1nc%C4%B1,YKr’ye%20y%C3%BCk%20se%20tilmi%C5%9Ftir%22%20dedi., E.T.06.02.2024.>

Çakır, Feridun. *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Çınar, Ali Rıza. “Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, S.118, Haziran 2016, s.32.

Çolak, Halûk / Altun, Uğurtan. “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, *TBB Dergisi*, S.69, 2007, s.241-337.

Dağlı, Mutlu Can. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tebligat*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2020.

Delikaya, Ömer. *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Deren Yıldırım, Nevhis. “İstinafa Başvuru Şartları”, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf*, Türk Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği 15. Toplantısı (Sempozyum, 6-7 Ekim 2017), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2018.

Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda. “Kat Mülkiyeti Kanununun 34. Maddesine Göre Yöneticinin Atanması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2021, s.1905-1918.

- Dünya Gazetesi. “Ankara’da Ekmeğe Zam”, <https://www.dunya.com/ekonomi/ankarada-ekmege-zam-haberi-724875#:~:text=Ankara%20se%C3%A7im%20sonras%C4%B1nda%20ertelenen,tan%20itibaren%2010%20lira%20olacak.>, 23.05.2023.
- Ekinci, Murat. “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdarî Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S.3, Yıl 2017, s.19-54.
- Evliya, Fehmi. “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Görüşmelerinde Yapılan Konuşma”, *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 37, 1965.
- Faiz Büyükçam, Serap. “Türk Evinden Apartmana Türkiye’de Konut Olgusu; 1950-1980 Dönemi İstanbul Apartmanları”, *Dicle Üniversitesi 1. Uluslararası Mimarlık Sempozyumu (4-6 Ekim 2018) Bildiriler Kitabı*, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır, 2018, s.64-78.
- Germeç, Mahir Ersin / Tanrıverdi, Ezgi. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- Gişi, Selçuk. “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.1, 2017, s.129-152.
- Gökalp, Mete / Gökalp, Şerafettin. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Gökalp, Şerafettin. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Görgün, L. Şanal / Börü, Levent / Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Gözütok, Zeki. *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Başvuru ve Uygulama Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Gültekin Diken, Nil Melek. *Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk*, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- Gültekin, Fatih. *5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında İş Yargısı*, Uludağ Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2017.

Gürler, Cemalettin. *Apartman ve Site Yöneticisinin El Kitabı*, Yenimahalle Belediyesi Yayınları, Ankara, 2016.

Habertürk. “63 Yılda Ekmek Fiyatı Ne Oldu?”, <https://www.haberturk.com/galeri/ekonomi/424434-63-yilda-ekmek-fiyati-ne-oldu/1/44>, E.T.06.02.2024.

İlgen, G. Aylin. *Apartman ve Site Yönetimi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

İlgezdi, Ali Rıza. *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023

İnal, Nihat. *Apartman, Site, Toplu Konut, Devremülk Yönetimi*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Kal, Halil. *Kat Mülkiyeti Hukukunda Hâkimin Müdahalesi*, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

Karahacıoğlu, Ali Haydar / Velioğlu, Ahmet. *Açıklamalı ve İçtihatlı Kat Mülkiyeti*, Adalet Yayınevi, Ankara, 1999.

Karahasan, Mustafa Reşit. *Kat Mülkiyeti Hukuku - C. II*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Karahasan, Mustafa Reşit. *Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku - C. III*, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.

Karakehya, Hakan. “Ceza Hukukunda Doğrudan Kast”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S.1, 2007, s.117-138.

Karaşen, Yağmur Ünsal. *Kat Mülkiyeti Uyuşmazlıkları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.

Katayıfçı, Derya Ece. *Yargı Kararları Işığında Medenî Usul Hukukunda İstinaf*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Kayaduman, Fatih. *Kat Mülkiyeti Hukuku Kapsamında Yönetim*, İstanbul Kültür Üniversitesi LEE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022.

Kendirlioğlu, Çağrı. *Toplu Yapılarda Yönetim*, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

Kotaman, Murat. “Yıllara Göre Ekmek Fiyatları Analizi”, <https://www.kotaman.com/yillara-gore-ekmek-gramaji-ve-fiyatlari/>, E.T.04.02.2023.

Kurak, Necat. *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

- Odyakmaz, A. Nevzad. *Açıklamalı - İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve Devre Mülk Hakkı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.
- Oğurlu, Yücel. *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer. *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.
- Onay, Mehmet Furkan. *Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Organ, İbrahim / Baran, Tülay. “İdarî ve Adlî Para Cezalarının Karşılaştırılması”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İİBF Dergisi*, C.13, S.4, Yıl 2020, s.792-808.
- Otacı, Cengiz / Korkut, Levent. *Türk Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Önal, Ali. “Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukukî Niteliği”, *Public and Private International Law Bulletin*, V.3, I.2, 2017, s.576-610.
- Özcan, Zeynep. “Kat Malikleri Kurulu ve Yönetim”, <https://avys.omu.edu.tr/storage/app/public/zeynep.ozcan/72635/KAT%20MAL%C4%B0KLER%C4%B0%20KURULU%20VE%20Y%C3%96NET%C4%B0M.pdf>, E.T.27.01.2024.
- Özdemir, Selman. “Kat Mülkiyeti Müessesesinin Doğuşu”, *Mahallî İdareler Dergisi*, C.86, S.220, 2020 Şubat, s.72-75.
- Özen, Mustafa. *İdarî Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Özgenç, İzzet. “Suçun Yapısal Unsurları”, *Ceza Hukukuna Giriş*, (Editörler İzzet Özgenç, İlhan Üzülmüş), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2012.
- Özkan, Batuhan. *Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Olarak Üstlenilmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Özmen, E. Sabâ / Yılmaz, Zeynep. “Kat Mülkiyeti Oluşumunda Motorlu Taşıt Edinimi Engellerine Dayalı Eleştiriler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2021, s.613-634.
- Özmen, E. Sabâ. *Kat İrtifakı*, Yaklaşım Yayınları, İstanbul, 1997.
- Pehlivan, Ali. *Kabahatler Hukukunun Genel Esasları*, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

Pulat Gökmen, Gülçin. “Türkiye’de Apartmanlaşma Süreci ve Konut Kültürü”, *TMMOB Mimarlar Odası Adana Şubesi Güney Mimarlık Dergisi*, C.5, Eylül 2011, s.12-17.

Rezaki, Sait / Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti ve Devre Mülk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

Ruhi, Ahmet Cemal / Günay, Erhan / Aydemir, Efrail / Dinç, Mutlu / Bahadır, Çilem / Germeç, Mahir Ersin / Narçin, Zelal / Süer, Gülçin Şeref / Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru / Uçakhan Güleç, Sema. *Hukuk Davaları – Cilt:2 Sulh Hukuk – Kadastro Mahkemesi Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Saruhan, Haluk. *Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikler*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2017.

Sevinç, Hüseyin. “Değişim ve Kurumsal Yapılandırma Süreci: Merkezî Hükümet Teşkilâtı Araştırma Projesi (MEHTAP)”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.7, S.35, 2014, s.730-747.

Tan, Turgut. *Plânlamanın Hukukî Düzeni*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1976.

TBMM. “26.07.1963 tarih ve 71 - 2064/3685 Sayılı Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Yazısı Eki Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Gerekçesi”, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c036/mm__01036062ss0524.pdf, E.T.05.06.2019.

TBMM. “765 sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Ek Maddeler İlave Edilmesine, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve 10 Haziran 1949 Tarihli 5435 sayılı Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Genel Gerekçesi”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c018/tbmm18018036ss0132.pdf>, E.T.04.02.2024.

TBMM. “Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu’nun 04.05.1965 Tarih ve 128 Sayılı Kararı”, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t04/c029/cs__04029102ss0623.pdf, E.T.05.05.2019.

TBMM. “Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı ile Kırşehir Milletvekili Ahmet Bilgin ve 8 Arkadaşının ve Afyon Karahisar Milletvekili Asım Yılmaz’ın Kat Mülkiyeti Kanunu Teklifleri”, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c036/mm__01036062ss0524.pdf, E.T.30.01.2024.

TBMM. “Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c004/tbmm23004019ss0035.pdf>, 04.02.2024.

TBMM. “Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Hakkındaki Adalet Komisyonu Raporu”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c004/tbmm23004019ss0035.pdf>, 04.02.2024.

TBMM. “Millet Meclisi Adalet Komisyonu Değiştirilişi”, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c036/mm__01036062ss0524.pdf, E.T.30.01.2024.

Tekdoğan, Aydın. *Sulh Hukuk Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Tekinel, İsmail Hakkı. “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Görüşmelerinde Yapılan Konuşma”, *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, C.37, 1965.

TODAİE. *Merkezî Hükümet Teşkilâtı Araştırma Projesi Raporu*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1966.

Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.

Türk Dil Kurumu. “Çerçeve”, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.30.01.2024.

Türkmen Ahmet / Keçecioğlu, Burak. “Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s.859-911.

Uğur, Hüsamettin. “Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdarî Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması”, *TBB Dergisi*, S.85, 2009, s.189-219.

Ulusoy, Ali D.. *İdarî Yaptırımlar*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Uslu, Abdüssamet. *Kat İrtifakı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Ülker, Reşit. “Kat Mülkiyeti Kanun Tasarısı Görüşmelerinde Yapılan Konuşma”, *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 37, 1965.

Üner Er, Berna Canan. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Erciyes Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2018.

www.resmigazete.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

Yargı Kararları: UYAP Sistemi.

Yalçın, Ayhan. *634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu*, Geçit Kitabevi, İstanbul, 2008.

Yalın, Şeyda Şanlı. “Yeni HMK.’ya Göre Ön İnceleme”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2017, s.33-54.

Yeşil, İsmail. *Ceza Hukuku Genel İlkelerinin İdarî Cezalara Uygulanabilirliği*, Ankara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Yıldırım, Neslihan. *Kat Mülkiyeti Kanunundaki Yeni Düzenlemeler*, İstanbul Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, TBB Yayınları, Ankara, 2016.

Hukuk Yargılamasında Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adli Yardımdan Yararlanması Meselesi

Hakan ERZEYBEK^{1*} 

¹ Yargıtay Başkanlığı, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 14.10.2024

Kabul: 11.12.2024

Yayın: 15.12.2024

Anahtar Kelimeleri:

Adli Yardım, Tüzel Kişi, Kamuya Yararlı Dernek ve Vakıflar, Şirketler.

ÖZET

Özel hukuktan kaynaklı uyuşmazlıklarının çözümünde, devletin adalet hizmetlerinden yararlanabilmesi, bir kısım yargılama giderlerinin ödenmesine bağlıdır. Bu durum, ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişilerin yargısal makamlara müracaatlarının önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır. Adli yardım kurumu ile ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişilere yargısal makamlar nezdinde iddia veya savunmalarını gerçekleştirebilmeleri için ödemeleri gereken yargılama giderlerinden geçici olarak muafiyet tanınmaktadır. Adli yardım kurumunun önemi dikkate alındığında, adli yardımdan yararlanabilecek kişilerin belirlenmesi de ayrı bir öneme sahiptir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 334/II'de kamuya yararlı dernekler ve vakıflar haricindeki özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, düzenlemenin kapsamı dışında kalan özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı meselesinde öğretide ve uygulamada farklı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nce özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım hükümlerinden yararlanmasını kategorik olarak sınırlandıran düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının yansımaları, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler, bilimsel ve yargısal içtihatlar ışığında medenî usûl hukuku açısından özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanması meselesi üzerinde tespit ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

The Issue of Benefiting from Legal Aid for Private Law Legal Entities in Civil Proceedings

Article Info

Article History

Received: 14.10.2024

Accepted: 11.12.2024

Published: 15.12.2024

Keywords:

Legal Aid, Legal Person, Public Benefit Association and Foundation, Corporation.

ABSTRACT

In the settlement of disputes arising from private law, the ability to benefit from the state's justice services depends on the payment of some judicial expenses. This situation constitutes a serious obstacle to the application of persons who do not have economic sufficiency to judicial authorities. With the institution of judicial assistance, persons who do not have economic sufficiency are temporarily exempted from the judicial expenses they have to pay in order to make their claims or defences before the judicial authorities. Considering the importance of the legal aid institution, the determination of the persons who can benefit from legal aid is of particular importance. Article 334/II of the Code of Civil Procedure does not clearly regulate whether private law legal entities other than public benefit associations and foundations may benefit from the provisions on judicial



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

assistance. This situation has brought about different discussions in the doctrine and practice on the issue of whether private law legal entities outside the scope of the regulation can benefit from the legal aid provisions. As a matter of fact, the Constitutional Court decided that the regulation categorically limiting the benefit of private law legal entities from the provisions on legal aid is unconstitutional and should be cancelled. In our study, in the light of the reflections of the annulment decision of the Constitutional Court, the regulations in comparative law, scientific and judicial jurisprudence, we make determinations and evaluations on the issue of private law legal entities benefiting from legal aid in terms of civil procedural law.

To cite this article:

Erzeybek, H. (2024). “Hukuk Yargılamasında Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adli Yardımdan Yararlanması Meselesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 697-719. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.137>

*Sorumlu Yazar: Hakan Erzeybek, h.erzeybek@gmail.com.

GİRİŞ

Adalet hizmetinin ücretsiz olarak verilmesi asıldır. Ancak, özel hukuktan kaynaklanan uyumsuzluklarda, devletin adalet hizmetlerinden yararlanabilmek için bir kısım yargılama giderlerinin ödenmesi gereklidir. Bu durum, ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişilerin yargısal makamlara müracaatlarında ciddi bir engel oluşturmaktadır. Yargısal makamlara müracaatlarda ekonomik engellerin kaldırılması için adli yardım kurumu kabul edilmiştir¹.

Adli yardım kurumunun önemi dikkate alındığında, adli yardımdan yararlanabilecek kişilerin tespiti de ayrı bir önem arz etmektedir. HMK m. 334/II’de kamuya yararlı dernekler ve vakıfların adli yardımdan yararlanabilmesi öngörülmüş ancak diğer tüzel kişiler açısından açık bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanmasını kısıtlayan bir yaklaşıma sebep olmuş ve farklı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM)’nce, somut norm denetimi sonucunda, HMK m. 334/II’ de yer alan düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir².

Çalışmamızda, medenî usûl hukuku açısından özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanması meselesi ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle, adli yardımın kavramsal boyutu,

¹Hukukumuzda adli yardım ilk olarak, Cumhuriyet öncesi dönemde düzenlenmiş, Cumhuriyet sonrası dönemde ise Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’ nun müzaheretli adliye başlıklı beşinci babıyla hukuk yargılaması açısından temel düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, 3499 s. Kanun’da da ilk kez adli yardım bürolarının oluşumu ve işleyişine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Günümüzde hukuk yargılaması açısından adli yardıma ilişkin en temel düzenleme ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)’nda yer almaktadır (HMK, m. 85/I-a, 334 ilâ 340, 392/I). Yine, 1136 s. Avukatlık Kanunu (AvK), İcra ve İflâs Kanunu (İİK), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK), Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği’nde de adli yardıma ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bkz. Akkan, Mine/ Kazmaz Tepe, Büşra. “Medenî Usul Hukukunda Yargılamaya Genel Bakış ve İlkeler Konusundaki Gelişim”, Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usul Ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim Ve Değişim Süreci (Editör: Hakan, Pekcanitez/Muhammet, Özkes), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 482, Kılınç, Ayşe. *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 30, (Kılınç, Adli Yardım).

²AYM, 24.09.2024 t. 2024/78 E., 2024/164 K., RG. 21.11.2024, S. 32729.

anayasal temelleri ve hukuk yargılamasında adli yardımdan yararlanabilecek kişiler üzerinde durulmuştur. Daha sonra, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler, Türk hukuk öğretisinde yer alan tartışmalar ve Yargıtay uygulamaları incelenmiştir. Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve AYM'nin bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar ele alınmış, HMK m 334/II hükmünün iptaline ilişkin 24.09.2024 tarihli AYM kararının yansımaları üzerinde durulmuştur. Hukukî soruna ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunularak, kuralın iptali sonrası yapılması muhtemel yasal düzenlemeye ilişkin öneriler ile çalışmamız sona erdirilmiştir.

I. ADLİ YARDIM KAVRAMI VE ANAYASAL TEMELLERİ

A. Adli Yardım Kavramı

Kişilerin, hukukî himaye talepleri ile birlikte bir kısım yargısal masraflar da yapmaları gerekir³. Bu masrafların karşılanması, bazı durumlarda hukukî himaye talep eden kişinin malî imkânlarını aşabileceğinden ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişilerin haklarını kaybetme tehlikesi gündeme gelebilir⁴. Ödeme gücünden yoksunluk sebebiyle bir hakkın kaybolması, sosyal adalet anlayışına uygun düşmeyeceği gibi, adalete erişim hakkının da kısıtlanmasına yol açar⁵. Söz konusu durum, Devletin temel nitelikleri arasında düzenlenen sosyal devlet ilkesi ile hukuk devleti ilkesini zedeler (Anayasa⁶, m. 2). Bu bağlamda, adli yardım kurumu, ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişilerin adalete erişiminin sağlanmasında önemli bir işleve sahiptir⁷.

Adli yardım, ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişilere, yargısal makamlar nezdinde eşit bir şekilde iddia veya savunmalarını⁸ gerçekleştirebilmeleri için ödenmesi gerekli yargılama

³Topak, Süleyman. “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adli Yardımdan Yararlanması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 19, Y. 2024, s. 15–35, s. 18-19; Damla Aydın, Ferda Selika. *Medenî Usul Hukukunda Adli Yardım*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2023, s. 1.

⁴Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder. *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 727; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medenî Usul Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 857; Kılınç, Ayşe. “Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım”, *Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2011, s. 1-10, s. 2 (Kılınç, İnsan Hakkı); Özaykut, Salih/Beleş, Mehmet. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1268-1269; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin. *Medenî Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 691; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 356; Yılmaztekin, Ahmet Ertan. “Hukuk Muhakemesinde Adli Yardım”, *TBB*, S. 170, Y. 2024, s. 173–222, s. 175. Kılınç, Adli Yardım, s. 7.

⁵Gogolin, Marco. *Die deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, s. 24–25; Budak/Karaaslan, s. 357; Kılınç, Adli Yardım, s. 7; Yılmaztekin, s. 175; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 691; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 727.

⁶R.G. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

⁷Cirese, Vania/Kappa, Francesca. “Defense and Human Rights in Fair Trial (For the Defendant)”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.10, S. 99, Şubat, 2018, s. 21-22, s. 22; Özbek, Mustafa Serdar. *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 198; Küçük, Alper Tunga/Tahiroğlu, Fatih. “Tüzel Kişilerin Adli Yardımdan Yararlanıp Yararlanamayacağı Üzerine Düşünceler”, *SÜHFD*, C. 12, S. 1, Y. 2024, s. 253–282, s. 255; Karaköse, Osman/Demir, Ömer Faruk. “Ticaret Şirketlerinin Adli Yardım Taleplerine İlişkin Değerlendirmeler”, *SDÜHFD*, C. 14, S. 1, Y. 2024, s. 699–736, s. 699; Topak, s. 18 vd.

⁸Hakem yargılamasında, adli yardımdan yararlanılamaz. Bkz. Akbal, Mehmet. “Medenî Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, *TBB*, S. 93, Y. 2011, s. 147-173, s. 152; Taşkın, Âlim. “Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alma Zamanı”, *TBB*, S. 3, Y. 1999, s. 831–854, s. 838-839, (Taşkın, Adli Yardım).

giderlerinden muafiyet tanınması veya ücretsiz hukukî yardım sağlanması olarak tanımlanmaktadır⁹.

B. Adli Yardımın Anayasal Temelleri

1. Adli Yardımın Adil Yargılanma Hakkı ve Hak Arama Hürriyeti ile İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile teminat altına alınan insan hakları kavramının ana gayesi, insan varlığını ve onurunu korumaktır¹⁰. Adil yargılanma hakkı, insan varlığı ve onurunun belki de en önemli ve ayrılmaz parçasıdır. Adil yargılanma hakkı, AİHS m. 6 ve Anayasa m. 36 ile teminat altına alınmıştır. Kişilerin makûl sürede, alenî ve hakkaniyete uygun şekilde yargılama yapılmasını isteyebilmesi, adil yargılanma hakkının bir gereğidir¹¹.

Adil yargılanma hakkı, birden çok ilkeyi kapsayan bütünü ifade etmektedir¹². Kişilere hak arama hürriyetinin tanınması, bu ilkelerden biri olup, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsurudur. Herkes, yargılama yetkisini elinde bulunduran devlete başvuru yaparak, hakkının korunmasını talep edebilir¹³. AİHS m. 6 gereği, kişilerin hak aramasını kolaylaştıracak tedbirleri alma ve yargısal makamlara erişebilmelerini engelleyen sebepleri ortadan kaldırma, sözleşmeye taraf devletler açısından yükümlülüktür¹⁴. Hak arama hürriyetinin sağlanabilmesi için kişilerin yargısal makamlara başvurularında herhangi bir engelle karşılaşmamaları gerekir. Bununla birlikte, iç hukuk sistemlerinde, devletin yargılama makamlarına yapılan başvurularda, kişilerin bir kısım yargılama

⁹Belgesay, Mustafa Reşit. *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi – I Teoriler*, 3. Baskı, Duygu Matbaası, İstanbul, 1948, s. 282; Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981, s. 658; Muşul, Timuçin. *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 288; Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku C.I-II*, 6. Baskı, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1997, s. 765-766; Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 690; Süzen, Begüm. “Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hâllerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 29, S. 2/Özel Sayı, Aralık, 2023, s. 1490–1520, s. 1510-1511; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 727; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 857; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 691; Kılınç, Adli Yardım, s. 8; Topak, s. 19; Adli yardım, idarî yargı ve ceza yargısında da mevcuttur. Bkz., Yılmaz, Ejder. “Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması”, *Mali Hukuk Dergisi*, S. 1987/7, s. 12–23, s. 16.

¹⁰Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara, 2009, s. 6, (Özekes, Temel Haklar) ; Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 43, (Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı) ; Kılınç, Adli Yardım, s. 124; Topak, s. 20; Budak/Karaaslan, s. 357; Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı konusunda bkz. Tunç, Hasan/Bilir, Faruk/Yavuz, Bülent. *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 89-90; Özer, Atilla. *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*, Geliştirilmiş 2. Bası, Ankara, 2005, s. 8-9.

¹¹Tanrıver, Süha. “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB D*, S. 53, Y. 2004, s. 191–215, s. 213 vd, (Tanrıver, Adil Yargılanma); Göksu, Mustafa. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tadili İhtiyacı ve Bu konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, *TAAD*, S. 32., Y. 2017, s. 61-93, s. 69; Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 56.

¹²Tanrıver, Süha. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB D*, S. 2012/99, s. 15–34, s. 17, (Tanrıver, Revizyon).

¹³Adil yargılanma hakkının yansıması olarak yargılama hukukuna hâkim olan ilkeler, yargılamanın güvenli bir şekilde yürütülmesinin teminatını oluşturur. Bkz. Ermenek, İbrahim. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar” *MİHDER*, 9 (26), s. 3–55, s. 26, (Ermenek, Bireysel Başvuru).

¹⁴Özbek, Mustafa Serdar. “Sosyal Devletin Gereği, Adalet Erişim”, *MİHDER*, 2006/2, s. 907-927, s. 907, Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 56; Kılınç, Adli Yardım, s. 130; Ermenek, Bireysel Başvuru, s. 46.

giderlerine katkıda bulunması gibi bazı şartlar da aranmıştır. Kişi, yargılama giderlerini karşılama açısından ekonomik yeterliliğe sahip değilse, hakkını aramaktan vazgeçebilir. İşte, kişilere adli yardım imkânının tanınması ile hak arama hürriyeti güvence altına alınarak, bu gibi sakıncalı durumların önüne geçilmiş olmaktadır¹⁵.

Hak arama hürriyeti gereği, ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişiler açısından hakkın kullanılmasını engelleyen veya zorlaştıran malî engeller, adli yardım kurumu sayesinde ortadan kaldırılmaktadır¹⁶. Adli yardım kurumu vasıtasıyla, kişilerin hak arama hürriyetinin yolu açılmış olup, ekonomik gücü zayıf kimselerin yargısal makamlara erişebilmelerine imkân sağlanmıştır¹⁷.

2. Adli Yardımın Adalet Erişim Hakkı ile İlişkisi

Adalet erişim hakkı, hak arayanların yargılama makamlarına ulaşmasının yasal düzenlemeler, yorumlar ve uygulamalar ile zorlaştırılmamasını veya imkânsız hâle getirilmemesini ifade eder¹⁸. Adalet erişim kavramı, geçmişte sadece mahkemelere erişim hakkı olarak anlaşıırken, günümüzde daha geniş şekilde yorumlanmaktadır¹⁹. Avukat yardımından yararlanma, arabuluculuk talebi, dava açma ve cebrî icraya başvurma, hakeme müracaat gibi hukukî talep, başvuru ve yardım imkânlarının bulunması, adalet erişim hakkının bir gereğidir.

Yargısal masrafların yoğunluğu, gerçek hak sahibi kişilerin hak arayışlarının önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır. Adli yardım, adalet erişim hakkının sağlanması açısından hukuk devletinde bulunması zorunlu bir kurumdur²⁰. İddia veya savunmalarını yerine getirebilmeleri için gerekli yargılama giderlerini karşılama açısından ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişilere, hukukî mekanizmaları harekete geçirebilme imkânı verilmelidir²¹. Zira kişilerin adalet erişimini hızlandıran ve kolaylaştıran tedbirlerin devletçe alınması zorunludur²². Bu durum, adli yardım kurumunun daha işlevsel hâle getirilmesi ile mümkündür²³.

Adli yardım kurumunun adalet erişim hakkı açısından farklı bir fonksiyonu da bulunmaktadır. Yargısal masrafların tamamen kaldırılması ya da azaltılması, kişilerin yargısal

¹⁵Akyol Aslan, Leyla. “Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması – (HUAK m. 13/III)”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, Y. 2018, s. 79-134, s. 81.

¹⁶Kılınç, Adli Yardım, s. 129 vd.; Topak, s. 22.

¹⁷Akbal, s. 150; Kılınç, Adli Yardım, s. 129; Topak, s. 22.

¹⁸Ermenek, İbrahim. *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 43, (Ermenek, Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması); Kılınç, Adli Yardım, s. 153; Topak, s. 23.

¹⁹Özdemir, İrem. *Medenî Yargılama Hukukunda Adalet Erişim*, Ankara, 2010, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 22.

²⁰Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, 219; Hukuk devleti, hukukî güven ortamını sağlayan, hukuka uygun davranan ve adil yargılanma hakkına riayet eden devlet sistemini ifade eder. Bkz. Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2005, s. 113; Tunç/Bilir/Yavuz, s. 80 – 81; Boran Güneysu, Nilüfer. “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *GÜHFD*, C. 20, S. 4, Y. 2016, s. 25–60, s. 33; Özkes, Temel Haklar, s. 125 vd.

²¹Kılınç, Adli Yardım, s. 152; Özdemir, s. 61; Karaköse/Demir, s. 706.

²²Akkan, Mine. “Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukukî Korunma”, *MİHDER*, Y. 2007, s. 29–68, s. 31; Özbek, s. 912 - 913; Kılınç, Adli Yardım, s. 152; Özdemir, s. 62; Topak, s. 23.

²³Bu konuda bkz. HMK’nın Genel Hükümet Gerekçesi.

mercilere çok daha rahat ve hızlı bir şekilde erişebilmesine imkân tanırken, yargısal mercilerin iş yükünü artırması sonucunda adalet hizmetinin kalitesinde ciddi bir düşüşe de sebep olmaktadır. Adli yardım kurumunun etkinliğinin artırılması yoluyla, adalet hizmetinin kalitesinin korunması ile hukukî mekanizmalara başvuru açısından ekonomik engellerin aşılması arasındaki hassas dengenin gözetilmesi sağlanacaktır.

3. Adli Yardımın Sosyal Devlet İlkesi ile İlişkisi

Sosyal devlet ilkesi, vatandaşların sosyal ve ekonomik refahını iyileştirmeyi amaçlamaktadır²⁴. Sosyal ve ekonomik olarak yetersiz durumdaki kişilerin, gerekli yeterliliğe sahip olanlar karşısında korunması, sosyal devlet ilkesinin doğal bir sonucudur²⁵.

Sosyal devlet ilkesi, devletin temel nitelikleri arasında sayılmıştır (Anayasa, m. 2). Hak ve özgürlükleri sınırlayan ekonomik engelleri kaldırmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilmiştir (Anayasa m. 5). Kişilere sağlanan hukukî güvence, ekonomik durumlarına göre değişiklik göstermemelidir. Sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak, yargısal makamlar nezdinde kişilerin hak ve yükümlülükleri açısından ölçülü bir denge sağlanmalıdır. Adli yardım, ekonomik yeterliliğe sahip olmayan kişiler açısından bu dengeyi sağlayıcı fonksiyona sahiptir²⁶.

4. Adli Yardımın Eşitlik İlkesi ile İlişkisi

Yargısal makamlar önünde taraflar açısından eşitliğin sağlanması, adil yargılanma hakkının gereğidir (Anayasa, m. 10). Böylelikle, yargılamanın eşit şekilde başlayıp, devam etmesi hedeflenir²⁷. Eşitlik ilkesi, hukuk devleti olmanın temel bir sonucudur. Bu bağlamda eşitlik ilkesi, adli yardım kurumunda en belirgin ve gücünü en fazla hissettiren ilkedir.

Ekonomik olarak güçlü olanlar ile zayıf durumdaki kişiler arasında hak arama eşitliğinin sağlanması gerekir. Adli yardım ile kişinin hukukî yollara başvurabilmesi ve hakkını arayabilmesi için yargılama giderlerini karşılayabilme imkânı açısından taraflar eşit seviyeye getirilmektedir. Bu açıdan adli yardım kurumu, tarafların yargılamadaki eşitliğinin sağlanmasının temel fonksiyonunu oluşturmaktadır²⁸.

II. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE ADLÎ YARDIMDAN YARARLANABİLECEK KİŞİLER

A. Gerçek Kişiler

Adli yardımdan yararlanabilecekler arasında öncelikle gerçek kişiler düzenlemiştir (HMK m. 334/I)²⁹. Yasal düzenlemede, gerçek kişiler ibaresi açıkça yer almasa da, düzenlemenin içeriğinden

²⁴Gözübüyük, Ahmet Şeref. *Anayasa Hukuku*, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s. 118.

²⁵Akyol Aslan, s. 81; Özbudun, s. 128 vd.; Özekes, Temel Haklar, s. 222; Sosyal devletin sosyal adaleti sağlama fonksiyonu için bkz. Tunç/Bilir/Yavuz, s. 74; Kılınç, Adli Yardım, s. 145.

²⁶Taşkın, Adli Yardım, s. 834; Akbal, s. 149; Kılınç, Adli Yardım, s. 146; Karaköse/Demir, s. 707.

²⁷Eşitlik ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz., Tunç/Bilir/Yavuz, s. 83; Özbudun, s. 137; Kılınç, Adli Yardım, s. 136.

²⁸Kılınç, Adli Yardım, s. 140; Karaköse/Demir, s. 706 vd.

²⁹Kuru, s. 659; Gençcan, Ömer Uğur. "Adli Yardım", *Yargıtay Dergisi*, 31/1-2, Y. 2005, s. 127-140, s. 128; Üstündağ, s.

gerçek kişilerin amaçlandığı anlaşılmaktadır³⁰. HMK m. 334/II’de yer alan ve istisnaî olarak bir kısım tüzel kişilere adli yardımdan yararlanma imkânı sağlayan hükümden de kanun koyucunun asıl olarak gerçek kişilere adli yardımdan yararlanma imkânı sağladığı açıktır³¹. Nitekim bu durum, madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir³².

Avukatların gerçek kişi müvekkilleri adına adli yardım talebinde bulunabilmesi mümkündür³³. Avukatın adli yardım talebinde bulunabilme açısından vekâletnamesinde özel yetkiye ihtiyaç yoktur (HMK m. 73/I)³⁴. Küçük veya kısıtlı kişi hakkında, yasal temsilcisi de adli yardım talebinde bulunabilir.

Adli yardımdan gerçek kişilerin yararlanabilmesi açısından bir kısım şartlar da aranmıştır. Bu nedenle, talepte bulunan her gerçek kişi adli yardımdan yararlanamaz. Adli yardım kurumundan istifade edilebilmesi için yargılama giderlerini karşılamada kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olunması ve talebin de açıkça dayanaktan yoksun bulunmaması gerekir (HMK m. 334/I).

B. Kamuya Yararlı Dernekler ve Vakıflar

Mülga HUMK’da, karşılıksız yardımda bulunan hayır kurumlarının adli yardım hükümlerinden yararlanması öngörülmüştü (HUMK m. 465/I)³⁵. HMK m. 334/II’ de ise adli yardıma ilişkin düzenlemelerden kamuya yararlı dernekler ve vakıfların yararlanabileceği hüküm altına alınmıştır³⁶.

Kanun koyucunun kamusal menfaatleri üstün tutma amacı gereği, bazı tüzel kişiler, adli yardım hükümlerinden yararlanabilmektedir. Bu tüzel kişilerin faaliyetlerinin toplumsal menfaatler açısından sürdürülebilirliği asıldır. Malî olanakların tamamının veya büyük bir kısmının yargılama masraflarına ayrılması, kamuya yarar sağlayan faaliyetlerin son bulması tehlikesini gündeme getirebilir. Bu bağlamda, tüzel kişiliği haiz kamuya yararlı dernekler ve vakıfların diğer şartların

776; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 691-692; Kılınç, Adli Yardım, s. 193; Atalay, Oğuz. *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1986, s. 55; Taşkın, Adli Yardım, s. 839; Taşkın, Âlim. ‘‘Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması’’, *AÜHFD*, C. 49, S. 1, Y. 2000, s. 117–136, s. 124, (Taşkın, Noterlik); Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 727 – 728; Belgesay, s. 283; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 691; Akbal, s. 152; Küçük/Tahiroğlu, s. 256; Topak, s. 24.

³⁰Gençcan, s. 128; Akbal, s. 152; Kılınç, Adli Yardım, s. 193; Küçük/Tahiroğlu, s. 256; Atalay, s. 55; Taşkın, Adli Yardım, s. 839; Topak, s. 24.

³¹Akyol Aslan, s. 103; Kılınç, Adli Yardım, s. 193; Küçük/Tahiroğlu, s. 256.

³²Bkz. Adalet Komisyonu Raporu (1/574), (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>), (E.T.: 11.09.2024).

³³Atalay, s. 55; Kılınç, Adli Yardım, s. 193.

³⁴Kılınç, Adli Yardım, s. 194; Atalay, s. 55.

³⁵Belgesay, s. 283–284; Kuru, s. 659; Kılınç, Adli Yardım, s. 194 – 195; Gençcan, s. 129; Atalay, s. 56 vd.; Üstündağ, s. 776; Küçük/Tahiroğlu, s. 257; Mülga HUMK’daki bu ifadenin kamuya yararlı dernekler ve vakıflar olarak algılanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz., Reisoğlu, Kemal Hakkı. ‘‘Müzaharetli Şahsın Davada Haksız Çıkması’’, *Adalet Dergisi*, 1952/1, s. 64–73, s. 67; Atalay, s. 57; Kılınç, Adli Yardım, s. 195, Akbal, s. 153.

³⁶Bkz. Adalet Komisyonu Raporu (1/574), (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>), (E.T.: 12.09.2024).

oluşması hâlinde, adli yardımdan yararlanması öngörülmüştür³⁷.

C. Yabancılar

Adli yardımdan yabancı gerçek kişiler de yararlanabilir (HMK m. 334/III)³⁸. Yabancı gerçek kişilerin adli yardım hükümlerinden yararlanabilmesi açısından gerçek kişiler için aranan iki şartın yanında, karşılıklılık şartının da bulunması gerekir (HMK m. 334/III)³⁹.

Karşılıklılık şartına⁴⁰ göre, adli yardım isteminde bulunan kişinin ülkesinde, Türk vatandaşları da adli yardımdan yararlanabilmelidir⁴¹. Karşılıklılık şartının hukukî veya fiilî şekilde bulunması mümkündür⁴².

III. ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİNİN ADLİ YARDIMDAN YARARLANMASI MESELESİ

A. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

1. Alman Hukuku

Alman hukukunda adli yardım, yargılama gideri yardımı ve hukukî danışma yardımı olarak iki şekilde düzenlenmiştir⁴³. Alman Medenî Usûl Kanunu – Zivilprozessordnung (ZPO)’nun 114 ilâ

³⁷Topak, s. 26; Kılınç, Adli Yardım, s. 196; Küçük/Tahiroğlu, s. 257.

³⁸Süzen, s. 1511; HMK, m. 334/III’de yer alan “yabancı” kavramından, tüzel kişiler değil, yabancı gerçek kişiler anlaşılmalıdır. Bkz. Topak, s. 26.

³⁹Atalay, s. 178; Kılınç, Adli Yardım, s. 194; Taşkın, Adli Yardım, s. 839; Taşkın, Noterlik, s. 124; Üstündağ, s. 776; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 692; Küçük/Tahiroğlu, s. 257–258; Kuru/Arsan/Yılmaz, s. 728; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 691; Kuru, s. 659; Belgesay, s. 283; Topak, s. 26; Süzen, s. 1511.

⁴⁰Öğretide, yabancılar için karşılıklılık şartı aranması ile mahkemeye erişim hakkının ölçsüz bir şekilde sınırlandırıldığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, AİHS’de tanınan hakların devletlerin menfaatlerini korumayı hedeflemediği, sözleşmede yer alan bir hakkın karşılıklılık şartına dayanarak iç hukuk kuralları ile kısıtlanmasının kabul edilemez olduğu, Anayasa m. 90 gereği, AİHS hükümlerinin iç hukuka nazaran öncelikle uygulanması gerektiği ve yabancı gerçek kişiler yönünden diğer şartların varlığı hâlinde karşılıklılık şartı aranmaksızın adli yardım kurumunun uygulanmasının gerekli olduğu belirtilmektedir. Bkz., Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 692- 693; Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 158 vd.; Adli yardım kurumunun mahkemeye erişim hakkı açısından temel bir ihtiyaç olduğu ve yabancılar açısından karşılıklılık şartının kaldırılmasının yerinde olacağına ilişkin bkz. Hanağası, Emel. *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 335; AYM, yabancı gerçek kişiler yönünden karşılıklılık şartının aranmasının mahkemeye erişim hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. Bkz. Mohamma Salem Pashto ve Nazi Salem, Başvurusu, Başvuru No: 2019/26339, T. 17.05.2023, (R.G. 08.11.2023, S. 32363). AYM’ye bireysel başvurularda, yabancı gerçek kişiler yönünden adli yardım hükümlerinin uygulanması açısından karşılıklılık şartının uygulanıp uygulanmayacağına yönelik detaylı bilgi için bkz. Küçük/Tahiroğlu, s. 258, 23 nolu dpn.

⁴¹Süzen, s. 1511; Topak, s. 26; Belgesay, s. 283; Kuru, s. 659; Küçük/Tahiroğlu, s. 257, 21 nolu dpn; Akbal, s. 152; Atalay, s. 63.

⁴²Karşılıklılık şartının ispatı, uluslararası sözleşmelerle ya da o devletin hukuk kurallarıyla veya fiilen Türk vatandaşlarına adli yardımdan yararlanma imkânı tanındığına ilişkin bilgilerin bulunması ile yapılabilir. Bkz. Belgesay, s. 283; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 691; Bkz. Adalet Komisyonu Raporu (1/574), (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>), (E.T.: 12.09.2024).

⁴³Topak, s. 27; Kılınç, Adli Yardım, s. 35; Alman adli yardım sistemindeki gelişmeler için bkz. Gogolin, s. 24 vd.

127'nci maddelerinde yargılama gideri yardımı hüküm altına alınmıştır⁴⁴. Hukukî yardım müessesesi, Düşük Gelirli Vatandaşlara Yönelik Danışma Yardımı Kanunu – Beratungshilfegesetz (BerHG)'da düzenlenmiştir⁴⁵.

Yargılama gideri yardımından, vatandaşlığa sahip gerçek kişiler, yabancı veya vatansız olan gerçek kişiler ile fer'î müdahiller talep üzerine yararlanabilir (ZPO § 114/I). Yargılama gideri yardımından yararlanılabilmesi için bir kısım şartlar da aranmıştır. Buna göre, kişisel ve ekonomik durumları nedeniyle yargılama masraflarını kısmen veya tamamen ödeyemeyen veya bu masrafları taksitler hâlinde ödeyebilen gerçek kişilerin iddia veya savunmalarında başarı ümidinin var olması ve hakkın aranmasının veya savunmanın yapılmasının kötü niyetli görünmemesi gereklidir (ZPO § 114/I).

Yargılama gideri yardımı, tüzel kişiler açısından ayrıca düzenlenmiştir⁴⁶. Almanya'da, Avrupa Birliği (AB) üyesi olan bir başka devlette ya da Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'na taraf olan başka bir devlette kurulmuş ve orada ikamet eden tüzel kişiler, talep üzerine yargılama gideri yardımından faydalanabilir (ZPO § 116/I-2). Bunların dışında kalan yabancı tüzel kişiler ise ancak uluslararası anlaşmalar çerçevesinde yargılama gideri yardımından yararlanır. Tüzel kişilerin yargılama gideri yardımından yararlanabilmesi için bir kısım şartlar da aranmıştır. Buna göre, yargılamaya ilişkin giderlerin kendisi veya hukukî uyuşmazlığın konusuyla ekonomik açıdan ilgili olanlar⁴⁷ tarafından karşılanamaması ilk şarttır (ZPO § 116/I-2)⁴⁸. Bir diğer şart, hakkın aranmasının veya savunmanın yapılmasının kamu yararını ilgilendirmesidir (ZPO § 116/I-2)⁴⁹.

Alman hukuku, tüzel kişinin yürüttüğü faaliyetin kamuya yararlı olmasından ziyade, hakkın aranmasının ya da savunmanın yapılmasının kamu yararını ilgilendirmesini ayrı bir şart olarak aramıştır. Bu yönüyle kamu yararı şartı, öğretide tartışma konusu olmuştur⁵⁰. Öğretide kamu yararı şartını dar olarak yorumlayan görüşe göre, tüzel kişiliği haiz ticaret şirketleri, kamuya yararlı müessese olmadıkları için adli yardımdan yararlanamaz⁵¹. Kamu yararını geniş olarak yorumlayan ikinci görüş ise tüzel kişinin varlığının yargılamaya bağlı olduğu ya da yargılamanın sonucunun çok sayıda kişinin istihdamını veya çok sayıda alacaklıyı etkilediği hâllerde, kamu yararı şartının gerçekleşmiş olduğunu kabul etmektedir⁵². Özellikle, ticaret şirketinin devamının davanın sonucuna

⁴⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p0432, (E.T.: 19.09.2024).

⁴⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_berathig/englisch_berathig.html#p0013, (E.T.: 19.09.2024).

⁴⁶ Tüzel kişilerin Alman hukukunda adli yardımdan yararlanması hakkında detaylı bilgi için bkz. Willenbruch, Klaus. *Das Armenrecht der juristischen Personen*, Duncker&Humblot, Berlin, 1977, 14 vd.

⁴⁷ Ekonomik açıdan ilgili olanlar kavramı geniş yorumlanmakta, bunlar arasında tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin de bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. Willenbruch, s. 14.

⁴⁸ Willenbruch, s. 14; Küçük/Tahiroğlu, s. 260; Karaköse/Demir, s. 712.

⁴⁹ “Bu gereklilik, yoksul derneklerin kamunun zararına kendi ekonomik çıkarlarını gerçekleştirmelerini engellemeyi amaçlamaktadır.” BGH, 09.11.2021, II ZR 224/20, <https://openjur.de/u/2385971.html>, (E.T.: 20.09.2024).

⁵⁰ Tartışmalar için bkz. Küçük/Tahiroğlu, s. 260 vd.

⁵¹ Karaköse/Demir, s. 713.

⁵² Willenbruch, s. 15; Küçük/Tahiroğlu, s. 260; “ZPO § 116/I-2 'nun uygulama kapsamı, nüfusun daha büyük kesimlerini veya ekonomik yaşamı etkileyen ve sosyal etkileri olabilecek konularla sınırlıdır. Hukukî anlaşmazlığa ekonomik olarak katılanların yanı sıra, önemli bir grup insanın da yasal işlemlerin takip edilmemesi veya savunulmamasından etkileneceği, derneğin yükümlülüklerini yerine getirmesinin engelleneceği durumlarda, bu hüküm anlamında genel bir yarar olduğu varsayılabilir.” BGH, 23.07.2019, II ZR 56/18, <https://openjur.de/u/2178702.html>, (E.T.: 20.09.2024).

bağlı olması, yargılama sonucunda şirket bünyesinde istihdamı sağlanan çok sayıda işçinin veya şirketle hukukî ilişki hâlindeki çok sayıda alacaklının etkilenebileceği hâllerde, kamu yararının var olduğu ve ticaret şirketlerinin de bu gibi durumlarda yargılama gideri yardımı alabileceği açıktır⁵³.

Alman hukukunda, tüzel kişiler açısından yargılamada gideri yardımı, iflâs davalarında da kabul edilmektedir. Alman Aciz Kanunu – Insolvenzordnung⁵⁴ (İnsO) § 4’te yer alan, “*Bu kanunda aksi öngörülmediği sürece, iflâs davalarında Medenî Usûl Kanunu hükümleri uygulanır.*” düzenlemesi gereği, ZPO § 116/I-1 şartlarının gerçekleşmesi hâlinde, tüzel kişilerin iflâs davalarında yargılama gideri yardımından yararlanması mümkündür⁵⁵.

Adli yardımın ikinci bir türü olarak karşımıza çıkan hukukî danışma yardımı, özel hukuk uyuşmazlıkları başta olmak üzere, kamu hukuku alanında da uygulama alanı bulmaktadır (BerHG § 2/II). Bu bağlamda, gelir seviyesi düşük olan vatandaşların mahkemeye müracaatları öncesinde hukukî danışma ve temsilini kolaylaştırıcı hükümler düzenlenme altına alınmıştır⁵⁶. Hukukî danışma masrafları yardımı, yabancılar da dâhil tüm gerçek kişiler açısından mümkündür. Öğretide, BerHG § 1/II’nin düzenleme biçiminden⁵⁷ danışma yardımının tek başına yerli veya yabancı gerçek kişilere yönelik olmadığı, yerli tüzel kişiler veya taraf ehliyetine sahip dernekler ve görev dolayısıyla taraf olanların da yararlanabileceği, ancak tüzel kişilerin bundan istifade etmedikleri belirtilmektedir⁵⁸.

2. İsviçre Hukuku

İsviçre’de adli yardım müessesesi, İsviçre Federal Anayasası’nın 29’uncu maddesi ile teminat altına alınmıştır⁵⁹. Hukuk yargılamasında adli yardım, İsviçre Medenî Usûl Kanunu – Schweizerische Zivilprozessordnung (SchZPO)’nun 117 ilâ 123’üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir⁶⁰. İsviçre hukukunda adli yardım, özel hukukun tüm alanlarında uygulama alanına sahiptir⁶¹. Adli yardımdan yararlanabilmek için iki koşul aranmaktadır. Buna göre, adli yardım talebinde bulunan kimse, yeterli

⁵³ Küçük/Tahiroğlu, s. 260.

⁵⁴[https://www.gesetze-im-internet.de/inso/BJNR286600994.html#:~:text=\(1\),](https://www.gesetze-im-internet.de/inso/BJNR286600994.html#:~:text=(1),) (E.T.: 20.09.2024).

⁵⁵“...borçlu tüzel kişi olarak İnsO § 4 uyarınca yalnızca özel koşullar altında adli yardım alır.” BGH, 21.06.2021, IX ZB 29/21, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/296faf57-6843-4bd1-babd-63b39069627d>, (E.T.: 20.09.2024).

⁵⁶Türk hukukunda da bu şekilde bir düzenlemenin gerekli olduğuna ilişkin bkz. Akil, Cenk. “Alman Dar Gelirlilerin Hukuk Danışmanlığı Ve Temsili Kanunu”, *GÜHFD*, C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s. 71–78, s. 76.

⁵⁷BerHG § 1/II düzenlemesinin ilk cümlesi; “*Die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nummer 1 sind gegeben, wenn den Rechtsuchenden Prozeßkostenhilfe nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung ohne einen eigenen Beitrag zu den Kosten zu gewähren wäre.*” şeklindedir.

⁵⁸Kılınç, Adli Yardım, s. 52, 211 nolu dpn.

⁵⁹İsviçre Federal Anayasası’nın 29’uncu maddesine göre; “*Gerekli imkânlara sahip olmayan her kişi, hukukî talepleri umutsuz görünmüyorsa, ücretsiz hukukî yardım alma hakkına sahiptir.*”, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/de>, (E.T.: 23.09.2024).

⁶⁰<https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2010/262/20250101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2010-262-20250101-de-pdf-a.pdf>, (E.T.: 23.09.2024); SchZPO, 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, kantonlar düzeyinde de uygulanacak usul hukuku kuralları düzenleme altına alınmıştır. Bkz. Bachofner, Eva. (Çev. Abdurrahman Kavasoglu/Ömer Çön), “İsviçre Usul Hukukuna Genel Bir Bakış”, *SDÜHFD*, S. 8/ 1, Y. 2018, s. 49 – 58, s. 50; Öztekin, Selçuk/Namlı, Mert. “İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)”, *TBBD*, 2021/154, s. 173–228, s. 174; Kılınç, Adli Yardım, s. 60.

⁶¹Kılınç, Adli Yardım, s. 60; Küçük/Tahiroğlu, s. 261 vd.

malî olanaklara sahip değilse ve hukukî talebi hakkında olumlu karar verilmesi ihtimali, çok zayıf olmadıkça, adli yardımdan istifade edebilir (SchZPO § 117)⁶².

İsviçre hukukunda, vatandaş ya da yabancı olup olmadığına ve yerleşim yerine bakılmaksızın gerçek kişiler, adli yardımdan faydalanır. Bununla birlikte, yasal düzenlemede yer alan “kimse” ifadesinin yorumu konusunda öğretide tartışmalar vardır. Öğretide bir görüşe göre, bu ifadenin sadece gerçek kişileri kapsadığı belirtilmektedir⁶³. Bir başka görüşe göre, yasal düzenlemede tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmasına ilişkin bir kısıtlama öngörülmediğinden bu ifade, özel hukuk tüzel kişilerini de kapsamaktadır⁶⁴.

İsviçre hukukunda, özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanması, yüksek yargı kararlarında da tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin eski tarihli kararlarında, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağı istikrarlı bir şekilde kabul edilmekteydi⁶⁵. Ancak yakın tarihli bazı kararlarda ise tüzel kişilerinin adli yardıma ilişkin hükümlerden mutlak anlamda yasaklı olmadığı, adli yardımdan yararlanma açısından her somut olaya göre değerlendirme yapılmasının daha uygun olacağı, tüzel kişi ile birlikte ortaklarının da malî açıdan yetersiz olması hâlinde, tüzel kişinin adli yardımdan yararlanabileceği kabul edilmektedir⁶⁶.

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda adli yardım kurumu, 10.07.1991 tarihli Adli Yardım Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir⁶⁷. Söz konusu kanun ile Fransız hukukunda ilk defa “*hukukî bilgilere erişim*” kavramı da yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur⁶⁸. Adli yardım, mahkemeye ilişkin yargılama masrafları ile mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözümlerine ilişkin masrafları kapsamaktadır (m. 1)⁶⁹.

Fransız hukukunda adli yardım kurumundan ekonomik olarak gerekli kaynaklara sahip olmayan gerçek kişiler yararlanabilir (m. 2/II-c). Gerçek kişinin adli yardımdan faydalanabilmesi için Fransız vatandaşı, diğer AB üyesi ülkenin vatandaşı veya Fransa’da mutad ve düzenli olarak ikamet eden yabancı bir kişi olması gerekir (m. 3/I-II). Ancak, istisnaî olarak, belirtilen bu koşulları karşılamayan gerçek kişiler, uyuşmazlığın konusu veya yargılamanın öngörülebilir maliyetleri dikkate alınarak, durumlarının özellikle ilgiye değer görülmesi hâlinde de adli yardımdan

⁶²Bachofner, s. 54; Atalı, Murat. “İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Taslağı”, *MİHDER*, S. 1, Y. 2005, s. 123–180, s. 144.

⁶³Bkz. Kılınç, Adli Yardım, s. 61; Topak, s. 28.

⁶⁴Wuffli, Daniel/Fuhrer, David. *Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2019, s. 84; Karaköse/Demir, s. 713; Küçük/Tahiroğlu, s. 262.

⁶⁵“İhtiyaç sahibi tarafın adli yardım alma hakkı vardır. Düzenleme gerçek kişilere ilişkindir; tüzel kişiler bunun kapsamı dışındadır.” BGE, 116 II 651; BGE, 88 II 386, <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index>. (E.T.: 23.09.2024).

⁶⁶“Alman hukukundan esinlenen bir görüş, bu tür yardımın istisnaî bir temelde, yani tüzel kişiliğin tek varlığının ihtilaflı olduğu ve “ekonomik açıdan ilgili kişilerin” yoksul olduğu durumlarda verilmesini öngörmektedir.” BGE, 4A_173/2023, <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang>, (E.T.: 23.09.2024).

⁶⁷<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000537611>, (E.T.: 23.09.2024).

⁶⁸Bedos, Jean – Luc. (Çev. Cemil Kaya), “Acil Haklar: Fransa’da Yurttaşların Hukukî Bilgilere Erişimi”, *TBB*, S.83, Y. 2009, s. 394–401, s. 397; Kılınç, Adli Yardım, s. 63.

⁶⁹Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Bedos, s. 397 vd; Temyiz başvurularında adli yardım hükümlerinin uygulanabilirliği için bkz. <https://www.courdecassation.fr/aide-juridictionnelle>, (E.T.: 23.09.2024).

yararlandırılabilir (m. 3/III).

Fransız hukukunda adli yardım, tüzel kişiler için istisnaîdir. Tüzel kişinin adli yardımdan yararlanabilmesi için ikametgâhının Fransa'da bulunması, hukukî himaye talepleri açısından yeterli finansal kaynağa sahip olmaması ve kâr amacı gütmemesi gerekir (m. 2/II). Fransız hukukunda, Alman hukukunda yer alan “*kamuya yararlı olma*” şartının aksine, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için faaliyetlerinde “*kâr amacı gütmeme*” şartı aranmaktadır. Bu bağlamda ticaret şirketleri, kâr amacıyla kuruldukları için Fransız hukukunda adli yardımdan yararlanamaz⁷⁰. Yine, Türk hukukunun aksine Fransız hukukunda tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmeleri için “*haklılık şartı*” da aranmamaktadır.

B. Türk Hukukundaki Görüşler

1. Öğretide Yer Alan Görüşler

Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi, öğretide tartışmalıdır⁷¹. Adli yardımdan yararlanabilecek tüzel kişilerin düzenlendiği HMK m. 334/II hükmü çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Öğretide bir görüşe göre, yasal düzenlemede adli yardımdan yararlanabilecek tüzel kişiler sınırlı sayma yöntemi ile belirtilmiştir⁷². Bunun esas sebebi olarak, kişilerin özel hukuktan kaynaklı uyuşmazlıklarının çözümünde kamusal harcamaların sınırlandırılması düşüncesi gösterilmektedir⁷³. Bu görüşe göre, adli yardım hükümlerinin uygulanmasında, sınırlı kamusal kaynaklar, gerçek kişiler ile kamuya yararlı derneklere ve vakıflara tahsis edilmiştir. Belirli bir sermayeyi ihtiva etmesi gereken ve kâr amacı güden ticaret şirketlerinin özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarının çözümünü finanse etmek, devletin temel görevlerinden biri değildir⁷⁴.

Öğretide başka bir görüş ise adli yardımdan yararlanabilecek kişilere ilişkin HMK’ da yer alan hükümlerin sınırlandırılmaması gerektiğine yöneliktir⁷⁵. Adli yardımın anayasal ilkelerden sadece sosyal devlet ilkesine dayanmadığı, aynı zamanda adalete erişim hakkının da bir gereği olduğu ve gerçek kişiler kadar tüzel kişilerin de adli yardım hükümlerinden yararlanması gerektiği belirtilmektedir⁷⁶.

Adli yardım kurumunun silahların eşitliği ilkesi ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ile

⁷⁰Karaköse/Demir, s. 712.

⁷¹Tartışmalar için bkz. Küçük/Tahiroğlu, s. 267 vd; Karaköse/Demir, s. 714 vd.

⁷²Tutumlu, Mehmet Akif. “Temyiz Aşamasında Adli Yardımdan Yararlanmanın Koşulları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 10/102, Y. 2015, s. 116-120, s. 116; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 692; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 704; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 691; Kuru, s. 659; Akyol Aslan, s. 103; Kılınç, Adli Yardım, s. 196; Akbal, s. 152; Karaköse/Demir, s. 714.

⁷³Yıldız, Balcı. “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım: Nalbant ve Diğerleri / Türkiye Kararı”, *İnsan Hakları Dergisi*, S. 10, Y. 2022, s. 26–31, s. 31.

⁷⁴Balcı, s. 31.

⁷⁵HMK m. 334/I hükmündeki “... ve ailesinin” ibaresi ile kamuya yararlı dernek ve vakıflara ilişkin ikinci fıkra hükmünün diğer özel hukuk tüzel kişilerini dışlamayı yetmediğine ilişkin bkz. Karaköse/Demir, s. 722.

⁷⁶Kılınç, Adli Yardım, s. 355; Topak, s. 32; Yılmaztekin, s. 188.

doğrudan bağlantılı olması nedeniyle, adli yardımdan yararlanmanın sadece belirli kişilerle sınırlandırılmasını bir çelişki olarak nitelendiren yazarlar da vardır⁷⁷. Kamuya yararlı dernekler veya vakıflar haricindeki özel hukuk tüzel kişileri, ekonomik olarak yetersizlik içinde ise adalete erişim hakkından mahrumiyet veya hasmına kıyasen yargılamayı dezavantajlı olarak yürütme tehlikesi ile karşı karşıyadır⁷⁸. Ödeme gücü içinde bulunan tüzel kişi davacının teminat gösterme zorunluluğunu yerine getirememesi sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi, bu durumun en somut göstergesidir (HMK, m. 84/I-b, 114/I-ğ, 115/II). İşaret edilen bu gibi durumlarda, özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım hükümlerinden yararlandırılmaması, anayasal eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının da ihlali niteliğindedir⁷⁹.

Öğretide, yabancı tüzel kişilerin HMK’da yer alan adli yardım hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı, farklı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bir görüşe göre, HMK m. 334/III’ deki yabancıların adli yardımdan yararlanmasına ilişkin düzenleme, sadece yabancı gerçek kişileri kapsadığından, yabancı tüzel kişiler, adli yardımdan yararlanamaz⁸⁰. Başka bir görüş ise kamuya yararlı dernekler ve vakıfların adli yardıma ilişkin hükümlerden yararlanabildiğini gözeterek, yabancı bir devletin tâbiyetindeki bu gibi tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabileceğini belirtmektedir⁸¹. Bu görüş taraftarlarına göre, “kamuya yararlılık” daha geniş şekilde “uluslarüstü - evrensel yararlar” şeklinde yorumlanmalı ve bu amaçla faaliyetlerini yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanması mümkün olmalıdır⁸².

Son olarak, AYM’ye bireysel başvuruda bulunurken tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi üzerinde de durulmalıdır. Öğretide, bireysel başvurunun objektif yönü dikkate alınarak, ayırım gözetilmeksizin özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvurularında adli yardımdan yararlanabilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸³.

2. Yargıtay Görüşü

Yargıtay adli yardımı, hukukî himaye taleplerinde ödenmesi gerekli yargısal masraflar açısından malî olanakları bulunmayan kişilere kolaylıklar tanınması olarak ifade etmiştir⁸⁴. Yargıtay’ın özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesinde farklı nitelikte kararları mevcuttur.

Yargıtay’ın neredeyse istikrar kazanan uygulamalarında, HMK m. 334/II’de açıkça

⁷⁷Damla Aydın, s. 34; Hanağası, s. 334; Topak, s. 32.

⁷⁸Hanağası, s. 335.

⁷⁹Hanağası, s. 335; Damla Aydın, s. 34 vd.; Topak, s. 33.

⁸⁰Ruhi, Ahmet Cemal. *Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İlâmlarının Tenfizi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 220.

⁸¹Kılınç, Adli Yardım, s. 210; Hanağası, s. 333 vd.

⁸²HMK, m. 334 hükmünün yalnızca ülkemizde kurulu olan kamuya yararlı dernekler ve vakıfları korumak amaçlı olmadığına ilişkin bkz., Kılınç, Adli Yardım, s. 210.

⁸³Karaaslan, Abdulkadir. *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 158.

⁸⁴YHGK, 21.06.2023 t. 2022(15)6-378 E., 2023/697 K., UYAP, (E.T.: 11.09.2024); “Bu anlamdaki kolaylıklar yargılama giderlerinden muafiyet ve ücretsiz hukukî yardım sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.” Y. 12. HD, 04.03.2024 t. ve 2024/1710 E., 2024/2011 K., UYAP, (E.T.: 12.09.2024).

belirtilmeyen tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağı kabul edilmiştir⁸⁵. Yargıtay'ı bu görüşe yönelten sebep, yasal düzenleme ile adli yardımdan yararlanabilen tüzel kişilerin sınırlandırılmış olmasıdır. Bu bağlamda, ticaret şirketleri ile diğer özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım hükümlerinden yararlanmaları mümkün değildir⁸⁶. Yargıtay, ticaret şirketinin tasfiye hâlinde bulunmasını dâhi, adli yardıma ilişkin hükümlerden istifade edilebilmesi açısından yeterli görmemiştir⁸⁷.

Yargıtay'ın yukarıda işaret edilen kararlarının tam aksine, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmasına yönelik istisnâî nitelikte kararları da mevcuttur⁸⁸. Yargıtay bu konudaki kararlarında, özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanmalarını kısıtlayan açık bir yasal düzenleme bulunmadığını belirterek, ticaret şirketinin adli yardım hakkının sınırlandırılmasının mahkemeye erişim hakkını engellediği ve adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmiştir⁸⁹. Yargıtay, çekişmesiz yargı işi mahiyetindeki şirkete kayyım tayini isteminde, şirket malvarlıklarına el konulması sonucu temyiz yoluna başvuru giderlerinin karşılanamamasını, adli yardım başvurusu açısından yeterli görerek, temyiz yoluna başvuruda şirketin adli yardım talebini kabul etmiştir⁹⁰. Yargıtay başka bir olayda, ilk derece mahkemesince şirketin adli yardım talebinin kabul edilmesini, tek başına bozma sebebi olarak görmemiştir⁹¹.

C. AYM ve AİHM Kararları

1. AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'e taraf devletlerin iç hukuklarında farklı uygulamalar bulunsun da tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmasını, mahkemeye erişim hakkı açısından değerlendirmektedir. AİHM, dava açmak için bazı sınırlandırmalar getirilebileceğini kabul etmekte, ancak, sınırlandırmanın hakkın özüne dokunmaması gerektiğini belirtmektedir⁹². AİHM, yargılama giderlerini tek başına mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde görmemekte, ölçsüz şekilde yüksek belirlenen yargılama giderlerinin varlığını ise başlı başına ihlal sebebi saymaktadır⁹³.

⁸⁵“...adli yardım talebinde bulunan taraf şirket olup, adli yardımdan yararlanabilecek tüzel kişilerden olmadığından, adli yardım talebinin reddine karar vermek gerekmiştir.” Y. 6. HD, 13.06.2024 t. ve 2024/1900 E., 2024/2222 K, UYAP, (E.T.: 03.10.2024).

⁸⁶“Maddede sınırlı sayıya yoluyla tüzel kişiler bakımından sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflar için adli yardımdan yararlanma olanağı getirildiğinden bu kapsamda olmayan sermaye şirketleri dâhil diğer tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması mümkün değildir.” Y. 6. HD, 02.05.2023 t. ve 2023/1291 E., 2023/1582 K., UYAP, (E.T.: 03.10.2024).

⁸⁷Y. (Kapatılan) 23. HD, 27.03.2015 t. ve 2014/6257 R., 2015/2031 K., UYAP, (E.T.: 06.10.2024).

⁸⁸“Dairemizce davalı şirketin temyiz incelemesi yönünden adli yardım talebinde bulunma şartlarına haiz olduğunu kabul etmek gerekmiştir.” Y. 9. HD, 04.02.2021 t. ve 2020/2165 E., 2021/3596 K., UYAP, (E.T.: 03.10.2024).

⁸⁹“Kanunda, diğer tüzel kişiler ve şirketlerin adli yardımdan yararlanamayacaklarına dair açık bir hüküm de bulunmamaktadır.” Y. (Kapatılan) 15. HD, 14.11.2014 t. ve 2013/6713 E., 2014/6595 K., UYAP, (E.T.: 03.10.2024).

⁹⁰Y. 11. HD, 20.05.2013 t. ve 2012/11718 E., 2013/10377 K., UYAP, (E.T.: 03.10.2024).

⁹¹Y. 9. HD, 04.07.2017 t. ve 2017/20263 E., 2017/11548 K., UYAP, (E.T.: 03.10.2024).

⁹²“Bununla birlikte mahkeme, sınırlamanın kişiye tanınan başvuru hakkının özünü etkileyecek şekilde veya etkilenmesi sonucunu doğuracak şekilde uygulanmaması gerektiğini tekrar ifade etmek ister.” AİHM, Eşim/Türkiye, Başvuru No: 59601/09, 17.09.2013, Paragraf 19, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#/%22itemid%22:\[%22001-148288%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#/%22itemid%22:[%22001-148288%22]), (E.T.: 06.10.2024).

⁹³Çayan, Gökhan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim

AIHM' ne göre, AIHS, taraf devletlere adli yardım kurumunu iç hukukta düzenleme zorunluluğunu yüklememektedir. Bu konuda, sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır. İç hukukta adli yardıma ilişkin bir düzenleme bulunmasına rağmen buna uyulmamış olması ise başlı başına ihlal sebebi sayılmaktadır⁹⁴.

Özel hukuk tüzel kişilerinin gerçek kişilerde olduğu gibi taraf ve dava ehliyetine sahip olduğu gözetildiğinde, adli yardım hakkının sınırlanması, mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğini taşır⁹⁵. AIHM, ticaret şirketi mahiyetindeki tüzel kişinin adli yardım talebinde, somut olaya uygun olmayan geniş bir adli yardım yasağı uygulanmasının AIHS ile bağdaşmadığını belirtmiş, gerçek ve tüzel kişiler açısından herhangi bir ayırım yapılmadan mahkemeye erişim hakkına ilişkin ilkelerin benzer şekilde uygulanması gerektiğine işaret etmiştir⁹⁶.

2. AYM Kararları

a. Bireysel Başvurular Üzerine Verilen Kararlar

Adli yardım, AYM uygulamalarında tarafların yargılamaya etkili bir şekilde katılımlarını kolaylaştırıcı bir kurum olarak görülmektedir⁹⁷. Bireysel başvurularda AYM, özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanmasını, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmektedir⁹⁸.

Tüzel kişilerin adli yardım hakkının var olup olmadığı meselesinde, ticaret şirketinin adli yardım hakkının sınırlanması sonucunda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin yakın tarihli bir AYM kararı dikkat çekicidir⁹⁹. Bu bağlamda, tüzel kişilere taraf ve dava ehliyeti hukuk düzenince tanınmıştır. Ancak, kanundan kaynaklanan nedenlerle yüksek orandaki yargılama masraflarını karşılayamayan şirketin adli yardım imkânından faydalanması mümkün değildir. Adli yardım kurumu haricinde ödeme gücünden yoksun şirketin mahkemeye erişimini kolaylaştıran herhangi bir yasal düzenleme ya da yargısal uygulama da bulunmamaktadır. AYM, tüzel kişi olması nedeniyle şirketin adli yardımdan yararlanmasını engelleyen yaklaşımı meşru bulmamış, bu durumun mahkemeye erişim hakkını zorlaştırdığı ve hatta imkânsız hâle getirdiği gerekçesiyle müdahalenin ölçüsüz olduğuna işaret etmiştir¹⁰⁰.

Hakkı', *TAAD*, S. 28, 2016, s. 235–271, s. 255.

⁹⁴Karaköse/Demir, s. 716; Topak, s. 29 vd.

⁹⁵Topak, s. 29; Yılmaztekin, s. 186.

⁹⁶Nalbant ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 59914/16, 03.05.2022, Paragraf 39, bkz. Balcı, s. 29 vd.

⁹⁷AYM, Atalay Yıldız Başvurusu, Başvuru No. 2018/14356, T. 07.06.2023, R.G. 18.08.2023, S. 32283, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2021/14356>), (E.T.: 10.09.2024).

⁹⁸Gözütok, Zeki. Hukuk Yargısı İle İlgili Bireysel Başvuruda İhlal Nedeni Sayılan Uygulamalar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s.754 vd.

⁹⁹Kemtaş Teks. İnş. San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2020/22192, T. 17.05.2023, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/22192>), (E.T.: 06.10.2024).

¹⁰⁰AYM, bu konuda giderim şekli olarak iki yöntemin bir arada uygulanmasına karar vermiştir. İlk yöntem, bireysel başvurunun amaç ve işlevi gözetilerek, benzeri hak ihlallerin önüne geçilmesi için yasal düzenleme yapılması keyfiyetinin TBMM'ye bildirilmesidir. İkinci yöntem, Anayasa m.152 gereği, ilgili yasa hükmünün iptali açısından AYM' ye itiraz

b. AYM'nin HMK m. 334/II Hükmünün İptaline İlişkin Kararı

Diyarbakır 3. İdare Mahkemesi'nce, sermaye şirketinin idareye karşı açtığı tam yargı davasında, şirketin adli yardımdan yararlanmasını engelleyen HMK m. 334 hükmünün Anayasa'nın 152'nci maddesi gereği somut norm denetimi yoluyla iptali istemiyle AYM'ye başvuruda bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, gerçek kişileri ilgilendiren HMK m. 334/I düzenlemesinin somut uyumsuzluk bakımından uygulama yeri olmadığından somut norm denetiminin kapsamı dışında tutarak, incelemenin kapsamını, tüzel kişileri ilgilendiren HMK m. 334/II hükmü ile sınırlamıştır.

İtiraza konu kural, AYM tarafından öncelikle, adil yargılanma hakkı, hak arama hürriyeti, mahkemeye erişim hakkı, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri açısından ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir. Düzenlemenin bazı özel hukuk tüzel kişilerine kategorik bir yasak öngördüğü ve mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil ettiği gerekçesiyle, HMK m. 334/II hükmünün iptali ile kararın yayımı tarihinden itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir¹⁰¹.

D. AYM'nin İptal Kararına İlişkin Değerlendirmelerimiz ve Muhtemel Yasal Düzenlemeye İlişkin Önerilerimiz

1. AYM'nin İptal Kararına İlişkin Değerlendirmelerimiz

Adli yardımdan yararlanabilecek tüzel kişileri düzenleyen HMK m. 334/II hükmü, kategorik bir yasak öngörmektedir¹⁰². Hemen ifade etmek gerekir ki, özel hukuk tüzel kişilerinin büyük bir bölümünü adli yardım hükümlerinin dışında bırakan düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali oldukça yerindedir¹⁰³. İptal kararının yayımı tarihinden itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği nazara alındığında, HMK m. 334/II hükmünün bir süre daha uygulanmaya devam edeceği ve kanun koyucu tarafından bu süre içerisinde yeni bir düzenleme yapılmaması hâlinde, yasal bir boşluk oluşacağı tartışmasızdır.

Adli yardım hükümlerinin sadece belirli tüzel kişiler ile sınırlandırılması, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olup, açık bir ayrımcılık taşımaktadır¹⁰⁴. Nitekim AYM de kararının gerekçesinde, mahkemeye erişim hakkı ve eşitlik ilkesi gereği, gerçek kişiler kadar tüzel kişilerin de ayırım gözetilmeksizin adli yardıma ilişkin hükümlerden istifade edebilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, adli yardımın devlet tarafından finanse edilmesi ve kamusal kaynakların sınırlılığı, tüzel

yoluyla başvurulabilmesi için kararın bir örneğinin ilk derece mahkemesine gönderilmesidir. Bkz. Topak, s. 30; Küçük/Tahiroğlu, s. 272; Karaköse/Demir, s. 718 vd. Yılmaztekin, s. 186 vd.

¹⁰¹AYM, yasal düzenlemeyi öncelikle “kamuya yararlı dernek ve vakıflar” ibaresi yönünden kısmen iptal etmiş, ancak kuralın kalan bölümünün uygulama olanağı kalmadığından, HMK m. 334/II düzenlemesinin tamamının iptaline karar vermiştir.

¹⁰²Aynı yönde bkz. Kılınç, s. 355; Topak, s. 32; Küçük/Tahiroğlu, s. 273 vd.

¹⁰³Kategorik bir yasak öngören HMK m. 334/II düzenlemesi gereği, adli yardım hükümlerinden yararlanamayacak tüzel kişi sayısının oldukça fazla olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, şirketler başta olmak üzere, normal statüdeki dernekler ve vakıflar, sendikalar, siyasi partiler, tüzel kişiliği haiz olmayan aile malları ortaklığı, miras ortaklığı ve adi şirket, adli yardım hükümlerinden yararlanamamaktadır.

¹⁰⁴Küçük/Tahiroğlu, s. 273 vd.; Kılınç, Adli Yardım, s. 355; Topak, s. 32; Yılmaztekin, s. 188.

kişilerin adli yardım hükümlerinden istifade edememesinin haklı bir gerekçesini oluşturmamaktadır.

Somut norm denetimine konu kuralın sosyal devlet ilkesine aykırı olduğuna ilişkin AYM tarafından ayrıntılı bir değerlendirmede bulunulmadığı görülmektedir. Özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan faydalanabilmesi, sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir. İktisadî bir amaç taşıyan ve belirli bir sermayeyi ihtiva eden şirketin yargılama giderlerini karşılayabileceği konusunda varsayımında bulunmak doğru bir yaklaşım değildir. Nitekim uygulamada, adli yardıma en fazla ihtiyaç duyan tüzel kişilerin sermaye şirketleri ve kooperatifler olduğu bilenen bir gerçektir. Şirketlerin iktisadî bir amaçla kurulmuş olması ve basiretli bir tacir¹⁰⁵ gibi hareket etme zorunluluğu, adli yardım imkânının dışında bırakılmanın haklı gerekçesini de oluşturmamaktadır. Zira aynı durumdaki gerçek kişi tacir, şartları taşıması hâlinde, adli yardıma ilişkin hükümlerden faydalanabilmektedir. Bu durum, her iki tacir açısından adaletli bir yaklaşım olmadığı gibi, tüzel kişi tacirin hukukî korunma talebinin karşılanamamasına neden olmakta, ayrımcılık yasağının ve eşitlik ilkesine aykırılığın da başka bir örneğini teşkil etmektedir¹⁰⁶.

Kararda, sermaye şirketinin yargılama ve takip giderlerini ödeme gücünden yoksunluğun tespiti açısından borca batıklık kavramının bir ölçüt olabileceğinden bahsedilmektedir¹⁰⁷. Kanımızca, sermaye şirketinin borca batık ya da aciz hâlinde bulunması, adli yardıma ilişkin hükümlerden tek başına ve doğrudan faydalanılabilesine imkân sağlamamalıdır. Özellikle, tüzel kişinin varlığının tehlikede olduğu ya da malvarlığının hukukî veya fiilî olarak kullanılamadığı hâllerde, adli yardım hükümlerinden istifade edilebilmesi hayatî bir öneme sahiptir. Yine, yargılama giderlerinin yüksek miktarları bulması, küçük ve orta ölçekli şirketlerin malî durumunu aşabilmektedir. Şirketin varlığının kaybolması, hem şirket çalışanlarının işsiz kalmasına hem de şirketin ekonomiye olan katkısının sona ermesine sebep olur. Borca batıklık kavramından ziyade, işaret edilen bu gibi durumların yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksunluğun tespitinde önemli bir ölçüt olması gereklidir. Diğer yandan, özel hukuk tüzel kişilerinin iflâs ve konkordato prosedürlerindeki adli yardım taleplerinin değerlendirilmesi de zorunluluk arz etmektedir. Borca batık durumdaki sermaye şirketi ya da kooperatifi temsil eden yönetim kurulunun iflâs veya konkordato talebinde bulunması yasal bir zorunluluktur (İİK m. 179, TTK m. 376/III, 633, 1163 s. K. m. 63). İflâs veya konkordato talebi ile birlikte yargılama masraflarından olan iflâs veya konkordato gider avansının da peşin olarak ödenmesi gereklidir (İİK, m. 284/IV)¹⁰⁸. Ancak, ödenmesi zorunlu konkordato veya iflâs avansını

¹⁰⁵Tacir, ticarî iş ve işlemlerinde basiretli bir işadamı gibi davranmak zorundadır (TTK, m. 18/II). Bu zorunluluk, gerçek ya da tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın öngörülmüştür. Buna karşılık, basiretli bir tacir gibi davranma, insanüstü bir gayret sarf etme ya da olağandışı bir özen gösterme olarak algılanmamalıdır. Bilakis, belirlenecek davranış ve özen yükümlülüğünün ölçüsü, objektif olarak ortalama bir iş insanının iş dünyasında göstermesi gereken tedbir ve özeni aşamaz. Bkz. Karaköse/Demir, s. 727 vd.

¹⁰⁶Topak, s. 32.

¹⁰⁷AYM, iptal kararının gerekçesinde yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksunluğun tespiti açısından somut olaydaki sermaye şirketi yerine, tüm özel hukuk tüzel kişilerini kapsayacak şekilde, “tüzel kişi”nin borca batıklığından bahsetmektedir. Ancak hukuk tekniği anlamında borca batıklık kavramı, her tüzel kişi açısından kullanılamaz. Borca batıklık, ara bilançoya göre muhtemel piyasa rayiç fiyatları gereği aktifleri, pasiflerini karşılamayan sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından mümkündür ve doğrudan iflâs sebebidir (İİK m. 177, 179, TTK m. 376/III).

¹⁰⁸Konkordato Gider Avansı Tarifesi m. 4’ e göre, konkordato gider avansı, iflâsa tâbi olan veya olmayanlar yönünden farklı olarak belirlenmektedir. Bkz. RG. 24.08.2024, S. 32642; Y. (Kapatılan) 23. HD, 15.05.2017 tarih ve 2015/9167 E., 2017/1442 K., UYAP, (E.T.: 07.10.2024); “Kabule göre; konkordato talebinde bulunan, ... gider avansını yatırmaya

karşılayamayan tüzel kişilerin adli yardım talepleri, HMK m. 334/II hükmü gerekçe gösterilerek kabul edilmemektedir¹⁰⁹. Bu itibarla, yasal olarak başvuru zorunluluğu öngörülen ve kamu düzenini ilgilendiren bu gibi hâllerde, tüzel kişilerin adli yardım taleplerinin olumlu karşılanması, hem kamusal menfaatler hem de kanun koyucunun amacının gerçekleşmesi açısından ayrı bir önem taşımaktadır¹¹⁰.

2. Yapılması Muhtemel Yasal Düzenlemeye İlişkin Önerilerimiz

Kategorik bir yasak öngören HMK m. 334/II hükmünün iptaline ilişkin AYM kararının yansıması olarak, meselenin kanun koyucu tarafından açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulması, çelişkili uygulamaların ve hak ihlallerinin sona erdirilmesi açısından zorunluluk arz etmektedir.

Öğretide bu konuda farklı çözüm önerilerinde bulunulduğu görülmektedir. Bir kısım yazarlar¹¹¹ kâr amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım hükümlerinden yararlanabileceği yasal düzenleme önerisinde bulunmaktadır. Bazı yazarlar ise somut durum ve koşulların gerekli kıldığı hâllerle sınırlı olarak, ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanması gerektiğini belirtmektedir¹¹².

Öğretide bizim de iştirak ettiğimiz bir başka görüş ise özel hukuk tüzel kişilerinin ayırım gözetilmeksizin adli yardımdan yararlanabileceğini ve bunu mümkün kılan yeni bir yasal düzenleme yapılmasının daha isabetli olacağını kabul etmektedir¹¹³. Ancak tüzel kişinin adli yardımdan yararlanabilmesi açısından bir kısım şartların da bulunması gereklidir. Hemen ifade etmek gerekir ki, HMK m. 334/II'de yer alan iddia veya savunmada haklı görünme ve malî olarak zor duruma düşmeksizin gerekli yargılama giderlerini kısmen veya tamamen karşılayamama durumu, yeni yapılacak yasal düzenleme açısından da aynen muhafaza edilmelidir. İşaret edilen iki şartın yanında, kötü niyetli durumların önüne geçilebilmesi için farklı bir şartın da aranması daha isabetli olacaktır.

Bu bağlamda, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinin bazılarında yer alan “*kamu yararı*” ile “*tüzel kişi ile birlikte ekonomik açıdan ilgili olan kişilerin yargılama giderlerini karşılayamayacak olması*” şartlarının hukukumuz açısından öncelikle değerlendirilmesi gereklidir. Hukukumuzda, kamu yararının tüzel kişinin faaliyetlerinde, iddia veya savunmada aranması mümkündür. Diğer yandan, kamu yararının mahkeme, hâkim ya da yargısal olmayan başka bir merci tarafından tespit edilmesi de ihtimal dâhilindedir. Ancak, kamu yararının tespiti ve sınırlarının tayininde karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde yaşanan zorluklar gözetildiğinde, bunun hukukumuzda da gerekli işlevi sağlayamayacağını düşünmekteyiz. Bir diğer şart olan tüzel kişi ile birlikte ekonomik açıdan

mecburdur (İİK 285/4).” Y. (Kapatılan) 15. HD, 02.03.2021 tarih ve 2021/2996 E., 2021/578 K., UYAP, (E.T.: 07.10.2024).

¹⁰⁹“*Uyuşmazlık, konkordatonun tasdiki davasında talep edilen adli yardım talebi istemine ilişkindir. Somut olayda, kanun yolu aşamasında adli yardım talebinde bulunan E.. M.. A.Ş. sermaye şirketi olup, HMK 334/2. maddede sayılan adli yardımdan yararlanabilecek tüzel kişilerden değildir.*” Y. 6. HD, 02.05.2023 tarih ve 2023/1291 E., 2023/1582 K., UYAP, (E.T.: 07.10.2024).

¹¹⁰Aynı yönde bkz. Karaköse/Demir, s. 730.

¹¹¹Yılmaztekin, s. 188; Topak, s. 33, Kılınç, Adli Yardım, s. 355.

¹¹²Karaköse/Demir, s. 731.

¹¹³Küçük/Tahiroğlu, s. 271 vd.

ilgili olan kişilerin yargılama giderlerini karşılayamaması ise hukukumuz açısından daha uygulanabilir niteliktedir¹¹⁴. Zira yargılama giderlerini ödemediği yoksunluğun, tüzel kişi ile ekonomik açıdan ilgili olan kişiler açısından aranması, ödeme gücüne sahip gerçek kişilerin tüzel kişiyi aracı kılarak, yargılama masraflarından kurtulmak istemeleri gibi sakıncalı durumların önüne geçecektir. Buna karşılık, hukukumuzda yenilik arz eden bu kavramın kapsamı ve sınırlarının yasal olarak düzenlenmesi de zorunluluk arz etmektedir. Bu konuda, tüzel kişinin ortakları, yönetim veya denetiminden sorumlu olan kişiler veya tüzel kişiyi hâkimiyetinde bulunduran başka kişilerin ekonomik açıdan ilgililer kavramına dâhil edilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Son olarak, küresel anlamdaki sosyal ve ekonomik gelişmeler, yabancı tüzel kişilerin adli yardım hükümlerinden yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, karşılıklılık şartının gerçekleşmesi hâlinde, yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmelerinin önünü açan yasal bir düzenleme yapılmasının daha faydalı olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Adli yardım kurumunun asıl amacı, adalete erişim hakkını engelleyen veya güçleştiren sosyal ve ekonomik engelleri kaldırıp, adil yargılanma hakkını güvence altına almaktır. Böylece, yargısal makamlardan sadece ekonomik açıdan elverişli durumda bulunan kimselerin değil, toplumun tamamının eşit bir şekilde ayırım gözetilmeksizin yararlanması amaçlanır.

Özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım hükümlerinden yararlanması konusunda kategorik bir yasak öngören HMK m. 334/II düzenlemesi, AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak, iptal edilmiştir. İptal kararının yayımı tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği nazara alındığında, düzenlemenin bir süre daha uygulanmaya devam edeceği ve bu süre içerisinde kanun koyucu tarafından yeni bir yasal düzenleme yapılması gerektiği, aksi hâlde yasal bir boşluk oluşacağı tartışmasızdır.

Adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkının doğal bir sonucu olarak, özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanması gereklidir. Eşitlik ilkesi gereği, gerçek kişilerde olduğu gibi özel hukuk tüzel kişilerinin ayırım gözetilmeksizin adli yardımdan yararlanabilmesine imkân sağlayan yeni bir yasal düzenleme yapılması zorunludur. Ancak özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardım imkânından yararlanabilmesi açısından belirli şartların da aranması gereklidir. Yapılması muhtemel yeni yasal düzenlemede de HMK m. 334/II'de yer alan iki şartın aynen muhafaza edilmesi gereklidir. İşaret edilen iki şartın yanında, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinin bir kısmında olduğu gibi, tüzel kişi ile birlikte ekonomik açıdan onunla ilgili olan kişilerin yargılama giderlerini karşılayamaması durumunun üçüncü bir şart olarak aranması daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akbal, Mehmet. “Medenî Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, *TBBD*, S. 93, Y. 2011, s. 147–173.

Akkan, Mine/ Kazmaz Tepe, Büşra. “*Medenî Usûl Hukukunda Yargılamaya Genel Bakış ve İlkeler*

¹¹⁴Aynı yönde bkz. Küçük/Tahioğlu, s. 273 vd.

Konusundaki Gelişim”, Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl Ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim Ve Değişim Süreci (Editör: Hakan, Pekcanitez/Muhammet, Özekes), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.

Akkan, Mine. “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Korunma”, *MİHDER*, Y. 2007, s. 29–68.

Akil, Cenk. “Alman Dar Gelirlilerin Hukuk Danışmanlığı Ve Temsili Kanunu”, *GÜHFD*, C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s. 71–78.

Akyol Aslan, Leyla. “Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması – (HUAK m. 13/3)”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, Y. 2018, s. 79-134.

Atalay, Oğuz. *Medeni Usûl Hukukunda Adlî Yardım*, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1986.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Atalı, Murat. “İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Taslağı”, *MİHDER*, S. 1, Y. 2005, s. 123–180.

Bachofner, Eva. (Çev. Abdurrahman Kavasoglu/Ömer Çön), “İsviçre Usûl Hukukuna Genel Bir Bakış”, *SDÜHFD*, S. 8/ 1, Y. 2018, s. 49–58.

Bedos, Jean – Luc. (Çev. Cemil Kaya), “Acil Haklar: Fransa’da Yurttaşların Hukukî Bilgilere Erişimi”, *TBB*, S.83, Y. 2009, s. 394–401.

Belgesay, Mustafa Reşit. *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi – I Teoriler*, 3. Baskı, Duygu Matbaası, İstanbul, 1948.

Boran Güneysu, Nilüfer. “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *GÜHFD*, C. 20, S. 4, Y. 2016, s. 25–60.

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.

Cirese, Vania/Kappa, Francesca. “Defense and Human Rights in Fair Trial (For the Defandant)”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.10, S.99, Şubat, 2018, s. 21-22.

Çayan, Gökhan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *TAAD*, S. 28, Y. 2016, s. 235–271.

Damla Aydın, Ferda Selika. *Medenî Usûl Hukukunda Adlî Yardım*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2023.

Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Ermenek, İbrahim. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar” *MİHDER*, 9 (26), s. 3–55, (Ermenek, Bireysel Başvuru).

Ermenek, İbrahim. *Medeni Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin

- Yayınları, Ankara, 2014, (Ermenek, Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması).
- Gençcan, Ömer Uğur. “Adli Yardım”, *Yargıtay Dergisi*, 31/1-2 (2005), s. 127–140.
- Gogolin, Marco. *Die deutsche Prozesskostenhilfe im Umbruch*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.
- Göksu, Mustafa. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tadili İhtiyacı ve Bu konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, *TAAD*, S. 32., Y. 2017, s. 61-93.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Gözübüyük, Ahmet Şeref. *Anayasa Hukuku*, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
- Gözütok, Zeki. *Hukuk Yargısı İle İlgili Bireysel Başvuruda İhlal Nedeni Sayılan Uygulamalar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Hanağası, Emel. *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Karaaslan, Abdulkadir. *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Karaköse, Osman/Demir, Ömer Faruk. “Ticaret Şirketlerinin Adli Yardım Taleplerine İlişkin Değerlendirmeler”, *SDÜHFD*, C. 14, S. 1, Y. 2024, s. 699–736.
- Kılınç, Ayşe. “Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım”, *Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2011, s. 1-10, (Kılınç, İnsan Hakkı).
- Kılınç, Ayşe. *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Kılınç, Adli Yardım).
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Kuru, Baki. *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981.
- Küçük, Alper Tunga/Tahiroğlu, Fatih. “Tüzel Kişilerin Adli Yardımdan Yararlanıp Yararlanamayacağı Üzerine Düşünceler”, *SÜHFD*, C. 12, S. 1, Y. 2024, s. 253–282.
- Muşul, Timuçin. *Medeni Usûl Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Ankara, 2009.
- Özaykut, Salih/Beleş, Mehmet. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

- Özbek, Mustafa Serdar. “Sosyal Devletin Gereği, Adalete Erişim”, *MİHDER*, 2006/2, s. 907-927.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2005.
- Özdemir, İrem. *Medenî Yargılama Hukukunda Adalete Erişim*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (Özekes, Temel Haklar).
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, (Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı).
- Özer, Atilla. *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*, Geliştirilmiş 2. Bası, Ankara, 2005.
- Öztek, Selçuk/Namlı, Mert. “İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 Tarihli Tasarı)”, *TBBD*, 2021/154, s. 173–228.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. *Medenî Usul Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Ruhi, Ahmet Cemal. *Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İlâmlarının Tenfizi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Süzen, Begüm. “Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hâllerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 29, S. 2/Özel Sayı, Aralık, 2023, s. 1490–1520.
- Taşkın, Âlim. “Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alma Zamanı”, *TBBD*, S. 3, Y. 1999, s. 831–854.
- Taşkın, Âlim. “Noterlik İşlemlerinde Adlî Yardım Hükümlerinin Uygulanması”, *AÜHFD*, C. 49, S. 1, Y. 2000, s. 117–136.
- Tanrıver, Süha. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBBD*, S. 2012/99, s. 15–34, (Tanrıver, Revizyon).
- Tanrıver, Süha. “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *TBBD*, S. 53, Y. 2004, s. 191–215, (Tanrıver, Adil Yargılanma).
- Topak, Süleyman. “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adli Yardımdan Yararlanması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 19, Y. 2024, s. 15–35.
- Tutumlu, Mehmet Akif. “Temyiz Aşamasında Adlî Yardımdan Yararlanmanın Koşulları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 10/102, Y. 2015, s. 116–120.
- Tunç, Hasan/Bilir, Faruk/Yavuz, Bülent. *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2011.

- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku C.I-II*, 6. Baskı, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1997.
- Willenbruch, Klaus. *Das Armenrecht der juristischen Personen*, Duncker&Humblot, Berlin, 1977.
- Wuffli, Daniel/Fuhrer, David. *Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2019.
- Yıldız, Balcı. “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım: Nalbant ve Diğerleri / Türkiye Kararı”, *İnsan Hakları Dergisi*, S. 10, Y. 2022, s. 26–31.
- Yılmaz, Ejder. “Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması”, *Mali Hukuk Dergisi*, S. 1987/7, s. 12–23.
- Yılmaztekin, Ahmet Ertan. “Hukuk Muhakemesinde Adli Yardım”, *TBB*, S. 170, Y. 2024, s. 173–222.

Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma (Dezenformasyon) Suçu (TCK m. 217/A)

Şenel SARSIKOĞLU^{1*} 

¹ Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 20.09.2024

Kabul: 22.12.2024

Yayın: 25.12.2024

Anahtar Kelimeleri:

Tehlike Suçu, Gerçeğe Aykırı Bilgi, Dezenformasyon, Kamu Barışı, İnsan Hakları.

7418 sayılı “Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 29’uncu maddesiyle Türk Ceza Kanunu (TCK) 217’nci maddesinin ardından gelmek üzere “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” başlığıyla yeni bir hüküm eklenmiş ve kamu barışına karşı suçlar bölümünde bağımsız bir suç tipi öngörülmüştür. 217/A maddesi hükümlerinin uygulanabilmesi için ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilginin kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayılması lazım gelmektedir. Ayrıca fail tarafından “sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle” hareket edilmesi gerekmektedir. Fakat düzenleme, suç hükmünün uygulanışına ilişkin ayrıntı içermemektedir. Bu nedenle, suç hükmünün nasıl uygulanacağı konusu yargı içtihatlarıyla şekillenecektir. Neyin düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında olduğu, neyin dezenformasyon suçu sayılacağı da bu süreçte netleşecektir. Bu durum, ceza hukuku bilimi açısından birçok tartışmaya yol açacaktır. Anayasa Mahkemesi (AYM) de bu maddenin iptali istemiyle yapılan başvurunun oyçokluğu ile reddine karar vererek TCK 217’nci maddesinde yer alan hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu içtihat ve karşı oy yazıları suç tipinin anlaşılması bakımından önemi haizdir. Çalışmada ilkin suç tipi, korunan hukuki değer ve insan hakları boyutuyla ele alınmış; sonrasında suç genel teorisi açısından suç tipinin unsurları üzerinde durulmuş; neticede yapılan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesi bakımından yaratabileceği muhtemel problemler yargısal içtihatlardan da yararlanılarak değerlendirilmiştir.

The Crime of (Disinformation) Publicly Disseminating Misleading Information (TPC Art. 217/A)

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 20.09.2024

Accepted: 22.12.2024

Published: 25.12.2024

With the 29th article of the "Law on Amendments to the Press Law and Certain Laws" no. 7418, a new provision has been added, following the 217th article of the Turkish Penal Code (TPC), with the title of "publicly disseminating misleading information to the public", and an independent crime type has been envisaged in the crimes against public peace section. In order for the provisions of Article 217/A



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Keywords:

Endangerment,
Misleading Information,
Disinformation, Public
Peace, Human Rights.

to be implemented, false information regarding the country's internal and external security, public order and general health must be publicly disseminated in a way that is likely to disrupt public peace. In addition, the perpetrator must act “solely with the motive of creating anxiety, fear or panic among the public”. Therefore, the issue of how the criminal provision will be implemented will be shaped by judicial precedents. What falls within the scope of the freedom to express and disseminate thoughts and what qualifies as the crime of disinformation will also become clearer during this process. This development will lead to numerous debates in the field of criminal law. The Constitutional Court also ruled by a majority vote to reject the application for the annulment of this article and ruled that the provision in Article 217 of the TCK is not unconstitutional. This precedent and dissenting opinions are important in terms of understanding the type of crime. In the study, the type of crime was first addressed in terms of the protected legal value and human rights; then, the elements of the type of crime were focused on in terms of the general theory of crime; and finally, the possible problems that this regulation may create in terms of the principle of the rule of law were evaluated by also making use of judicial precedents.

To cite this article:

Sarsıkoğlu, Ş. (2024). “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma (Dezenformasyon) Suçu (TCK m. 217/A)”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 720-755. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.138>

***Sorumlu Yazar:** Şenel Sarsıkoğlu, senels@kastamonu.edu.tr.

GİRİŞ

Kanun koyucu tarafından dezenformasyonla mücadele amacıyla¹ 7418 sayılı Kanun’un² 29’uncu maddesiyle “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçu, Türk Ceza Kanunu’nun “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde 217/A maddesi olarak ihdas edilmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir: “(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç

¹ Kanun koyucu dezenformasyonla mücadeleye ilişkin olarak gerekçede; “Teknolojik gelişmelerin ve internetin yaygınlaşmasına bağlı olarak ciddi rağbet gören dijital platformlar, daha çok ‘içerik’ olarak nitelendirilebilecek bilgi veya haberlerin yayılma hızını öngörülemez biçimde artırmış ve bu içeriklerin zihin süzgecinden geçme, analiz etme ve değerlendirme süresini oldukça kısaltmıştır. Bu noktada, internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur. Bilhassa, özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmaktadır. Bu şekilde maksatlı bir biçimde oluşturulan uydurma içerikler, fikirler pazarındaki ürün güvenliğini olumsuz etkilemekte, bireylerin kanaat oluşumunu manipüle etmekte ve özgür düşüncüyü ipotek altına alarak demokratik ortamın masumiyetini zedelemektedir. Sonuçta, kişilerin habere veya bilgiye erişimini kolaylaştırmaya yönelik mekanizmalar ve imkânlar geliştirilirken, haber veya bilginin güvenliği sağlanarak, özgür ve özgün fikirlerin demokratik ortamda çatışmasına ya da yarışmasına yönelik tedbirlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.” ifadelerine yer vermektedir.

² Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, KN 7418, KT 13.10.2022, RG 18.10.2022/31987. Çalışmamızda 7418 sayılı Kanun ya da kısaca Kanun olarak anılacaktır.

yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır.”

Düzenleme uyarınca birinci fıkra, halk arasında “sırf endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle” ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, “kamu barışını bozmaya elverişli şekilde” “alenen” yayma fiilleri cezalandırılmaktadır. İkinci fıkra, failin suçu “gerçek kimliğini gizleyerek” ya da “bir örgütün faaliyeti çerçevesinde” işlemesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller şeklinde öngörülmektedir. Madde suçun faili bakımından kastın yanında diğer bir subjektif haksızlık unsuru olarak saik kavramına yer vermektedir. Ayrıca suç teşkil eden fiil bakımından kamu barışını bozmaya elverişlilik aranmaktadır. Böylece kanun koyucu tarafından ceza hukuku müdahalesinin akla gelen son çare (ultima ratio) olma özelliği vurgulanmaktadır³. Bu itibarla 217/A maddesinde belirtilen saik, elverişlilik ve aleniyet unsurlarını taşımayan eylemler bakımından hareket ve neticenin haksızlığı gerçekleşmesine karşın cezaya muhtaçlık için aranan şartlar sağlanmadığı için suç gerçekleşmeyecek ve bunların önüne idari tedbirlerin uygulanması suretiyle geçilmesi söz konusu olacaktır. Örnek olarak; 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”⁴ hükümlerine göre ilgili içerikler hakkında “erişimin engellenmesi ve içeriğin yayından çıkarılması” gibi önlemler sayılabilir⁵. İfade edelim ki yanıltıcı bilgiyle (dezenformasyonla) mücadelede devletin cezalandırma yetkisinin makul bir sınırlandırılmasının yapılabilmesi için öncelikle haklı bir ölçütün bulunmasını, ölçülülük ve sorumluluk bilincine dayanan bir suç siyaseti izlenmesini gerekli kılar⁶. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sırasında kanunilik, meşruiyet, gereklilik ve ölçülülük ilkelerine riayet edilmesi zorunludur⁷. Nitekim bir yandan dijital hümanizm⁸ kavramıyla dijitalleşme ve teknolojik gelişimin insan merkezli kalması

³ Gerçekten de ceza hukukunda yalnızca, cezalandırmaya muhtaç ve cezalandırmaya layık hukuki değerlere ilişkin olan haksızlıklar ceza ve güvenlik tedbirlerinin önleyici etkisiyle karşılanmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ünver, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 430; Heinrich, Bernd. Ceza Hukuku Genel Kısım-I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 8; İçel, Kayıhan / Donay, Süheyl. Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1.Kitap, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 17,18; Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 16; Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler / Temel Bilgiler, 19. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 21; Özen, Mustafa. Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 5; Dülger, Murat Volkan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 86.

⁴ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, KN 5651, KT 04.05.2007, RG 23.05.2007/26530. Çalışmamızda kısaca 5651 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

⁵ Bu noktada ifade edelim ki konvansiyonel medya için oluşturulan basın hukuku araçlarının yeni/sosyal medya ortamlarında hızla yayılan yanıltıcı bilgileri önlemede yetersiz kaldığı vurgulanmaktadır. Kent, Bülent. “Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber İle Mücadele”, Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 9.

⁶ Wessels, Johannes / Beulke, Werner. Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau, 28. Auflage, Heidelberg, 1998, s. 3 (Nakleden: Ünver, s. 446.)

⁷ Kaynar, Abdullah Ahmet. “Çevrim İçi Dezenformasyon ile Mücadelede Kazuistik Yöntem: Singapur Örneği”, Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 161 vd.

⁸ Dijital hümanizm kavramı ve ceza (usul) hukukuna etkileri hakkında bkz. Özbek, Ceren. “Dijital Hümanizm Çağında Sosyal Medyada Suç İsnadı, Suçsuzluk Karinesi Erozyonu ve Dijital Görünmezlik Kapsamında Lekelenmeme Hakkı”,

sağlanmaya çalışılmaktadır. Diğer yandan ise yeni/sosyal medya ortamları, kişilerin geleneksel medyanın ve dolayısıyla basın hukukunun sınırlarına⁹ bağlı olmadan düşüncelerini hızlı bir şekilde paylaşabildikleri bir mecraya dönüşmektedir¹⁰. Bu durumun art niyetli kişilerin gerçeğe aykırı veya yanıltıcı bilgiler üretebilmesine ve yaymasına da imkan vermesi hukukun ve nihayetinde ceza hukukunun müdahalesini gerekli kılmıştır.

Çalışmada ilkin suç tipi, korunan hukuki değer ve düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti özelinde insan hakları boyutuyla ele alınacak; sonrasında suç genel teorisi açısından suç tipinin unsurları üzerinde durulacak; neticede yapılan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesi bakımından yaratabileceği muhtemel problemler yargısal içtihatlardan yararlanılarak değerlendirilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) de suç tipini düzenleyen maddenin iptali istemiyle yapılan başvurunun oyçokluğu ile reddine karar vererek TCK 217'nci maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer, devletin toplumdaki ortak yaşam koşullarını korumaktan kaynaklanan menfaattir. Bu anlamda devletin varlığı ve toplumsal güvenliğine ilişkin temel nitelikteki değerleri ve bu anlamda soyut bir kavramı ifade etmektedir¹¹. Kanun koyucunun suçu ihdas etmesindeki amaç veya soyut hukuki menfaatin karşılığı olan korunan hukuki değer, suçun unsurları içerisinde mütalaa edilmemektedir¹². Bu bakımdan suç ihdas edilirken yalnızca bir tek hukuki değer korunması amaçlanmış olabileceği gibi birden fazla hukuki değer de kanun koyucu tarafından korunması amaçlanmış olabilir. Yine ceza kanunlarında yer alan suç tipleri korudukları hukuki değerlerden hareketle ayrıma tabi tutulmaktadır.

Dezenformasyon suçunun düzenlendiği “kamu barışına karşı suçlar” kısmında hangi hukuksal

HFSA, 30. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2024, s. 275 vd.

⁹ İHAS kararları incelendiğinde basın özgürlüğünün sınırlarının üç ana başlık altında toplandığı görülmektedir. Bunlar; “başkalarının onur ve haklarının korunması”, “devlet ve toplum düzeninin korunması” ve “ahlakın korunması”dır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yüzer, Dilara. “Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi”, DEÜHFD, C. 15, S. Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan Özel, 2013, ss. 1656 vd.

¹⁰ Kaldı ki dijitalleşme bir yönüyle insanı ve toplumu etkilerken başka bir yönüyle de devletleri etkilemekte olup “devlet kavramı” yeniden tanımlanma ihtiyacı hissetmekte ve “dijital dönüşüm” de tüm devletlerin temel amaçlarından biri haline gelmektedir. Bu konuda bkz. Çatlı, Mehmet. “Yapay Zekanın Anayasası: ‘Akıllı Anayasa’ Üzerine”, AD, S. 70, 2023, s. 381.

¹¹ Erem, Faruk. “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, C. 25, S. 1, 1968, s. 23; Önder, Ayhan. Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 169; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 333; Ersoy, Yüksel. Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002, s. 69; Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 4; Soyaslan, Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 250; Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 92; Hafızoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 3; Demirbaş, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 603.

¹² Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 223; Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 118; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Meraklı, Serkan / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 41.

değer ya da değerlerin korunduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Nitekim söz konusu bölüme dair TCK genel gerekçesinde bölüm başlığının “kamu barışına karşı suçlar” olarak düzenlendiği ifade edilmiş ancak, bundan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır¹³. Suç tipiyle korunmak istenen hukuksal değerın açıklanması hususunda ileri sürülen fikirler üç alternatif altında toplanabilir. Bunlar; kamu düzeni, kamu barışı ve düşünceyi açıklama özgürlüğü ile haber alma hakkı şeklinde tezahür etmektedir. İlk görüş, kamu barışına karşı suçlarla *kamu düzeninin* yani halkın güvenliğinin ve böylece toplumdaki bireylerin güvenlik içerisinde yaşamlarını sürdürmelerinin sağlandığı şeklindedir^{14,15}. İkinci görüş, kişilerin toplumda uyum içerisinde birlikte yaşamaktan kaynaklanan menfaatlerinin yani *kamu barışının* bizzat kendisinin korunduğu biçiminde olup bu sayede toplumdaki bireyler olağan yaşantılarını huzur ve sükun içerisinde sürdürebilmektedir¹⁶. Nitekim bu bölümdeki suç tipleri kamu barışı kavramının “kamu güveni, kamu selameti ve genel ahlak” gibi sadece belli bir yönünü değil, doğrudan kendisini koruma altına almaktadır¹⁷. Bundan da anlaşılabilirliği üzere, ilk iki görüşün savunduğu “kamu düzeni” ve “kamu barışı” kavramları birbirleriyle uyuşan ve birbirlerini tamamlayan bir içeriğe sahiptir¹⁸. Üçüncü ve son görüş ise bu suçlarla sadece kamu barışının değil, bununla beraber kişilerin “ifade özgürlüğü” ve “haber alma hakkı”nın da korunduğunu belirtmektedir¹⁹.

Dezenformasyon suçu, kamuoyunu ilgilendiren yanlış bilgilerin yayılmasını önlemeyi amaçlar. Bu sayede, devlet kurumlarını yanıltabilecek içeriklere karşı etkin bir koruma sağlanır. Aynı zamanda, toplumda karışıklık ve huzursuzluk çıkmasının önüne geçilir. Bu düzenleme, bireylerin düşünceyi açıklama ve doğru haber alma haklarını korur. Çünkü bilgi çağında bilginin yayılma hızı akıl almaz boyutlara ulaşmıştır. Ceza tehdidi olmadan, dijital ortamlarda insan hakları ihlallerinin sıkça yaşandığı görülmektedir. Buna karşılık toplumdaki bireylerin bu eylemlerden bir tehlike veya zarara uğramasının önüne geçilerek korunması gerekliliği, bir toplumsal ihtiyaç olduğu gibi ceza hukukunun amaçlarından da birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan kanun koyucu tarafından mevzu bahis suç tipi ihdas edilirken öncelikle “kamu barışı” olmak üzere “kamu düzeni” ve “ifade özgürlüğü” gibi temel hukuki değerler arasında bir denge gözetilerek birden fazla hukuki

¹³ Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, 3. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 221. Nitekim bu başlık altında toplanan suçlara 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Ammenin Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler” başlığı altında yer verilmekteydi.

¹⁴ Hafizoğulları/Özen, Topluma Karşı Suçlar, s. 221. Yazarlar, kamu barışı kavramını da halkın güvenlik ve sükun içinde bulunması olarak ifade etmektedir.

¹⁵ AYM de hükmün iptaline ilişkin başvuruyu değerlendirdiği kararında; “... kuralın kamu düzeninin ve güvenliğinin korunması ve sağlanmasına yönelik meşru bir amacının bulunduğu ...” şeklinde içtihatla bulunmuştur. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. AYM, E. 2022/129, K. 2023/189, T. 08.11.2023. AYM Kararlar Bilgi Bankası, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-189-nrm.pdf> (E.T.15.08.2024)

¹⁶ Ergüne, Elif. “Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)”, İHM, C. 78, S. 3, 2020, s. 1680; Can, Sibel / Evirgen, Selen / Ulusal, Dilek. “İfade Özgürlüğü Kapsamında Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu”, Euroasia Journal of Social Sciences & Humanities, C. 10, S. 33, 2023, s. 72.

¹⁷ Toroslu, Nevzat. Ceza Hukuku Özel Kısım, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007, s. 249; Can/Evirgen/Ulusal, s. 72; Ergüne, s. 1680.

¹⁸ Şen, Ersan. Yorumluyorum - XXIII, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 161; Gerçekler, Hasan. Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt - 2, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1975.

¹⁹ Şenol, Cem. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, CHD, Y. 17, S. 50, 2022, s. 334; Can/Evirgen/Ulusal, s. 73.

değerin korunmasının amaçlandığı ifade edilebilir²⁰.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Tipiklik Unsuru ve Suç Tipiyle İlgili Kavramlar

Tipiklik, suçun ceza kanunundaki soyut tanımıdır. Bir eylemin cezalandırılabilmesi için, bu tanıma uygun olması gerekir. Bu, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır²¹. Tipiklik, ceza hukukunun hem özgürlükleri koruyan hem de sınırlandıran yönlerini ortaya koyar²². TCK 217/A maddesindeki suç tipi açısından, “gerçeğe aykırı bilgi” ve “dezenformasyon” kavramlarının ne anlama geldiği konusunda tartışmaların ortaya çıkması muhtemeldir. Bu nedenle, suç tipinin doğru anlaşılması için önce bu kavramların açık bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu açıklamalar yapıldıktan sonra, suçun unsurlarının ayrıntılı şekilde incelenmesi gerekir.

TCK 217/A maddesi hükmünde yer verilen ve alenen yayılması halinde cezalandırılması öngörülen bilginin “gerçeğe aykırı” olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle “dezenformasyon” niteliğinde olması lazım gelmektedir. Sözlükte dezenformasyon, “*bilgi çarpıtma*” deyimiyile karşılanmakta²³ ve bunun “*belirlenen bir hedefe ulaşmak, belirli bir tepki yahut davranışa yol açmak veya onları değiştirmek amacıyla doğru olmayan bir bilgi ya da haberi iletişim araçlarıyla gerçekmiş gibi yayma*” şeklinde olduğu ifade edilmektedir²⁴. Buradan hareketle dezenformasyon kavramının gerçeğe aykırı bilginin kamuya kasten yayılması olduğu söylenebilecektir²⁵. Dezenformasyon kavramı içerisine tamamen gerçeğe uymayan ve hayali, spekülatif ya da uydurma bir olayın gerçekmiş gibi yayılması dahil olduğu gibi gerçeğin abartılarak ya da eksik verilmek suretiyle yanlış bir intiba oluşturulması da dahildir²⁶. Bununla birlikte her gerçeğe uyumsuzluk hali dezenformasyon

²⁰ Kanun gerekçesi ve tipiklikte yer verilen ifadelerden hareketle korunan hukuksal değer kamusal barış, kamu düzeni, genel sağlık ve ulusal güvenliğin olduğu söylenmektedir. Kitapçioğlu Yüksel, Tülay. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Hakkında Bir Değerlendirme”, THD, S. 207, 2023, s. 104.

²¹ Zafer, Hamide. Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 173; Küpelioglu, Burak. Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 27.

²² Koca/Üzülmez, s. 108.

²³ Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.16.08.2024)

²⁴ Kubbealtı Lugatı, <https://lugatim.com/s/dezenformasyon> (E.T.16.08.2024)

²⁵ Aktaş, Celil. İnternet Üzerinden İşlenen Dezenformasyon Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 47. Yazar, enformasyon bozukluğu çeşitlerinin dezenformasyon, mezenformasyon ve malenformasyon şeklinde tezahür ettiğini; bunlar arasındaki ayrımın bilginin gerçekliği ve kaynağın iyiniyetli olup olmaması yönleriyle yapılabileceğini; dezenformasyon olduğunda kaynağın iyiniyetli olmadığını ve gerçeğe aykırı olduğunu bildiği enformasyonu zarar vermek kastıyla yaydığını; ancak kaynağın iyiniyetli olmasına karşın bilginin gerçeğe aykırılığından haberdar olmadığı hallerde mezenformasyon oluşacağını; bununla birlikte gerçek ya da gerçeğe dayalı bir bilginin zarar vermek kastıyla yayılması halinin malenformasyon oluşturacağını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. “Avustralya Hukukunda Yalan Haber”, Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 85 vd; Kontoğlu, Sena. “Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli”, Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 128.

²⁶ Balcı, Murat / Çakır, Kerim. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, ANDÜHFD, C. 9, S. 1, 2023, s. 3; Kent, s. 12. Aksi yönde, bkz. Türay, Aras / Börekçi, Eşref Barış / Yılmaz, Aslı Ekin / Özbacı, Yalım Yarkın. Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK M.217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Raporu, İstanbul, 2022, s. 11.

konusu olmayacaktır. Gerçeğe aykırı enformasyon hali, her halükarda kanıtlanabilir, doğrulanabilir nitelikteki bir olgu veya olayın ileri sürülmesi şeklinde ortaya çıkmalıdır²⁷. Maddi bir olayla ilişkili olmayan ya da olgusal temele dayanmayan değer yargıları ve düşünceleri bu kapsamda değerlendirmek mümkün değildir. Zira değer yargıları ve düşünceler sahibiyle bağlı olup her zaman sübjektif (öznel) niteliktedir. Oysa TCK 217/A madde hükmünün kapsamına giren bilgi paylaşımı, öngörü, yorum veya temenni boyutunu aşan her daim ispatlanabilir, doğrulanabilir objektif (nesnel) nitelikteki olgulara ilişkindir. AYM de hükmün iptaline ilişkin başvuruyu değerlendirdiği kararında; “... gerçeğe aykırı bilgi ancak doğruluğu kanıtlanabilir nitelikteki olay ve olgularla ilgili olabilecektir. Buna bağlı olarak bilginin gerçekliği, ifadeye konu olgularla sınırlı bir şekilde düşünülmelidir. Dolayısıyla ifadeye konu değer yargılarının veya bu yargılardaki hataların anılan suç kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir ...” şeklinde ifadeye konu bilginin gerçekliğinin kanıtlanabilir olması gerekliliğini vurgulamaktadır²⁸.

Diğer önemli bir husus, gerçekliğe uygunluk belirlenirken hangi kriterden hareket edileceği sorunu hakkındadır²⁹. Türkiye’nin kurucular içerisinde bulunduğu Avrupa Konseyi’nin çatısında faaliyet gösteren “Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu”nun 7 Ekim 2022 tarihinde yayımladığı “Acil Görüş”³⁰ “Türk hukukunda yanlış veya yanıltıcı bilgi tanımının yapılmadığını, Türk makamlarının bir içeriğin yanlış veya yanıltıcı bilgi içerip içermediğine ilişkin kararın (uzman) bilirkişi tanıklardan yararlanacak olan mahkemeler tarafından verileceğini bildirdiğini, ancak komisyonun bu bağlamda (uzman) bilirkişi tanıkların bu değerlendirmeyi nesnel ve tutarlı bir şekilde yapabilmelerini sağlayan kanunda hiçbir kriter bulunmadığı gerekçesiyle bilginin gerçekliğini değerlendirme ölçütlerinin kanuna dahil edilmesi gerektiği” görüşüne yer vermektedir.

Bu noktada somut gerçeklik (hakikat) ve görünür gerçeklik (görünüş) kavramları yol gösterici niteliktedir. Hakikat, ifadenin dayandığı olay ya da olgunun tamamen oluş biçimine uygunluğu anlamına gelirken görünüş, ifadeye konu olay ya da olgunun verildiği zamandaki durumuna uygunluğu anlamında kullanılmaktadır. Yargı içtihatlarında da benimsendiği üzere görünür gerçekliğe (görünüşe) uygunluk testinin yapılmasının sağlıklı olacağı değerlendirilmektedir³¹. Zira ifadeye konu bilginin yayıldığı vakitte henüz gelişim aşamasını tamamlamamış ve tamamı üzerinde

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/54-halk-yanltc-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-tck-m-217a-ceza-hukukuna-iliskin-degerlendirmeler/> (E.T.16.08.2024) Yazarlar, suç tipinin gerçeğe aykırı bilginin yayılması ile ilgili olduğunu, gerçek bilginin nasıl aktarılacağına dair herhangi bir sınırlama bulunmadığını, haberin kurgulanış biçimindeki abartının ortalama bireylerin farklı anlam çıkarması sonucunu doğurması halinde dahi tipikliğin ihlal edilmeyeceğini belirtmektedir.

²⁷ Türey/Börekçi/Yılmaz/Özbalcı, s. 12; Aktaş, s. 48.

²⁸ AYM, E. 2022/129, K. 2023/189, T. 08.11.2023. AYM Kararlar Bilgi Bankası, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-189-nrm.pdf> (E.T.16.08.2024)

²⁹ Türey/Börekçi/Yılmaz/Özbalcı, s. 11.

³⁰ Venedik Komisyonu’nun 1102/2022 sayılı ve 7 Ekim 2022 tarihinde yayımlanan görüşünün İngilizce metni için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)034-e) (E.T.17.08.2024)

³¹ Özkepir, Ramazan / Kocaman, Salih Zeki / Kart, Erkal Hilmi. Sosyal Medya ve Basın Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 315. Yazarlar, adli makamların sadece idarece yapılan resmi açıklamalarla yetinmeden olayın tüm boyutlarının ortaya çıkarılabilmesi için tüm delillerin savunma ışığında tartışılıp değerlendirilmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir.

o esnada hakimiyet kurulamayacak olay veya olgular hakkında gerçekliğin hakikat seviyesinde olmadığı aşikardır. Bu itibarla görünüşün dikkate alınarak değerlendirme yapılması, tipiklik unsurlarının tespiti bakımından önem taşımaktadır. Aksi bir değerlendirme yapılması, bilginin sadece ve sadece hakikatinin belirlenmesinden sonra yayılabileceğinin kabulü anlamında olup ifade özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır³². Tam da bu noktada ifade edelim ki “yanlış fikir diye bir şey yoktur”³³ ve gerçekliğe uygunluk testi yapılırken en azından fikir veya görüşler alanında resmi bir gerçeklik veya yanlışlık olamayacağı; yalnızca vakıalara ilişkin anlatılan yalan ve gerçeklerin³⁴ (gerçeğe uygun/gerçeğe aykırı bilgiler) olduğu unutulmamalıdır.

1. Tipikliğin Maddi Unsurları

a. Fiil

TCK 217/A maddesinin başlığına bakıldığında; “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” eyleminin suç olarak ihdas edildiği düşünülse de madde hükmünde; “gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan” kişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir³⁵. Madde başlığında yanıltıcı bilgiden söz edilip suç tanımında böyle bir düzenlemeye açıkça yer verilmemesinin, yayılan bilginin halkı yanıltıp yanıltmayacağının tartışılmasını gerektirebileceği ileri sürülmüştür³⁶. Bununla birlikte; kanaatimizce suç tipinin uygulanması bakımından *yanıltıcı bilgi* ve *gerçeğe aykırı bilgi* kavramları büyük ölçüde örtüşmektedir. Nitekim dezenformasyonda tamamen gerçek dışı bilginin yayılması söz konusu olabileceği gibi gerçek bir bilginin toplumdaki bireylerin yanıltılması için eksik verilmesi ya da abartılması da söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte; yargılama makamı tarafından bilgiye dair gerçeklik testi yapıldığında bu bilginin gerçeğe aykırı olduğu kanıtlanamadığı takdirde yanıltıcı bilgiyi yayan kişinin tipikliği ihlal ettiği söylenemeyecektir³⁷. Ayrıca bilginin gerçeğe aykırı olduğu ispatlandıktan sonra bunun “bir kısmının gerçeğe aykırı” olduğunun ileri sürülmesi³⁸ hukuka aykırılığın bir derecelendirmeye tabi tutulması kabil olmadığından³⁹ tipikliğin oluşumu üzerinde etkili olmayacak, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında dikkate alınacaktır.

Yaymak sözlükteki manasıyla “birçok kişiye duyurmak”⁴⁰ ve “herkesin öğrenmesine sebep

³² Türay/Börekçi/Yılmaz/Özbalcı, s. 11.

³³ Loewy, Arnold H. “Freedom of Speech as a Product of Democracy”, University of Richmond Law Review, C. 27, S. 3, 1993, s. 429.

³⁴ Aydın, Öykü Didem. “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, HÜHFD, C. 1, S. 2, 2011, s. 60.

³⁵ Madde başlığı ve madde içeriğindeki bu uyumsuzluk sebebiyle doktrinde madde başlığındaki hatanın giderilmesi ve “gerçeğe aykırı bilginin alenen yayılması” şeklinde değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Şen, Ersan / Ervan, Mehmet Vedat / Serdar, Cem. Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu, Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık, 18 Ekim 2022, s.1. <https://sen.av.tr/tr/makale/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu> (E.T.19.08.2024)

³⁶ Akyürek, Güçlü. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)”, MEFÜHFD, C. 1, S. 2, Aralık 2022, s. 211.

³⁷ Balcı/Çakır, s. 8.

³⁸ Özdan, Selman. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Yalan Haber, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 147.

³⁹ Özgenç, s. 310.

⁴⁰ Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.23.08.2024)

olmak”⁴¹ şeklinde tanımlanır. Tipikliğin fiil unsurunu oluşturan yayma eylemi ise madde hükmünde belirtilen nitelikleri haiz bilginin birden çok kimsenin vakıf olabileceği şekilde ulaşılabilir kılınması şeklinde tezahür eder⁴². TCK’da hareket unsurunun icra tarzı konusunda özelleştirme yapılmadığından yazılı, sözlü, görüntülü veya başka bir şekilde gerçekleştirilmesi tipikliğin oluşumu bakımından önemsiz olup serbest hareketli suç özelliği arz ettiği ifade edilmektedir⁴³. Ayrıca bilginin çok sayıda kişi tarafından öğrenilmesi değil, birden çok kişi tarafından öğrenilebilecek hale getirilmesi yeterlidir. Yine TCK 217/A madde hükmünde yanıltıcı bilginin yayılmasına yönelik bir yasaklayıcı norm (Verbotsnorm) söz konusu olduğundan bu normun ihlali sadece bir icrai (yapma) hareketle gerçekleştirilebilir⁴⁴. Twitter sosyal medya uygulaması üzerinden bir başkasının mesajını veya paylaşımını yaygınlaştırmak (retweet) buna örnek oluşturur. Dolayısıyla yayma hareketinin ihmali hareketle işlenmesi imkan dahilinde gözükmemektedir.

Yayma fiili, ani hareketli olmakla birlikte kesintisiz (mütemadi) suç şeklinde de gerçekleşebilir⁴⁵. Mesela, madde hükmünde belirtilen vasıfları taşıyan bilginin birden çok kişinin vakıf olabileceği erişilebilirlikte bir internet sitesi ya da sosyal medya sayfasında durduğu sürece dezenformasyon suçu da işlenmeye devam edecektir⁴⁶. Çünkü kişi, bu yolla yanıltıcı/gerçeğe aykırı bilgiyi halkla paylaşmakta ve dezenformasyon internet akışında kalmaya devam etmektedir. Ancak kişinin takipçisi olmayan veya takibi izne bağlı olan bir sosyal medya hesabında arşivinde tutmak amacıyla dezenformasyon oluşturan içeriği bulundurması halinde kanaatimizce yayma fiilinin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir.

Yayma fiili açısından incelenmesi gereken diğer bir husus, aleniyet kavramıdır. Aleniyet konusu, bu suç türünün en sorunlu alanlarından birine karşılık gelmektedir. TCK, suçun aleni olarak işlenmiş olmasını aramış olmasına karşın, aleniyetin tanımını yapmış değildir. Genel hükümler kısmında da aleniyeti düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple kavramın anlam ve kapsamı bilimsel çalışmalar ve yargısal içtihatlar çerçevesinde şekillenmektedir. Aleniyet sözlükteki manasıyla “açık oluş, ortada ve aşikar olma” durumunu ifade etmektedir⁴⁷. Ceza hukuku açısından aleniyet, fiilin birden fazla kişinin önünde işlenmesi olarak tanımlanır. Yargısal içtihatlarla göre; aleniyet, “herkesin veya birçok kimsenin okuyup görmesiyle değil, okuyup görebilmesi mümkün ve muhtemel olan yerlerde fiilen işlenmesi” ile sağlanır⁴⁸. Yine fiilin belirsiz sayıdaki kişi tarafından görülebilecek veya duyulabilecek bir yerde işlenmesi ve algılanabilir olması şeklinde de tanımlanmaktadır⁴⁹. İfade edelim ki umumiyet ve aleniyet kavramları farklı yorumlanmakta, fiilin

⁴¹ Kubbealtı Lugatı, <https://lugatim.com/s/yaymak> (E.T.23.08.2024)

⁴² Can/Evirgen/Ulusal, s. 73; Şenol, s. 334.

⁴³ Can/Evirgen/Ulusal, s. 73; Şen/Ervan/Serdar, s. 1 vd.

⁴⁴ Koca/Üzülmez, s. 390; Yurtlu, Fatih. İhmali Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 155. Son yazar, bir şeyi yapmaktan men eden yasak normlarının bazı hallerde ihmali davranışla da ihlal edilebileceğini haklı olarak ifade etmektedir.

⁴⁵ Can/Evirgen/Ulusal, s. 73; Şenol, s. 334.

⁴⁶ Kesintisiz (mütemadi) suçlarda suçun yasal tanımında yer alan fiilin icrası süreklilik arz etmektedir. Burada hususiyet oluşturan şey, neticenin değil, fiilin devamlılığıdır. Özgenç, s. 192.

⁴⁷ Kubbealtı Lugatı, <https://lugatim.com/s/alenyet> (E.T.24.08.2024)

⁴⁸ AYM, E. 2022/129, K. 2023/189, T. 08.11.2023. AYM Kararlar Bilgi Bankası, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-189-nrm.pdf> (E.T.25.08.2024)

⁴⁹ Ergüne, s. 1687; Balcı/Çakır, s. 7.

umuma açık yerde işlenmesinin her zaman aleniyete vücut vermeyeceği vurgulanmaktadır⁵⁰. Nitekim Yargıtay’ın eski kararlarında aleniyetin tespitinde kullandığı kamusal alan-özel alan kriteri⁵¹ dijital mecralar düşünüldüğünde fonksiyonunu yitirmiş gözükmemektedir. Nitekim internetin iç içe geçen mikro kamusal alanlar yarattığı ifade edilmektedir⁵². Venedik Komisyonu da yayımladığı görüşte “alenen yayma” fiilinin çok geniş ve belirsiz olduğunu ve açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmektedir⁵³. Komisyonun bu eleştirileri, ceza hukuku öğretisinde öteden beri ileri sürülen aleniyet kavramının ceza kanununda tanımlanması gerektiği görüşü ile örtüşmektedir⁵⁴. Dijital mecralarda ya da iletişim uygulamalarında, mesela whatsapp ve telegram gibi sadece belirli kontakların olduğu prensipte kapalı ama yüzlerce üyesi bulunan bir grupta konuşulanlar aleniyete dahil kabul edilebilecek ve bu ihtimalde cezalandırma alanı çok fazla genişlemiş olacaktır. Gerçekten de her gün sayısız mesajın paylaşıldığı bu mecralar, gündelik hayatta çok büyük bir yer kaplamaktadır. Burada karşılaşılabilecek sorunun çözümü ve ceza sorumluluğunun alanının daraltılması kanaatimizce aleniyet unsurunun failin kastının kapsamına alınmasından geçmektedir. Her ne kadar TCK 217/A madde hükmünde yer verilen aleniyet unsurunun, hukuki güvenlik ilkesi bağlamında suç tipinin uygulama alanını kısıtlayacağı öngörülse de bilişim ve teknoloji alanındaki muazzam seyir hızının bu unsurun gerçekleşmesini kolaylaştıracağı ifade edilmektedir⁵⁵. Bu manada mesela bir internet sitesinde yazılan, radyo televizyonda konuşulan veya sosyal medyada paylaşılan bilgi ya da haberlerin toplumsal kitlelere ulaşması, bunların aleniyet kazanmasını sağlayacaktır⁵⁶. Bu sebeplerle biz, aleniyetin suçun unsuru olduğu görüşüne iştirak etmekteyiz⁵⁷. Kanun koyucu tarafından yayma

⁵⁰ Gülseren, Fehmi Şener. “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, LAÜSBD, C. 5, S. 1, 2014, s. 53.

⁵¹ Gülseren, s. 52.

⁵² Yeni medya bağlamında kamusal alan kavramını inceleyenler, ağ teknolojisini “yöneten ve yönetilen arasında siyasi söylemin dolaşıma girdiği ve demokrasinin işlediği bir kamusal alan” olarak nitelendirmekte; “internetin merkezîyetçiliği kaybettiğini, sansürü ve eşik bekçilerini devre dışı bıraktığını” savunmakta; kamusal alanı ise “küresel ölçeğe genişlettiğini” ileri sürmektedirler. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bulduklu, Yasin / Şeker, Muzaffer. “Yeni Medya ve Değişen Toplumsal Değerler”, Bilişim Teknolojileri ve İletişim, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara, 2020, s. 292.

⁵³ Venedik Komisyonu’nun 1102/2022 sayılı ve 7 Ekim 2022 tarihinde yayımlanan görüşünün İngilizce metni için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)034-e) (E.T.26.08.2024) Komisyon raporunda; “... ‘alenen yayma’ (veya ‘açıkça yayma’) ifadesi çok geniştir ve bir konferanstaki kamusal bir açıklamadan sanal dünyadaki bir ‘beğenme’ veya ‘retweet’e kadar değişebilen hem çevrimiçi hem de çevrimdışı çeşitli durumlara uygulanabilir. Çevrimiçi ortamda kamusal ve özel alanlar arasındaki sınır belirsizdir. Yalnızca kişinin Facebook arkadaşlarının erişebildiği bir Facebook gönderisi ‘alenen yayma’ mıdır? Veya belirli bir e-posta adresine gönderilen istenmeyen bir e-posta alenen yayma şartını karşılar mı? Ayrıca, taslak hükmün, ‘yanlış veya yanıltıcı bilgilerin’ daha geniş halk arasında yayılmasını sağlayan herkese, örneğin bu tür içerikleri paylaşarak (ve eğer öyleyse, hangi şekilde -ek bir bilgi olmaksızın bir köprü metni paylaşmak da “yayma” mıdır?) veya hatta sadece ‘beğenerek’ ‘yanlış veya yanıltıcı bilgi’nin daha geniş bir halk kitlesine yayılmasını sağlayan herkese mi, yoksa yalnızca bu tür içerikleri doğrudan oluşturan (örneğin yazan, çizen, kaydeden) ve belirli erişim kısıtlamalarıyla veya kısıtlamaları olmaksızın kamuya açık hale getirenlere mi (ve hangi ölçüde) uygulanacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır.” ifadelerine yer vermektedir.

⁵⁴ Üzülmüş, İlhan / Akkaş, Ahmet Hulusi. “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, ERÜHFD, C. II, S. 1-2, 2007, s. 84.

⁵⁵ Balcı/Çakır, s. 7. Yazarlar, “ülkenin iç ve dış güvenliği ile kamu düzenini bozacak nitelikte gerçeğe aykırı bilgiyi yayan kötü niyetli kimselerin interneti ve sosyal ağları tabiri caizse bir silah (!) olarak kullanmakta olduğunu” nakletmektedir.

⁵⁶ Can/Evirgen/Ulusal, s. 75; Şen/Ervan/Serdar, s. 1 vd. Son yazarlar, insanların konuşup yazdıklarını toplumla paylaşmayı hedefledikleri bir çağda iletişim araçları ve sosyal medyanın bu amacı mümkün kıldığını haklı olarak ifade etmektedir.

⁵⁷ Can/Evirgen/Ulusal, s. 74. Aleniyet kavramını bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak değerlendiren görüşler

fiilinin aleni olması aranmakta olup burada fiilin işlenme biçimi açıkça ortaya konulmaktadır. Buna göre; fail, aleniyet unsurunu bilmeli ve failin kastı suçun temel ve nitelikli hali bakımından da aleniyeti kapsamalıdır. Böylece failin buna ilişkin yanılığı kastını kaldıracak, bu durumda suç oluşmadığı için failin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır.

b. Fail

TCK 217/A madde hükmünde “gerçeğe aykırı bilgiyi kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan” kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Suçun kalıbında yer verilen yayma fiili üzerinde hakimiyet kuran, bu tarife uyan haksızlığı işleyen kişi faildir. Tanımda herhangi bir insan olmanın haricinde özel faillik vasfından söz edilmediğinden bu suç herkes tarafından işlenebilen bir genel suç özelliği göstermektedir⁵⁸. Bu durum, iştirak bahsinde sorumluluk statülerinin belirlenmesinde önem taşımaktadır. İfade edelim ki belirli bir gayeyle iradi hareket edebilme kabiliyeti yalnızca insana özgü olduğundan⁵⁹ yayma fiilinin faili de sadece bir gerçek kişi olabilecektir. Gerçekten de TCK 217/A hükmü ihdas edilirken geleneksel medya ve onun mensupları tarafından üretilen içeriklerden ziyade izleyicileri kullanıcılar biçimine evirmiş yeni/sosyal medya araçlarını kullanan çok sayıda kişinin hedeflendiği görülmektedir. Çünkü yeni/sosyal medya; “paylaşma, yorumlama, beğenme, eleştirme ve sohbet etme” gibi yollarla etkileşimi artırmakta ve dolayısıyla “toplumsal hareketin kendisinin sosyal medyada inşa edildiği” yeni bir ortamı doğurmaktadır⁶⁰. Çoğunlukla sanal kimlikler üzerinden işleyen bu kamuoyu oluşturma aracı, diğer bir deyişle yayma fiilinin faili, toplumdaki herkes olabilecektir. Suçun icrası birden çok kişinin katılımını gerektirmediğinden failin sayısına göre tek failli bir suçtur⁶¹.

c. Mağdur

Suçun bir diğer unsuru, mağdur kavramıdır. Mağdur, suçun konusunun sahibi olan ve suçun konusunun tehlikeye atılması ya da zarar verilmesiyle hukuki değeri ihlal edilen gerçek kişidir. Suçun konusunun belli kimselere ait olmadığı hallerde “toplumu oluşturan herkesin” mağdur sıfatını haiz olduğu kabul edilmektedir⁶². TCK 217/A maddesinde düzenlenen dezenformasyon suçunun mağduru da toplumu oluşturan herkeştir. Dezenformasyon eylemi, gerçekten de temeli barış esasına dayanan bir toplumda yaşama hakkına sahip tüm kişilerin haksızlığa uğramalarına sebebiyet vermekte ve mağdur etmektedir⁶³. Gerçekten de kamu barışının temel bir toplumsal değer olarak korunduğu bu suçta, yayma eylemi belli kişi ya da kişilere veya halkın belli bir kesimi aleyhine yapılmış dahi olsa bunlarla birlikte tüm toplum da mağdur sıfatını kazanmaktadır. Yine maddenin düzenleniş biçiminden hareketle suçun mağduru, belli bir zamanda⁶⁴ ülkede yaşayan belli olmayan sayıdaki

hakkındaki açıklamalar için bkz. Üzülmöz/Akkaş, s. 85.

⁵⁸ Özgenç, s. 215; Koca/Üzülmöz, s. 115; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 221.

⁵⁹ Koca/Üzülmöz, s. 114.

⁶⁰ Bulduklu/Şeker, s. 290.

⁶¹ Şenol, s. 334.

⁶² Özgenç, s. 226; Koca/Üzülmöz, s. 116; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 221.

⁶³ Can/Evirgen/Ulusal, s. 73.

⁶⁴ Tunç, Hasan. Anayasa Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 46. Yazar, halkın belli bir zamanda milleti oluşturan insanları, milletin ise bir ülke üzerinde geçmişte yaşamış olanları ve gelecekte doğacak olanları da kapsadığını haklı olarak ifade etmektedir.

insan topluluğunu ifade eden halktır⁶⁵.

d. Suçun Konusu

Suçun konusu, suçun unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir. Zira suçun tanımında korunan hukuksal değer gösterilmemesine karşın suçun konusuna yer verilmektedir. TCK 217/A maddesinde düzenlenen dezenformasyon suçunun konusu da alenen yayma fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili” gerçeğe aykırı bilgidir.

Bilgi, iki unsurdan oluşmaktadır: Süje ve obje⁶⁶. Süje yani insan bilendir; obje yani nesne ise bilinen ve araştırılandır. Bilgi, bu ikisi arasındaki etkileşim ve bağlantı üzerine kurulur⁶⁷. Bilgi, doğal bir nesne, tarihsel bir belge, bir dil, bir yazı, bir matematik problemi veya toplumsal, kültürel ya da ekonomik bir meseleye ilişkin olabilir. Böylece süje ile bunun gibi objeler arasındaki bağ bilgiyi meydana getirir⁶⁸.

Bilgi kavramı, geçmişten günümüze bütün toplumların ilgi odağında olmuştur. Hatta Aristoteles’in ünlü eseri Metafizik “bütün insanlar doğal olarak bilmek isterler” ifadesiyle başlamaktadır⁶⁹. Bilgi çağı denilen içinde yaşadığımız bu süreçte de bilgi toplumuna ulaşmanın yolları aranmaktadır⁷⁰. Bununla birlikte bilgi, gerçekte anlaşılması zor ve tartışmalı bir kavrama denk gelmektedir. Toplumsal ve kültürel, zamansal ve mekansal farklılıkların birbirinden farklı dört yüz (400) civarında bilgi tanımını doğurduğu ifade edilmektedir⁷¹. Bu durumun ne denli tartışmalara ve yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebileceği ortada durmaktadır. Ayrıca bilgi yerine sıkça kullanılan enformasyon kavramına da değinmek gerekir. Bilgi, “veriye ve gözleme dayanan bir gerçek dizgesi” olarak kullanılırken enformasyon ise “bilginin işlenmesi ve bir bağlamda anlamlandırılması” olarak tanımlanmaktadır⁷². Günümüzde her türlü enformasyonun yeni/sosyal medyanın imkanlarıyla hızla çok geniş kitlelere ulaşabilmesi post truth (hakikat ötesi) gibi bir kavramın da ortaya çıkmasına neden olmuştur⁷³. Bu vasatta dezenformasyon amaçlı içerikler haber biçiminde kurgulanarak yayılmakta, bunlar üzerinden harekete geçebilen internet kullanıcısı kişiler, içeriklerin doğruluğunu düşünmeden yayabilmektedir. Yine bu yolla dezenformasyonun gerçek ve tüzel kişilere karşı asimetrik güç aracı olarak kullanılması sağlanabilmektedir⁷⁴. Özetle sahte haberlerle (fake news) anılan geçtiğimiz on

⁶⁵ Balcı/Çakır, s. 8.

⁶⁶ Cevizci, Ahmet. Felsefeye Giriş, Sentez Yayıncılık, 1. Baskı, Bursa, 2007, s. 37. Yazar, bilgiye ilişkin tanımları ikiye gruplandırmaktadır. Birinci grubun bilen (insanın) entelektüel edimini veya zihin halini ya da ürünü temele koyduğunu, ikinci grubun ise bilgiyi daha çok yöneldiği obje türüyle yani konusuyla veya nesnesiyle tanımladığını ifade etmektedir.

⁶⁷ Özenç Uçak, Nazan. “Bilgi Üzerine Kuramsal Bir Yaklaşım”, Bilgi Dünyası, C. 1, S. 1, 2000, s. 144.

⁶⁸ Mengüşoğlu, Takiyettin. Felsefeye Giriş, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 47. (Nakleden: Özenç Uçak, s. 144.)

⁶⁹ Arslan, Ahmet. Felsefeye Giriş, Adres Yayınları, 16. Baskı, Ankara, 2012, s. 27.

⁷⁰ Engin, Ali Osman. “Bilginin İnsan Hayatındaki Yeri ve Önemi”, KKEFD, S. 11, 2005, s. 428.

⁷¹ Özenç Uçak, s. 144.

⁷² Balel, Ceren. “İnternet Kullanıcısının Post Truth Çağdaki Rolü”, SÜSBED, S. 53, 2024, s. 263.

⁷³ Balel, s. 259. 259. Post truth kavramının neye karşılık geldiği üzerine henüz yeterince tartışma yapılmış ve kavramsal bir çerçeve oluşturulmuş değildir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güven, Ahmet. “Hakikatin Yitimi Olarak Post-Truth: Bir Kavramsallaştırma Denemesi”, İİD, Y. 7, S. 33, 2020, s. 21 vd.

⁷⁴ Balel, s. 264,265. Bu konuda iki önemli örnek için bkz. Arslan, Hasan. “Hibrit Savaş Perspektifinden Rusya’nın 2022 Yılı Ukrayna Müdahalesi”, SBD, C. 43, S. 2, 2023, s. 331 vd; Semiz Türkoğlu, Hülya. “Sosyal Medyada Yanlış Bilinç

yıllık süreçte resmi veya gayri resmi örgütler ya da bireylerin dünya çapındaki kanuni, siyasi ve sosyal sistemleri bozmak için dezenformasyonu silah olarak kullandığı ifade edilmektedir⁷⁵.

Ancak, biz çalışmamızın kapsamı dahilinde TCK 217/A madde hükmü açısından bilgi kavramı hakkında genel açıklamalarla yetinmekteyiz. Burada gerçek bilginin ne olduğu tartışmalarından ziyade yayma fiilinin konusu olan bilginin “gerçeğe aykırı” olması üzerinde durulmalıdır. İfade edilmelidir ki bir bilginin gerçeğe aykırı olduğunun kanıtlanması, o bilginin hakikate kavuşturulmasından ziyade yalnızca ve yalnızca ne olmadığıнын ortaya konulmasından ibarettir⁷⁶. Gerçekten de dezenformasyon suçunun konusunun “gerçeğe aykırı bilgi” niteliğinde ve “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili” olması gerekmektedir.

Kanun koyucunun gerçeğe aykırı bilginin ilişkili olmasını aradığı hususların başında ülkenin iç ve dış güvenliği (milli güvenlik) bulunmakla birlikte mevzuatta tanımlanmış değildir. Milli güvenlik kavramına ilişkin tanımlama çabaları ise bu kavramın dinamik ve yoruma açık yapısı nedeniyle numerus clausus ilkesine uygun bir şekilde açıklanamamasını doğurmaktadır. Bununla birlikte yetmiş kadar ülkenin normlar hiyerarşisinin en tepesinde açık ya da örtülü (iç ve dış güvenlik) olarak bu kavrama yer verildiği görülmektedir⁷⁷. Çünkü bir devletin varlığını idame ettirmesi her şeyden önce iç ve dış egemenliğini sürdürmesine bağlıdır⁷⁸. Bu bağlamda milli güvenlik (iç ve dış güvenlik) bir milletin güvenlik içerisinde korkmadan yaşayabilmesini temin eden anayasal düzenin sürdürülebilmesi için gerekli tedbirlerin alınması şeklinde tanımlanabilecektir⁷⁹. Kavramın hukuk düzleminde çok boyutlu etkiye sahip olması, kötüye kullanılması ve temel haklar bakımından istenmeyen neticelerle karşılaşılması tehlikesini barındırmaktadır. Bunun önüne geçilmesinin yargısal denetim ile mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Zira hukuk devleti pratiğinde mahkemeler bir durumun milli güvenliğe dahil olup olmadığını somut olay ve şartları kapsamında ortaya koyacaktır. Dolayısıyla kavramın kanunilik ilkesinin belirlilik şartını sağlamadığı yönündeki görüşlere bu yönüyle iştirak etmemekteyiz⁸⁰. Nitekim AYM de kendisine yapılan bir başvuruda milli güvenlik hakkında genel bir tahlilde bulunmuştur⁸¹. Buna göre; milli güvenlik milletin yaşamının ve hatta varlığının korunması olarak anlaşılmaktadır. Milli güvenlik kavramı, demokratik anayasal düzenden öte daha mühim bir konuma denk düşmektedir⁸².

İnşası: Gazze’ye Yönelik İsrail Saldırıların Dezenformasyon Boyutu”, MSAD, S. 21, 2024, s. 28 vd. Post truth öncesi döneme ait örnekler için bkz. Tani, Tommaso. “Legal Responsibility for False News”, J. Int’l Media & Entertainment Law, C. 8, S. 2, 2020, s. 250 vd.

⁷⁵ Ochs, Sara. “Fake News & International Criminal Law”, St. Louis University Public Law Review, C. 66, S. 99, 2021, s. 99 vd. Makale tam metni için bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4103629 (E.T.01.09.2024)

⁷⁶ Balcı/Çakır, s. 8.

⁷⁷ Güveyi, Ümit. Anayasa Hukuku Boyutuyla Milli Güvenlik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 243.

⁷⁸ Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 906.

⁷⁹ Güveyi, s. 241.

⁸⁰ Şenol, s. 340.

⁸¹ AYM, B. 2016/22169, T. 20.06.2017. AYM Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22169> (E.T.01.09.2024) Mahkeme, “... darbe teşebbüsünün sadece demokratik anayasal düzen yönünden değil, bununla sıkı bağı olan ‘bireylerin temel hak ve özgürlükleri’ ve ‘milli güvenlik’ yönünden de mevcut ve ağır bir tehdit oluşturduğu, ülke tarihinde ulusun yaşamını ve hatta varlığını hedef alan milli güvenliğe yönelik en ağır saldırı olduğu ...” şeklinde içtihatla bulunmuştur.

⁸² Güveyi, s. 23.

Gerçeğe aykırı bilginin ilişkili olmasının arandığı ikinci husus ise kamu düzenidir. Milli güvenlik kavramının aksine, doktrinde büyük oranda oydaşma olduğu ifade edilmektedir⁸³. Kamu düzeni, genel itibarıyla “bir ülkede yaşayan halkın tamamının huzuru ve yaşamı için gerekli olan önlemlerin bütünü” kapsamaktadır. Söz konusu tedbirler “güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik” yönlerinden ortaya çıkar⁸⁴. Bu bakımdan kamu düzeni, toplumsal hayatın maddi (dış) düzeniyle sınırlıdır. Manevi (iç) ve ahlaki alan, bunun haricinde yer alır⁸⁵. Kamu düzeni denildiğinde toplumun huzur ve düzenini bozabilecek her türlü olay ve eylem buraya girmektedir. Dolayısıyla bir durumun önceden kamu düzenine dahil olup olmadığı açık bir şekilde belirlemek mümkün gözükmemektedir⁸⁶. Milli güvenlik kavramında olduğu gibi kamu düzeninin de somut olay ve şartları kapsamında yargısal makamlarca denetlenmesinin hukuk devleti pratiğinde mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Gerçeğe aykırı bilginin ilişkili olabileceği son husus genel sağlıktır. Öncelikle hijyen kaynaklı olmak üzere toplumu tehdit eden ya da ortaya çıkan hastalıkların önlenmesi ve tedavi edilmesi, toplumun korunması ve var olan hastalıkların da iyileştirilmesini amaçlayan işlem ve etkinliklerin bütünü olarak anlaşılmaktadır⁸⁷. Bulaşıcı hatalıkların önlenmesinden yiyeceklerin denetlenmesine kadar çok geniş yelpazede faaliyetleri kapsamına almaktadır. Tanımından da anlaşılacağı üzere genel sağlık, tek tek bireylerin hastalıklardan korunması ve tedavi edilmesi anlamına gelmemekte, toplumun genel olarak bu tehditlerden uzak tutulmasını ifade etmektedir⁸⁸. Mesela, Covid-19 pandemisinden sonra dünyanın farklı ülkelerinde özellikle Orta ve Batı Afrika’da salgın durumuna gelen Maymun Çiçeği Virüsü (MPOX) hakkında Dünya Sağlık Örgütü tarafından halk sağlığı için acil durum çağrısında bulunulmuştur⁸⁹. Buna göre; salgın hastalığın ülkede yayılmasının önlenmesine dair devlet tarafından alınan tedbirlere ilişkin üretilen ve yayılan gerçeğe aykırı bilgiler, suçun konusunu oluşturabilecektir. Ancak kamu düzeni kavramının “kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu huzuru, insan onuru ve genel ahlak” gibi pek çok öğeyi içerisinde barındırması nedeniyle TCK 217/A hükmünde ayrıca zikredilmesinin gerekmediği, özensiz bir tekrardan ibaret olduğu ve suçun konusu bakımından farklılık oluşturmadığı ileri sürülmüştür⁹⁰.

e. Nitelikli Haller

TCK 217/A maddesinde düzenlenen suçun “gerçek kimliğin gizlenerek”, “örgüt faaliyeti çerçevesinde”, “basın ve yayın yoluyla” ika edilmesi daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli haller şeklinde ihdas edilmiştir. Bununla beraber, “birden fazla kişi tarafından” ya da “kamu görevlisi tarafından” dezenformasyon suçunun işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmemesinin eksiklik

⁸³ Şenol, s. 340.

⁸⁴ Çelik Şeşen, Hülya. Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 17.

⁸⁵ Okay Tekinsoy, Özge. İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 16.

⁸⁶ Can/Evirgen/Ulusol, s. 77; Çelik Şeşen, s. 17.

⁸⁷ Atay, Ender Ethem. İdare Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 345.

⁸⁸ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 623.

⁸⁹ Anadolu Ajansı Haber Sitesi, Tarih:15.08.2024, <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/dso-m-cicegi-virusunun-uluslararası-oneme-sahip-bir-halk-sagligi-acil-durumu-olusturdugunu-acikladi/3303847#> (E.T.02.09.2024)

⁹⁰ Şenol, s. 340; Can/Evirgen/Ulusol, s. 77.

teşkil ettiği haklı olarak ifade edilmektedir⁹¹.

i. Suçun Gerçek Kimliğin Gizlenerek İşlenmesi

TCK 217/A/2 hükmünde suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerine yer verilmiştir. Bunlardan birincisi failin gerçek kimliğini gizleyerek suçu işlemesidir. Fail, bunu teşhis edilmesini önleyecek isim, resim, ses ve görüntüsünü gizleyerek veya takma isimle açılan sosyal medya ya da mail adresleri kullanarak önlemler almak suretiyle gerçekleştirmektedir⁹². Ancak, failin tedbirler almasına rağmen mesela teknik imkanlar kullanılması suretiyle kimliğinin belirlenmesi nitelikli halin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁹³. Doktrinde “gerçek kimliğin gizlenerek işlenmesi” deyimini, yeni/sosyal medyada anonim hesapların çok sık karşılaşılan bir durum olması karşısında, olağan zamanda da anonim hesaplar kullanan kişilerin kimliğini gizleme kastı olmadan ağırlaştırılmış cezaya maruz kalabileceği endişesiyle eleştirilmektedir⁹⁴. Bu gerekçeyle failin “gerçek kimliğinin belirlenebilir olduğu” hallerde söz konusu nitelikli halin uygulanmamasının gerektiği ileri sürülmektedir. Biz, aynı görüşte olmamakla birlikte bu ihtimalde dahi gerçek kimliğin gizlenerek suçun işlenme şeklinin TCK m. 61 kapsamında temel ceza belirlenirken ele alınması gereken bir husus olduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce nitelikli haller de kastın kapsamına dahil olduğu için⁹⁵ failin kimliğini gizleme kastı olmaksızın anonim bir hesap üzerinden yayma eylemini gerçekleştirmesi nitelikli halin uygulanmamasını gerektirmektedir.

ii. Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

TCK 217/A/2 hükmünde suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli hali olarak öngörülen ikinci durum, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesidir. Gerçekten de dezenformasyon, özellikle terör örgütlerince eleman kazanma ve uluslararası destek sağlama amaçlarıyla sıklıkla kullanılan bir yöntemdir⁹⁶. Örgüt kavramının anlaşılması bakımından TCK m. 220’de yer alan “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suç tipine dair literatürden faydalanılabilecektir⁹⁷. Buna göre; örgütün varlığından söz edilebilmesi için ikiden fazla kişinin suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir yapı içerisinde sürekli olarak bir araya gelmiş olmaları gerekir⁹⁸. Ayrıca örgütün amaç suçları işlemeye elverişli bir yapıya, üye sayısına, araç ve gerece de sahip olması aranmaktadır. Elverişlilik unsuru bakımından düzenlemenin kanunilik (belirlilik) ilkesine uygunluğunun tartışmalı olduğu ifade

⁹¹ Şenol, s. 343.

⁹² Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 446. Yazarlar, Yargıtay’ın SMS yoluyla yapılan tehditler bakımından “telefona ait döküm ve kayıtların ilgili operatörden istenmesi durumunda failin kimliğinin saptanmasının teknik olarak mümkün olması nedeniyle” bu nitelikli halin uygulanmayacağına karar verdiğini ifade etmektedir.

⁹³ Şenol, s. 342.

⁹⁴ Balcı/Çakır, s. 10,11; Şen/Ervan/Serdar, s. 1 vd; Can/Evirgen/Ulusol, s. 79.

⁹⁵ Özgenç, s. 238; Koca/Üzülmez, s. 161; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 268.

⁹⁶ Ergün, Kürşad Kağan. “Geleneksel Medyadan Yeni Medyaya Geçişte Terör Örgütlerinin Değişen Medya Kullanım Yöntemleri: PKK Örneği”, TRAD, C. 3, S. 1, 2024, s. 24.

⁹⁷ Özgenç, İzzet. Suç Örgütleri, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 64. Yazar, eserinde “pek çok suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği ön kabulünden hareketle çok sayıda kişi hakkında oldukça kabarcık sayfalı iddianameler düzenlenmekte olduğunu; örgüt kavramının gereksiz yere genişletilmesinin yargılama faaliyetini de güçleştirdiğini” belirtmektedir.

⁹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 989.

edilmektedir⁹⁹. Örgütlü suç grubunun tanımının yapıldığı Palermo Sözleşmesi'nde¹⁰⁰ elverişlilik şartı bulunmamakta olup ayrıca bu sözleşme hükümleri, AY m. 90/5'teki açık düzenleme gereğince Türk hukuku bakımından normlar hiyerarşisinde kanun üstü seviyede yer teşkil etmektedir. Sözleşme kapsamında olan sınır aşan örgütlü suçluluk bakımından Palermo Sözleşmesi'nde yer alan kriterlerin esas alınması, bunun dışında yalnızca ülkemizde işlenen suçlarda TCK m. 220'de zikredilen kriterlerin uygulanması gerekecektir¹⁰¹. Ayrıca failin örgüt üyesi olması tek başına nitelikli halin uygulanmasını sağlamayacaktır. Suç teşkil eden fiilin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenebilmesi için örgütün hiyerarşik yapısı içinde ve amaçları doğrultusunda ayrıca örgüt yararına işlenmiş olması lazım gelmektedir¹⁰². Yargıtay'ın ise "örgüt faaliyeti kapsamında" işlenmesinin nitelikli hal olarak öngörüldüğü suçlarda örgütün varlığının mahkeme kararı ile tespit edilmiş olmasını aradığı ifade edilmektedir¹⁰³. Nitekim Venedik Komisyonu da yayımladığı görüşte "örgüt" kavramının çok geniş ve belirsiz olduğunu, şayet terör örgütlerine atıfta bulunulmaktaysa bunun yasal metinde açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁴.

iii. Suçun Basın ve Yayın Yoluyla İşlenmesi

TCK m. 218 hükmünde "ortak hüküm" başlığıyla kamu barışına karşı suçlar açısından nitelikli hale yer verilmiştir. Buna göre, dezenformasyon suçunun "basın ve yayın yoluyla" ika edilmesi halinde verilecek ceza (1/2) nispetinde artırılmaktadır. Basın ve yayın yoluyla deyimi, TCK m. 6/1-g'de "her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar" olarak tanımlanmıştır. Suçun "basın ve yayın yoluyla" işlendiği takdirde 5187 sayılı Basın Kanunu¹⁰⁵ uygulama alanı bulacaktır. Nitekim 5187 sayılı Kanun'da 2022 yılında değişiklikle "internet haber siteleri" bu kanunun kapsamına alınmıştır¹⁰⁶. Dolayısıyla internet haber siteleri aracılığıyla yayma eyleminin işlenmesi halinde nitelikli halin gerçekleşmesinden bahsedilecektir. Bu noktada ifade edelim ki faili kim olursa olsun suçun mutlak surette bir basın faaliyeti sırasında işlenmesi şart

⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 992; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 80.

¹⁰⁰ Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, KN 4804, KT 30.01.2003, RG 04.02.2003/25014, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020102044bm_45.pdf (E.T.03.09.2024) Palermo Sözleşmesi, organize suçlulukla mücadele bakımından ilk uluslararası düzenleme olmasıyla önemlidir. Sözleşmenin kapsamına sınır aşan nitelikteki ve örgütlü suç gruplarınca işlenen suçlar girmektedir.

¹⁰¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 82.

¹⁰² Şenol, s. 342; Can/Evirgen/Ulusal, s. 80.

¹⁰³ Şenol, s. 342.

¹⁰⁴ Venedik Komisyonu'nun 1102/2022 sayılı ve 7 Ekim 2022 tarihinde yayımlanan görüşünün İngilizce metni için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)034-e) (E.T.03.09.2024) Komisyon raporunda; "... 217. maddenin (2) numaralı fıkrasının, suçun 'bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde' işlendiğinde yaptırımını yarı yarıya artırmakta olduğunu; ancak bu cümlemin, bir 'suç' örgütüne mi yoksa başka bir örgütlenme biçimine mi atıfta bulunduğunu belirtmediğini; Venedik Komisyonunun, Türk makamlarının 6 Ekim 2022'de yaptığı ve terimin 'terör örgütlerine' atıfta bulunduğunu belirten yorumları karşısında bunun kanun metninde açıkça belirtilmesi gerektiği görüşünde olduğu" ifadelerine yer vermektedir.

¹⁰⁵ Basın Kanunu, KN 5187, KT 09.06.2004, RG 26.06.2004/25504. Çalışmamızda 5187 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

¹⁰⁶ 5187 sayılı Kanun m. 2/1-m hükmüne göre; "İnternet haber sitesi: İnternet ortamında, belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapmak üzere kurulan ve işletilen süreli yayını" ifade etmektedir.

olmayıp¹⁰⁷ en popüler sosyal medya ağları¹⁰⁸ olan linkedin, facebook, telegram, instagram, discord, twitch ve x (twitter)¹⁰⁹ gibi platformlarda yapılan açıklamalar da bunların birer kitle iletişim aracı olması nedeniyle söz konusu nitelikli halin kapsamına girmektedir¹¹⁰. Bu suçun “basın ve yayın yoluyla” ika edildiği hallerde aleniyet unsuru da kendiliğinden gerçekleşecektir. Sosyal medyanın basın ve yayın yolu olarak kabul edilmesi karşısında sosyal medyası olmayan sıradan vatandaşların durumu değerlendirildiğinde, öncelikle bu platformların geleneksel basın organlarının yerini alacak şekilde geniş kitlelere ulaşabilen, bilgi yayan ve kamuoyu oluşturan araçlar olduğu unutulmamalıdır. Nitekim kanaatimizce, bu kabul sosyal medyanın kişilerin doğrudan kullanımı değil, kamuoyunu etkileme gücüyle alakalıdır. Sosyal medyası bulunmayan bir kişi bile toplumda yayılan dezenformasyondan dolayı olarak etkilenebilir. Örneğin, sosyal medyada yayılan gerçeğe aykırı bir bilgi televizyon, radyo veya gazete haberlerine ve özellikle kahvehane, pazar, okul gibi toplumsal etkileşim alanlarında hızla bireyler arası iletişime yansiyabilir. Bu nedenle, sosyal medya platformlarının kamu düzenine etkisi ve dezenformasyon riski, yalnızca kullanıcıları değil, tüm toplumu ilgilendiren bir sorun olarak mütalaa edilir. Bu yüzden, sosyal medyası olmayan bireylerin korunması da sosyal medya platformlarının basın ve yayın aracı olarak kabul edilmesinin önemli gerekçelerinden birini oluşturur. Bununla birlikte sosyal medyanın basın ve yayın yolu olarak kabul edilmesinin, cezalandırma alanını genişleteceği ve bunun da suçun temel halinin düzenleniş amacına aykırı olduğu ileri sürülmektedir¹¹¹. Biz sosyal medyanın etkileşim, yayılma hızı ve geniş kitlelere ulaşabilme kapasitesi nedeniyle basın ve yayın yolu olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Doktrinde kanun koyucu tarafından basın yayın organlarınca yanıltıcı bilgi verilmesinin daha ağır şekilde cezalandırılacağına öngörüldüğü; mevzu bahis nitelikli halin basın yayın organlarına/mensuplarına münhasır nitelikte olduğu ileri sürülmüştür¹¹². Kanaatimizce suçun bu nitelikli hali, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi tarafından ihlal edilebileceği gibi basın yayın organları ve mensupları tarafından da ihlal edilebilecek niteliktedir. Çünkü TCK m.6 tanımlar kısmında ifade edilen kitle iletişim araçlarını kullanma kabiliyeti yalnızca basın ve yayın organlarına münhasır olarak anlaşılmaya müsait olmayıp her gerçek veya tüzel kişinin konvansiyonel ya da yeni/sosyal medya imkanlarının verdiği kolaylıktan yararlanarak suç tipini ihlal etmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Bununla birlikte, haberin doğruluğu konusunda araştırma yapma yükümlülüğüne ve dolayısıyla basın etik ilkelerine aykırı bir şekilde yalan haber yayılması halinde nitelikli hal uygulanacak ve temel ceza yarı oranında artırılabacaktır¹¹³.

¹⁰⁷ Özkepir/Kocaman/Kart, s. 191.

¹⁰⁸ 1 Ağustos 2024 tarihi itibarıyla internet trafiğinde en popüler sosyal medya ağları sıralaması; facebook, instagram, x, whatsapp, reddit, tiktok, linkedin, vk, pinterest, discord, telegram ve devamı şeklindedir. Ayrıntılı sıralama verileri hakkında bkz. <https://www.similarweb.com/tr/top-websites/computers-electronics-and-technology/social-networks-and-online-communities/> (E.T.03.09.2024)

¹⁰⁹ X (twitter) platformu örneğinde vaka incelemesi yoluyla suç unsurlarının tespiti ve ceza hukukuyla ilişkilendirilmesi hakkında bkz. Yurtlu, Fatih / Yıldız, Orkun. “Disinformation Activities on Social Media Platforms and Responsibility in The Context of Criminal Law: A Case Review on The Twitter Platform”, İTÜSBD, C. 22, S. 47, 2023, s. 791.

¹¹⁰ Ergüne, s. 1703; Balcı/Çakır, s. 12; Can/Evirgen/Ulusal, s. 80.

¹¹¹ Türey/Börekçi/Yılmaz/Özbalcı, s. 19.

¹¹² Can/Evirgen/Ulusal, s. 80.

¹¹³ Balcı/Çakır, s. 11; Can/Evirgen/Ulusal, s. 80.

2. Tipikliğin Manevi Unsurları

İşlediği suçla ilgili olarak failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için yalnızca suçun kanuni tanımında yer alan eylemi gerçekleştirmesi değil, bununla beraber fiille arasında manevi (sübjektif) bir bağın da kurulması gerekir. Çünkü fiilden önce oluşan kişinin içsel (manevi/sübjektif) durumuna fiil eşlik etmekte ve böylece ona suç fiili olma vasfını kazandırmaktadır¹¹⁴. Suçun varlığı kural olarak, tipte yer alan unsurların bilerek ve istenerek (kasten) gerçekleştirilmesine bağlıdır (TCK m. 21/1). Taksirli hareketler ise ancak kanunda açık hüküm edildiği hallerde cezalandırılabilir (TCK m. 22/1).

Kanun koyucu, bazı suçlar bakımından suçun oluşumu için kastın varlığını yeterli görmemekte kastın dışında ayrıca belli bir saikle hareket edilmesini aramaktadır¹¹⁵. Çalışma konumuz olan dezenformasyon suçu da manevi unsur olarak sadece kast ile işlenebilen bir suç olmakla beraber suçun oluşumu failin “sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratma saikiyle” hareket etmesi şartına bağlıdır. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; suçun özel saiklerle işlenmesinin aranmasında kanun koyucunun amacı, birer insan hakkı olarak görülen kişilerin şahsi kanaatlerini açıklama ve haber verme haklarıyla dezenformasyon olarak nitelendirilen fiiller arasında ayırım yapılabilmesini temin etmektir.

Endişe; kaygı, tasa, gam, keder¹¹⁶ anlamında kullanılmakta *korku*; bir tehlike veya tehlike ihtimali karşısında duyulan ürkütücü duygu¹¹⁷ olarak ifade edilmekte *panik*; bir insan veya topluluğa, kendi üzerindeki kontrolünü kaybettirecek kadar şiddetli hükmeden büyük korku, dehşet duygusu, korku sebebiyle içine düşülen şaşkınlık durumuna¹¹⁸ karşılık gelmektedir. Tanımlamalardan anlaşıldığı üzere bu deyimler, tehlike (ihtimali) karşısında hissedilen kaygının farklı derecelerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Nitekim halkı yanıltıcı bilginin alenen yayılması halinde halkta meydana gelebilecek telaş durumunun da değişik derecelerde olabileceği haklı olarak ifade edilmektedir¹¹⁹. Dış dünyada meydana gelen hareketler, failin iç dünyasındaki saiklerin sonucudur. Covid-19 pandemisindeki örneklerde görüldüğü üzere salgınla ilgili gerçeğe aykırı bir bilginin üretilmesi ve kasten yayılmasının arkasında çok fazla saik bulunabilir. Fail, suçu işlerken yalnızca insanların dikkatini çekmeyi değil, bununla beraber kamu düzeninin bozulmasını ve kendisine fayda sağlamak için toplumsal paniğe neden olmayı da amaçlamış olabilir¹²⁰.

Kasten işlenen suçlar, kural olarak hem doğrudan hem de olası (dolaylı) kastla işlenebilir¹²¹. Fakat suç tipinde saikin arandığı TCK m. 217/A maddesi gibi suçlar olası kastla işlenemez, yalnızca

¹¹⁴ Fletcher, George P. Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, New York, 1998, s. 121. Yazar, düşüncenin hareketten bağımsız olarak var olabileceği gerçeğini şu ifade ile dile getirmektedir: “Önce niyet gelir, sonra eylem.”

¹¹⁵ Özgenç, s. 301; Koca/Üzülmez, s. 253; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 276.

¹¹⁶ Kubbealtı Lugatı, <https://lugatim.com/s/endi%C5%9Fe> (E.T.04.09.2024)

¹¹⁷ Kubbealtı Lugatı, <https://lugatim.com/s/KORKU> (E.T.04.09.2024)

¹¹⁸ Kubbealtı Lugatı, <https://lugatim.com/s/PAN%C4%B0K> (E.T.04.09.2024)

¹¹⁹ Balcı/Çakır, s. 12.

¹²⁰ Zhang, Tingting. “The Criminal Law Regulation of the Behavior of Fabricating and Deliberately Disseminating False Information of Epidemic”, Ukrainian Policymaker, S. 6, 2020, s. 106.

¹²¹ Özgenç, s. 254.

doğrudan kastla işlenebilir¹²². Her somut olay bakımından yapılacak değerlendirmede failin bilinci, eğitimi, amacı, yaşam çevresi gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Mesela, gerçek salgın bilgisini sahte olandan ayırt etme yeteneğine sahip olmayan bir kişinin salgın bilgisini denetlemeksizin sadece kasten yaydığı bir olayda bunun ardından bilginin “gerçeğe aykırı olduğu” kanıtlanırsa, kişi kanuni tanımda sayılan saiklerle hareket etmediğinden TCK m. 217/A hükmünde yer alan suçu işlemediği sonucuna varılması gerekir. Buradaki saik değerlendirmesi, esasen failin gerçeğe aykırı bilginin ve bu bilginin sonucunda ortaya çıkması muhtemel zararların önceden farkında olup olmadığının bulunmasını¹²³ ezcümle kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan düşüncenin ortaya çıkarılmasını¹²⁴ içermektedir. Tüm bunlarla birlikte saik değerlendirilmesi, delil ve ispat hukuku bakımından zorlukları da bünyesinde barındırmaktadır. Zira ortada açıkça bir zararın bulunmadığı durumlarda böyle bir saik yalnızca kişinin aşamalarda açıklamaları veya belki de itirafına dayalı olarak belirlenebilecektir¹²⁵.

B. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, failin gerçekleştirdiği suç kalıbına uygun fiilin tüm hukuk düzeni ile çatışması ve çelişmesi anlamına gelmektedir. Buna göre bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için varlığı aranan başka bir unsur da hukuka aykırılık unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁶. Türk hukuk düzeni içerisinde var olan herhangi bir kurula riayet edilerek gerçekleştirilen eylemin, suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeptir ki eylemin suç kalıbına uygun biçimde meydana gelmesi, o eylemin hukuka aykırılığına işaret etmekte ve karine oluşturmaktadır. Fiilin tipe uygun olarak meydana gelmesi, o fiilin hukuka aykırılığı bakımından karine teşkil etmektedir. Nihayetinde her somut olayda yapılacak değerlendirme, eylemin hukuka aykırılığından çok o eylemi hukuka uygun hale getiren bir sebebin (hukuka uygunluk nedeninin) araştırılması üzerine olacaktır. TCK 217/A maddesinde düzenlenen suç “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk nedeni (TCK m. 26/1) bakımından tartışılmaya, değerlendirmeye muhtaç hususlar barındırmaktadır. Nitekim “ortak hüküm” başlıklı TCK m. 218’de kamu barışına karşı işlenen suçlar bakımından “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk nedeninin özel bir düzenlenişine yer verilmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca; “haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları” suç oluşturmaz. Gerçekten de demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün görünürlüğünü sağlayan medya özgürlüğünün vazgeçilmez bir önemi ve toplumsal değeri haizdir. Demokratik bir toplumda kamu gücünü kullananlar üzerinde “gözetim”, “eleştiri” ve “denetim” işlevini medya üstlenmektedir¹²⁷.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹²⁸ da herkesin “düşünce ve kanaat” hürriyetine sahip olduğunu (m. 25/1); herkesin düşünce ve kanaatlerini “açıklama ve yayma” hakkı taşıdığını (m. 26/1-

¹²² Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 277; Şenol, s. 343.

¹²³ Zhang, s. 108.

¹²⁴ Koca/Üzülmez, s. 252.

¹²⁵ Tani, s. 253.

¹²⁶ Özgenç, s. 305; Koca/Üzülmez, s. 265; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 290.

¹²⁷ Gül, Cengiz. “AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri”, ERÜHFD, C. XIV, S. 1, 2019, s. 116.

¹²⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, KN 2709, KT 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863. Çalışmamızda 1982 Anayasası ya da kısaca AY olarak anılacaktır.

c.1); bu hürriyetin “haber veya fikir almak ya da vermek” serbestliğini de kapsadığını (m. 26/1-c.2) açıkça hüküm altına almaktadır. Düşünce hürriyeti, kişinin bilgiye serbestçe ulaşabilmesini ve sahip olduğu bilgiyi özgürce işleyebilmesini kapsamına almaktadır. İfade hürriyeti ise bilgi ve habere serbestçe erişebilmekten, herhangi bir sınırlama veya yönlendirme olmaksızın özgürce fikir ve kanaat sahibi olabilmeye, bunları serbestçe açıklayabilme ve yayabilmeye kadar birçok unsuru içerisinde barındırmaktadır¹²⁹. Bu bakımdan insanların çevrelerinde gelişen olay ve olgulara ilişkin doğru bilgiye ulaşabilmesi, şahsiyetlerinin gelişmesine hizmet eden öncelikli bir haktır¹³⁰. Konvansiyonel veya yeni/sosyal medya araçları da kişilerin bilgi edinme hakkını temin eden ve kolaylaştıran bir işlev görmektedir ve bu anlamda görev ifa etmektedir. Ancak, toplumun yanıltıcı bilgilerden ve dezenformasyondan korunması aşamasında yeni/sosyal medyaya ilişkin yasal düzenlemeler en çok ifade özgürlüğü etrafında tartışmalara sebebiyet vermektedir¹³¹. Tüm bunlarla birlikte düşünce, ifade ve basın özgürlüğünün sınırlarının TCK m 217/A maddesinde düzenlenen suç açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)¹³² 10’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında, mutlak bir hak teşkil etmeyen ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin öncelikle hukuken öngörülmüş olması ölçütünü koyarak kanunilik ilkesine atıfta bulunmaktadır. Ayrıca yapılacak müdahalenin toplumsal bir ihtiyacın karşılığı olarak, meşru bir amacı izlemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yine söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasını da önemli bir ölçüt olarak kabul etmektedir. İfade özgürlüğü alanında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), verdiği kararlarda takdir alanını geniş tutmaktadır. Her somut olayda ifadenin sahibinden konusuna ve yöneldiği kişiye kadar çeşitli değişkenler kullanmaktadır¹³³. Yargısal takdir yetkisinin bu şekilde kullanılması, parametreler oluşturulmasına ve ifade özgürlüğünü ve sınırlarını değerlendirmede mahkemelere rehberlik etmek üzere zengin bir literatür sunmasına imkan vermektedir¹³⁴. Bununla birlikte doktrinde, demokratik toplumda gereklilik şartından hareketle TCK m. 217/A hükmünün ifade özgürlüğünün ihlali olduğu yönündeki görüşe iştirak etmek mümkün gözükmemektedir¹³⁵. Öncelikle ifade özgürlüğü bağlamında korunan “düşünceler” kişilerin kendi bakış açılarını, görüşlerini, yorumlarını yansıtan ifadeler olup TCK 217/A maddesi hükmünde cezalandırma konusu edilen “gerçeğe aykırı bilgi” kavramından farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla “gerçeğe aykırı bir bilginin kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayılması” eylemi, düşünce açıklaması olmadığından ifade özgürlüğünün kapsamına

¹²⁹ Özkepir/Kocaman/Kart, s. 74.

¹³⁰ Özgenç, s. 317.

¹³¹ Tawanna, D. Lee. “Combating Fake News with ‘Reasonable Standards’”, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, C. 43, S. 1, 2021, s. 95. Yazar, “ABD’nin aksine Avrupa Birliği’nin geleneksel olarak ifade özgürlüğünden ziyade düzenleme yapmayı tercih ettiğini; sahte haberleri ‘demokratik siyasi ve politika yapım süreçlerine yönelik bir tehdit’ olarak tanımlayarak bununla mücadele etmek için bir kamu yönetimi yaklaşımı benimsediğini” ifade etmektedir.

¹³² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11. ve 14. Protokoller ile Değiştirilen Metin, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> (E.T.08.09.2024)

¹³³ Karan, Ulaş. İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2, 1. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, s. 104.

¹³⁴ Coenen, Dan T. Freedom of Speech and the Criminal Law, 97 B.U. L. Rev. 1533, 2017, s. 1590. Makale tam metni için bkz. https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/1279/ (E.T.08.09.2024)

¹³⁵ Türey/Börekçi/Yılmaz/Özbalcı, s. 10; Can/Evirgen/Ulusal, s. 81.

girmemektedir. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar, bilginin sosyolojik karşılığının ortaya konulması gerektiğini; “kamu barışını bozmaya elverişli” ve “gerçeğe aykırı” bilginin hiç kimse tarafından dikkate alınmaması veya ciddi bulunmaması diğer deyişle somut bir tehlike arz etmemesi halinde müdahaleyi gerektiren toplumsal bir ihtiyacın da doğmayacağını ve bu durumun ifade özgürlüğünü ihlal edeceğini ileri sürmektedir. Ancak, insan haklarına en kapsamlı özgürlüğü tanıyan devletlerde dahi bu hürriyetlerin sınırı olmayan bir niteliği haiz olduğu söylenemeyecektir¹³⁶. Zira her özgürlüğün kendi doğasından kaynaklı sınırları bulunmaktadır. Aynı şekilde “demokratik bir toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan açıklamalar” ifade özgürlüğünün sınırında ve fakat dahilinde kabul edilmemektedir¹³⁷. Nihayetinde bu özgürlüğün kişilerin doğru şekilde bilgi edinme hakkını (Informationsrecht)¹³⁸ içermesi karşısında TCK m. 217/A maddesinde düzenlenen suç tipi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı düşüncesindeyiz¹³⁹.

Radyo, televizyon, gazete ve dergi gibi organlardan oluşan konvansiyonel medyanın toplumun bilgi edinme ve haber alma hakkına riayet ederek hareket etmesi gerekir¹⁴⁰. Nitekim bu araçlar, halen bilgi ve düşünceye erişim ve bunların yayılması üzerinde etkisini sürdürmektedir¹⁴¹. İHAM de bu işlevi nedeniyle medyanın vazgeçilmez “bekçi köpeği (public watchdog)” olduğunu¹⁴² ifade ederek demokratik toplumlarda temel hak ve hürriyetlerin temel güvencelerinden birinin özgür medya olduğunu vurgulamaktadır¹⁴³. Bununla birlikte, medyanın kullandığı araçlar, bunlarla ulaştığı kitlenin büyüklüğü ve bu kitleler üzerindeki etkisi gibi durumlar sosyal medya araçlarını kullanan toplumdaki diğer bireylere oranla medyaya fazlaca sorumluluk yüklemektedir¹⁴⁴. Çünkü hiçbir özgürlük sınırsız kullanılamayacağı gibi basın özgürlüğünün de sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu noktada önemli olan husus, makul ve gerekli sebeplerle yapılacak sınırlamanın basın özgürlüğünü ortadan kaldıracak boyuta varmaması ve sınırlamanın sınırlarının dikkatli bir şekilde oluşturulmasıdır¹⁴⁵. Buna göre; haber verme ve eleştiri hakkında olduğu gibi belli bir fikri kabul ettirmeyi, taraftar kazanmayı veya kişilerin tutumlarını değiştirmeye odaklanan propaganda

¹³⁶ Hakyemez, Yusuf Şevki. “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, AÜSBFD, C. 57, S. 2, 2002, s. 37.

¹³⁷ Hakyemez, s. 17; Karan, s. 44; Coenen, s. 1548. Son yazar, çalışmasında ifade özgürlüğünün sınırları dışında kalan konulardan bahsederken; suç işlemeye tahrik, şiddet, nefret ve cinsiyetçi söylemler kategorisine yer vermektedir.

¹³⁸ Özgenç, s. 317.

¹³⁹ Aynı yönde, Şenol, s. 346.

¹⁴⁰ Balcı/Çakır, s. 13; Can/Evirgen/Ulusal, s. 81.

¹⁴¹ Karakehya, Hakan. “Yazılı Haber Medyasında Suçun Temsili”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 735. Yazar, “günümüzde medyanın gerçekleri genel olarak yansıttığı, çarpıttığı veya inşa ettiği yönündeki farklı görüşlerin savunulmakta olduğunu” ifade etmektedir.

¹⁴² Karan, s. 47.

¹⁴³ İHAM, Case of Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, B. 49017/99, T. 17.12.2004. Kararın tam metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61168%22%5D%7D> (E.T.09.09.2024) Mahkeme, “... basının, özellikle başkalarının itibarı ve hakları açısından belirli sınırları aşmaması gerekse de, görevi (sadece hakkı değil), bazen bir miktar abartma veya hatta kışkırtma içerebilecek bir şekilde, kamu yararı taşıyan tüm konularda bilgi ve fikir vermektir. Bu nedenle, ... basının ciddi kamu endişesi taşıyan bilgileri iletmeye hayati bir rol olan ‘kamu bekçisi’ rolünü yerine getirmesini sağlama konusunda demokratik bir toplumun çıkarı bulunmaktadır. ...” şeklinde içtihatla bulunmuştur.

¹⁴⁴ Özkepir/Kocaman/Kart, s. 101.

¹⁴⁵ Kılıç, Hüseyin. Basın Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 28.

faaliyetlerinin de ifade özgürlüğünün bir parçasını oluşturduğu kabul edilebilir. Ancak, “şiddete varabilecek” veya “şiddeti teşvik edecek” gerçeğe aykırı nitelikteki bilgilerin yayılmasının ifade özgürlüğü dahilinde olduğu düşünülemez. Zira bu haller gerek kamu düzeni ve gerekse kamu barışı açısından önemli bir tehlike teşkil etmektedir¹⁴⁶. Failin kanunda öngörülen saiklerle halkı yanıltıcı nitelikte olan gerçeğe aykırı bir bilgiyi yayması örneğinde; medyanın da kamuyu aydınlatma işlevini yerine getirmediği, böyle bir haberin görünüşe uygun düşmediği, haberin verilmesinde kamu yararı bulunmadığı açık olduğundan medya özgürlüğü gerekçesiyle hukuka uygunluk nedeninin uygulanması da mümkün olmayacaktır¹⁴⁷.

İfade özgürlüğü, demokrasi için olduğu kadar insanın şahsiyetinin dışavurumu ve düşünce özgürlüğünün bir tezahürü olarak önemlidir. Anonimlik de bu bağlamda önemli bir kavrama karşılık gelmektedir. Nitekim insanlar mesela, kalabalıkta yürürken ya da bir alışveriş kuyruğunda beklerken günlük yaşantılarında bile anonimliği deneyimlemektedir. Ancak, kişilerin çevrimiçi ortamlarda ve özellikle sosyal medyada düşünce ve görüşlerini anonimlikten yararlanarak ve gerçek isimlerini kullanmadan açıklamalarda bulunmaları anonimlik kavramının ifade özgürlüğü açısından tartışılmasına yol açmıştır¹⁴⁸. Peşinen söylemek gerekirse anonimlik hakkı, ifade özgürlüğünün bir neticesidir ve fikirlerin internette serbest dolaşımında önemli bir rol oynamaktadır¹⁴⁹. Anonim kalma imkanı, kanunda öngörülen saiklerle halkı yanıltıcı nitelikte olan gerçeğe aykırı bir bilgiyi yaymak isteyen kişilerce kötüye kullanılabilir. Nitekim çevrimiçi suç failleri, maksimum hareket kabiliyeti kazanabilmek ve kamusal makamların denetimden kaçınabilmek için sürekli anonim kalma ihtiyacı hissetmekte ve bunun yollarını aramaktadır¹⁵⁰. Bu durumda, kamu otoriteleri kamu barışına karşı işlenen eylemlerle ilgili olarak hesap sahiplerinin gerçek kimlik bilgilerini sosyal ağ sağlayıcılarından isteyebilmektedir. Sosyal ağ sağlayıcıları da ilgili verileri belli şartlar ve sürelerle muhafaza etme ve kendilerinden istenildiğinde yargı makamlarıyla paylaşma yükümlülüğü altındadır¹⁵¹.

III. UNSURLAR DIŞINDA KALAN HUSUSLAR

TCK m. 217/A maddesinde düzenlenen suçta yayma fiilinin “kamu barışını bozmaya elverişli olması” halinde failin cezalandırılması mümkün olacağından bu koşulun objektif cezalandırma şartı

¹⁴⁶ Balcı/Çakır, s. 13; Can/Evirgen/Ulusal, s. 81.

¹⁴⁷ Aynı yönde, Şenol, s. 345.

¹⁴⁸ Türey/Börekçi/Yılmaz/Özbalcı, s. 17.

¹⁴⁹ Venedik Komisyonu’nun 1102/2022 sayılı ve 7 Ekim 2022 tarihinde yayımlanan görüşünün İngilizce metni için bkz. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)034-e) (E.T.10.09.2024) Komisyon raporunda; “Üye devletlerin kullanıcıların kimliklerini ifşa etmeme iradesine saygı göstermeleri; bu şekilde korumanın mutlak olmaması ve diğer hak ve çıkarlarla dengelenmesi gerektiği ancak, bunun devletlerin çevrimiçi anonim ifadeleri yasaklayabileceği anlamına gelmediği; sadece başkalarının korunması için gerekliyse anonim olarak hareket edenlerden kendilerini ifşa etmelerini isteyebileceği; buna göre, anonim bir ifadenin cezalandırılmasının çevrimiçi iletişimin önde gelen ilkelerinden biriyle ve Sözleşmenin 10. maddesiyle açıkça çelişeceği ...” ifadelerine yer vermektedir.

¹⁵⁰ Edelstein, Jonathan I. “Anonymity and International Law Enforcement in Cyberspace”, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, C. 7, S. 1, 1996, s. 265. Yazar, siber uzaydaki anonim kalabilme imkanının suç işleyen kişilere ulaşılmasını zorlaştırdığını ve bunun kolluk kuvvetleri için ciddi bir sorun oluşturduğunu, haklı olarak ifade etmektedir.

¹⁵¹ Turan, Metin. Bilişim Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 192; Balcı/Çakır, s. 14; Can/Evirgen/Ulusal, s. 82.

olduğu ifade edilmektedir¹⁵². Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. Benzer bir yaklaşım, “kamu güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde” veya “tehlike doğuracak şekilde” ifadeleriyle TCK m. 213, m. 215 ve m. 216'da yer alan suç tiplerinde de görülmektedir. Objektif cezalandırma şartı, suç kalıbında bulunmakla beraber, eylemin haksızlık içeriğini etkilemeyen ve bu sebeple kast kapsamında yer almayan olgulardır¹⁵³. Dolayısıyla objektif cezalandırma şartının gerçekleşmediği hallerde fiil henüz suç olma vasfını kazanmadığı için cezaya layık bir haksızlıktan da bahsedilemeyecektir. TCK m. 217/A'da yer alan “kamu barışını bozmaya elverişlilik” ifadesi de aynı amaca hizmet etmektedir. Bu düzenleme ile yalnızca gerçeğe aykırı bilginin yayılması değil, bu bilginin kamu barışını tehlikeye sokabilecek bir etki yaratması cezalandırılmak istenmektedir. Söz konusu yaklaşım, her gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının suç sayılmasını engellemekte ve yalnızca somut tehlike oluşturabilecek eylemleri suç kapsamına almaktadır. Bu sayede gereksiz cezalandırmanın önüne geçilmesi ve kamu düzenin korunması sağlanmaktadır.

TCK'da böyle bir şartın kanun koyucu tarafından ileri sürülmesinin nedeni, cezai sorumluluk alanının daraltılmak istenmesidir¹⁵⁴. Yine doktrinde suçun somut tehlike suçu olduğunu kabul eden yazarlar, bu suçun teşebbüse de elverişli olmadığını belirtmektedir¹⁵⁵. Böylece suç bütün unsurlarıyla tamamlanmış olsa da objektif cezalandırma koşulu gerçekleşmemişse teşebbüs mevzu bahis olmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır. Kanun koyucu gerekçede suç tipinin somut tehlike suçu olduğunu ifade etmektedir. Bu tür tehlike suçlarına benzer bir örnek, TCK m. 213'teki “halk arasında korku ve panik yaratma” suçu veya TCK m. 216'da düzenlenen “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçudur. Her iki maddede de bu suçlar doğrudan bir zarar doğurmasa bile, toplumsal düzende somut bir tehlike ortaya çıkarabilecek eylemler cezalandırılmaktadır. Kamu barışına karşı suçlar başlığı altında yer alan suçların çoğu, somut tehlike suçu niteliği taşımaktadır. TCK m. 217/A'da düzenlenen suç da bu sistematığa uygun şekilde kurgulanmıştır. Bu yaklaşım, kamu düzeninin önleyici bir şekilde korunmasını amaçlamakta ve kamu barışına karşı suçların genel mantığına uygun bir çerçeve sunmaktadır. Dezenformasyon suçunda objektif cezalandırma şartına yer verilmesi bu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığını noktasında değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu konuya bir sonraki başlık olan teşebbüs bahsinde yer verilecektir.

IV. TEŞEBBÜS

Teşebbüs, failin işlemeyi kastettiği suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanmasına karşın failin elinde olmayan sebeplerle hareketin yarıda kalması ya da neticenin gerçekleşmemesidir (TCK m. 35). Dezenformasyon suçunda kamu barışını bozmaya “elverişli olma” deyiminin kanuni tanım içerisinde yer alması, teşebbüsün uygulanabilirliğini tartışmadan önce soyut-somut tehlike suçu ayrımı açısından değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Tehlike suçlarını, soyut ve somut tehlike suçları olmak üzere sınıflandırmak mümkündür¹⁵⁶. Soyut tehlike

¹⁵² Balcı/Çakır, s. 3.

¹⁵³ Özgenç, s. 768; Koca/Üzülmüş, s. 374; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 462.

¹⁵⁴ Özgenç, s. 225. Yazar, ceza hukuku müdahalesinin somut bir tehlike meydana gelmesi halinde mümkün olduğunu haklı olarak belirtmektedir.

¹⁵⁵ Özkepir/Kocaman/Kart, s. 316.

¹⁵⁶ Bu tasnifin dışına çıkıldığında ve TCK'daki somut tehlike için kullanılan ifade farklılıkları da düşünüldüğünde; “hakimin tehlikeye dair hangi halde, tam olarak neyi tespit etmesi” gerektiğinin önemi haizdir. Doktrinde “ceza hukuku

suçlarında suç kalıbında yer alan eylemin icra edilmesi yeterliyken, somut tehlike suçlarında bu eylemin suçu konusu açısından gerçek bir tehlikeye neden olup olmadığının “ex ante” bir değerlendirmeye mahkemece belirlenmesi gerekmektedir¹⁵⁷. Kanun koyucu elverişlilik tabiri ile ilgili olarak TCK 217/A maddesinin gerekçesinde; “*Fiilin, ‘kamu barışını bozmaya’ elverişli olması aranarak, bu suçun somut tehlike suçu olduğu vurgulanmıştır.*” ifadesine yer vermektedir. Esasen bu tanımlama şekli, suçun potansiyel bir tehlikeyi de bünyesinde barındığını göstermektedir.

Elverişlilik kural olarak, bir olgunun başka bir olguya yol açabilmesi özelliğine işaret etmektedir¹⁵⁸. Alman ceza hukuku öğretisi ve Federal Yüksek Mahkeme kararları, bu suçların soyut tehlike suçlarının alt grubu olduğunu kabul etmektedir. Bu takdirde hakim, somut tehlikeyi araştırmak için çaba göstermeyecektir. Ancak, kanun koyucu suç tipinde elverişlilik kalıbını kullanmak suretiyle eylemin objektif olarak öngörülen tehlikeyi çıkarmaya uygunluğunu araştırmak hususunda hakime uyarıda bulunmaktadır. Bu uyarıya karşın elverişlilik suç tipinde öngörüldüğünden araştırma yalnızca somut tehlikeye sebebiyet verebilecek eylemin elverişliliği ile sınırlı kalacaktır. Nihayetinde Alman ceza hukukunda elverişlilik faktörü nedeniyle yeni bir tehlike suçu (elverişlilik suçu) kategorisi önerilmesi gerekmiştir¹⁵⁹. Türk ceza hukukunda ise elverişlilik tipikliğin maddi unsurları içerisinde fiilin bir özelliği olarak mütalaa edilmektedir. Bu noktada ifade edelim ki “elverişlilik” dezenformasyon suçu açısından suç tipinde yer verilen bir objektif cezalandırma şartını ihtiva etmektedir. Objektif cezalandırma şartlarına genellikle ilgili suç tipinde yer verilmektedir. TCK m. 213, m. 216 ve m. 217/A, bu sistematığe uygun örneklerdir. Bununla birlikte Yargıtay, bazı suç tanımlarıyla bağlantılı olarak içtihat yoluyla objektif cezalandırma şartı ihdas edebilmektedir¹⁶⁰. Dolayısıyla da Yargıtay içtihatlarına bakıldığında elverişliliğin somut tehlike suçları kabilinden olduğu görülmektedir¹⁶¹.

Doktrinde TCK 217/A maddesinde düzenlenen suçun da somut tehlike suçu olması gerekçesiyle teşebbüse uygun olmadığı ileri sürülmektedir¹⁶². Buna karşılık suç tipinde “elverişlilik” kalıbına yer verildiğinden bunun objektif cezalandırılabilme şartı olduğu ve teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının doktrinde tartışmalı olduğu ifade edilmekle birlikte somut tehlikenin suç tipinin netice unsuru olarak kabul edilmesi halinde teşebbüse elverişli olduğu da kabul edilmektedir¹⁶³. Doktrindeki bir başka görüş ise potansiyel tehlike suçları bakımından fiilin niteliği olarak aranan “elverişlilik” faktörünün gerçekleşmediği hallerde işlenemez suçun söz konusu olduğunu

sistemindeki bütün tehlike suçlarının düzenlenme biçimlerinin öğretide ‘tehlikeye elverişli suç’ veya ‘somut tehlikeye elverişli suç’ kategorilerine yer verildiği dikkate alınarak elden geçirilmesi” önerilmektedir. Maden, Mehmet. “Bir Tehlike Suçu Olarak ‘Gürültüye Neden Olma’ (TCK, m.183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, AHBVÜHFD, C. XXV, S. 1, 2021, s. 465.

¹⁵⁷ Özgenç, s. 224; Koca/Üzülmez, s. 121; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 240.

¹⁵⁸ Ünal, Osman Gazi. Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 312.

¹⁵⁹ Ünal, s. 319.

¹⁶⁰ Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu örneği için bkz. Özgenç, s. 137, dn. 321.

¹⁶¹ Yargıtay 16. CD., E. 2018/7103, K. 2019/1953, T. 22.03.2019. Kazancı İctihat Bilgi Bankası, <https://kazanci.com.tr/> (E.T.12.09.2024) Mahkeme; “Toplumda kaos ve tedirginlik oluşturacak, devlet otoritesine olan güveni sarsacak, kamu düzenini ve toplum barışını bozarak devletin anayasal düzeni bakımından somut tehlike meydana getirecek yoğunluk ve ciddiyetteki eylemlerin amaç suç yönünden elverişli olduğu kabul edilmektedir.” şeklinde içtihatla bulunmuştur.

¹⁶² Özkepir/Kocaman/Kart, s. 316.

¹⁶³ Şenol, s. 346.

belirtmektedir¹⁶⁴. Biz, TCK m. 217/A maddesinde düzenlenen suçun somut tehlike suçu değil, soyut tehlike bağlamında değerlendirilen bir elverişlilik suçu olduğu yönündeki görüşlere iştirak etmemekteyiz¹⁶⁵. Bir fiilin failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamayarak teşebbüs aşamasında kalması ile objektif cezalandırma şartının gerçekleşmemesi nedeniyle ceza hukukunun ilgi alanından çıkması iki farklı hususu karşılık gelmektedir¹⁶⁶. Zira bir suç tipinin teşebbüse elverişli olması suçun unsurları açısından değerlendirmeyi gerektirirken objektif cezalandırma şartı bu unsurlar içerisinde yer almamaktadır. Kanaatimizce dezenformasyon suçu açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını söylemek doğru değildir. Teşebbüs değerlendirmesinde üç (3) alternatif durum meydana gelebilecektir. Birinci alternatife göre; fiil tamamlanmış ancak objektif cezalandırma şartı gerçekleşmemişse faile ceza verilemeyecektir. İkinci alternatife göre; fiil teşebbüs aşamasında kalmışken objektif cezalandırma şartı da gerçekleşmemişse failin teşebbüsten cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Üçüncü alternatife göre; fiil teşebbüs aşamasında kalmışken objektif cezalandırma şartı gerçekleşmişse failin teşebbüsten cezalandırılması mümkün olacaktır¹⁶⁷. Son alternatifte cezalandırma söz konusu olduğundan failin cezasında suçun konusu bakımından meydana gelen zarar ya da tehlikenin ağırlığına göre indirimle gidilecektir. Zikredilen düşünce, somut tehlike suçlarında cezalandırılabilirliğin objektif cezalandırma şartıyla sınırlanması istenirken teşebbüs durumunda failin cezasında indirimle gidilmesi yoluyla cezai sorumluluğu genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶⁸.

TCK 217/A maddesi kapsamında suçun sonuçları ve etkileri açısından failin daha sonra pişmanlık gösterip gerçeğe aykırı bilginin kaldırılması veya düzeltilmesi, ceza hukuku açısından önemlidir. Bu sebeple etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışılmaya değer bir konudur. Kanaatimizce bu suçta etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmesi, birçok açıdan yararlı olacaktır. Öncelikle failin pişmanlık duyması toplumla ve davranış kurallarıyla yeniden uyumunu kolaylaştıracaktır. Ayrıca gerçeğe aykırı bilginin kaldırılarak doğru bilginin yayılması da kamu düzeninin hızla tesisini sağlayacaktır. Yine cezanın amacı bakımından failin kendi isteğiyle zarar tehlikesini bertaraf etmesi halinde ıslahı için ceza indirimine hak kazanması önleyici ve onarıcı adalet ilkeleriyle de örtüşecektir. Bu gerekçelerle TCK 217/A hükmüne etkin pişmanlık hükümlerinin eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

V. İŞTİRAK

Ceza kanunlarındaki suçlar, genellikle bunların tek bir kimse tarafından ika edileceği kabulü üzerine inşa edilmiştir. Ancak, suçun birden çok kimsenin katılımıyla işlenmesi halinde iştirak kurumu uygulama alanı bulmaktadır. Kişiler katılımının niteliğine göre; doğrudan veya dolaylı ya da

¹⁶⁴ Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, TAAD, Y. 11, S. 41, 2020, s. 53.

¹⁶⁵ Türay/Börekçi/Yılmaz/Özbalcı, s. 9. Kaldı ki bu görüş kabul edildiğinde dahi “elverişlilik” suç tipinde düzenlendiğinden mahkemenin yapacağı araştırma sadece “somut tehlikeye” sebebiyet verebilecek hareketin elverişliliği ile sınırlı olacaktır.

¹⁶⁶ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 464.

¹⁶⁷ Bununla birlikte; teşebbüsten yapılacak cezalandırmada “meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığına göre” indirimle gidilemeyeceği bu nedenle de teşebbüs aşamasında kalan bir suçun mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Üzülmüş/Aktaş, s. 78.

¹⁶⁸ Ünal, s. 248,249.

müşterek faillik sıfatı alabilecekleri gibi azmettiren veya yardım eden sıfatıyla da cezalandırılabilir¹⁶⁹. TCK 217/A maddesinde düzenlenen dezenformasyon suçu, iştirak açısından herhangi bir özellik göstermemekte olup iştirak türlerinin herhangi birisiyle işlenebilecektir. Bununla birlikte sosyal medya platformlarında yeniden paylaşma (re-post) ve beğeni (like) seçeneklerini kullananların ceza hukuku bakımından durumu değerlendirilmelidir. Mesela, gerçeğe aykırı bir haberi beğenmek ya da tekrar paylaşmak, kişinin iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu olmasına sebep olacak mıdır sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Söz konusu örnekte öncelikle ifade edelim ki gerçeğe aykırı haber, re-post ya da like seçeneklerini kullanan kişi tarafından birinci kaynak olarak paylaşılmamıştır. Dolayısıyla bu kişiye her sosyal medya platformu açısından like seçeneğini kullandığı için doğrudan sorumluluk yüklenmesi doğru olmayacaktır¹⁷⁰. Kanaatimizce kişinin kullandığı sosyal medya aracı, like seçeneğinin kullanılmasıyla paylaşımın diğer kişilere yayılmasına imkan veriyorsa tıpkı re-post seçeneğinin kullanılması gibi bir sonuca sebebiyet verecek ve kişinin TCK m. 217/A hükmünün tipikliğini ihlal etmesine yol açacaktır. Bu durumda re-post ya da like seçeneğini kullanan kişi ile paylaşımı ilk elden birinci kaynak olarak paylaşan kişi arasında birlikte suç işleme kararı olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Müşterek faillik şartlarının bulunmaması halinde paylaşım ya da beğenide bulunan her kişi müstakil fail olarak sorumlu olacaktır¹⁷¹.

VI. İÇTİMA

Ceza hukukunda “ne kadar fiil varsa o kadar suç, ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır” (gerçek içtima) prensibi benimsenmiştir. Ceza kanununda ayrıca bir hükme yer verilmezse cezaların toplanması kural, suçların toplanması ise istisna oluşturmaktadır¹⁷². TCK 217/A maddesinde düzenlenen dezenformasyon suçu, suçların içtimaı açısından herhangi bir özellik göstermemekte olup genel hükümler tatbik edilecektir. Bu durum, dezenformasyon yapmak suretiyle halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu üzerinden kısa bir örnekle açıklanabilir. Mesela, bir sosyal medya platformunu kullanıcısının, bir dini kesimi hedef alarak, “A şehrinde dışarıdan gelenlere saldırı, birçok kişi yaralandı!” şeklinde gerçeğe aykırı bilgi yayması halinde fail hem TCK m. 216 hem de TCK m. 217/A hükmünün tipikliğini ihlal etmiş olur. Burada suçlar arasında fikri içtima ilişkisinin ortaya çıkması söz konusudur. Çünkü fail, tek bir fiille hem gerçeğe aykırı bilgiyi yaymakta hem de halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmektedir. Buna göre fail, yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır.

Yayma fiilinin, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere birden çok defa işlenmesi halinde TCK m. 43/1 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu noktada önemli olan husus, kişinin aynı suç işleme kararını sürdürerek az ya da çok uzun bir zaman diliminde eylemlerini gerçekleştirmesidir. Nitekim zincirleme suç bakımından aynı suçun kısa da olsa farklı zamanlarda işlenmesi zorunluluk arz etmektedir. Mesela, iki farklı gerçeğe aykırı haberi kısa dahi olsa birbirini takip eden şekilde sosyal medya hesabı üzerinden paylaşan kişinin ayrı ayrı

¹⁶⁹ Özgenç, s. 596; Koca/Üzülmez, s. 447; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 531.

¹⁷⁰ Doktrinde “hakaret suçu açısından ‘beğen’ butonunun kullanılmasının kişiyi tek başına fail kılmayacağı” belirtilmektedir. Erdem, Mustafa Ruhan / Şentürk, Candide. “Sosyal Ağlar Üzerinde İşlenen Hakaret Suçlarında Ceza Sorumluluğu”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, S. Özel, 2017, s. 2718.

¹⁷¹ Can/Evirgen/Ulusal, s. 82.

¹⁷² Özgenç, s. 669; Koca/Üzülmez, s. 517; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 565.

dezenformasyon suçunu işlediği ve aynı suç işleme kararıyla bunu gerçekleştirmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanarak faile tek bir ceza verilip bu cezasında da dörtte birden dörtte üçe kadar artırım yapılması gerekecektir¹⁷³. Bununla birlikte gerçeğe aykırı tek bir haberin aynı zaman diliminde farklı sosyal medya platformları üzerinden yayılması halinde hukuki anlamda tek fiil ve tek suç olduğundan faile tek ceza verilmesi ve bu durumun TCK m. 61 çerçevesinde temel ceza belirlenirken nazarı dikkate alınması gerekecektir¹⁷⁴. Gerçekten de aynı amaca yönelik diğer deyişle aynı kastla gerçekleştirilen fiiller arasında manidar bir zaman dilimi bulunmuyorsa hareketin tek olduğu sonucuna varılacaktır¹⁷⁵. Gerçeğe aykırı bilginin yayılması fiillerinin gerçekleştirilmesi ile bu suçun yanı sıra diğer bir suçun¹⁷⁶ da oluşması halinde TCK m. 44 gereğince bu suçlardan cezası en ağır olan suç nedeniyle failin cezalandırılması yoluna gidilecek ve bu durum TCK m. 61 çerçevesinde temel ceza belirlenirken dikkate alınacaktır. Dezenformasyon suçunun TCK m. 243 hükmünde düzenlenen bilişim sistemine girme suçu ile fikri içtimaı değerlendirilecek olursa failin gerçeğe aykırı bilgiyi yayabilmek için bilişim sisteme girme suçunu da işlemesi halinde suçla korunan hukuki değer, suçun konusu, suçların maddi ve manevi unsurları açısından ayniyet söz konusu olmadığından gerçek içtima hükümleri gereğince iki ayrı suçtan ceza verilmesinin doğru olacağını düşünmekteyiz¹⁷⁷. Ayrıca dezenformasyon suçunun mağduru ferden belirlenebilecek kişiler olmadığından aynı neviden fikri içtima hükümleri de bu suçta uygulanamayacaktır¹⁷⁸.

VII. MUHAKEME

Suçlar kural olarak, yetkili makamlar tarafından öğrenilmeleriyle re'sen araştırılmaktadır. Bazen de kanun koyucu suç sebebiyle fail hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için birtakım koşulların gerçekleşmesini arayabilmektedir. TCK 217/A maddesinde düzenlenen dezenformasyon suçu da re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar arasındadır. Ayrıca bu suç, uzlaştırma ve ön ödeme kurumlarının uygulanmasına imkan vermemektedir. Yine 5235 sayılı Kanun¹⁷⁹ m. 11, 12 hükümleri gereğince bu suçu yargılama görevi, asliye ceza mahkemelerinin yetki alanına girmektedir. Ayrıca, 5271 sayılı Kanun¹⁸⁰ m. 286/3-a-7 hükmü gereğince “temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları” temyiz kanun yoluna tabi kabul edilmektedir. Kanun koyucu bu yolla suç tipine ilişkin ülkenin farklı yerlerinde ortaya çıkabilecek içtihat farklılıklarını ortadan kaldırmak suretiyle yeknesak bir uygulama sağlamak istemektedir.

İnternet ortamında işlenen suçların engellenmesi ve dijital araçların kontrolüne dair

¹⁷³ Benzer şekilde bkz. Koca, Mahmut. “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, CHKD, C. 3, S. 2, 2015, s. 103.

¹⁷⁴ Şenol, s. 347; Can/Evirgen/Ulusal, s. 83.

¹⁷⁵ Yalçın Sancar, Türkan. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, TBBD, S. 70, 2007, s. 249.

¹⁷⁶ TCK m. 217/A hükmü ile farklı neviden fikri içtima ilişkisinin gündeme gelebileceği suç tiplerine örnek olarak; TCK m. 125, 213, 214, 215, 216, 219 hükümleri gösterilebilir. Açıklamalar için bkz. Şenol, s. 347.

¹⁷⁷ Doktrinde fiilin kısmi ayniyetinin yeterli görülmesi halinde cezanın TCK m. 44 hükmü gereğince belirleneceği ifade edilmektedir. Şenol, s. 347.

¹⁷⁸ Şenol, s. 347.

¹⁷⁹ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, KN 5235, KT 26.09.2004, RG 07.10.2004/25606.

¹⁸⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu, KN 5271, KT 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

düzenlemeler getiren 5651 sayılı Kanun, belli katalog suçlar için erişimin engellenmesi yahut içeriğin kaldırılması prosedürüne yer vermektedir (Ek m. 4). TCK m. 217/A maddesi de bu katalog suçlardan biri olup gerçeğe aykırı bilgi yayan bir internet sitesi veya sosyal medya gönderisi yahut dijital içerik söz konusu olduğunda sulh ceza hakimliğince erişimin engellenmesi ya da içeriğin kaldırılması kararı verilebilir. İfade özgürlüğü ve kamu düzeninin korunması arasında adil bir dengenin sağlanması bakımından sulh ceza hakimliğinin denetimiyle karar alınması kanaatimizce bir güvence olarak öne çıkmaktadır. Böylece TCK m. 217/A maddesinin 5651 sayılı Kanun Ek m. 4 kapsamında katalog suç olarak öngörülmesi, gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının hızla önüne geçilmesini temin etmektedir.

Bu noktada gerçeğe aykırı bir bilginin veya yalan haberin internet üzerinden yayılması halinde içerik sağlayıcılar (content provider), yer sağlayıcılar (hosting provider) ve erişim sağlayıcılar (access provider) açısından alınabilecek tedbirlerin değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. İçerik sağlayıcı, esasında içeriği üreten veya yayan kişi olduğundan TCK m. 217/A maddesi uyarınca fail olarak sorumlu tutulacaktır. Yer sağlayıcı, içeriği denetlemekle yükümlü olmamakla birlikte sulh ceza hakimliğince içeriğin kaldırılması kararı kendisine iletilebilir. Sulh ceza hakimliği kararı olmaksızın dahi şikayet üzerine ilgili içeriği yirmi dört saat içerisinde kaldırma zorunluluğu bulunmaktadır. Yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıların bu kararları yerine getirmemesi hallerinde kendilerine idari para cezası uygulanabilmekte ve sosyal medya platformlarının bant genişliği daraltılabilmektedir¹⁸¹. Bu durum, sosyal medyanın yavaşlamasına neden olmakta ve bu platformları devlet organlarıyla iş birliğine ve alınan kararları uygulamaya zorlama amacı taşımaktadır. Nitekim mahkeme tarafından mahkumiyet hükmü verildikten sonra dahi gerçeğe aykırı bir bilginin ya da yalan haberin internet ortamında kalmasına müsaade edilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla mahkeme tarafından TCK m. 217/A ve 5651 sayılı Kanun maddeleri birlikte değerlendirilerek içeriğin kaldırılması yahut erişimin engellenmesi cihetinde bir hüküm verilebilir. Bu halde yer ve erişim sağlayıcıların kararı uygulaması sağlanmakta ve yirmi dört saat içerisinde karar yerine getirilmezse idari para cezası ve bant genişliğinin daraltılması yaptırımları gündeme gelmektedir.

SONUÇ

Türk ceza hukukunda bir bilginin “gerçeğe aykırı” olduğu bilinerek ve buna rağmen istenerek yayıldığı ispat edilmişse failin “suç teşkil eden” haksızlıktan dolayı cezai sorumluluğuna gidilmektedir. Ülkemizde internetin insanlar arası iletişimde giderek merkezi bir yer tutması ve milyonlarca insanın kendilerini ifade etmek veya etkileşimde bulunmak ya da güncel olaylarla ilgili haberdar olmak gibi çeşitli amaçlarla her gün yeni/sosyal medyayı kullanması, ceza hukuku bakımından kanunlarda değişiklik yapılmasını ve yeni suçlar ihdas edilmesini gerektirmiştir. Bunun temelinde günümüz dünyasının internete erişimi elektrik veya su gibi bir temel insan hakkı olarak görmesi bulunmaktadır¹⁸². Sosyal medya platformları ve bu mecralarda yapılan paylaşımların, suç teşkil eden haksızlıklarla mücadele etmesi gereken devlet açısından temel hak ve özgürlükler

¹⁸¹ Sosyal ağ hizmet sağlayıcıları ayrıca suç oluşturan eylemlere dair verileri saklamak ve belirli koşullar altında bu verilere ilişkin bilgileri adli mercilerle paylaşmakla yükümlüdür. Ayrıntılı bilgiler için bkz. Basın İlan Kurumu: Almanya, Avusturya ve İsviçre’de İnternet Yayıncılığı ve Sosyal Medyada İşlenen Suçlarda Ceza Sorumluluğu Türk Hukuku ile Karşılaştırma, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Araştırma Projesi, 2018, s. 24 vd.

¹⁸² Sarsıkoğlu, Şenel. “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı”, TAAD, Y. 6, S. 22, 2015, s. 447.

bağlamında müdahaleyi gündeme getirmesi, ülkemizde bugüne kadar hiç olmadığı kadar internet ve sosyal medyanın ceza hukukuyla bağlantısının temel insan hakları (düşünce, ifade, basın özgürlüğü vb. gibi) açısından toplumun her kesiminde ve bilhassa hukuk doktrininde tartışılmasına imkan sağlamıştır. Konvansiyonel medya organları, etik ve hukuki sorumlulukları nedeniyle kendilerine ulaşan bilgi ve haberleri belli bir filtreye tabi tutmak suretiyle toplumu enforme etme görevini yerine getirirken yeni/sosyal medyada bireyler bilginin gerçekliğini sorgulama veya herhangi bir araştırma zahmetine katlanmaksızın kolayca ve hızlı bir şekilde içerikler oluşturmakta ya da yeniden paylaşımlar yapabilmektedir. Gerçeğe aykırı bilginin yayılması (dezenformasyon) toplum nezdinde güvenlikten sağlığa, eğitimden adalete kadar birçok kamusal makamın güvenilirliğinin sorgulanmaya başlamasına sebep olduğu kadar bireylerin doğru ve sağlıklı bilgi alma (enformasyon) hakkının önündeki en büyük tehlikelerden birini de oluşturmaktadır. Gerçekten de dünya üzerinde dezenformasyon kişi ve kurumlara karşı asimetrik bir güç aracı olarak kullanılabilen ve devletler de buna karşı çeşitli idari ve hukuki önlemlere başvurabilmektedir. Dezenformasyonla mücadele edilmesi adına ülkemizdeki sivil¹⁸³ veya kamusal çabalar da zikredilmeye değerdir. Özellikle T. C. Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı teşkilatı içerisinde Dezenformasyonla Mücadele Merkezi (DMM) oluşturulmuştur. Merkez, dezenformasyonla mücadelede erken tespit ve eşanlı olarak ele alınması imkanı sunmaktadır¹⁸⁴. Çok fazla değişik boyutu olan dezenformasyonun önlenmesi tek boyutlu bir uğraşı olmak yerine farklı sektörleri barındıran kolektif bir yaklaşım tarzını da beraberinde getirmiştir. Suç ve ceza siyaseti alanında trafik işaretleri gibi belirginlik oluşmadığından arayışlar hep devam edecektir¹⁸⁵. Temel toplumsal değerleri hedef alan suç fenomeninin sosyal medya platformları gibi dijital bir mecraaya kayması, kanun koyucuyu yeni düzenlemeler yapmaya zorlamaktadır¹⁸⁶.

Esasında salt bir özgürlük yaklaşımıyla bilgi kavramının değerlendirilerek dezenformasyonla mücadele edilmemesi Hobbes, Locke ve Rousseau'nun ifade tarzıyla “tabiat hali”ne işaret edecektir. Dolayısıyla bu hal, bireylerin birbirlerine karşı eşit ilişki içinde olduğu, hiç kimsenin diğerine kalıcı olarak hükmedecek yeterli güce sahip olmadığı ve böylece doğal bir özgürlük içinde yaşamış oldukları¹⁸⁷ bir realiteye karşılık gelecektir. Ki bu realitede herkes cezalandırma yetkisine sahip olduğu gibi hem kendi davasının hem de başkalarının davalarının yargıcı olma hakkına da sahiptir¹⁸⁸.

¹⁸³ Mesela, (teyit.org) sitesi eleştirel düşünce alışkanlığının yaygınlaştırılması, dijital ve medya okuryazarlıklarının geliştirilmesi ve bilgi ekosisteminin iyileştirilmesi amacıyla internette yer alan bilgileri taramakta, şüpheli olanları seçmekte, araştırmakta ve sonucunu okurlarla paylaşmaktadır. Bkz. <https://teyit.org/yayin-ilkeleri> (E.T.15.09.2024)

¹⁸⁴ Merkez faaliyetleri kapsamında Dezenformasyonla Mücadele Rehberi (<https://www.dmm.gov.tr/dezenformasyonla-mucadele-rehberi/>), Dezenformasyonun Psikolojisi Kitapçığı (<https://www.dmm.gov.tr/dezenformasyonun-psikolojisi-kitapcigi/>), belli aralıklarla Dezenformasyon Bültenleri (en son 143. sayı) (<https://www.dmm.gov.tr/bultenler/dezenformasyon-bulteni-sayi-143/>) yayımlanmış ve yayımlanmaya devam etmektedir. (E.T.15.09.2024)

¹⁸⁵ Yücel, Mustafa Tören. “Yeni Türk Ceza Siyasetinin (De Facto) Yansımaları”, TBB, S. 88, 2010, s. 318.

¹⁸⁶ Cankurt, Ezgi. “Swatting: Yeni Bir Siber Suç Tipi Olarak Asılsız Acil Çağrı”, TNKÜHFD, S. 2, 2023, s. 266. Yazar, yeni bir suç tipinin gerekliliği sorgulanırken “ceza normunun kanunilik ilkesi açısından ortaya çıkarılabileceği sorunların ve normun ifade özgürlüğünü kısıtlama ihtimalinin” ciddiyetle düşünülmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir.

¹⁸⁷ Fabre, Cecile. “Toplumsal Sözleşme”, FA, S. 48, 2018, s. 124.

¹⁸⁸ Dezenformasyon kavramı değerlendirilirken bu durum bize “sosyal medya adaleti” kavramını anımsatmaktadır. Çünkü sosyal medya paylaşımlarının yargı bağımsızlığını ne denli etkilediği ve yargı kararlarına nasıl yön verdiği hususu suç ve ceza hukuku bakımından incelemeye değerdir. Bu kavramla alakalı ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ercan, Mahmut / Can, Osman. “Yargı Bağımsızlığı Perspektifinde ‘Sosyal Medya Adaleti’”, Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies,

Bununla birlikte, insanlar toplum sözleşmesiyle birlikte cezalandırma haklarını devlete bırakmış ve bunun karşılığında güvenliklerinin sağlanmasını istemişlerdir. Bu felsefî ve teorik altyapı bizi 7418 sayılı “Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 29’uncu maddesiyle, Türk Ceza Kanunu 217’nci maddesinin ardından gelmek üzere “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” nitelemesiyle yeni bir hüküm eklenmesi sonucuna götürmüştür. Bu bakımdan kanun koyucu tarafından mevzu bahis suç tipi ihdas edilirken öncelikle “kamu barışı” olmak üzere “kamu düzeni” ve “ifade özgürlüğü” gibi temel hukuki değerler arasında bir denge gözetilerek birden fazla hukuki değerın korunmasının amaçlandığı kanun koyucu tarafından anayasal sınırlara riayet edildiğı ifade edilebilir. Dolayısıyla dezenformasyon fiillerine yönelik ceza hukuku müdahalesinin zorunlu bir sosyal ihtiyacı giderdiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bununla beraber, doktrinde bu eylemlere uygulanacak müeyyidenin niteliğı ve miktarı açısından yapılan eleştirilere de katılmadığımızı ifade etmekte fayda vardır. Nitekim ceza adaleti sistemi ve ceza yaptırımı uygulanmasından beklenen fayda bakımından düşünüldüğünde; dezenformasyon suçunun alt sınır cezası bir yıldan ibarettir. Bu durumda verilecek ceza diğer şartların da varlığı durumunda kısa süreli hapis cezasına seçenak yaptırımlara çevrilebilecek, çevrilmese dahi fail hakkında erteleme ya da HAGB kararları verilebilecektir. Verilecek cezanın kısa süreli hapis cezası olmadığı alternatifte de dezenformasyon suçunun üst sınırı üç yıl olduğundan mevcut infaz uygulamaları gereğı cezanın infaz kurumlarında yerine getirilmesi pek olası gözükmemektedir. Neticede dezenformasyonun ceza adaleti sistemimize suç tipi olarak girmesinin cezanın bastırıcı, caydırıcı ve önleyici etkisinin görülmesine hizmet edeceğini ve kamu barışını korumak bakımından yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

TCK 217/A maddesinin somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi ifade özgürlüğünü korumaktadır. Çünkü suç tipi, bir soyut suç şeklinde kurgulanmış olsaydı failin ifadelerinin tehlike doğurup doğurmadığı bakılmaksızın cezalandırılması söz konusu olabilecekti. Oysa TCK m. 217/A maddesinde her gerçeğe aykırı bilginin yayılması cezalandırılmamakta somut olarak tehlike yaratabilecek ifadeler suç sayılmaktadır. Bu yaklaşım, İHAS m. 10 ile de uyumludur. Nitekim İHAM yalnızca tehlike doğuran ifadelerin sınırlandırılabilceğini kabul etmektedir. Bu durum da keyfi cezalandırılmaları önleyen bir güvence işlevi görmekte ve ifade özgürlüğünü daha fazla korumaktadır. Son söz olarak, TCK m. 217/A hükmünde yer alan halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (dezenformasyon) suçu yasa yapma tekniğı, ceza hukukuna hakim olan prensipler ve özellikle kanunilik ilkesi ile suç siyaseti araçları bakımından eleştirilere maruz kalsa da suç tipinin müstakil bir görünüm arz ettiğı ve otantik yorum yapma yetkisini haiz ceza hukuku uygulamacılarının suç teorisinin genel esaslarına dayanan içtihatları sayesinde söz konusu düzenlemenin, teori ve uygulama açısından istikrarlı bir paralellige kavuşabileceğı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Celil. *İnternet Üzerinden İşlenen Dezenformasyon Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Akyürek, Güçlü. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)”, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Aralık 2022, ss. 207-218.
- Arslan, Ahmet. *Felsefeye Giriş*, Adres Yayınları, 16. Baskı, Ankara, 2012.
- Arslan, Hasan. “Hibrit Savaş Perspektifinden Rusya’nın 2022 Yılı Ukrayna Müdahalesi”, *Savunma Bilimleri Dergisi*, C. 43, S. 2, 2023, ss. 331-356.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Aydın, Öykü Didem. “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2011, ss. 26-63.
- Balcı, Murat / Çakır, Kerim. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2023, ss. 1-17.
- Balel, Ceren. “İnternet Kullanıcısının Post Truth Çağdaki Rolü”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 53, 2024, ss. 258-273.
- Basın İlan Kurumu. Almanya, Avusturya ve İsviçre’de İnternet Yayıncılığı ve Sosyal Medyada İşlenen Suçlarda Ceza Sorumluluğu Türk Hukuku ile Karşılaştırma, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Araştırma Projesi, 2018.
- Bulduklu, Yasin / Şeker, Muzaffer. “Yeni Medya ve Değişen Toplumsal Değerler”, *Bilişim Teknolojileri ve İletişim*, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara, 2020, ss. 281-303.
- Can, Sibel / Evirgen, Selen / Ulusal, Dilek. “İfade Özgürlüğü Kapsamında Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu”, *Euroasia Journal of Social Sciences & Humanities*, C. 10, S. 33, 2023, ss. 57-89.
- Cankurt, Ezgi. “Swatting: Yeni Bir Siber Suç Tipi Olarak Asılsız Acil Çağrı”, *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2023, ss. 239-270.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Cevizci, Ahmet. *Felsefeye Giriş*, Sentez Yayıncılık, 1. Baskı, Bursa, 2007.

- Coenen, Dan T. *Freedom of Speech and the Criminal Law*, 97 B.U.L. Rev. 1533, 2017.
- Çatlı, Mehmet. “Yapay Zekanın Anayasası: ‘Akıllı Anayasa’ Üzerine”, *Adalet Dergisi*, S. 70, 2023, ss. 369-383.
- Çelik Şeşen, Hülya. *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I*, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Edelstein, Jonathan I. “Anonymity and International Law Enforcement in Cyberspace”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, C. 7, S. 1, 1996, ss. 231-294.
- Engin, Ali Osman. “Bilginin İnsan Hayatındaki Yeri ve Önemi”, *Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi*, S. 11, 2005, ss. 427-453.
- Ercan, Mahmut / Can, Osman. “Yargı Bağımsızlığı Perspektifinde ‘Sosyal Medya Adaleti’”, *Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies*, Y. 8, C. 15, 2022, ss. 1-22.
- Erdem, Mustafa Ruhan / Şentürk, Candide. “Sosyal Ağlar Üzerinde İşlenen Hakaret Suçlarında Ceza Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, S. Özel, 2017, ss. 2703-2725.
- Erem, Faruk. “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 1968, ss. 11-33.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Ergün, Kürşad Kağan. “Geleneksel Medyadan Yeni Medyaya Geçişte Terör Örgütlerinin Değişen Medya Kullanım Yöntemleri: PKK Örneği”, *TRAD*, C. 3, S. 1, 2024, ss. 16-43.
- Ergüne, Elif. “Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1675-1721.
- Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 41, 2020, ss. 27-64.
- Ersoy, Yüksel. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002.
- Fabre, Cecile. “Toplumsal Sözleşme”, *Felsefe Arkivi*, S. 48, 2018, ss. 123-135.
- Fletcher, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998.
- Gerçeker, Hasan. *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt - 2*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- Gül, Cengiz. “AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, 2019, ss. 105-126.
- Gülseren, Fehmi Şener. “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, *Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 1, 2014, ss. 32-59.
- Güven, Ahmet. “Hakikatin Yitimi Olarak Post-Truth: Bir Kavramsallaştırma Denemesi”, *İnsan ve İnsan Dergisi*, Y. 7, S. 33, 2020, ss. 20-36.
- Güveyi, Ümit. *Anayasa Hukuku Boyutuyla Milli Güvenlik*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2017. **(Topluma Karşı Suçlar)**
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler / Temel Bilgiler*, 19. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2, 2002, ss. 17-40.
- Heinrich, Bernd. *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- İçel, Kayıhan / Donay, Süheyl. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1.Kitap*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Karakehya, Hakan. “Yazılı Haber Medyasında Suçun Temsili”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 731-744.
- Karan, Ulaş. *İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018.
- Kaynar, Abdullah Ahmet. “Çevrim İçi Dezenformasyon İle Mücadelede Kazuistik Yöntem: Singapur Örneği”, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kent, Bülent. “Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber İle Mücadele”, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kılıç, Hüseyin. *Basın Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Hakkında Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 207, 2023, ss. 94-106.
- Koca, Mahmut. “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, ss. 103-118.

- Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Kontoğlu, Sena. “Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli”, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. “Avustralya Hukukunda Yalan Haber”, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Küpelioğlu, Burak. *Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Loewy, Arnold H. “Freedom of Speech as a Product of Democracy”, *University of Richmond Law Review*, C. 27, S. 3, 1993, ss. 427-439.
- Maden, Mehmet. “Bir Tehlike Suçu Olarak ‘Gürültüye Neden Olma’ (TCK, m.183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 1, 2021, ss. 431-469.
- Mengüşoğlu, Takiyettin. *Felsefeye Giriş*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Ochs, Sara. “Fake News & International Criminal Law”, *St. Louis University Public Law Review*, C. 66, S. 99, 2021, ss. 99-113.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek, Ceren. “Dijital Hümanizm Çağında Sosyal Medyada Suç İsnadı, Suçsuzluk Karinesi Erozyonu ve Dijital Görünmezlik Kapsamında Lekelenmeme Hakkı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 30. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2024.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Meraklı, Serkan / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özdan, Selman. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Yalan Haber*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Özenç Uçak, Nazan. “Bilgi Üzerine Kuramsal Bir Yaklaşım”, *Bilgi Dünyası*, C. 1, S. 1, 2000.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023. **(Suç Örgütleri)**

- Özkepir, Ramazan / Kocaman, Salih Zeki / Kart, Erkal Hilmi. *Sosyal Medya ve Basın Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Sarsıkoğlu, Şenel. “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 6, S. 22, 2015, ss. 427-454.
- Semiz Türkoğlu, Hülya. “Sosyal Medyada Yanlış Bilinç İnşası: Gazze’ye Yönelik İsrail Saldırılarının Dezenformasyon Boyutu”, *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, S. 21, 2024, ss. 28-47.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Şen, Ersan. *Yorumluyorum - XXIII*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Şen, Ersan / Ervan, Mehmet Vedat / Serdar, Cem. *Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu*, Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık, 18 Ekim 2022. <https://sen.av.tr/tr/makale/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu> (E.T.19.08.2024)
- Şenol, Cem. “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 17, S. 50, 2022, 331-352.
- Tani, Tommaso. “Legal Responsibility for False News”, *J. Int’l Media & Entertainment Law*, C. 8, S. 2, 2020, ss. 229-275.
- Tawanna, D. Lee. “Combating Fake News with ‘Reasonable Standards’”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, C. 43, S. 1, 2021, ss. 81-107.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007.
- Tunç, Hasan. *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- Turan, Metin. *Bilişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Türay, Aras / Börekçi, Eşref Barış / Yılmaz, Aslı Ekin / Özbalcı, Yalım Yarkın. *Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK M.217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Raporu, İstanbul, 2022. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/54-halk-yanltc-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-tck-m-217a-ceza-hukukuna-iliskin-degerlendirmeler/> (E.T.19.08.2024)
- Ünal, Osman Gazi. *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Üzülmez, İlhan / Akkaş, Ahmet Hulusi. “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”,

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1-2, 2007, ss. 71-87.

Yalçın Sancar, Türkan. “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, ss. 244-259.

Yurtlu, Fatih. *İhmali Suçlar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Yurtlu, Fatih / Yıldız, Orkun. “Disinformation Activities on Social Media Platforms and Responsibility in The Context of Criminal Law: A Case Review on The Twitter Platform”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 22, S. 47, 2023, ss. 789-804.

Yücel, Mustafa Tören. “Yeni Türk Ceza Siyasetinin (De Facto) Yansımaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 88, 2010, ss. 287-319.

Yüzer, Dilara. “Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan Özel, 2013, ss. 1653-1694.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau*, 28. Auflage, Heidelberg, 1998.

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Zhang, Tingting. “The Criminal Law Regulation of the Behavior of Fabricating and Deliberately Disseminating False Information of Epidemic”, *Ukrainian Policymaker*, S. 6, 2020, ss. 104-113.

Rehin İlişkisinin Ceza Hukuku Tarafından Korunmasına Genel Bir Bakış

Bekir BOGA ^{1*} 

¹Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 11.11.2024

Kabul: 25.12.2024

Yayın: 28.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Taşınır rehni, Taşınmaz rehni, Hak rehni, Ceza hukuku sorumluluğu.

ÖZET

Alacakların teminat altına alınmasının en etkili yolu olarak mevzuatımızda birçok rehin türüne yer verilmiştir. Her rehin türünün kendine has özellikleri, bunların kötüye kullanılması bakımından da farklı yöntemlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Rehin ilişkisinin suistimali ile taraflardan birisinin zarara uğratılması durumunda ceza hukuku korumasının devreye girme ihtimali bulunmaktadır. Özellikle ticari hayatın güven içerisinde devam ettirilmesi için bazı durumlarda ceza hukuku sorumluluğunun öngörülmesi mecburidir. Rehin ilişkisi üzerinden alacaklının borçluya veya borçlunun alacaklıya zarar verdiği durumlar ceza hukuku sistemimizde sınırlı olarak cezalandırılmaktadır. Bu çalışmada öncelikle rehin türlerinin kendilerine özgü özellikleri detaylı bir şekilde ele alınmaktadır. Daha sonra rehin ilişkilerinin suistimal edilmesi ihtimalleri belirlenmekte, bu ihtimallerin mevzuatımızdaki düzenlemeler marifetiyle cezalandırılabilirliği tartışılmaktadır. Böylelikle mevzuatımızın rehin ilişkisi bağlamında ortaya çıkan sorunların ceza hukuku ile çözülmesi bakımından boşlukları tespit edilmekte ve mevcut düzenlemelerin kritiği yapılmaktadır.

An Overview of the Protection of Pledge Transactions by Criminal Law

Article Info

Article History

Received: 11.11.2024

Accepted: 25.12.2024

Published: 28.12.2024

Keywords:

Pledge over movable assets, Pledge over immovable assets, Pledge of claim, Criminal liability.

ABSTRACT

Many types of pledges are included in our legislation as the most effective way of securing receivables. The specific characteristics of each type of pledge lead to different methods for their misuse. In the event that one of the parties is harmed by the abuse of the pledge transactions, there is a possibility that the protection of criminal law may come into play. Especially for the safety of commerce, it is necessary to accept criminal liability for some cases. Cases where the creditor harms the debtor or the debtor harms the creditor through the pledge transactions are penalised to a limited extent in our criminal law system. In this study, firstly, the specific characteristics of pledge types are explained in detail. Then, the possibilities of abuse of pledge transactions are determined and the punishability of these possibilities through the regulations in our legislation is discussed. Thus, the gaps in our legislation in terms of solving the problems arising in the context of the pledge transactions with the criminal law are identified and the existing regulations are criticised.

To cite this article:

Boga, B. (2024). "Rehin İlişkisinin Ceza Hukuku Tarafından Korunmasına Genel Bir Bakış", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 756-794. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.139>



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

***Sorumlu Yazar:** Bekir Boga, bboga@erbakan.edu.tr

GİRİŞ

Rehin, borç ilişkisini teminat altına alarak ticari işlemlerde güvenliği sağladığından ekonomik düzenin en önemli unsurlarından birisidir. Günümüzde özellikle konut satışlarında alıcılar kredi temin edebilmek için satın aldıkları konut üzerinde banka lehine ipotek tesis etmektedirler¹. Keza motorlu taşıt alımlarında da bankalar alıcıya verdikleri kredilerde satın alınan aracın üzerinde kendi lehlerine rehin tesis edilmesini genellikle şart koştumaktadırlar. Bankalar sağladıkları diğer kredilerde de kredi alandan teminat talep etmektedirler (Bankacılık Kanunu m. 43, m. 53, f. 1). Bankacılık uygulamasında en sık başvurulanan maddi teminat türü ise menkul veya gayri menkul rehndir². Bu ilişki sadece bankalar bakımından değil diğer finansman sağlayan şirketler bakımından da gündeme gelmektedir (6361 Say. Kanun m. 33, f. 3).

Bu itibarla rehin ilişkisinin sağladığı ticari güvenin korunması, ekonomik düzenin korunması anlamına gelmektedir. Ekonomik ceza hukuku alanında rehin ilişkisi ceza normları ile doğrudan veya dolaylı olarak korunmaktadır. Rehin ilişkisinin önemine rağmen mevzuatımızda bu ilişkiyi doğrudan konu edinen suç düzenlemeleri 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanun'unun 16. Maddesi ile 2004 sayılı İİK'nın 331. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. Ancak bu, tek başına rehin ilişkisinin ceza hukuku tarafından etkili bir şekilde korunmadığını göstermez. Birçok suç tipi, rehin ilişkisinin sağladığı güvenceyi koruma fonksiyonunu göstermektedir. Bununla birlikte ciddi cezalandırma boşluklarının da bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu boşluklardan bazıları, ilgili rehin türünün pratik uygulamasının azlığı nedeni ile önemli değildir. Ancak özellikle rehlin değerini düşürmeye yönelik borçlu tarafından gerçekleştirilen eylemlerin cezalandırılması bakımından gerek mevzuat gerekse uygulamada önemli eksikliklerin olduğunu belirtmek gerekir. Çalışma rehin ilişkisinin korunması bağlamında ceza normlarını inceleyerek bu boşlukların ve uygulama sorunlarının tespitini amaçlamaktadır.

Rehin ilişkisi malvarlığı aleyhine işlenen suçlar (TCK m. 141-169) bakımından özellik arz etmektedir. Bu başlık altında düzenlenen suçlar malik olan kişinin malvarlığını korumayı amaçladığından “başkasına ait mal” üzerinde işlenebilmektedirler. Böylelikle bu suçların faili “malik” olamamaktadır. Ancak malik bizzat kendi malını konu edinen eylemleri ile rehin ilişkisinin sağladığı güvenceye zarar verebilir. Bu da söz konusu eylemlerin nasıl cezalandırılabileceği sorusunu ortaya çıkarır. Çalışmanın amaçlarından birisi de bu soruya cevap vermektir.

Ceza hukuku bakımından çözülmesi gereken problemlerin tespiti için öncelikle rehin kavramı ve rehin türlerinin ortaya konulmasında sonrasında rehin türlerinin kendine has

¹ Türkiye’de Ocak-Eylül 2024 tarihleri arasında toplamda 92.130 adet ipotekli konut satışı gerçekleştirilmiştir. Bu sayı Ocak-Eylül 2023 tarihleri arasında 160.884’tür. [TÜİK Kurumsal](#) ET: 21.12.2024.

² Kaban, İsmail, Kullanımı Yaygın Olan Teminat Türleri Çerçevesinde Bankalarda Nakdi Krediler İçin Ayrılabacak Özel Karşılıkların Muhasebeleştirilmesi, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 39, S. 1, 2017, s. 202.

özellikleri göz önünde tutularak ceza hukuku tarafından korunması gereken yönlerinin belirlenmesi gerekmektedir.

I. REHİN KAVRAMINA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR VE REHİN TÜRLERİ

A. Rehin Kavramı

Rehin kavramını açıklayabilmek için öncelikle teminat (güvence) kavramının izah edilmesi gerekir. Zira rehin ilişkisinin asıl maksadı kişisel alacağın teminat altına alınmasıdır³. Teminat, bir alacağın elde edilememe tehlikesini ortadan kaldıran veya azaltan herhangi bir araçtır. Bu araç aynı veya şahsi olabilir. Aynı teminatlar, alacaklıya aynı bir hak tanırken şahsi teminatlar, alacaklıya nispi bir hak tanımaktadır⁴. Aynı teminatın verilmesi ile alacaklının herkese karşı ileri sürebileceği bir hakkı kazanması amaçlanır. Aynı teminat sahibi olan kişi, teminat konusu şey üzerinden alacağını tahsil etmekte diğer alacaklılara nazaran bir öncelik hakkına sahip olmaktadır⁵. Buna karşılık kişisel teminatta alacaklıya yalnızca borçlu dışında üçüncü bir kişinin malvarlığına borç için başvurma imkânı verilmektedir⁶. Rehin, düzensiz rehin, mülkiyetin teminat amacı ile devri gibi işlemler⁷ aynı teminatlara örnek iken, kişisel teminatın en önemli örneği kefalet sözleşmesidir⁸. Ancak teminat örnekleri bunlarla sınırlı olmayıp hukukumuzda birçok teminat türünün olduğunu ifade etmeliyiz⁹.

Alacaklı, borçludan alacağını talep ettiğinde ve bunun için borçlunun malvarlığı değerlerine başvurduğunda yapacağı takibin başarısızlıkla sonuçlanma ihtimali vardır. Bu ihtimal veya tehlikeyi bertaraf edebilmek adına her türlü şartta borcun tamamen veya kısmen ödenmesini sağlayacak bir araca ihtiyaç duyulur. Rehin bu araçlardan, borçlunun veya **üçüncü bir kişinin**, malvarlığı değerlerinden birisinin borcun kısmen veya tamamen ödenmesine tahsis edilmesini sağlar. Böylece alacaklı, alacağını tahsil edemediği takdirde söz konusu malvarlığı

³ “Borçlunun herhangi bir sözleşmeyle yerine getirmeyi üstlenmiş olduğu edimini, usulüne uygun şekilde ya da hiç yerine getirmeme tehlikesinin alacaklıya karşı üstlenilmesi halinde teminat sözleşmesi söz konusu olur” Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.235. Kişisel alacağı teminat altına alma, Roma hukukundan beri rehin hakkına yükletilen bir görevdir. Günümüzde bununla birlikte taşınmaz rehminin arazi değerini tedavül ettirme görevi olduğu da belirtilmektedir. Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 889; Aybay, Aydın/ Hatemi, Hüseyin, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 271. Ancak değer tedavülünü sağlasa bile rehin bir teminat fonksiyonu görmektedir.

⁴ Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Yenilenmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.745.

⁵ Özen, Burak, 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 2.

⁶ Özen, s. 6.

⁷ Bu işlemler ve aynı teminat özellikleri için bkz. Benli, Erman, Aynı Hakların Teminat İşlevi, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019, s. 112 vd.

⁸ Diğer örnekler için bkz. Özen, s. 7 vd.

⁹ Kredilerin Sınıflandırılması ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 13.maddesinde TFRS 9 uygulamayan bankaların, kredilerine ilişkin teminatları gruplar halinde sayılmıştır. Burada birçok farklı teminat türünün olduğu görülmektedir. Bunlar arasında rehinler önemli bir çoğunluğu oluşturmaktadır. Teminat türlerine ilişkin örneklendirme için ayrıca bkz. Serozan, Rona, Taşınmaz Rehni, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 65, S. 2, 2006, s. 302-303.

değerini devletin yetkili organları aracılığı ile paraya çevirerek alacağını tahsil eder¹⁰.

Rehin, öğretide konusunu oluşturan şeye göre taşınmaz rehni, taşınır rehni ve hak rehni olarak üçe ayrılmaktadır¹¹. Medeni Kanun ise rehni, taşınmaz rehni ve taşınır rehni olmak üzere iki ana başlığa ayırarak düzenlemektedir. Hak rehni, taşınır rehni bölümünün içinde, ikinci ayırım başlığında, 954 ila 961. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanun koyucu aksine hüküm bulunmadıkça hak rehnine taşınır rehnine ilişkin hükümlerin uygulanacağını da belirtmiştir (TMK m. 954 f. 2). Bunun haricinde gemi ipoteği, hava araçlarının rehni, maden cevheri rehni gibi farklı rehin türlerinin farklı kanunlarda düzenlendiği de ifade edilmelidir¹². Fakat bu rehin türlerinin ortak özelliği esasında taşınır rehni olmalarına rağmen TMK'nın taşınır rehni için belirlediği genel kural olan **teslim şartını** aramamalarıdır. 20.10.2016 tarihli, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanun'una¹³ ise bu noktada ayrıca temas edilmesi gerekmektedir. Zira bu Kanun, Medeni Kanun düzenlemelerine birçok istisna getirmiş, taşınır rehninde sicil sistemi kurmuş, alacaklar ve haklar üzerinde rehin hükümlerini tekrardan düzenlemiştir¹⁴.

B. Rehin Hakkının Özellikleri

Rehin hakkı, temelde alacağı teminat altına alma amacı taşıyan bir hak olduğundan kural olarak varlığı alacak hakkının varlığına bağlı olan fer'i bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle alacak hakkının sona ermesi ile bu hak sona ermekte veya başka bir kişiye devredilmesi ile birlikte rehin hakkı da kendiliğinden yeni alacaklıya geçmektedir¹⁵. Alacağı teminat altına alan birçok haktan farklı olarak rehin hakkı **sınırlı aynı bir haktır**¹⁶. Aynı hak olması münasebetiyle herkese ileri sürülebilen bu hak, sahibini diğer alacaklılar karşısında üstün bir konuma getirmektedir¹⁷. Şöyle ki borcunu ödeyemeyen borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi sadece rehin sayesinde mümkün değildir. Adi bir alacak için de bir kişinin taşınmazı veya taşınırı haczedilebilir ve haczedilen taşınmaz veya taşınır paraya çevrilerek alacaklı tatmin edilebilir. Ancak rehin hakkının aynı niteliği adi bir alacaklı karşısında rehin alacaklısının öncelikle alacağını tahsil etme imkânı tanır.

Rehin hakkının aynı niteliği alacak zamanaşımı kurallarını da etkilemektedir. Taşınmaz rehnine bağlanmış alacak zamanaşımına uğramayacaktır. Taşınır rehninde aynı kural kabul

¹⁰ Serozan, s. 301-302; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 889; Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku III (Sınırlı Aynı Haklar)*, Güncellenmiş 8.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 155-156; Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/ Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984, s. 949.

¹¹ Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 160; Hak rehninin ayrıca sayılmadığı tasnif için bkz. Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 950.

¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.996-998.

¹³ RG:20.10.2016/29871. Ayrıca bu kanunun uygulanmasına yönelik üç tane yönetmelik kabul edilmiştir: Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik, Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği, Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıklarının Tespiti Hakkında Yönetmelik. (RG: 31.12.2016/29935)

¹⁴ Öz, Turgut, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2-3, s. 152.

¹⁵ Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, kn. 504

¹⁶ Aybay/ Hatemi, s. 271; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 949.

¹⁷ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 236; Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 155-156.

edilmemiştir. Bununla birlikte taşınır rehninde alacak zamanaşımına uğrasa bile alacaklı rehne konu eşyayı paraya çevirerek alacağını tahsil edebilir¹⁸.

Alacak hakkının rehinle teminat altına alınmış olması irat senedi haricinde borçlunun ayrıca sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Buna göre rehin konusu mal paraya çevrilmesine karşılık alacak miktarını karşılamamışsa kalan kısım açısından borçlunun sorumluluğu devam edecektir. Buna karşılık borçlu ile rehin veren kişinin de aynı olması gerekmemektedir. Borçlu adına üçüncü bir kişi kendi eşyasını rehin olarak verebilir. Ancak bu durumda üçüncü kişinin sorumluluğu borç ödenmediği takdirde eşyasının paraya çevrilmesine katlanmaktan ibarettir. Rehlin alacağı karşılamazsa üçüncü kişinin karşılanmayan kısımla ilgili bir sorumluluğu yoktur¹⁹.

Rehin her ne kadar alacağa bağlı bir hak olsa da bazı durumlarda alacaklı borçlu ilişkisi olmamasına rağmen rehin hakkı söz konusu olabilmektedir. Bu duruma taşınmaz rehni çeşitleri olan ipotekli borç senedi ile irat senedinde rastlanır. Bu senetler taşınmazın değerini tedavül etme amacına yönelik olduğundan, malik kendi adına bu senetleri düzenleyebilmektedir. Malikin senet borçlarını ödeyerek senedi geri alması halinde de malik ile rehin hakkı sahibi aynı kişi olmaktadır Malikin üçüncü kişi lehine kurduğu rehin hakkında, sonradan alacağı iktisap etmesi halinde de benzer bir durum söz konusu olabilir. Ancak bu durum yalnızca ipotekli borç senedi için mümkündür. İrat senedinde taşınmaz maliki ile borçlunun aynı kişi olması gerekliliği böyle bir durumu mümkün kılmamaktadır²⁰.

Rehin hakkının aynı niteliği, bir eşya üzerinde var olmasından ileri gelmektedir. Söz gelimi bir taşınmaz üzerindeki rehin hakkı o taşınmazı sattırma hakkı verdiğinden ötürü aynı bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık haklar üzerinde kabul edilen rehin hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Çünkü burada rehin hakkına aynı nitelik kazandıracak bir eşya bulunmamaktadır. Bir alacağın hak sahibine aynı hak bahsetmemesi karşısında onu rehnedene aynı bir hak bahsettiğinin savunulabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle öğretide haklar üzerinde rehlin, sahibine aynı bir hak bahsetmediği ifade edilmektedir. Buna karşılık alacak rehlinin herkese karşı ileri sürülebilir olduğu da dikkatten kaçırılmamalıdır. Rehlin alacaklısının, rehinli alacağını devralan kişiye karşı da rehin hakkını ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle alacak rehni öğretide aynı hak benzeri mutlak hak olarak kabul eden yazarlar da vardır²¹.

Burada son olarak rehin hakkıyla ilgili ceza hukuku açısından oldukça önemli bir hususa değinmek istiyoruz. **Rehin hakkı hak sahibine yalnızca malın sattırılmasının talep edilmesi hakkını verir.** Bu nedenle hiçbir rehin türünde rehin hakkı sahibi malı satarak veya başka türde kullanarak alacağını tahsil edemez. Rehlin hakkı sahibi İİK’da öngörülen rehlin paraya çevrilmesi hükümleri çerçevesinde malın satışını icra dairesinden talep edecektir. Bu husus lex

¹⁸ Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 158-159.

¹⁹ Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 158.

²⁰ Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 156-157; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.617.

²¹ Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, s. 157. Ancak öğretide alacak rehlinin herkese karşı ileri sürülebilme ve diğer alacaklılar karşısında öncelik tanınması durumunu dikkate alan “*Sirmen*” alacak rehni aynı bir hak olarak kabul etmektedir. Sirmen, Lale, *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1990, s. 9.

commorsia yasağından farklıdır. Lex commorsia yasağı rehinli malın alacağın muaccel olmasından önce alacağın muaccel olması halinde rehinli alacaklının teminat konusu taşınmazın mülkiyeti kazanacağına ilişkin sözleşmelerin yasaklanmasını ifade etmektedir²² (TMK m. 873, f. 2). Aşağıda açıklanan bazı rehin türlerinde lex commorsia yasağının öngörülmediği ifade edilecektir. Buna karşılık bu rehin türlerinde dahi alacaklının icra dairesine başvurarak malın kendi mülkiyetine geçirilmesini istemesi gerekmektedir (bkz. TİTRK m. 14 f. 1).

C. Taşınmaz Rehni

1.Genel Olarak

Taşınmaz üzerindeki hakların kamuya açıklanması tapu sicili marifetiyle mümkün olmaktadır²³. Bu nedenle taşınmaz üzerindeki bütün haklar tapu siciline kaydedilmektedir. Hal böyle olunca taşınmaz rehnine ilişkin yapılması gereken tasarruf işlemleri tapu sicili üzerinden yapılmaktadır. Taşınmaz rehni açısından var olan bu durum birçok avantaj sağlamaktadır. Her şeyden önce malik taşınmazını rehin verdiği halde kullanabilmekte ve ondan yararlanabilmektedir. Bu durum malikin taşınmazını, kredi elde etmek maksadıyla kullanabilmesini kolaylaştırmaktadır. Taşınmaz rehninin tapu sicili üzerinden yapılması ayrıca bu rehni daha güvenilir hale getirmektedir. Tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereğince kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri sürememesi iyiniyetli üçüncü kişilerin rehin hakkından arındırılmış bir şekilde taşınmazın mülkiyetini kazanmasını engellemektedir (TMK m. 1020, f. 3). Böylelikle taşınmazlarda rehin hakkı, tapu sicilinde yapılan sahtecilik veya hata gibi istisnai durumlar haricinde (TMK m. 1023), iyiniyet ilkesi karşısında etkili bir şekilde korunmaktadır²⁴.

Taşınmaz rehninin sağladığı avantajlar bununla sınırlı değildir. TMK taşınmaz rehninde sabit derece sistemini kabul etmiştir. Sabit derece sisteminde taşınmazın tamamı değil değerinin farazi olarak bir kısmı rehin olarak verilebilmektedir. Bu durum da aynı şekilde malikin finansman temin edebilmesinde önemli bir avantaj sağlamaktadır²⁵.

Sabit derece sistemi birden fazla rehnin varlığı halinde rehinli alacaklar arasında sıralamanın ne şekilde olacağını belirlemektedir. Diğer bir sistem, ilerleme sistemidir. İlerleme sisteminde hangi alacaklı önce rehin hakkını kazanmışsa rehnin paraya çevrilmesi halinde öncelik onundur. Sonradan rehin hakkı kuranlar ilk alacaklının tatmin edilmesinden sonra arta kalan bir şey varsa onu alabilirler. Bu itibarla sonradan rehin hakkı kuran alacaklılar arasında da öncelik sonralık ilişkisi mevcuttur. Malik, önceden kurduğu bir rehnin alacağını ödediği takdirde sonraki rehin hakkı sahipleri kendiliğinden önceki rehin hakkı sahibinin sırasını alırlar. Bu nedenle sistemde malikin sonradan kuracağı bir rehnin, önceki rehin hakkı sahiplerinden öncelikli olabilmesi mümkün değildir²⁶. Sabit derece sisteminde ise malik rehin hakları

²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.943; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, s.199-200; Aybay/ Hatemi, s.278.

²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.136.

²⁴ Şengül, Mehmet, *Tapu Sicil Hukukunun Esasları Çerçevesinde Aleniyyet*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 9.

²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.915.

²⁶ Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, s175.

arasında öncelik sonralık ilişkisini kendi tercihi doğrultusunda belirleyebilmektedir. Öncelik sıralarının belirlenmesi için farazi dereceler oluşturulmaktadır; birinci, ikinci, üçüncü derece gibi. Taşınmaz paraya çevrildiğinde öncelik birinci derecededir. Arta kalan bir şey olursa ikinci derecedeki alacaklı ondan da artan bir şey olursa üçüncü derecedeki alacaklı tatmin edilmektedir. Sabit derece sisteminde malik, borcu karşısında taşınmazını rehin vermek istediğinde boş olan derecelerden birisini kullanabilir. Burada birinci ve ikinci derecenin boş olması üçüncü dereceden rehin verilmesine engel değildir. Böylece malik daha sonra birinci ve ikinci dereceleri rehin vermek üzere kullanabilir. Bu da malikin sonradan bir kredi temin etmek istemesi halinde elini kuvvetlendiren bir durum olur. Bu sistemde her derecenin birbirinden bağımsızlığı söz konusudur. Taraflar arasında bir anlaşma söz konusu olmadığı müddetçe bir derecedeki alacaklının daha önde bulunan bir dereceye ilerleyebilmesi mümkün değildir. Söz gelimi borçlunun birinci derecede bulunan alacaklının alacağını ödemesi halinde ikinci derecede bulunan alacaklı kendiliğinden birinci dereceye ilerleyemez. Malik birinci derecede başka bir borç için rehin kurabilir. Ancak bu durumun aksinin kararlaştırılabilmesi de mümkündür²⁷ (TMK m. 871 f. 3).

Bu sistemde rehin veren ile rehin alanın karşılıklı olarak birbirlerini zarara uğratma ihtimali oldukça düşüktür. Zira rehin ilişkisi, ilk baştan tarafların anlaşması ile kurulmakta, bilahare taraflardan birisinin tek başına yaptığı tasarrufla bu ilişkinin şartları (örneğin rehnin derecesi) değiştirilememektedir. Bu itibarla örneğin ikinci derecede rehin hakkı bulunan bir alacaklı, malikin bilahare birinci dereceye başka bir rehin hakkı tanınması sebebi ile zarara uğratıldığını ileri süremez. Bu husus ceza hukukunun da konusunu oluşturamaz, zira medeni hukukun izin verdiği bir eylem, ceza hukuku tarafından yasaklanamaz²⁸. Bununla birlikte malikin birinci dereceye tanıdığı rehin hakkının illeti borç, gerçekte var olmayan bir borç olabilir. Bu durumda aşağıda ele alınacak olan İİK m. 331, f. 1 hükmü devreye girecek ve malikin cezalandırılması mümkün olacaktır.

Taşınmazlar üzerinde yapılacak bütün işlemlerin tapu sicili üzerinden yapılması, rehin hakkı sahibinin rehni iktisap etme ve bizzat satarak paraya çevirme gibi hakları bulunmaması gibi nedenlerden ötürü taşınmaz rehninin bütün biçimlerinde rehin hakkı sahibinin maliki zarara uğratma ihtimali çok azdır. Dolayısıyla taşınmaz rehni ilişkisinde rehin verenin ceza hukuku tarafından özel olarak korunması gerekmemektedir. Şu kadar ki aşağıda ele alınacak olan ipotekli borç senedi ve irat senetleri rehin hakkı sahibinin zilyetliğinde bulunmaktadır. Rehin hakkı sahibinin bu senetler üzerinde sahtecilik yapabilmesi mümkündür.

Taşınmaz rehninin uygulamamızda taşınır rehnine göre daha fazla tercih edildiğini belirtmemiz gerekir. Bununla birlikte TMK'da üç farklı taşınmaz rehni türü düzenlenmiştir: ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi. Uygulamada en fazla karşılaşılan rehin türü ipotek

²⁷ Sabit derece sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Remzi, Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Rehnin Paraya Çevrilmesi, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, C.1, s. 291-335.

²⁸ Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 494; Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 584; Farklı yönde bir eleştiri ile birlikte aynı düşünce için bkz. İba, Hasan, Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır” Önermesinin Doğruluk Değeri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, s. 776 vd.

olup, ipotekli borç senedi ile irat senedinin Türk Hukukunda bugüne kadar kayda değer bir uygulaması görülmemiştir²⁹.

2. Taşınmaz Rehninin Kuruluşu

TMK'nın 1020. maddesinin 1. fıkrasına göre “tapu sicili herkese açıktır”. Keza aynı maddenin 3. fıkrası kimsenin tapu sicilindeki kayıtları bilmediğini ileri süremeyeceğini kesin bir kanuni karine olarak kabul etmiştir. Kural olarak taşınmazın aynına ilişkin tasarrufların tamamı tapu sicilinde yapılacak bir işlemle gerçekleştirilmektedir (TMK m. 856, f. 1). Bu işlem **tescildir**. Belirtelim ki istisnai durumlarda tescilsiz de rehin hakkının kazanılabilmesi mümkündür. TMK'nın 865, 867 ve 876.maddelerinde tescil söz konusu olmaksızın kanunen rehin hakkının doğması kabul edilmiştir³⁰. Bunun haricinde 1020. madde hükmü gereğince taşınmaz üzerindeki rehin hakkı, tapu sicilindeki tescille hem vücut bulmakta hem de üçüncü kişilere görünür kılınmaktadır. Bu durum malikin, rehin hakkına zarar verecek bir tasarrufta bulunmasını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple malikin taşınmaz üzerindeki satım, kiralama, üçüncü bir kişiye rehin verme gibi tasarrufları ceza hukukunun konusunu oluşturmamaktadır. Zira bu ihtimallerde rehin hakkı sahibinin, rehin hakkına herhangi bir zarar verilmemekte, yeni hak sahibi taşınmaz üzerinde rehin yükü ile birlikte hak sahibi olmaktadır³¹. Ancak TMK m. 865, 867 ve 876. maddede düzenlenen tescilsiz rehin hakkı kazanma durumlarında, malikin tescilden önce taşınmazı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devretmesi, rehin hakkının kaybedilmesine neden olabilecektir³². Malikin, rehin hakkı sahibini bu şekilde zarara uğratması aslında güvenin kötüye kullanılmasının bir örneğini oluşturmaktadır. Ancak bu durumda TCK'nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun tipikliği oluşmamaktadır. Zira burada mal üzerinde tasarrufta bulunan kişi, üçüncü bir kişi değil, malikin kendisidir. Bu suçun oluşabilmesi için malikten başka bir kişinin mal üzerinde tasarrufta bulunması gerekir. Ancak Türk Medeni Kanun'nunun ilgili maddeleri alacaklının taşınmaz üzerinde rehin hakkını korumak için yaptığı masrafları teminat altına almayı amaçlamaktadır. Bu sebeple aşağıda ele alınacağı üzere taşınmaz malikin bu rehin hakkı tescil edilmeden önce yaptığı tasarruflar İİK'nın 331. maddesinin 1. fıkrası uyarınca cezalandırılabilir.

Tapu sicili, kadastro işlemleri ile oluşturulan tapu kütüğü (esas sicil) ile sonradan oluşturulan kat mülkiyeti kütüğü ve bunları tamamlayan yevmiye defteri, belgeler ve planlardan oluşmaktadır (TMK m. 997 f. 2). Kadastro işlemleri sonucunda tapu kütüğüne kaydedilen taşınmazın bizatihi kendisidir ki eşya hukukunda taşınmaz ile asıl kastedilen taşınmazın

²⁹ Oğuzman/ Barlas, kn. 506; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 242.

³⁰ Bu hükümlerde alacaklının taşınmazın değerini korumaya yönelik masraflarının taşınmaz üzerinde tescile gerek bulunmaksızın rehin hakkı doğurduğu kabul edilmektedir. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 907.

³¹ Şengül, s. 470.

³² İfade etmeliyiz ki Türk Medeni Hukuk öğretisinde üçüncü kişilerin iyiniyetinin tapunun açıklığı ilkesi çerçevesinde korunup korunmayacağına ilişkin bir açıklama bulunmaktadır. Buradaki sorun İsviçre Medeni Kanun'unda açık bir şekilde çözüme kavuşturulmuştur. Kanun'un 808. Maddesine yapılan ekleme ile alacaklı tarafından gerçekleştirilen tedbirlere ilişkin masraf tutarının 1000 İsviçre Frangını geçmesi durumunda son tedbirlerin alındığı tarihten itibaren dört ay içerisinde tapu kütüğüne tescil edilmeyen ipotek hakkı kütükteki kayda güvenerek aynı hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Özbilen, Arif Barış, *Rehin Konusu Taşınmazın Değer Kaybına Uğraması Karşısında Rehinli Alacaklının Hakları*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2020, s. 1223.

arazıdır³³ (arazi³⁴). TMK'nın 718. maddesine göre arazi üzerindeki mülkiyet kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu kapsamda bir arazi üzerine yapılan binanın arzın mülkiyetinden ayrı bir mülkiyeti söz konusu değildir. Söz konusu bina da arzın mülkiyetine tabidir. Şu hâlde arza yapılan otuz daireli bir apartman kül halinde arzın mülkiyetine tabi olmalıdır. Dairelerin ayrı ayrı mülkiyete tabi olmaması gerekir. Ancak böyle bir sonucun günlük hayatın ihtiyaçlarıyla bağdaşmayacağı açıktır. Kanun koyucu bu durumu öngörerek kat mülkiyetini Medeni Kanun'da ayrı bir taşınmaz türü olarak kabul etmiş ve bu mülkiyeti ayrı bir kanunla özel olarak düzenlemiştir³⁵. Söz konusu kanun hükümleri Medeni Kanun'un sistemine aykırı bir şekilde taşınmazın bağımsız bölümlerinin mülkiyetine konu olabilmesine imkan tanımaktadır³⁶. Kat mülkiyeti tapu sicilinde tapu kütüğünden ayrı bir kütüğe kaydedilmektedir (kat mülkiyeti kütüğü).

Bunların haricinde kanun koyucu tapu siciline kaydedilecek taşınmazlar arasında bağımsız ve sürekli hakları da saymış bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu haklardan muradı **devredilebilir irtifak haklarıdır**³⁷. Bunlar niteliği itibariyle taşınmaz olmamakla birlikte belirli bir taşınmaz veya münhasıran belirli bir kişi adına kurulmadıklarından kanun koyucu tarafından tapu siciline ayrı olarak kaydedilmeleri uygun görülmüştür³⁸.

Şu halde taşınmaz rehninde üç taşınmaz türü rehne konu olabilecektir: Arazi, kat mülkiyeti, devredilebilir irtifak hakları. Burada sadece şu hususa dikkat etmek gerekir. Bağımsız ve sürekli haklar üzerinde kurulan rehin özü itibariyle bir hak rehnidir³⁹. Fakat söz konusu hak tapuya tescil edildiğinden hak üzerindeki bu rehin taşınmaz rehni olarak kabul edilecek ve taşınmaz rehnine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Tescil, taşınmaza ait tapu kütüğü sayfasına aynı hakların yazılmasını ifade eden teknik bir deyim olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. Taşınmaz üzerinde yapılacak tasarruf işlemlerinde sebebe bağlılık kuralı geçerlidir (TMK m. 1024 f. 2)⁴¹. Buna göre yapılacak tasarruf işleminin arkasında bir hukuki sebep bulunmalıdır. Tescil, taşınmaz üzerinde bir tasarruf işlemini ifade

³³ Şengül, s. 148.

³⁴ "Arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır" (TST m.9/1).

³⁵ 23.6.1965 tarihli 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, RG: 02.07.1965/12038.

³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 600; Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel, *Şekli Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.285.

³⁷ Devir ve intikali mümkün olan irtifakları düzensiz şahsi irtifaklar da denilmektedir. İntifa ve süknâ hakkı şahsa bağlı haklardandır. Bunlar hak sahibinin ölümü ile sona ererler. Bu nedenle bu irtifak haklarının bağımsız hak olarak tapu siciline kaydedilmeleri mümkün değildir. Bunun haricinde kanunda öngörülen üst hakkı ve kaynak hakkı kanunen devredilebilir irtifak haklarıdır. Ancak bu durumun aksi kararlaştırılabilir. Diğer irtifak haklarının ise kural olarak devredilebilmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte taraflar aksini kararlaştırıp bu hakların devredileceğini öngörebilirler. Kanunen veya akit gereği devredilebilir irtifak haklarının sürekli olması da tapu siciline kaydedilmelerinin bir şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Süresiz veya en az otuz yıl süre ile tanınmış irtifak hakları süreklilik özelliğine haizdir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ünal/ Başpınar, s. 269-272; Ayrıca bkz. Acar, s. 28 vd..

³⁸ Ünal/ Başpınar, s. 269.

³⁹ "Tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devredilebilir, mirasçılara geçebilir ve **üzerinde her türlü aynî veya kişisel hak kurulabilir**" (TST m. 10, f. 2).

⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.195.

⁴¹ Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.59; Ünal/ Başpınar, s. 288-289.

ettiği için belirli bir sebebe bağlı olarak yapılacaktır.

Tescil işleminin yapılabilmesi için yetkili kişinin tescil talebinde bulunmasının yanında tasarruf yetkisini ve tescilin hukuki sebebini belgelemesi gerekmektedir. Rehin ilişkisinde tescil talebinde bulunması gereken kişi kural olarak taşınmazın malikidir (TMK m. 1013 f. 1)⁴². Hukuki sebep ise alacağın teminat altına alınmasını öngören sözleşme (taşınmaz rehni sözleşmesi), ölüme bağlı tasarruf, kanun hükmü olabilir⁴³. Malikin tek taraflı tasarrufu da rehin hakkının kurulmasını sağlayabilir. Bu durum malikin kendi adına veya hamiline yazılı ipotekli borç senedi veya irat senedi düzenlemesi halinde söz konusu olabilir⁴⁴.

Rehin taraflar arasında yapılacak bir sözleşme nedeniyle kurulacaksa taşınmaz rehni sözleşmesinin düzenlenmesi gerekmektedir. Taşınmaz rehni sözleşmesi tapu memuru tarafından düzenlenen bir resmi senet mahiyetindedir. Başka bir deyişle taşınmaz rehni sözleşmesinin yapılması resmi şekle bağlıdır. Şekil, sıhhat şartıdır⁴⁵. Resmi senedin nasıl düzenleneceği Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte belirlenmiştir. İfade edelim ki söz konusu resmi senedin elektronik ortamda düzenlenmesi söz konusu değildir⁴⁶. Fakat kanun koyucu bazı hallerde taraflar arasında yapılan sözleşmeyi resmi senet yerine kabul edebilmektedir. Tapu Kanunun 26. maddesinin 9. fıkrası hükmüne göre *“kamu kurum ve kuruluşları, kredi kuruluşları, bankalar, esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile tarım kredi kooperatiflerince açılmış veya açılacak tüm borç ve kredilere karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemleri, tarafların istemi halinde, taraflarınca imzalanan kredi veya borç sözleşmesine istinaden tapu müdürlüklerinde tapuya tescil olunur.”* Keza 04.03.2021 tarihinde eklenen 10. fıkra hükmü ile Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu kapsamındaki tasarruf finansman şirketleri tarafından müşterilere sağlanan veya sağlanacak finansmana karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemlerinin de tarafların talebi üzerine tapuya tescil edilebileceği kabul edilmiştir.

Rehin hakkı taraflar arasında bir sözleşmeden değil de başka bir hukuki sebepten doğuyorsa (vasiyetname veya kanun nedeniyle) bu durumda resmi senet düzenlenmeyecektir. Bu hallerde malik hukuki sebebi belgeleyerek tescil talebinde bulunmalıdır. Malik tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa rehinli alacaklı tescilin yapılması için mahkemeye başvurabilir⁴⁷.

Rehin hakkının kazanılmasında kısaca Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemine (TAKBİS) değinmek gerekir⁴⁸. Teknolojik gelişmelere uygun olarak birçok yabancı ülkede tapu

⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 908; Ayan, *Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s.377.

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.904-905.

⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.906.

⁴⁵ Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, s.203-204.

⁴⁶ Söz konusu yönetmeliğin 5.maddesinin 1.fıkrasında geçen *“Tapu sicil müdürlükleri tarafından gerçekleştirilen akitli işlemlerde, TAKBİS programında yer alan resmî senet kullanılır”* cümlesi bir yanılgıya sebebiyet vermemelidir. Burada sadece resmi senedin matbu olarak TAKBİS’ten temin edilebileceği belirtilmektedir. Resmi senet tarafların ve görevlinin **ıslak imzası** ile onaylanmaktadır (Yön. m.9/2, 20/1).

⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.907.

⁴⁸ Elektronik tapu sicili kavramı ve TAKBİS projesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şengül, s. 53 vd.

sicillerinin elektronik ortamda tutulmasına yönelik mevzuat düzenlemeleri yapılmış ve teknik alt yapı oluşturulmuştur. Türkiye’de ise 2007 yılında eski Tapu Sicil Tüzüğü’nün 6. maddesine dayanılarak elektronik bir veri tabanı olan TAKBİS uygulamasına geçilmiştir⁴⁹. TAKBİS sisteminde gerçekleştirilen işlemlerde elektronik bir sözleşme söz konusu değildir. Burada tapu memuru sisteme rehin sözleşmesi için gerekli olan bilgileri girmekte buna istinaden sistem matbu bir sözleşme metni oluşturmakta ve bu sözleşme tarafların ıslak imzasına sunulmaktadır. Tescil ise müdür veya memur tarafından elektronik ortamda yapılmaktadır⁵⁰. Kamu görevlilerinin gerçeği yansıtmayacak şekilde yapacakları elektronik işlemlerin TCK’da düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçunu (m. 204) oluşturup oluşturmayacağı ayrıca tartışılmalıdır.

3. Taşınmaz Rehni Çeşitleri

a) İpotek

Rehnin asıl amacı alacağın güvence altına alınmasıdır. İpotek sadece bu fonksiyonu yerine getirmek üzere kabul edilmiştir. İpotek’in taşınmaz değerini tedavül ettirme gibi bir fonksiyonu söz konusu değildir. İpotek, alacaklıya yalnız aynı teminat sağlar ve taşınmaz rehminin temel biçimidir⁵¹. Bu nedenle yukarıda taşınmaz rehnine ilişkin yaptığımız genel açıklamalar ipotek açısından da geçerlidir.

b) İpotekli Borç Senedi

Günümüzün karmaşıklaşan ticari hayatı finansman sağlamak için daha pratik metotların geliştirilmesine neden olmaktadır. Klasik ipotek ilişkisinde taşınmazın değerinin tedavül etmesi söz konusu değildir. Buna karşılık gerek ipotekli borç senedi gerekse irat senedi alacağın taşınmazın değerinin tedavülüne imkân tanıyarak ticari hayatta kolaylık sağlamaktadır. Ne var ki ipotekli borç senedi ile ulaşılmak istenen sonuca bir borçlu tarafından hem bono düzenlenmesi hem de ipotek verilmesi suretiyle de ulaşılabilir⁵². Bononun uygulamamızda daha bilinir olması, taraflar arasında düzenlenmesi nedenlerine bağlı olarak ipotekli borç senedinin uygulamamızda yeterince ilgi görmediğini ifade etmemiz

⁴⁹ TAKBİS sistemine geçişin hukuki dayanaklarına ilişkin açıklama için bkz. Başpınar, Veysel, Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 112-113.

⁵⁰ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Bilgi Daireleri Teknoloji Başkanlığı, Eğitim ve Çağrı Merkezi Şube Müdürlüğü Takbis Eğitim Dökümanı, İşlem Monitörü Aşamaları, s. 107.

⁵¹ Serozan, s. 305; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 956; Acar, Faruk, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 59.

⁵² Bononun cirosu da aslında temel ilişkiye dayanan hakların devrini sağlamaktadır. Bu kapsamda asıl alacağı teminat altına alan alacaklar bononun cirosu ile birlikte bonoyu devralana geçmektedir. Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.181. İpotekli borç senedi ve irat senedi ile kambyo senetleri arasındaki temel farklardan birisi kambyo senetlerinin düzenlenmesi nedeniyle asli borç yenilenmezken (TBK m. 133 f. 2) ipotekli borç senedi ile irat senedinin düzenlenmesi asıl borcun yenilenerek sona ermesine neden olmasıdır (TMK m. 910, f. 1). Acar, s. 61. Konu ile ilgili “Aybay/Hatemi” şu şekilde açıklamada bulunmaktadır: *Her iki rehinde de bizzat rehin senedi yeni bir alacak ihdas etmekte, evvelki borç ilişkisi ise yenileme sebebiyle sukut etmektedir. Bundan dolayı, ihdas edilecek yeni alacak için artık belirli bir sebep gösterilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Bu bakımdan ipotekli borç senedi ve irat senedinde ihdas edilen alacak daime soyut bir alacaktır.*” Aybay/Hatemi, s.288.

gerekmektedir.

İpotekli borç senedine ilişkin kurallar, ipoteğe ilişkin genel kurallardan çok farklı değildir. İpotekli borç senedinde de taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda karşılanmayan değerden ötürü borçlunun sorumluluğu devam eder⁵³. Keza malik ipotekli borç senedini kendisinin olmayan bir borç için de düzenlettirebilir. Bu durumda da ipoteğe ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir (TMK m. 901 f. 1).

İpotekli borç senedi kıymetli evrak niteliğine haizdir. Nama veya hamiline düzenlenebilir (TMK m. 914 f. 1). Bununla birlikte ipotekli borç senedi bir kambiyo senedi değildir. TCK'nın 210. maddesine göre özel belgede sahtecilik suçunun konusunun emre veya hamiline yazılı kambiyo senedi olması halinde resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu itibarla kanun koyucu bu özel belgelere TCK kapsamında resmî belge muamelesi yapmaktadır. Ancak ipotekli borç senedinin resmi bir belge olarak kabul edilebilmesi için böyle bir değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Zira ipotekli borç senedi bir kamu görevlisi olan tapu memuru tarafından düzenlenir (TMK m. 912 f. 1). Bu nedenle TCK m. 204 kapsamında resmî belge niteliğine haizdir.

c) İrat Senedi

İrat senedi, rehinden ziyade niteliği itibariyle taşınmaz yüküne benzer ve aslında taşınmaz yükünün özel bir görünümünü oluşturur⁵⁴. Taşınmaz yükünde borçlunun taşınmaza bağlı bir borcu söz konusudur. Örneğin taşınmaz maliki alacaklıya taşınmazdan elde ettiği hasadı vermekle yükümlüdür. Söz konusu borç yerine getirilmezse taşınmaz paraya çevrilir ve alacak bu paradan tahsil edilir. Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu açıkta kalan borç miktarından taşınmaz maliki sorumlu değildir. Taşınmaz yükünde kim malikse o borçludur ve bu borç taşınmazın değeri ile sınırlıdır⁵⁵.

İrat senedinde borcun taşınmaza bağlı olması soyut anlamdadır. Başka bir deyişle burada borcun (taşınmaz yükünün) bizatihi taşınmaza ilişkin bir ekonomik değer olması veya yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılaması şart değildir (TMK m. 839 f. 3). İrat senedinde borç herhangi bir ilişkiden doğabilir. Borcun taşınmaza bağlanması sadece taşınmaz yüküne ilişkin borcun taşınmaz değeriyle sınırlı olması ve “kim malikse borçlu odur” kuralının uygulanmasını sağlar⁵⁶.

İrat senedinin de tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerekmektedir (TMK m. 912, f. 1). Dolayısıyla irat senetleri de TCK'nın uygulanmasında resmî belge olarak kabul edilecek ve bunlar üzerinde yapılan sahtecilikler, resmî belgede sahtecilik suçunu (TCK m. 204) oluşturacaktır.

⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.982; Acar, s. 62.

⁵⁴ Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, s.243; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 951-952.

⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.879-880.

⁵⁶ Serozan, s.306; Aybay/ Hatemi, s.272.

D. Taşınır Rehni

1. Genel Olarak

Taşınır rehninin, taşınmaz rehnine nazaran birçok farklı özelliği bulunmaktadır. Burada en önemli fark, taşınmaz rehninin bir sicil (tapu sicili) üzerinden kurulması gerekirken, taşınır rehninin kural olarak teslim bağli olarak kurulmasıdır. Taşınır rehniinde eşya rehin hakkı sahibine veya üçüncü bir kişiye teslim edildiğinden burada eşya sahibinin de özel olarak korunması gündeme gelmektedir. Taşınırlarda aleniyeti sağlayan vasıta zilyetliktir ve bu sebeple zilyetten iyiniyetle kazanım geniş ölçüde korunmaktadır⁵⁷. Zira rehinli malı teslim alan kişi, bu mal üzerinde tasarrufta bulunabilir ve bu suretle malike zarar verebilir. Keza malik de kendi malını, teslim edilen kişiden rızası dışında alabilir veya bu mala zarar vererek rehin hakkı sahibini zarara uğratabilir.

743 sayılı eski Medeni Kanun döneminden günümüze taşınır rehninin özelliklerinde birtakım değişiklikler söz konusu olmuştur. 743 sayılı Medeni Kanun döneminde taşınır rehni, taşınmaz rehninin yukarıda değindiğimiz avantajlarını sağlamaktan uzaktır. Taşınır rehni 743 sayılı Medeni Kanun'da kural olarak teslim bağli olarak kurulabiliyordu. Rehni kurulabilmesi için malikin taşınırın zilyetliğini devretmesi gerekiyordu. Bunun istisnası yani zilyetliğin devredilmeksizin rehin kurulması ancak kanunda belirtilmişse mümkündü. Bu kapsamda örneğin motorlu bir araç üzerinde rehin kurulmak istendiğinde motorlu aracın rehin hakkı sahibine teslim edilmesi gerekiyordu. Zira motorlu taşıtlar açısından mevzuatımızda herhangi bir istisna öngörülmemiştir. 4721 sayılı Medeni Kanun da aynı şekilde teslim bağli rehni kural olarak kabul etmiştir. Ancak 4721 sayılı Medeni Kanun'un istisnalar konusunda bir yumuşamaya gittiği görülmektedir. 940. maddenin 2. fıkrasında **kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan** taşınır mallar üzerinde teslim şartı olmaksızın sicil üzerinden rehin kurulabilme imkânı tanınmıştır. Böylece motorlu taşıt rehinlerinde teslim zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Ancak bir taşınır sicile kaydedilmemişse ve kanunda istisna bir hüküm yoksa teslim bağli rehni uygulanması gerekmektedir⁵⁸.

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanun'u ise taşınır rehni konusunda radikal değişiklikler getirmiştir. Bu kanunun amaç ve kapsam başlıklı 1.maddesinden taşınır rehninin, taşınmaz rehni gibi rehin veren kişi açısından avantajlı bir hale gelmesini amaçladığı anlaşılmaktadır⁵⁹. Bu açıdan bakıldığında Kanun'un yürürlükten kaldırmış bulunduğu Ticari İşletme Rehni Kanunu gibi özel bir taşınır rehnini mi düzenlediği yoksa Türk Medeni Kanun'un taşınır rehninden farklı olarak yeni bir taşınır rehni sistemini mi getirdiği tartışılabilir. Öğretide Kanunun kapsamının oldukça geniş olduğu bu nedenle taşınır rehninin özel bir alt türünden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁰.

⁵⁷ Şengül, s. 10-11; Benli, s. 110.

⁵⁸ Açıklamalar için bkz. Uyumaz, Alper, *Motorlu Taşıt Rehni*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 69-75.

⁵⁹ Madde1 /1: "Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, **taşınır rehniinde aleniyetin sağlanması ile rehniin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır.**"

⁶⁰ Öz, s. 153.

Kanun kapsamını konu ve taraflar açısından belirlemektedir⁶¹. Kanun beşinci maddesinde taşınır rehnine konu olacak taşınırları sayarken örneklendirici bir tavır sergilemiştir⁶². Öğretide “benzeri” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiğinin belirsiz olması eleştirilmektedir⁶³. Kanunun 5. madde düzenlemesinden rehne konu olacak eşyanın ticari işletmeye veya esnaf işletmesine dahil olması gerekmediği anlaşılmaktadır⁶⁴. Buna karşılık genel itibariyle fıkra da sayılanların ticari işlemlerde kullanılan ürünler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kapsamda değerli bir kol saatinin, ziynet eşyanın veya söz gelimi antika bir mobilyanın ne kadar değerli olursa olsun kanun kapsamında olmadığını ifade edebiliriz (Ticari işletmenin veya esnaf işletmesinin bir unsuru olmadığı müddetçe). Bununla birlikte burada altını çizmek isteriz ki beşinci maddenin 1.fikrasında yalnızca taşınır eşya türleri sayılmamış alacak hakları ve diğer bazı sıradan haklar da kanunun kapsamına dahil edilmiştir⁶⁵. Hatta kanun müstakbel hakları dahi rehne konu varlıklar arasında kabul etmiştir (TİTRK m. 5 f. 3-4). Öte yandan kanun taraflar bakımından kapsamı üçüncü maddesinde belirlemiş bulunmaktadır. Hüküm taraflar açısından iki farklı kombinasyon öngörmektedir. Birinci kombinasyonda taraflardan birisi kredi kuruluşu iken diğer taraf tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişi olabilmektedir. İkinci kombinasyonda ise taraflar tacir veya esnaf olmak durumundadır⁶⁶. Buna göre örneğin bir memurun kredi kuruluşundan aldığı kredide bu Kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Keza bir avukat (serbest meslek mensubu) ile herhangi bir tacir arasında bu Kanunda öngörülen rehin ilişkisinin kurulması söz konusu değildir.

Kanunda düzenlenen taşınır rehni kuralları mümkün olduğunca TMK’daki taşınmaz rehni kurallarına benzetilmeye çalışılmıştır. Kanuna göre rehin, zilyetliğin teslimi ile kurulmamaktadır. 8. maddenin 1. fıkrasına göre rehin hakkının tesisi ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, rehinli alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesi, rehinli taşınır varlık ile alacağın devrinin tescili amacıyla “Rehinli Taşınır Sicili” kurulacaktır. Rehni bu sicile tescille kurulmuş olacaktır (TİTRK m. 4, f. 1). Kanunun 10. maddesinde taşınmaz rehninde geçerli olan sabit derece sisteminin Kanunda öngörülen taşınır rehninde de uygulanacağı ve bu hususta Medeni Kanun’daki sabit derece sistemine ilişkin hükümlerin uygulanabildiği ölçüde geçerli olduğu belirtilmiştir. Nihayet Kanunun 18. maddesinde “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, 4721 sayılı Kanunun taşınmaz rehnine ilişkin hükümleri uygulanır*”⁶⁷

⁶¹ İmamoğlu, Başak Şit, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerinde Bir İnceleme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 8.

⁶² Kanunun ilk düzenlemesinde 5. maddenin 1. fıkrasında rehne konu olacak taşınırlar 19 bent halinde belirlenirken 7099 sayılı Kanunla maddeye “p” bendi eklenmiştir. Benzeri her türlü taşınır varlık şeklindeki bu hüküm fıkradaki sayımı örneklendirici hale getirmektedir. Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2018, s. 58.

⁶³ Kandemir, Süleyman, *Ticaret Hukuku ve Eşya Hukuku Boyutuyla Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 9-10.

⁶⁴ İmamoğlu, s. 8.

⁶⁵ Öz, s.154.

⁶⁶ İmamoğlu, s. 11.

⁶⁷ Kanunun ilk düzenleme biçiminde “taşınır” ifadesi yer almaktaydı ve bu husus öğretide eleştirilmişti. İmamoğlu, s. 45. 10/3/2018 tarih ve 30356 S.R.G. de yayımlanan 15/2/2018 tarih ve 7099 sayılı kanunun 33. maddesi ile birinci fıkrasında yer alan “4721 sayılı Kanunun taşınır” ibaresi “4721 sayılı Kanunun taşınmaz” şeklinde değiştirilmiştir.

denilerek Kanunun rehin kurallarından taşınmaz rehnini esas aldığı belirtilmiş bulunmaktadır.

2. Teslime Bağlı Taşınır Rehni

Eşya üzerindeki hakları gösterme fonksiyonunu taşınmazlarda tapu sicili gerçekleştirirken taşınırlarda “zilyetlik” gerçekleştirmektedir. Zilyetlik eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti ifade etmektedir (TMK m. 973 f. 1). Bununla birlikte kanunda fiili hakimiyetin ne anlama geldiğinde dair bir açıklama mevcut değildir. Her ne kadar bazı hallerde fiili hakimiyetin anlaşılması kolay olsa da diğer bazı hallerde fiili hakimiyetin bulunup bulunmadığı veya bulunuyorsa kimin elinde bulunduğu kolayca söylenememektedir. Bu nedenle zilyetlik tanımlanması zor bir kavram olarak kabul edilmektedir⁶⁸.

Eşya üzerindeki hakların bilinebilir olması ticari ve sosyal hayatımız açısından oldukça önemlidir. Bir eşyayı satın alırken veya onu konu edinecek herhangi bir hukuki işlem gerçekleştirirken o eşyanın malikinin kim olduğunu bilemeyecek durumda olmamızın hayatımızı zorlaştıracığı açıktır. Bu nedenle hukuk düzeni eşya üzerindeki hak sahipliğini belirli kılacak veya en azından bu hususta günlük hayatın alış-veriş düzenini güvence altına alacak bazı düzenlemeler yapmak zorundadır. Bu düzenlemelerin temel kavramı, taşınır eşyalar açısından zilyetliktir. Bir eşyanın zilyedi kimse maliki de odur (TMK m. 983 f. 1). Bir kişinin elinde gördüğümüz telefon, onun başka bir kişiye ait olmasını gerektirecek bir durum olmadığı hallerde telefonu elinde bulunduran kişiye ait sayılır. Böylelikle telefonu konu edinen bir hukuki işlem yapacak kişi, telefonu elinde bulunduran kişiyi malik sayarak bu işlemi gerçekleştirebilir. Telefon gerçekte malik bulunmayan kişinin elinde bulunsa dahi alıcı, şartların gerçekleşmesi halinde mülkiyeti kazanabileceği gibi (TMK m. 988, 990) diğer bazı hallerde birtakım haklara da sahip olabilmektedir (TMK m. 989 f. 2). Bunun ceza hukukunda karşılığı ise söz konusu malı satın alan kişinin kastı bulunmadığı için suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan sorumlu tutulmamasıdır⁶⁹.

Bu genel açıklamalardan sonra taşınır rehni hakkında şu soruların sorulması gerekecektir. Bir taşınırın rehnedildiğini gösteren husus ne olabilir? Taşınırın rehnedildiğine dair bu hususta bir sözleşme yapmak yeterli midir? Yoksa ayrıca bir tasarruf işlemine gerek var mıdır? Medeni Kanunumuzun kabul ettiği sistem içerisinde taşınırın rehnedilebilmesi için zilyetliğin rehin alana veya bir yediyemine teslim edilmesi gerekmektedir. Medeni Kanunumuz bu suretle rehin hakkının eşya üzerinde görünebilir olmasını sağlamaktadır. Ayrıca burada mülkiyet karinesinden doğacak problemler de bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Rehinli eşyayı elinde bulunduran malik söz konusu eşyaya zarar verebilecek veya onun üzerinde tasarrufta bulunarak rehinli alacaklıyı zarara uğratabilecektir. Rehin alacaklısının zilyetliğinde eşya zarar görürse veya rehinli alacaklı, eşya üzerinde tasarrufta bulunursa malikin uğradığı zarara aradaki borç ilişkisi mahsup edilebilir. Ancak tersi bir durumda alacaklı hakkından tamamen mahrum kalabilecektir.

Taşınır rehnine ilişkin zilyetliğin devri şartı kuraldır. Zilyetlik devredilmeksizin taşınır rehni kurulamaz. Bu kuralın istisnalarına yukarıda kısaca değinmiş bulunmaktayız. Burada

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 50-55.

⁶⁹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 784-785.

yukarıdaki istisna durumlarda dahi teslimli taşınır rehninin kurulabileceğini belirtmek istiyoruz⁷⁰. Bu kapsamda ticari işlerde taşınır rehni kanununa göre rehnedilecek bir taşınır eşya teslimli taşınır rehni kurallarına göre de rehnedilebilmektedir. Şu halde istisna niteliğindeki rehin kuralları asıl kuralın uygulanmasını tamamen devre dışı bırakmamaktadır.

3. Medeni Kanunda Öngörülen Teslimsiz Taşınır Rehni

Medeni Kanunumuzun 940. madde düzenlemesi şu şekildedir:

“(1) Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Bu amaçla tutulacak sicil Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”

“(2) Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehnin kurulmasına ilişkin diğer hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle⁷¹ belirlenir.”

Bu düzenlemeler teslimli taşınır rehnine getirilen istisnalar olarak öngörülmüştür. 1. fıkra hayvancılık faaliyetinin işleyebilmesi adına teslimsiz hayvan rehni öngörülmüştür. Burada hayvan teslim edilmeksizin icra dairesinde tutulacak bir sicile⁷² yazılmak suretiyle rehin kurulabilmektedir. Böylece hayvancılıkla uğraşan kişi hayvanlarını teslim etmeden kooperatiflerden veya yetkili kuruluşlardan kredi temin edebilmekte ve aynı zamanda hayvancılık faaliyetine de devam edebilmektedir.

İkinci fıkra hükmü ise pratik ihtiyaçları karşılamaya çalışmaktadır. Taşınır eşyaya ilişkin özel bir sicil tutulması kanunen zorunlu ise artık bu eşyanın üzerindeki hakları belli edecek tek unsur zilyetlik değildir. Gerçekten bugün bir motorlu taşıt üzerindeki hakları motorlu taşıt sicilinden bakarak da öğrenebilmekteyiz. Bu nedenle kanun koyucu eğer bir taşınırla ilgili zorunlu olarak sicil tutuluyorsa bu taşınırın zilyetliği devredilmeksizin sicil üzerinden de rehnedilebilmesine cevaz vermiştir. Bu hükmün uygulamada en sık yansması motorlu taşıt rehnidir. Ancak ifade edilmelidir ki bu husustaki tek hüküm Medeni Kanunun yukarıda vermiş bulunduğumuz düzenlemesidir⁷³. Cumhurbaşkanınca çıkarılması öngörülen yönetmeliğin Kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden yirmi üç sene geçmiş olmasına rağmen çıkarılmadığını da belirtmemiz gerekmektedir.

⁷⁰ Uyumaz, s. 75; Kandemir, s. 115.

⁷¹ Hayvan rehnine ilişkin ayrıntılar “Hayvan Rehni Tüzüğü” (RG: 16.9.1965, No: 12102) ile düzenlenmektedir.

⁷² Hayvan rehninin sicile kaydedilmesi olumsuz bir etkiye sahiptir. Sicile kayıt yapılmadıkça hayvan rehni kurulmuş olmaz. Buna karşılık sicilin olumlu etkisi kabul edilmemiştir. Sicilin herkes tarafından bilindiği kabul edilmemekte ve kişilere sicili araştırma yükümlülüğü yüklenmemektedir. Bu nedenle sicildeki kayıta rağmen hayvan üzerinde iyi niyetle hak kazanımı mümkündür. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1024.

⁷³ Uyumaz, s. 107.

4. Hak Rehni

TMK'nın 954. madde düzenlemesine göre “(1) Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.” “(2) Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslimle bağlı rehin hükümleri uygulanır.”

Hak rehni deyince akla öncelikle alacak rehni gelmektedir. Medeni Kanun'da yer alan düzenlemeler ağırlıklı olarak bu yönde yapılmıştır. Bunun yanı sıra Medeni Kanun'da emtiayı temsil eden senetlerin rehnine de yer verilmiştir. Düzenleme emtiayı temsil eden kıymetli evrakın rehnini, emtianın rehni olarak kabul etmektedir (TMK m. 957).

Alacak rehninde alacak senede bağlanmamışsa yapılacak yazılı bir rehin sözleşmesi rehin ilişkisinin kurulması açısından yeterli görülmektedir⁷⁴. Alacak senede bağlanmış ise yazılı bir rehin sözleşmesinin yapılmasının yanında senedin de teslimi gerekmektedir (TMK m. 955 f. 1). Ancak söz konusu senet kıymetli evrak ise kıymetli evraka ilişkin kurallar uygulanacaktır. Eğer kıymetli evrak ciro ile devrediliyorsa (emre muharrer senetlerde) rehin cirosu ile senedin rehin hakkı sahibine devredilmesi gerekecektir (TMK m. 956 f. 2). Hamiline yazılı kıymetli evrakların zilyetliğinin rehin alacaklısına devredilmesi rehin ilişkisinin kurulması açısından yeterli görülmüştür (TMK m. 956 f. 1). Buna karşılık nama yazılı bir kıymetli evrak açısından rehin sözleşmesi ile senedin rehin hakkı sahibine devredilmesi gerekecektir (TMK m. 956 f. 2).

Bunun yanı sıra maddi varlığı olmayan diğer bazı haklar da rehin hakkının konusunu oluşturabilmektedir. Sınai mülkiyet hakları bunun örneklerinden birisidir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunun 148. maddesine göre sınai mülkiyet hakkı rehnedilebilecektir. Aynı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendine göre “sınai mülkiyet hakkı; markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli” ifade eder. 148. maddenin 4. fıkra hükmü sınai mülkiyet rehninin yazılı bir sözleşme ile yapılacağını belirtmektedir. Sınai mülkiyet haklarına ilişkin sicil tutulmasına karşılık rehin ilişkisinin geçerli olabilmesi için sicile tescil geçerlilik şartı olarak kabul edilmemiştir⁷⁵. Buna karşılık rehin, tarafların birinin talebine bağlı olarak sicile kaydedilebilmekte ve bültende yayımlanabilmektedir. Sicile kaydedilmeyen ve bültende ilan edilmeyen rehin hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürülememektedir (SMK m. 148 f. 5).

5. Sermaye Piyasası Kanuna Göre Sermaye Piyasası Araçlarının Rehni

Anonim şirket sermayesi paylara bölünmüş şirkettir ve bu paylar üzerinde pay sahibinin kural olarak serbestçe tasarruf edebilme imkânı vardır. Bu kapsamda pay sahibi payını devredebilir, intifa veya rehin olarak verebilir⁷⁶. Anonim şirket paylarının rehni de hak rehni hükümlerine tabidir. Buna karşılık söz konusu paylar senede bağlanmışsa bu senetler kıymetli evrak niteliğine haizdirler. Bu kapsamda hak rehni ile ilgili yukarıda söylediklerimiz anonim şirket paylarının rehni açısından da geçerlidir. Keza şirketlerin çıkartabileceği diğer sermaye

⁷⁴ Alacak rehni ile alacağın devri arasındaki fark için bkz. Altun, Abdürrahim, Gelecekteki Alacakların Devri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2019, s. 167.

⁷⁵ Karasu, Rauf/ Suluk, Cahit/ Nal, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 399.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, Himmet, *Anonim Şirket Paylarının Sınırlı Aynı Haklara Konu Olması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 53 vd.

piyasası araçları açısından da belirttiğimiz esaslar geçerlidir.

Ancak Sermaye Piyasası Kanunun kapsamına⁷⁷ giren şirketlerin sermaye piyasası araçlarını kayden ihraç etmeleri gerekmektedir⁷⁸ (SPK m. 13 f. 1). Kayden ihraç edilen sermaye piyasası araçları elektronik ortamda kayıt edilmektedir. Söz konusu kayıtlar Borsa İstanbul bünyesinde Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından tutulmaktadır.

Kaydileştirmeye ilişkin ayrıntılı düzenlemeye SerPK tarafından yayımlanan kaydileştirme tebliğinde yer verilmiştir⁷⁹.

Kanun koyucu sermaye piyasası araçlarının rehnedilmesine ilişkin SPK'da özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Diğer hak rehni türlerinde olduğu gibi sermaye piyasası araçları rehni de yazılı bir sözleşme ile gerçekleştirilmektedir⁸⁰. Yazılı sözleşmeden sonra rehin ilişkisi MKK üyelerine bildirilecek ve sisteme kaydedilecektir. Burada rehin ilişkisi Merkezi Kayıt Sistemine kaydedilmekle birlikte sermaye piyasası aracı rehin alana devredilebilecektir. Taraflar bu hususta bir belirleme yapmamışsa sermaye piyasası aracının rehin alana devredilmediği kabul edilecektir (SPK m. 47 f. 1). Sermaye piyasası aracının rehin alana devredilmesi rehin ilişkisinin kanuni sonuçları açısından birtakım farklılıklara neden olabilmektedir:

Sermaye piyasası araçlarının devredilmesi suretiyle rehin ilişkisi kurulacaksa kanuni usullere uyularak⁸¹ sermaye piyasası araçlarının mülkiyeti rehin alacaklısına devredilecektir. Bu şekilde kurulan rehin ilişkisinin sona ermesiyle birlikte rehin alan rehin konusu sermaye piyasası araçları veya eşdeğerlerinin mülkiyetini rehin verene iade edecektir (SPK m. 47 f. 2). Bu şekilde rehin ilişkisi kurulmuşsa borçlunun temerrüdü halinde rehin alan, taraflar arasında

⁷⁷ Aykın, Hasan, Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesi ve Örnek Uygulamalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, İstanbul 2001, s.3. Kapsam SPK'nın 2.maddesine göre belirlenmektedir. Hükme göre halka açık olmayan şirketlerin halka arz edilmeyen pay ihraçları kanun kapsamı dışındadır. Bu itibarla payları borsada işlem gören şirket kavramı ile halka açık anonim şirket kavramı aynı değildir. Bazı hallerde şirket halka açık olmasına rağmen payları borsada işlem görmez. Bu şirketler kanun gereği üye sayısı beş yüzü aştığından halka açık anonim şirket olarak kabul edilmiştir. Bu şirketlerin paylarını iki yıl içerisinde borsaya kote etmeleri gerekmektedir. Kanun gereği halka açık anonim şirket statüsünü kazanmış olan bu şirketler henüz paylarını borsaya kote etmemiş olabilir. Öte yandan halka kapalı bir anonim şirketin payları da borsada işlem görebilir. Borsada halka arz gerçekleştirilmeksizin pay ihracı mümkündür. Bu ihraç tahsisli satış veya nitelikli yatırımcılara satış olarak gerçekleştirilir. SPK'nın 13.maddesi payların ihracı kavramını kullandığına göre bu ihraç halka arz şeklinde olabileceği gibi halka arz edilmeksizin de gerçekleşebilir. Şu halde halka kapalı anonim şirketlerin payları da kaydileştirilebilmektedir. Sayın, Hediye, Halka Açık Şirket Kavramı ve Halka Açık Şirket Statüsünün Kazanılması, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.109-110, 2013, s.94-98.

⁷⁸ Adıgüzel, Burak, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 60. Her sermaye piyasası aracı kaydileştirmeye konu olmaz. Bir sermaye piyasası aracının kaydileştirilmesi ve kaydi sistem kapsamında kabul edilebilmesi için, kaydileştirilecek sermaye piyasası aracı türünün nitelik olarak kaydileştirilmeye uygun olması ve söz konusu sermaye piyasası aracının kaydileştirilebileceğine ilişkin bir hukuki dayanak bulunması gerekir. Seçer, Öz, Kaydi Sermaye Araçlarının Üzerinde Rehni Tesisi ve Hükümleri, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.105-106, 2013, s. 173-174.

⁷⁹ RG: 07.08.2014, No: 29081.

⁸⁰ Söz konusu sözleşme rehin hakkını kurucu niteliğe haizdir. Seçer, s.182; Koç, s. 121.

⁸¹ Devrin ne şekilde yapılacağı kaydileştirme tebliğinde gösterilmiştir: "Kanunun 47 nci maddesi uyarınca mülkiyetin teminat alana devredildiği durumda teminat sözleşmelerine konu sermaye piyasası araçları, teminat alanın hesabına teminat açıklaması ile kayden aktarılır" (m.22/3).

aksi öngörülmemişse rehin konusu sermaye piyasası araçları satarak satım bedelinden alacağını karşılayabileceği gibi bu araçların değerini borçlunun haklarına da mahsup etme hakkına sahiptir. Şu kadar ki söz konusu sermaye piyasası araçları borsa veya diğer teşkilatlanmış piyasalara kote ise satım bedeli bu piyasalardaki değerlerinden daha düşük olamayacaktır (SPK m. 47 f. 4-a).

Buna karşılık mülkiyetin rehin verende kaldığı rehin sözleşmelerinde; rehin alan, rehin konusu sermaye piyasası araçları, bunlar borsa veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda kote ise bu piyasalardaki değerlerinden aşağı olmamak üzere, satarak satım bedelinden alacağını karşılama veya bu araçları mülkiyetine geçirerek değerini borçlunun yükümlülüklerinden mahsup etme hakkına sahiptir. Rehin alanın bu şekilde teminat konusu sermaye piyasası araçlarını mülkiyetine geçirebilmesi için taraflar arasındaki rehin sözleşmesinde, bu hakkın kullanılabilirliğinin ve sermaye piyasası araçları borsa veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda kote değil ise değerlemenin ne şekilde yapılacağının açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir (SPK m.47/4-b).

Her iki şekilde de kanun koyucu rehin alanın belirtilen haklarını kullanabilmesi için temerrüt hâlinde ya da kanun veya sözleşme hükümlerinde öngörülen sebeplerle, teminattan alacağın karşılanması söz konusu olduğunda; herhangi bir ihbar veya ihtarda bulunma, süre verme, adli veya idari merciden izin ya da onay alma, teminatın açık artırma ya da başka bir yol ile nakde çevrilmesi gibi herhangi bir ön şartı yerine getirme yükümlülüğü olmadığını belirtmiştir (SPK m. 47, f. 4). Bu kapsamda sermaye piyasası aracı rehin alana devredilmemiş olsa dahi rehin alan merkezi kayıt sistemindeki rehin kaydına binaen söz konusu haklarını kullanabilecektir. Fakat burada çözümlenmesi gereken birçok hukuki problem söz konusudur. Her şeyden önce burada MKK üyelerinin **teminattan alacağın karşılanmasını gerektiren** hali ne şekilde tespit edecekleri belirsizdir. Kaydileştirme tebliğinde de bu hususun özel olarak düzenlenmediğini müşahade etmekteyiz. Bu belirsizlik içerisinde söz gelimi temerrüt hali olmadığı halde temerrüt hali varmış gibi işlem yapılarak teminat konusu sermaye piyasası aracının satılması söz konusu olursa ne şekilde hareket edileceğine ilişkin bir belirleme de söz konusu değildir. İfade edelim ki bu husus ceza hukuku açısından da önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

II. TAŞINMAZ REHNİ İLİŞKİSİNDE CEZA HUKUKU KORUMASI

A. Genel Olarak

Yukarıda da kısaca temas edildiği üzere taşınmaz rehni, taşınır rehnine nazaran daha güvenilir bir teminat yöntemidir. Taşınmaza ilişkin bütün işlemlerin tapu sicili üzerinden yapılmasının zorunluluğu, tapu sicilinin taşınmaz üzerindeki hakları alenen gösteren yapısı ve bu gösterime güvenin korunması ilkesi gibi hususlar taşınmaz rehni fonksiyonunu icra edebilmesi açısından önemli bir avantaj sağlamaktadır. Fakat bütün bu güvencelere rağmen taşınmaz rehni ilişkisinde rehin verenin, rehin alanı kasten zarara uğratabilmesi mümkündür ve kanun koyucu bu fiillerden bazılarını özel olarak cezalandırmaktadır.

Taşınmaz rehni ilişkisi yalnızca ceza hukuku normları ile korunmamaktadır. Taşınmazın değerini düşürmeye yönelik fiiller TMK'nın 865 ila 867.maddeleri arasında yapılan

düzenlemelerle önlenmeye çalışılmıştır. İfade edelim ki taşınmaz rehni ilişkisinde, rehin veren malik borçlu ise, taşınmazın değerini düşürmeye yönelik kasten işlenen fiillerin 5237 sayılı TCK çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkün görülmemektedir. Söz konusu ihtimalde zarar verilen taşınmaz **başkasına ait olmadığı** için güveni kötüye kullanma⁸² veya mala zarar verme suçu⁸³ hükümleri çerçevesinde cezalandırma mümkün değildir.

Burada muhafaza görevinin kötüye kullanılması suçunun (TCK m. 289) da işlendiği kabul edilemeyecektir. Her şeyden önce bu suçun konusunu taşınmazlar oluşturamaz⁸⁴. Zira kanun koyucu madde metninde malın resmen teslim edilmesini aramıştır. Taşınmazlar İİK'ya göre muhafaza altına alınabilir (m. 92, f. 3). Ancak bu TCK'nın 289. maddesi çerçevesinde bir teslim olarak anlaşılamaz. Teslim ancak taşınır bir malın resmi yediemine verilmesi suretiyle olur. Maddede bu yedieminin teslim edilen mal üzerindeki yetkisiz tasarrufları cezalandırılmaktadır. Keza aynı nedenden ötürü resmen teslim olunan mala el konulması ve bozulması (TCK m. 290, f. 2) suçunun da işlendiği kabul edilemeyecektir⁸⁵.

Rehin hakkı sahibine zarar verecek şekilde malikin taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunması İİK'nın 331. maddesinin 1 ve 4. fıkralarında düzenlenen suçların oluşmasına sebebiyet verebilir. 1. fıkra düzenlenen suç aslında doğrudan rehin ilişkisini konu edinen bir suç tipi değildir. Bununla birlikte malikin rehin hakkı sahibini zarara uğratmak maksadı ile taşınmaz üzerinde yapacağı tasarruflar aynı zamanda alacaklının da zarara uğratıldığı anlamına gelmektedir. 4. fıkra düzenlenen suç ise doğrudan rehin ilişkisini konu edinen bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Alacaklıyı Zarara Uğratmak Maksadı ile Mevcudun Eksiltilmesi (İİK m. 331, f. 1)

Taşınmaz malikinin eşyası üzerinde satış veya başka bir kişiye ipotek verilmesi gibi tasarruflarda bulunması yukarıda da ifade edildiği üzere kural olarak rehin hakkı sahibinin haklarına hanel getirmez. Bununla birlikte taşınmaz maliki taşınmazının değerini düşürecek birtakım eylemlerde bulunabilir. Örneğin taşınmaz üzerindeki binaya zarar verebilir veya taşınmaz bir tarım arazisi ise onu tarım yapmaya elverişli olmayan bir hale getirebilir. Keza istisnai bir durum olarak TMK'nın 865, 867 ve 876. maddelerinde öngörülen tescile gerek olmaksızın kurulan rehin hakları malikin taşınmazı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devretmesi

⁸² Koca/ Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 672; Öğretide paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti sahiplerinden birinin bu suçu işleyip işleyemeyeceği tartışmalıdır. Bkz. Elmaliç, Hasan, *Öğretide ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 111-112; Aytekin İnceoğlu, Asuman, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1, 2018, s. 46; Şahin, Fatih, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (TCK m. 155/1-2), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 34, S. 155, s. 153 Bununla birlikte bir görüş tek malikin bile bu suçu işleyebileceğini iddia etmektedir. Örnek için bkz. Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023 s. 723. İfade edelim ki kanunun açık ifadesi karşısında bu görüşün kabul edilme olanağı bulunmamaktadır. NK/StGB-Kindhäuser/Hoven, § 266, kn. 30

⁸³ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 s. 717.

⁸⁴ NK/StGB-Gaede, § 290, kn. 4; LK/StGB-Schünemann, § 290, kn. 7.

⁸⁵ 290.maddenin 1 ve 2.fıkralarında ayrı suçlar düzenlenmektedir. 2.fıkra taşınırlara ilişkin bir fiili yaptırım altına almaktadır. 1.fıkra ise icra işlemlerinden sonra hak sahiplerine teslim edilen taşınmaza tekrar el konulmasına ilişkin olup bu fıkra düzenlenen suçun rehin ilişkisi ile bağlantısı söz konusu değildir.

halinde sona erecektir. Bu satış işlemi alacaklıyı zarara uğratmak maksadı ile mevcudun eksiltilmesi olarak değerlendirilmelidir. Zira burada alacaklı, alacağını teminat altına alan bir güvenceden yoksun bırakılmış olmaktadır.

İfade etmeliyiz ki bu suç tipi rehin hakkının hukuk düzenince alacaklıya tanındığı güvence karşısında yeterli bir koruma sağlayamamaktadır. Her şeyden önce bu suç tipi iki farklı objektif cezalandırılabilme şartı öngörmektedir. Birinci olarak yapılan tasarrufun haciz yoluyla takipten sonra veya takipten önceki iki yıl içerisinde yapılmış olması aranmaktadır. Rehin hakkı sahibi, haciz yolu ile takipte bulunmak zarında değildir. O İİK'nın rehnin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerine dayanarak da takip yapılabilir (İİK m. 145 vd.). Ancak Yargıtay 17. CD'si bu suçun oluşabilmesi için borçlu hakkında haciz yolu ile takip yapılmış olması gerektiğini, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılması halinde bu suçun oluşmayacağını kabul etmektedir⁸⁶. Kanaatimizce buradaki haciz yolu ile takibin geniş anlaşılması ve rehnin paraya çevrilmesi takip yöntemini kapsamaması gerekmektedir. Zira rehnin paraya çevrilmesi yöntemi içerik itibari ile hem İİK'nın hacze ilişkin birçok hükmüne atıf yapmakta (m. 150/g) hem de rehnin alacağı karşılayamaması durumunda bu takip yönteminde borçlunun mallarına haciz konulması istenebilmektedir (m. 150/f). Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bir haciz aşamasının bulunmaması, paraya çevrilecek değer daha önce rehin ile teminat altına alınmış olmasıdır. Başka bir deyişle burada rehin, zaten haczin yerine geçmiştir⁸⁷. Dolayısıyla haciz yolu ile takip ile rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip arasında söz konusu ceza normu bakımından böyle bir farkın oluşturulması anlamsızdır. Yargıtay bu durumda şartları oluşmuş ise güveni kötüye kullanma suçunun oluşabileceğini kabul etmektedir. Ancak burada rehinli malın sahibinin borçlu olması karşısında bu suçun oluşma ihtimali yukarıda da belirttiğimiz üzere bulunmamaktadır.

Diğer objektif cezalandırma şartı ise borçlunun aleyhine aciz belgesi alınması veya alacaklının alacağını ispat etmesidir. Rehinli mala bir zarar verilmesi veya rehin hakkının sona erdirilmesi durumlarında borcun ödenmesinden bağımsız olarak rehin hakkı sahibi zarara uğratılmaktadır. İİK m. 331, f. 1 ise cezalandırma için borcun tahsil edilememesini şart koşturur. Dolayısıyla düzenleme bu haliyle rehin hakkının sağladığı güvenceyi koruma fonksiyonunu göstermemektedir.

Rehin ile alacaklı bir taraftan kendini güvence altına alırken diğer taraftan rehni göz önünde tutarak bir hukuki işlem yapmaktadır. Uygulamada çoğu kez alacaklının bu işlemi yapmasının sebebi mevcut rehin hakkıdır. Hatta bazen işlemin yapılabilmesi için teminat alınması yasal hükme dayanan bir zorunluluk olarak da karşımıza çıkabilir (Bankacılık Kanunu, m. 43, 53, f. 1). Malik rehinli taşınmazına zarar vererek, bir kişinin bu taşınmaz üzerindeki rehin hakkını gözeterek hukuki işlem yapma güvencesine de zarar vermektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde hem ticari güven sarsılmakta hem de rehin alanın "irade özgürlüğü" zarara uğratılmaktadır. Bahsedilen bu zarar rehnin paraya çevrilmesi için takibin başlatılması ile ilgili olmadığı gibi borçlunun ödemede acze düşmesi veya alacaklının alacağını tahsil edememesi ile

⁸⁶ Yargıtay 17. CD, 30.06.2020, E. 2020/4398, K. 2020/6851.

⁸⁷ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammed, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 306.

de ilgili değildir⁸⁸. Diğer taraftan rehinle teminat altına alınmamış bir alacak bakımından borçlunun bütün malvarlığı aynı derecede bir öneme sahiptir. Borçlu bir malı üzerinde tasarruf etse bile alacaklı diğer malların paraya çevrilmesi suretiyle alacağını tahsil edebilir. Rehlinli malın üzerinde tasarruf edilmesi durumunda ise öncelikli bir hak olan rehin hakkı doğrudan zarara uğratılmaktadır. Bu itibarla rehin ilişkisinin bulunduğu durumlarda bu iki objektif cezalandırılabilme şartının aranması rehin hakkının sağladığı güvencelerle uyumlu değildir.

Bu sebeplerle özellikle rehin ilişkisinin bir hukuki işlemin yapılmasının sebebi veya şartı olduğu durumlarda hileli işlemlerle malın üzerindeki rehin hakkı sona erdiriliyor ise dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığının tetkik edilmesi gerekmektedir⁸⁹. Ancak belirtilmelidir ki dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi, bir hilenin varlığını gerektirmektedir. Bu çoğu kez tescile bağlı rehlin sahte belgelerle terkin ettirilmesi suretiyle mümkün olur. Eğer kişi en başından itibaren verdiği karar ile bir malını rehin vermek suretiyle kredi temin ediyor sonrasında bu rehni geçersiz kılacak işlemler yapıyor ise bir hilenin var olduğu belirtilmelidir (TCK m. 158, f.1-j). Bunun için kişinin en başından itibaren rehni geçersiz kılma amacının tespit edilmesi gerekir. Bu durumda hem belgede sahtecilik hem de dolandırıcılık suçlarından ceza sorumluluğu söz konusudur (TCK m. 212). Buna karşılık rehlinli malın sahibinin krediyi temin ettikten sonra sırf alacaklılara zarar vermek maksadı ile malına zarar verdiği durumlarda artık bir hileden ve bu hileye dayanılarak elde edilen menfaatten söz edilemez. Bu durumda Yargıtay uygulaması aksine artık İİK m. 331, f. 1’de düzenlenen suçun oluşup oluşmayacağının tartışılması gerekmektedir.

Diğer taraftan alacaklısını zarara uğratmak maksadı ile mevcudun eksiltilmesi suçunun oluşabilmesi için borçlunun alacaklıyı zarara uğratma ihtimali bulunan tasarrufunu alacaklıyı zarara uğratma amacıyla yapmış olması gerekir. Böylelikle suç tipinde diğer bir subjektif unsur

⁸⁸ Nitekim Yargıtay ilk baştan itibaren rehnedilecek bir mal olmamasına rağmen belgede sahtecilik yapılarak böyle bir malın olduğu hilesi ile kredi temin edilmesinin dolandırıcılık suçu çerçevesinde cezalandırılması gerektiği düşüncesindedir: “Sanığın, kredi çekmek amacıyla Garanti Bankası ... Şubesi’ne müracaat ettiği, banka ile sanık arasında 56.250 TL’lik kredi sözleşmesinin imzalandığı, banka tarafından sözleşme yapılması için rehin talep edilmesi üzerine, sanığın kendisine ait ruhsat fotokopisine, babası ...’e ait iken, olay tarihinden önce Yusuf Binici’ye satılarak devredilen aracın ruhsat fotokopisine ait olan rakamını yapııştırıp, bu hali ile fotokopi alarak bu belgeyi bankaya ibraz ettiği, bu şekilde krediyi çektiği somut olayda...sanığın mahkumiyetine ilişkin temyiz itirazının reddiyle hükmün onanmasına...” Yargıtay 15. CD, 20.12.2018, E. 2018/1731, K. 2018/9930.

⁸⁹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 771; “Sanık ...’ın kendisini ... olarak tanıtarak ve bu kişi adına düzenlenen ele geçirilemeyen sahte nüfus cüzdanını kullanarak, yanında diğer sanık ... ile birlikte katılan ...’in satışa çıkardığı BMW marka ... plakalı aracı 45.000 TL’ye satın alma konusunda anlaştığı, 15.000 TL’nin peşin ödendiği, kalan 30.000 TL için ise sanık ... tarafından borçlusu ... ve kefil ... olarak gösterilen 15.000 TL bedelli iki adet senedin alacaklısı ... olarak düzenlenip katılan ...’e verildiği, sanık ...’nin ... adı ve kimliği ile ...’e ... Noterliğince düzenlenen 27.08.2012 tarih ve ... yevmiye numarası ile araç satış sözleşmesi konusunda vekaletname verdiği, ...’in ... vekili olarak Bakırköy 19. Noterliğinin 29.08.2012 tarih ve 24597 yevmiye numarası ile katılan ... ile araç satış sözleşmesi yaptığı, akabinde ... ile ... arasında yine aynı noterliğinin 29.08.2012 tarih ve 24598 yevmiye sayılı rehin sözleşmesi ile ... plakalı araca ilişkin araç satış lehine rehin sözleşmesi imzalandığı ve aracın sanık ...’ye teslim edildiği, sanık ...’nin sonrasında tamamiyle sahte olduğu anlaşılan ... 43. Noterliğince düzenlenen 13.09.2012 tarih ve ... yevmiye nolu ibraname ile bu araç üzerindeki rehin şerhini kaldırarak aracı 18/09/2012 tarihinde noterde yine ... kimliği ile üçüncü bir şahsa sattığı, bu suretle sanıkların birlikte hareket ederek katılan ...’e yönelik kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık ve zincirleme suç niteliği kazanan resmi belgede sahtecilik suçlarını işlediklerinin iddia edildiği... Beyanlar, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından sanıkların atılı suçları işledikleri anlaşıldığından” Yargıtay 15. CD, 14.05.2019, E. 2017/38439, K. 2019/5442.

olan amaç unsuru aranmaktadır. Suçun oluşabilmesi için bu amacın gerçekleşmesi gerekmemektedir, failin bu amaçla hareket etmesi yeterlidir⁹⁰ (kupierte Erfolgsdelikt). Kanaatimizce rehin ilişkisinin varlığını bilmesine rağmen bu rehin hakkına zarar veren bir tasarrufta bulunan failin bu amaçla hareket ettiği kabul edilmelidir. Başka bir deyişle bu ihtimalde failin amacı asıl olarak alacaklıya zarar vermek olmasa da bunun failin diğer bir amacı olarak bulunduğu kabul edilmelidir. Özellikle henüz tescil edilmemiş rehin hakları (TMK m. 865, 867 ve 876) bakımından malikin, alacaklının rehin hakkını muhafaza amacıyla masraf yaptığını bilmesine rağmen taşınmazı üçüncü bir kişiye devrettiği hallerde alacaklıya zarar verme amacının bulunduğu ifade edilmelidir⁹¹.

C. Eklentinin Rehinli Alacaklıya Zarar Vermek Amacıyla Taşınmaz Dışına Çıkartılması (İİK m. 331/ f. 4)

Taşınmaz rehninde taşınmazın eklentileri de taşınmazla birlikte rehmin kapsamı içerisinde (TMK m. 862). Eklenti TMK'nın 686.maddesinde tanımlanmıştır. Tanıma göre eklenti “asıl şey malikin (taşınmaz maliki) anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan **taşınır** maldır” (f.2). Hangi taşınırların eklenti olabileceğine dair TMK'nın 862. maddesinin 2. fıkrasında belirlemeye gidildiği görülmektedir. Düzenlemeye göre “taşınmazda bulunan makineler, otel döşeme eşyaları ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılacaktır”. Şu hâlde bir fabrikanın bulunduğu arazi üzerinde bulunan rehin kural olarak fabrikada bulunan makineleri de kapsayacaktır. Borcun ödenmemesi halinde makineler de taşınmazla birlikte veya ayrıyeten satılıp alacaklı tatmin edilecektir⁹².

Taşınmaz rehninde rehin veren borcu karşılığında taşınmazı teminat olarak göstermektedir. Teminat olarak gösterilen taşınmazın durumu alacaklının güven içerisinde olması açısından önemlidir. Taşınmaz rehnedildiği anda borcu karşılayabilecek değerde ise alacaklının elde ettiği güvencenin sağlam olduğu ifade edilebilir. Fakat daha sonradan taşınmazın değerinin düşmesi, alacaklının söz konusu güvencesinin ortadan kalkmasına neden olabilir. Taşınmazın değeri alacaklıya zarar vermek kastı ile bizzat rehin veren tarafından da düşürülebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere söz konusu davranışlar TMK'da birtakım düzenlemelere konu olsa da ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme yapılmış değildir. Buna karşılık şüphesiz eklenti niteliğindeki taşınırların taşınmaz dışarısına çıkarılması alacaklıya zarar verecek nitelikte bir davranıştır. Söz gelimi rehin ilişkisinin kurulduğu anda fabrikada bulunan makinelerin borcun ödenmesinde temerrüde düşülmesiyle beraber taşınmaz dışına çıkartılması, iyiniyetli üçüncü kişilere satılması alacaklının güvencesini ciddi şekilde zarara uğratacaktır. Bu husus dikkate alan kanun koyucu İİK'nın 331. maddesinin 4. fıkrasında

⁹⁰ Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 252.

⁹¹ Böylelikle burada suçun oluşabilmesi için ikinci dereceden doğrudan kastın varlığını da yeterli görmekteyiz. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Boga, Bekir, *Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımının Teorik Temeller*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2024, s. 123.

⁹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 929-930.

taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkarılması halinde, eklentinin zilyedinin iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağını belirtmiştir.

İfade edelim ki asıl şey-eklenti ilişkisinde asıl şeyin zilyedi aynı zamanda eklentinin de zilyedir. Ancak burada eklenti zilyedi ile asıl şeyin zilyedinin kastedilmediğini düşünüyoruz. Kanun koyucunun metinde eklenti zilyedi ile kastettiği kişi eklentiye alacaklıya zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkartan ve daha sonrasında saklayan kişi veya kişilerdir. Bu kişiler taşınmazın maliki veya zilyedi olabileceği gibi bunlar dışında üçüncü kişiler de olabilirler. Taşınmaz malikinin hırsızlık süsü verilerek taşınmazda bulunan eklentilerini üçüncü bir kişiye aldırması halinde söz konusu üçüncü kişi suçun faili olacaktır. Keza söz konusu eklentilerin taşınmazdan çıkartılmasından sonra durumu bilerek eklentiye muhafaza eden zilyet de suçun faili olacaktır. Bu örneklerde taşınmaz maliki zilyet olarak kabul edilebiliyorsa fail, kabul edilemiyorsa azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.

Bu suçun mağdurunun taşınmaz üzerinde rehin hakkı sahipleri olan alacaklılar olduğu belirtilmelidir.

Bu suçun konusu Türk Medeni Kanun'u hükümleri gereğince taşınmaz rehninin kurulduğu anda var olan eklentilerdir. Öğretide taşınmaz rehninin kurulmasından sonra taşınmaza özgülenen eklentilerin de rehnin kapsamına girdiği kabul edildiğinden taşınmaz rehninin kurulmasından sonra taşınmaza özgülenen eklentiler de suçun konusunu oluşturabilir⁹³. Söz konusu eklentilerin tapuya şerh verilmesi suçun oluşumu açısından şart değildir⁹⁴.

Rehnin kurulduğu anda taşınmazda bulunan eklentiler rehnin kapsamı içerisinde olacaktır. Daha sonra bu eklentilerin taşınmaz dışına çıkartılması bunlar üzerindeki rehin hakkının sona ermesine neden olmaz. Ancak taşınır olan eklenti iyiniyetli üçüncü bir kişiye devredilirse mülkiyet karinesi hükümleri gereğince rehin hakkı sona ermiş olacaktır (TMK 862, f. 3). Şu hâlde rehin veren taşınmazın eklentisini, taşınmazın dışına çıkartmasına karşılık bunları devretmemişse alacaklının eklentiler üzerinde rehin hakkı devam ettiğinden bunlar satılarak alacaklının tatmin edilebilmesi mümkündür. Ancak bu şekilde alacaklı tatmin edilse dahi eklentinin taşınmaz dışına çıkartılmış olması suçun oluşumu açısından yeterli olacaktır.

Eklentinin taşınmazın dışına çıkarılması, taşınmaz açısından tapu kütüğünden belirlenen sınırların dışına çıkarılması anlamına gelir. Bu kapsamda çıkarılan eklentinin uzak veya yakın

⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.929.

⁹⁴ Ruhi, Ahmet Cemal/ Ruhi, Canan, *İcra ve İflas Suçları ile Disiplinsizlik Niteliğindeki Eylemler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 33. Tapuya verilecek şerh ispat açısından önemli bir fonksiyon görebilir. Fakat taşınır bir malın, taşınmazın eklentisi olup olmadığı tapuya verilen şerhle değil maddi durum açısından yapılacak bir değerlendirme ile tespit edilir. Kanun koyucu tapuya verilen şerh açısından taşınırın eklenti olması yönünde kanuni bir karine kabul etmiştir. Ceza muhakemesinde geçerli olan ispat kuralları çerçevesinde bu karineye fazla ehemmiyet gösterilmesi mümkün değildir. Zira ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılmaktadır. Fakat öğretide özel hukukta var olan ispat kuralları çerçevesinde bir yorum yapılmakta suçun konusu olan eklentinin tapuya şerh verilmiş olması gerektiği belirtilmektedir. Coşkun, Mahmut, *İcra-İflas Suçları, Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 22; Çetin, Emine Halman, *İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü*, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 562.

bir yere götürülmesi önemli değildir. Kanun koyucu yalnızca eklentinin taşınmaz dışına çıkarılmasını cezalandırdığı için eklentiye bilerek taşınmaz sınırları içerisinde zarar verilmesi bu suçun oluşumuna neden olmayacaktır.

Taksire ilişkin bir belirleme bulunmadığından suç ancak kasten işlenebilecektir. Buna karşılık suçun işlenmesinde failin diğer bir subjektif unsur olan maksat unsuruna sahip olması aranmıştır. Buna göre fail alacaklıya zarar verme maksadı ile hareket etmelidir⁹⁵. Bu nedenle fabrikasında bulunan eşyaların daha verimli bir çalışma için başka bir fabrikasına aktaran fail bu suçtan ötürü cezalandırılmayacaktır.

Bu suça teşebbüs mümkündür. Eklentinin taşınmaz dışına çıkartılırken buna engel olunması nedeniyle çıkarılamaması halinde teşebbüs hükümleri nedeniyle cezalandırma söz konusu olacaktır. Keza bu suç iştirak açısından özellik arz etmez. Suçun failinin eklentinin zilyedi olması bu suçun özgü bir suç olması sonucunu doğurmaz. Zira kanaatimizce eklentinin zilyedi, eklentiye taşınmaz dışına çıkartan veya sonrasında bunu saklayan kişidir. Bu kişi herkes olabilir. İçtima açısından ise taşınmaz üzerinde birden fazla kişinin malik olduğu durumlarda eklentinin dışarıya çıkarılmasının birden fazla kişiye aynı suçun işlenmesine neden olacağı belirtilmelidir. Bu durumda aynı neviden fikri içtima hükümleri (TCK m. 43, f. 2) uygulanacaktır.

D. Resmi Belgede Sahtecilik Suçu

Taşınmaz rehni ilişkisinde en çok karşımıza çıkabilecek suçlardan birisi resmî belgede sahtecilik suçudur. Zira taşınmaz rehnine ilişkin işlemlerin çoğunluğu resmi senet niteliğindeki belgelerle yapılmaktadır. Bu belgelerde gerçekleştirilecek sahtecilik fiilleri resmi senette sahtecilik suçunun oluşumuna neden olacaktır.

Taşınmaz rehni sözleşmesi tapu memuru tarafından düzenlenen resmi senetle yapılmaktadır. Bu nedenle taşınmaz rehni sözleşmesi resmi senet mahiyetindedir ve bu belge üzerinde yapılan sahtecilik fiilleri resmi belgede sahtecilik suçunun oluşumuna neden olacaktır. Fakat bazı hallerde taşınmaz rehni sözleşmesinin tapu müdürlüğü tarafından yapılması şart görülmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Tapu Kanunun 26. maddesinin 9. fıkrası düzenlemesinde bir takım kurumlar tarafından verilen kredilerde yapılan rehin sözleşmesine binaen tapu müdürlüğünün rehni tescil edebileceği belirtilmiştir. Burada söz konusu rehin sözleşmesinin resmi belge niteliğinde olup olmadığı tartışılmalıdır. Fıkra da sayılan kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan rehin sözleşmelerinin resmi belge olduğu kabul edilmelidir. Zira burada rehin sözleşmesi bir kamu görevlisi tarafından görevinin gereği olarak düzenlenmektedir⁹⁶. Buna karşılık kooperatifler tarafından verilen kredilerde de uygulamamız

⁹⁵ Çetin, s.562.

⁹⁶ Hangi belgelerin resmi belge olarak kabul edileceğine ilişkin TCK'nın 204.maddesinin gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmektedir: “Resmi belge, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen yazıyı ifade etmektedir. Bu itibarla, düzenlenen belge ile kamu görevlisinin ifa ettiği görev arasında bir irtibatın bulunması gerekir. Bu itibarla, bir kamu kurumu ile akdedilen sözleşme dolayısıyla özel hukuk hükümlerinin uygulama kabiliyetinin olması hâlinde dahi, resmi belge vardır. Çünkü sözleşme, kamu kurumu adına kamu görevlisi tarafından imzalanmaktadır.” Bu kapsamda bir belgenin resmi belge olabilmesi için kamu görevlisi tarafından görevi gereği düzenlenmiş olması gerekmektedir. Gökcen, Ahmet, *Belgede Sahtecilik Suçları*, 5. Baskı,

açısından yapılan rehin sözleşmelerinin resmi belge hüviyetinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Yargıtay uygulamasında Kooperatifler Kanunu (m. 62 f. 3) kooperatif yönetim kurulu üyelerinin ve memurlarının işledikleri fiillerden ötürü kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları nedeniyle bu kişiler tarafından düzenlenen belgeler resmi belge olarak kabul edilmektedir⁹⁷. Buna karşılık bankalar ve finansal kiralama, faktöring, finansman ve tasarruf finansman şirketleri açısından durumun net olmadığı belirtilmelidir. Kamu bankaları açısından banka görevlilerin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi söz konusu olabilecektir. Fakat özel bankalar ve diğer şirketler açısından banka görevlisinin cezalandırılmasında dahi resmî belirtilen şekilde bir hüküm öngörülmediğinden, bu kişiler tarafından hazırlanan belgelerin resmî belge olduğunu savunabilmek oldukça güçtür. Bu durumda ancak sahte belgenin bilahare kullanılması şartı ile özel belgede sahtecilik suçu oluşacaktır (TCK m. 207). Kanaatimizce rehin ilişkisini etkili bir şekilde koruyabilmek adına rehlin sebebi olan rehin sözleşmelerinin tamamının resmi belge sayılmasına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

İpotekli borç senedi ve irat senedi yukarıda da belirtildiği üzere resmî belge niteliğindedir ve bunlarla ilgili yapılacak sahtecilik fiilleri resmî belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bunların uygulamada hemen hemen hiç görülmemesi nedeniyle bu tespitin pratik bir değeri bulunmamaktadır.

Tapu memuru rehin sözleşmesinden sonra tescil işlemini gerçekleştirmektedir. Gerçekleştirilen tescil işlemi gerçeği yansıtmıyorsa ve tapu memuru durumun farkındaysa resmî belgede sahtecilik suçu oluşacaktır. Buna karşılık TAKBİS kullanılarak tescil işlemi gerçekleştirilmişse TCK'nın 204. maddesinin gerekçesindeki açıklamalara uygun bir belgeden

Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.78; Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 719.

⁹⁷ "1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 62/son maddesi uyarınca sanıkların sahte hazurun cetveli düzenleme eyleminin resmi belgede sahtecilik ve buna iştirak suçunu oluşturabileceği..." 5.CD, E. 2016/6819, K.2019/53, T.08.01.2019, karararama.yargitay.gov.tr, E.T:06.06.2019, *Buna karşılık başka Bir Yargıtay Kararında karşı oy yazısında belirtilen şu düşüncelere de katılmaktayız: Suç konusu borç senetleri, 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri Kanunu'nun 12. maddesinde sayılan ve köy veya mahalle ihtiyar heyetleri tarafından tasdik olunan belgelerden değildir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62. maddesinde "Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır" hükmü yer almakta ve aynı Kanunun 96. maddesinde "2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu ile 2836 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri Kanunu hükümleri ve 7116 sayılı Kanunun yapı kooperatiflerine ait hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, yukarıda zikredilen kanunlarda açıklık olmayan hallerde bu kanun hükümleri uygulanır.." denmekte ise de; her iki kanunda, kooperatifin belgelerinin "resmi belge" sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa bazı özel kanunlarda, örneğin 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 66. maddesinde "Bankanın her türlü evrak, kayıt, defter ve senetleriyle bunlara dayanan hesap özetleri resmi belge sayılır." hükmüne yer verilmiştir. Kooperatifin yönetim kurulu üyeleri ile memurlarının, belirtilen belgeler üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları, düzenledikleri belgelerin resmi belge sayılmasını gerektirmez. TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılmaz; suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. "Kamu görevlisi gibi cezalandırılır" hükmü gereğince, kooperatif görevlileri "görevi kötüye kullanma" suçunun faili olabilirler; ancak düzenledikleri belgeler resmi belge sayılamaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07.02.2012 tarihli ve 2011/350-2012/27 sayılı kararında da kooperatife ait tahsilat fişlerinin özel belge olduğu kabul edilmiştir. Bu durumlar karşısında, düzenlediği borç senetleri özel belge niteliğinde olduğu halde, sanığın "özel belgede sahtecilik" yerine "resmi belgede sahtecilik" suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır. 11. CD, E. 2016/12504, K.2018/8435, T.25.10.2018, karararama.yargitay.gov.tr, E.T:06.06.2019.*

söz edilemeyeceği için resmî belgede sahtecilik suçunun oluşmayacağını düşünmekteyiz⁹⁸.

IV. TAŞINIR REHNİ İLİŞKİSİNDE CEZA HUKUKU KORUMASI

A. Genel Olarak

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere taşınır rehni uygulamamızda taşınmaz rehnine nazaran daha az tercih edilmektedir. Kanun koyucu TİTRK ile taşınır rehninin daha fazla tercih edilmesini sağlamaya yönelik düzenlemeler getirmektedir. İfade edelim ki bütün bu güncel düzenlemelere rağmen taşınmaz rehni ilişkisinde, rehinli alacaklı daha fazla güven içerisinde. Zira taşınmaz rehni ilişkisinde, taşınmazın üçüncü kişiye devri söz konusu olsa bile tapu sicilinin açıklığı ilkesi çerçevesinde rehin hakkı her halükarda korunacaktır. Bu nedenle rehin alacaklısının zarara uğrama ihtimali oldukça düşüktür. TİTRK'nın 7. maddesinin 3. fıkrası ise taşınırın rehinli olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağını belirterek kanun kapsamındaki rehin hakkının iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı nedeniyle sona ermesinin mümkün olduğu belirtilmiştir⁹⁹. Yine bu doğrultuda taşınmazı yok etmek, onu gizlemek mümkün değilken bir taşınırın yok edilmesi veya gizlenmesi mümkündür. Hakeza taşınmaza zarar vermek ve onun değerini düşürmek de kolay değildir. Buna karşılık kanun koyucu TMK'nın 865 ila 867.maddeleri arasında taşınmazın değerini korumaya yönelik önlemlere yer vermiş bulunmaktadır. 2004 sayılı İcra İflas Kanunun 331. maddesinin 4. fıkrasında ise taşınmaz rehni kapsamında bulunan eklentinin rehinli alacaklıya zarar vermek kastıyla taşınmaz dışına çıkartılması halinde eklentinin zilyedinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Benzer hükümler taşınır rehni açısından öngörülmemiştir. Zira taşınır rehninde, malik kural olarak zilyet değildir. Buna karşılık malikin zilyet olmamasına rağmen alacaklıya malı üzerinden zarar verebilmesi de mümkündür. Burada TCK'nın ilgili hükümleri (hırsızlık (m.141 vd.), yağma (m. 148 vd.) dolandırıcılık (m. 151 vd.) uygulama alanı bulacaktır. Ancak bunun için malın muhafaza eden kişiye resmen teslim edilmiş olması şartı aranacaktır (TCK m. 290, f. 2).

Klasik bir rehin ilişkisi çerçevesinde malikin rehin verdiği eşyayı mürtehtinden gizlice veya zorla alması hırsızlık veya yağma suçlarının oluşmasına neden olmaz. Zira bu suçların

⁹⁸ 204.maddenin gerekçesinde belge ile ilgili şu açıklamalara yer verilmektedir: “Belge, eski dilimizdeki “evrak” kelimesi karşılığında kullanılmakta olup, yazılı kağıt anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, yazılı kağıt niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun, belge niteliği taşımamaktadır.” Elektronik ortamda oluşturulan tescil yazılı kağıda aktarılsa da belirli bir kişiye izafe edilebilir olmadığı için belge hüviyeti kazanamayacaktır. Gerekçede bu husus “bu yazının belli bir kişiye veya kişilere izafe edilebilir olması gerekir” cümlesiyle ifade edilmiştir. Bu belirlenmeler çerçevesinde elektronik güvenli imza ile düzenlenmiş olsa dahi elektronik ortamda düzenlenen belgelerin TCK m.204 anlamında belge olarak değerlendirilmemelidir. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 138; Pancaroğlu, Başar, *Bilişim Sistemindeki Veriler Bağlamında Belgede Sahtecilik Suçu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 125 vd. Diğer bir görüş ise elektronik güvenli imza ile düzenlenen belgeleri de TCK m. 204 kapsamında değerlendirilmektedir. Gökçen, s.70-71.

⁹⁹ Kanunun bu hususta çok da açık bir düzenlemeye yer vermediğini belirtmek durumundayız. Kanunun 9.maddesinin 1.fıkrası *Rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilmesiyle üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder* hükmüne yer vermektedir. Buna karşılık değindiğimiz 7.maddenin 3.fıkrası Kanuna sonradan eklenmiştir. Söz konusu düzenleme eklenmeden önce rehin hakkının tıpkı taşınmaz rehninde olduğu gibi iyiniyetli 3.kişinin yaptığı bir işlem nedeniyle yok olmayacağı savunulabilirdi. Öz, s.167. Buna karşılık 7.maddenin 3.fıkrasının eklenmesinden sonra nasıl bir yorum yapılacağı belirsizdir. Öğretide bu durumda dahi iyiniyetli üçüncü kişinin korunmayacağı, 7.maddenin 3.fıkrasının kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Kandemir, s. 134-135.

oluşabilmesi için eşyanın failden başka bir kişiye ait olması gerekmektedir¹⁰⁰. Alman Ceza Kanununda rehinli malı hakkı olmadığı halde kullanma suçu TCK'nın 289 ve 290. maddelerinde düzenlenen suçlara benzer bir mahiyette düzenlenmiştir. Fakat Alman Ceza Kanunun rehinli malın rehin hakkı sahibinden mal sahibi tarafından veya mal sahibi lehine üçüncü kişi tarafından alınmasını daha farklı düzenlediği belirtilmelidir. Kanunun 289. maddesine göre her kim **kendisine veya** başkasına ait taşınır bir malı, mal sahibinin lehine olmak üzere, intifa hakkı sahibinden, rehin alacaklısından veya eşya üzerinde kullanma veya hapis hakkı sahibinden hukuka aykırı bir maksat ile alırsa cezalandırılacaktır¹⁰¹. Böylelikle Alman Ceza Kanunun taşınır rehin ilişkisini daha kuvvetli bir şekilde koruduğunu ifade edebiliriz. Zira bu düzenlemede “taşınırın resmi teslimi” aranmamaktadır. Ancak öğretilde bu düzenlemenin günümüz hukukunda önemini büyük ölçüde kaybettiği ifade edilmektedir¹⁰².

Teslimsiz taşınır rehninde ise rehin veren zilyetliği elinde bulundurmaktadır. Aynı zamanda mala malik olması, borçluyu zarara uğratacak bir davranışta bulunması halinde TCK'da düzenlenen suç tiplerinin oluşmasına engel olmaktadır. Bu nedenle Mülga Ticari İşletme Rehni Kanunun 12. maddesinde rehin verenin, rehin alacaklısını zarara uğratacak türden hareketleri cezalandırılmıştır. Benzer bir düzenlemeye 6750 sayılı Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasında da yer verilmiştir. 16. maddenin ikinci fıkrasında ise Türk Ceza Kanundaki tefecilik suçuna göndermede bulunmaktadır.

Tefecilik kazanç elde etmek maksadıyla ödünç para verme işleminden ibaret olan bir fiildir. Burada kazancın elde edilmesi şart görülmediği gibi failin tefeciliği meslek haline getirmiş olması da şart değildir¹⁰³. Bir defaya mahsus ödünç para verme işlemi dahi tefecilik suçunun oluşmasına neden olabilecektir¹⁰⁴. Yargı içtihatları da bu yöndedir. Bununla birlikte öğretide bir görüş, tefecilik suçunun oluşabilmesi için “tefeciliğin meslek haline getirilmiş” olmasını aramaktadır¹⁰⁵. Bu görüşlerin dayanağı, 90 sayılı KHK'da yapılan tefecilik tanımıdır. KHK'nın 9. maddesinde tefecilik “*Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceğinden (TCK m. 2, f. 2) söz konusu düzenlemenin KHK'nın kanunlaşmasından sonra yürürlüğe gireceği, bu vakte kadar 2279 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmaya devam edileceği belirtilmiştir (m. 17). Ancak

¹⁰⁰ Koca/ Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 529-587.

¹⁰¹ Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 416

¹⁰² NK-StGB/Gaede StGB § 289, kn. 1; LK/StGB-Schünemann, § 289, kn. 3.

¹⁰³ Özgenç, İzzet, Tefecilik Suçu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 553; Zafer, Hamide, Tefecilik Suçu (TCK m. 241), *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 8, 2018, s. 86.

¹⁰⁴ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 547; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 981-982; Zafer, s. 86.

¹⁰⁵ Arslan, Çetin, Tefecilik Suçu, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2014, s. 33-35; Meran, Necati, *Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 5, S. 51, 2010, s. 109.

söz konusu KHK hiçbir zaman kanunlaşmamış ve nihayetinde 6361 sayılı Kanun'un¹⁰⁶ 52. maddesi ile tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu görüş, aslında hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olan bir hükmü esas almaktadır. Kanun metninin açık ifadesi karşısında biz de bir defaya mahsus olarak bir kişiye kazanç elde etmek için ödünç para verilmesinin tefecilik suçunu oluşturacağı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte kar elde etme amacıyla ödünç para verme işlemini yapmak için yetkilendirilmiş kuruluşların icra ettiği faaliyetler hukuka uygun olduklarından tefecilik suçunun oluşmasına neden olmamaktadırlar. Söz konusu kuruluşlar finansman, finansal kiralama ve faktöring şirketleri ile bankalar olarak örneklendirilebilir. 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmadan önce kar elde etme amacıyla ödünç para verme işleminde gerçek kişilerin de yetkilendirildiği görülmektedir. Bu kişiler ikrazatçı olarak isimlendirilmişlerdir. KHK 1. maddesinde ipotek almak suretiyle sürekli olarak ödünç para verme işleriyle uğraşan gerçek kişilerin ve finansman şirketleri ile faktöring şirketlerinin faaliyetlerinin düzenlenmesini ve denetlenmesini amaç edindiğini belirtmektedir. Bu düzenlemelere paralel olarak TMK eşya hukuku kitabının üçüncü bölümünün üçüncü kısmı *“rehin karşılığı ödünç verme işi ile uğraşanlar”* başlığını taşımakta konuya ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. 90 Sayılı KHK'nın 6361 sayılı Finansal Kiralama Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6361 sayılı Kanun geçici 5 .maddesinde ikrazatçılık uygulamasına son vermiş bu kişilerin finansal kiralama, faktöring veya finansman şirketi olarak faaliyetlerine devam edebilecekleri belirtilmiştir. Bu düzenlemelerle birlikte TMK'daki rehin karşılığı ödünç verme işi ile uğraşanlara ilişkin düzenlemeleri uygulama niteliğini kaybetmiştir¹⁰⁷. 6750 sayılı TİTRK'de ise 90 sayılı KHK'nın anlayışına uygun olarak rehin karşılığı ödünç verme işi ile uğraşanların tefecilik suçundan cezalandırılacağı belirtmiştir. İlgili düzenlemeye ileri safhalarda daha ayrıntılı bir şekilde temas edilecektir.

B. Teslimli Taşınır Rehninde Koruma

Teslimli taşınır rehninde rehin ilişkisinin fonksiyonları rehin veren tarafından zaafa uğratılabileceği gibi rehin alan veya yediemin olan kişi de rehin ilişkisini suiistimal edebilir. Konu bu iki ihtimal içerisinde değerlendirilmelidir.

Rehin alan veya taşınırın teslim edildiği yediemin eşya üzerinde zilyetliğin amacı dışında tasarrufta bulunabilir. Burada ilk akla gelecek suç tipi güveni kötüye kullanma suçudur¹⁰⁸ (TCK m. 155). Rehin alan veya yediemin rehin ilişkisinin bir gereği olarak zilyetliğinde bulundurduğu eşyayı bir başkasına devreder, rehnedir, satar, tüketir veya benzeri şekilde malikin bulunabileceği bir tasarrufta bulunursa güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olur. Keza rehin alan veya yediemin rehin ilişkisini inkâr ederek rehin sözleşmesi sona erdiği halde rehinli malı iade etmekten imtina ederse aynı şekilde güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olur. Rehin alan veya yediemin rehinli eşyaya bilerek zarar vermesi durumunda mala zarar verme suç

¹⁰⁶ Finansal Kiralama, Faktöring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu.

¹⁰⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1044.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 728 vd; Koca/ Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 670 vd.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 722 vd.

(TCK m. 151) da gündeme gelecektir.

Rehin alan veya yediemin açısından zikredilen fiiller TCK'nın 289. maddesinde düzenlenmiş bulunan muhafaza görevinin kötüye kullanılması suçunu da oluşturmaktadır. Fakat bunun için teslimin resmen yapılması gerekmektedir. İfade edelim ki söz konusu suç tipi esasında icra dairesinin haciz işlemleri sonrasında hacizli mal üzerinde yapılacak tasarrufları cezalandırmaktadır¹⁰⁹. Rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takip işlemlerinin başlatılmasına binaen icra dairesince rehinli mal üzerinde muhafaza tedbiri kararı alınacaktır. İşte bu aşamadan sonra kamu otoritesince malın muhafazası için kendisine teslimat yapılan kişinin mal üzerindeki tasarrufları bu suçu oluşturacaktır. Dolayısıyla sırf rehin ilişkisinin varlığı bu suçun oluşumu için yeterli değildir. Bununla birlikte mal ,faile yerine getirdiği kamu görevi nedeni ile teslim edilmiş ise zimmet suçunun oluşacağı ifade edilmelidir¹¹⁰

Buna karşılık rehin veren de rehin ilişkisini fonksiyonunu ortadan kaldıracak davranışlarda bulunabilir. Söz gelimi rehin alanda veya yedieminde bulunan rehinli eşyayı zilyedinin rızası olmaksızın alabilir veya mala zarar verebilir. Bu ihtimallerde söz konusu mal rehin verene ait olduğu için hırsızlık, yağma, mala zarar verme gibi suç tiplerinin oluşması söz konusu değildir. Fakat rehin verenin borcunu ödememesi sonucu rehnin paraya çevrilmesi için takip başlatılmış ve bu nedenle rehinli eşya üzerinde icra dairesince muhafaza altına alma tedbiri uygulanmış ise bu aşamadan sonra TCK'nın 290. maddesinin 2.fıkrasında belirtilen suç oluşabilecektir. Hükme göre muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle el konulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması hâlinde hırsızlık, cebren alınması hâlinde yağma, hileyle alınması hâlinde dolandırıcılık, tahrip edilmesi hâlinde mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

¹⁰⁹ “Suça konu olan rehin veya haciz, “kamu idaresince” konulan rehin ya da hacizdir. Bu rehin veya haczin kamu idaresince konulması zorunludur. Örneğin İcra ve İflas Kanunu hükümleri veya 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun gereğince haciz konulması bu şekildedir. Özel hukuk hükümlerine göre örneğin, alacaklı tarafından borçlunun mal varlığına konulan rehinin bu suçu oluşturması söz konusu değildir.” Yargıtay 4. CD, 25.2.2016 E. 2016/980, K. 2016/3481; “TCK'nın 289. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun konusunun “resmen teslim olunan” mal olması gerektiği, bankalar ile kredi talebinde bulunanlar arasında düzenlenen rehin sözleşmesi nedeniyle yapılan teslimlerde “resmen teslim” keyfiyetinin bulunmadığı gözetilerek sanık hakkında muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmayacağı gerekçesiyle beraat hükmü kurulması gerekirken...” Yargıtay 9. CD, 12.03.2014, E. 2014/3144, K. 2014/2872. Öğretide bu kapsamda 765 sayılı Kanun döneminde rehin tabirinin yanlış çeviri sonucunda metne girdiği ifade edildiği gibi burada ancak bir kamu kuruluşundan alınan borç para karşılığında bu kamu kuruluşunca borçlunun taşınabilir bir malının rehin alınmasına karar verilmiş ve bu mal bir yediemine teslim olunmuşsa bu suçun gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Sümer, Reha, Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.75, 2008, s.113. Ancak Yargıtay'ın son dönemde bu yorumdan ayrılan bir içtihadına rastlamaktayız: “Sanığın, katılan bankadan kredi çekerek satın aldığı rehinli aracın kredi borcunu ödeyememesi nedeniyle katılan banka tarafından icra takibi başlatıldığı, bunun üzerine sanığın söz konusu aracın parçalarını sökerek araca zarar verdiği, bu suretle muhafaza görevini kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda;

Suçla konu aracın muhafaza edilmek üzere rehinli olarak sanık tarafından teslim alınmış olması ve sanığın araç üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunarak söz konusu araca zarar verdiğinin anlaşılması karşısında, sanığın katılan banka lehine rehinli olan aracı rehin süresince muhafaza etmesi gerekirken, aracın parçalarını sökerek zarar vermesi şeklinde sübut bulan eyleminin TCK'nın 289/1.maddesinde düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vafında hataya düşülerek güveni kötüye kullanma suçundan sanığın mahkumiyetine hükmedilmesi” Yargıtay 15.CD, 11.03.2021 E. 2020/12612, K. 2021/2743. Buna karşılık Yargıtay 17. CD'si yakın dönemde verdiği kararında burada resmi bir teslimin olmadığını kabul etmektedir: Yargıtay 17. CD, 22.06.2020, E. 2020/4426, K. 2020/6030.

¹¹⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1207.

Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadarı indirilecektir.

C. Teslimsiz Taşınır Rehininde Koruma

1. Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Teslimsiz Taşınır Rehni Açısından

TMK'da düzenlenen teslimsiz taşınır rehni açısından da özel bir cezai düzenlemenin olmadığı belirtilmelidir. Buna karşılık teslimsiz taşınır rehininde rehin ilişkisinin fonksiyonunu ortadan kaldıracak davranışların gerçekleştirilmesinin daha zor olduğu ifade edilmelidir. Zira burada taşınırın bir sicile kaydedilmesi söz konusudur. Böylelikle burada rehin biraz daha taşınmaz rehnine benzetilmektedir. Söz gelimi motorlu taşıtın rehnedilmesi halinde motorlu taşıtların devrinin motorlu taşıt sicili üzerinden yapılması nedeniyle rehin verenin, rehinli motor taşıtı üzerinde tasarruf edebilme imkânı söz konusu değildir. Buna karşılık taşınmaz rehininde olduğu gibi rehin veren motorlu taşıta zarar vererek rehin ilişkisini zarara uğratabileceği gibi motorlu taşıtın paraya çevrilmesini engellemeye yönelik davranışlarda da bulunabilir. Ancak söz konusu davranışları meri mevzuat çerçevesinde cezalandırabilmek mümkün değildir. Zira Medeni Kanun'da düzenlenen teslimsiz taşınır rehinine ilişkin TİTRK m. 16 f. 1'de olduğu gibi bir cezai düzenlemeye yer verilmemiştir. Keza güveni kötüye kullanma ve mala zarar verme suçları açısından da mal başkasına ait olmadığı için cezalandırma mümkün değildir. Ancak söz konusu rehin nedeniyle icra takibine girilmiş ve bu kapsamda motorlu taşıt muhafaza altına alınmış ise bu aşamadan sonra rehin verenin rehinli mala zarar vermesi veya onu alması TCK'nın 290. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılacaktır.

Diğer taraftan taşınmaz rehininde ifade ettiğimiz gibi taşınır eşyaya zarar verilmesi veya alacaklıya zarar verecek şekilde üzerinde tasarruf edilmesi kanaatimizce İİK'nın 331. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç oluşturacaktır. Bu konuda taşınmaz rehininde yaptığımız açıklamalar ve eleştiriler aynen geçerlidir.

2. TİTRK'de Düzenlenen Teslimsiz Taşınır Rehni Açısından

a. Rehin Veren veya Taşınırı Rehin Yüklü Alan Şahsın Yükümlülüklerinin İhlali (TİTRK m. 16 f. 1)

TİTRK genel bir teslimsiz taşınır rehni sistemi kurmaktadır ve bu sistem içerisindeki ihlalleri cezai yaptırıma bağlamaktadır¹¹¹. Bu kapsamda TİTRK aşağıdaki fiillerin cezalandırılacağını belirtmektedir:

Rehinli varlığın Kanun hilaflına kullanılması: Esasında TİTRK'de rehnedilen malın belirli bir amaçla kullanılmasına ilişkin bir belirleme söz konusu değildir. Fakat TİTRK'de düzenlenen teslimsiz taşınır rehni kendisine has özellikleri rehnedilen malın belirli

¹¹¹ Kanunun ilk halinde geçici 1. maddede “Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan dava ve takiplere uygulanmaz” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti. Bu düzenlemede Kanunun ceza yaptırımı içeren düzenlemeleri dikkate alınmamış böylelikle ceza hukukunun zaman bakımından uygulama kurallarına aykırılık oluşturan bir durum oluşturulmuştur. Bunun üzerine yargı makamlarınca bu hükümle ilgili olarak somut norm denetimi yoluna başvurulmuştur. Bkz. Yargıtay 19. CD, 20.05.2019, E. 2019/640, K. 2019/8579; Yargıtay 19. CD, 27.05.2019, E. 2019/18794, K. 2019/8959. Başvuru üzerine AYM bu hükümde geçen “dava ve” ibaresinin iptaline karar vermiştir. AYM 11.04.2019, E. 2019/9, K. 2019/27.

şekillerde kullanılmasını gerektirebilmektedir. Örneğin bu kanunda hammaddenin de rehnedilebileceği düzenlenmiştir¹¹². Söz gelimi un fabrikasına alınan buğdaylar rehnedilebilecek ve buğdaylardan un yapıldığı takdirde rehin hakkı un üzerinde devam edebilecektir. Burada rehin veren veya taşınırı rehin yüklü devralan buğdayı un yapmak için değil de başka amaçlarla kullanırsa alacaklıyı zarara uğratabilir. Alacaklıyı zarara uğratacak kasıtlı amaca aykırı kullanımlar bu bent hükmü çerçevesinde cezalandırılacaktır¹¹³.

Borcu ödememesi hâlinde rehinli varlığın mülkiyetini devretmemesi: Yukarıda da ifade edildiği üzere TİTRK’de düzenlenen rehin açısından rehin alan temerrüt halinde rehinli eşyanın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir. Bu devir talebi İİK’nın 24. maddesine uyarınca ilamlı icra yolu ile olacaktır. Burada cezalandırılan fiil rehin verenin icra dairesinin rehinli malın teslimini emretmesine rağmen rehin verenin veya taşınırı rehin yüklü devralanın söz konusu yükümlülüğe uymayıp malın mülkiyetini devretmemesidir.

Rehinli varlığı alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmesi: TMK’da bulunan rehin düzenlemeleri çerçevesinde dikkate alınmayan bu husus TİTRK’de dikkate alınmıştır. Söz konusu fiilin cezalandırılması finansal sisteme duyulan güvenin korunması açısından oldukça önemlidir.

Rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini Sicile tescil ettirmemesi: Bu bent düzenlemesi ile TİTRK’nin 12. maddesinin 6. fıkrasında getirilen yükümlülüğün ihlali cezalandırılmaktadır. Söz konusu yükümlülük 12. maddenin 6. fıkrasında sadece rehin verene yüklenmiştir. Ancak 16. madde düzenlemesi çerçevesinde taşınırı rehinli olarak devralanın sonradan taşınırı başkasına devretmesi halinde de söz konusu yükümlülüğü getirmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanaatimizce burada yükümlülük taşınırı devredene ait olup devralanın bu nedenle cezalandırılabilmesi mümkün değildir.

Sicili yanıltmaya yönelik fiillerde bulunması: TİTRK’de öngörülen taşınır rehni sisteminin yürüyebilmesi için kurulan taşınır sicilini aldatmaya yönelik fiiller de kanun koyucu tarafından müeyyide altına alınmaktadır.

b. Rehin Karşılığı Ödünç Para Verme

Özellikle krediye dayalı finansal sistem, borçlu (kredi alan) ile alacaklı (kredi veren) arasında kurulan rehin ilişkisi sayesinde yürümektedir. Faiz karşılığı ödünç para verme mesleği üzerinde devletin kontrolü söz konusudur¹¹⁴. Faiz karşılığı ödünç para verme işi belirli şartları sağlamaksızın ve kamu makamlarından izinsiz olarak yürütülememektedir.

Faiz karşılığı ödünç para verme işinin yasal olmayan şekilde yürütülmesi tefecilik olarak isimlendirilmekte ve TCK’nın 241. maddesi çerçevesinde cezalandırılmaktadır. TCK’nın 241. maddesindeki düzenleme faiz karşılığı ödünç para verme işinin meslek yürütülmesinden de ziyade kazanç elde etmek maksadıyla ödünç para verilmesini cezalandırmaktadır. Bu itibarla TCK düzenlemesinde bir kereye mahsus dahi kazanç elde etmek maksadıyla ödünç para

¹¹² Oral, Bahar, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.74.

¹¹³ Kandemir, s.161.

¹¹⁴ Nedenleri ve esasları için bkz. Özgenç, *Tefecilik Suçu*, s.543-544.

verilmesi tefecilik suçunun oluşumuna neden olacaktır¹¹⁵. Bu kapsamda ödünç para verme işlemi yapılırken rehin ilişkisinin kurulması suçun oluşumu açısından gerekli görülmemektedir. Ancak yasal olmayan şekilde ödünç para verme işleminde TİTRK’de düzenlenen rehin ilişkisine başvurulması mümkündür. Kanun koyucu bu hususu dikkate alarak TİTRK’nin 16. maddesinin 2. fıkrasında *“İlgili kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir taşınırı rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı yapan kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 241 inci maddesine göre cezalandırılır”* düzenlemesine yer vermiştir.

Kanaatimizce söz konusu düzenleme gereksiz olduğu gibi TCK’da düzenlenen tefecilik suçu ile de uyumsuzluk içerisindedir. Tefecilik suçunda cezalandırılan eylem kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verme işlemidir. Bu işlem çerçevesinde rehin ilişkisinin kurulması suçun oluşumu açısından önemsizdir¹¹⁶. Bu nedenle TİTRK’de bu şekilde bir atıf yapılması gereksizdir. Ayrıca TCK’da tefecilik suçunun oluşumu açısından yukarıda da ifade edildiği gibi tefeciliğin meslek edinilmiş olması şartı aranmamaktadır. Buna karşılık TİTRK’deki düzenleme ödünç para verme işleminin devamlı olması gerekliliğine işaret etmiştir. Söz konusu düzenlemenin uygulamada birtakım karışıklıklara ve yorum sorunlarına neden olmaması için tamamen kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Hak Rehni İlişkisi Çerçevesinde Ceza Hukuku Koruması

Rehin ilişkisinde ceza hukuku korumasının en zayıf olduğu rehin türü hak rehnidir. Hak rehinde rehne konu olan şeyin eşya olmaması; güveni kötüye kullanma, mala zarar verme, muhafaza görevinin kötüye kullanılması, resmen teslim olunan mala el konulması ve bozulması suçlarının oluşumuna engel olmaktadır. Zira sayılan bütün bu suç tiplerinde suçun konusu taşınır veya taşınmaz bir eşyadır. Kanun koyucu hak rehni ilişkisini koruyan özel bir cezai düzenlemeye de yer vermemiştir.

Ancak yukarıda zikredilen sınai mülkiyet haklarının rehni ve sermaye piyasası araçlarının rehni suiistimal edilebilme ihtimalleri yüksek rehin ilişkileridir. Sınai mülkiyet üzerinde kurulan rehnin sicile tescil edilmediği takdirde hak sahibi tarafından üçüncü kişiye devredilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması alacaklıyı zarara uğratacaktır. Keza sermaye piyasası araçlarının rehinde alacaklı borç ödendiği halde ödenmemiş gibi göstererek sermaye piyasası aracının kendisine devrini talep edebilir. Ancak bütün bu ihtimallerin bu rehin türlerinde sistemli bir yapının oluşturulmamasından kaynaklandığını düşünüyoruz. Ceza hukukunun son çare olarak devreye girmesi gerekliliği karşısında kanaatimizce öncelikle bu rehin türlerinde birtakım belirsizliklerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Örneğin sermaye piyasası araçlarının rehinde borcun

¹¹⁵ 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 241. maddesinde suç; *“Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, ...”* biçiminde tanımlanmıştır. Yeni düzenlemeye göre bu suçun oluşması için sanığın yalnızca bir kişiye kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermesi yeterli olup bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin önemi yoktur. Bu nedenle suçun temadi ettiğinden ve birden fazla kişiye ödünç para verilmesinin tek suç oluşturduğundan bahsedilemeyecek, ancak suçun zincirleme olarak işlenmesi olanaklı görülecektir. Ayrıca, tefecilik suçunda, faiz karşılığı borç para alan kişi meşru zeminde bulunmadığından suçun mağduru olarak kabul edilemeyecektir. Yargıtay 4. CD, 24.12.2012, E. 2012/ 1830, K. 2012/31528; Yargıtay 4. CD, 15.5.2013, E. 2011/3825, K. 2013/1506; Yargıtay 5. CD, 25.12.2013, E. 2012/14662, K. 2013/12573.

¹¹⁶ İnci, Zekiye Özen, *Tefecilik Suçu*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 173.

ödenmediğinin tespitinin nasıl yapılacağı belirlenmelidir. Keza sınai mülkiyet haklarının rehninde sicilin fonksiyonu ve rehin ilişkisi açısından daha detaylı düzenlemelere yer verilmelidir. Şüphesiz bu biraza da söz konusu haklar üzerinde rehin tesis etme işlemlerinin pratik uygulamasının çoğalmasa ile daha belirgin bir ihtiyaç haline gelecektir.

SONUÇ

1. Çalışmamızda rehin ilişkisi çerçevesinde ceza sorumluluğu hallerinin neler olabileceğine ilişkin genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. İfade edelim ki rehin ilişkisi krediye dayanan finansal sistemin işleyebilmesi için en önemli araçlardan biridir. Rehin ilişkisinde var olan güvenin korunması krediye dayanan finansal sistemi ve buna bağlı olarak ekonomik düzeni koruyacaktır.
2. Rehin ilişkisini dikkate alarak düzenlenen suç tipleri meri mevzuatımız açısından fazla değildir. Bu düzenlemelerden birisi İİK'nın 331.maddesinin 4. fıkrasında bulunan taşınmaz eklentisinin alacaklıya zarara uğratılması amacıyla taşınmaz dışına çıkartılmasıdır. Bu düzenleme haricinde TİTRK'nın 16.maddesindeki düzenleme de doğrudan rehin ilişkisini dikkate almaktadır. Zikrettiğimiz diğer suç tiplerinin öncelikli amacının rehin ilişkisine duyulan güvenin korunması olduğunu savunabilmek mümkün değildir. Hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma suçlarında ana amaç kişilerin malvarlığı değerlerini korumak iken muhafaza görevinin kötüye kullanılması ve resmen teslim edilen mallara el konulması ve bozulması suçlarında adliyeeye duyulan güven korunmaktadır.
3. Taşınmaz rehninde rehin alanın rehin ilişkisine herhangi bir zarar vermesi oldukça güç gözükmemektedir. Zira rehin alan taşınmaz üzerinde bir hakimiyet kurmadığı gibi rehne ilişkin bütün işlemler tapu sicili üzerinden gerçekleştirildiğinden rehin verene herhangi bir zararın verilmesi mümkün gözükmemektedir. Burada tek ihtimal rehin alanın resmi belgede sahtecilik suçunu işleyerek söz gelimi rehin derecesini artırmak gibi bir işlem yapmasıdır. Bu da hem belgede sahtecilik, hem de dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebebiyet verebilecektir (TCK m. 212).
4. Keza taşınmaz rehninde rehin verenin de rehin ilişkisine zarar verme ihtimali tapu sicilinin aleniyeti ilkesi nedeni ile düşüktür. Burada ancak rehin veren, rehinli taşınmaza zarar verip değerini düşürebilir. Bu durumda Yargıtay uygulamasında İİK'nın 331. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun oluşmadığı kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu kabul hatalıdır. Zira burada rehin hakkına sahip olan kişi alacaklıdır ve rehinli taşınmaza zarar verilmesi alacaklıya zarara uğratmak maksadı ile mevcudun eksiltilmesi anlamına gelmektedir. Yargıtay'ın bu suçun ancak haciz yolu ile takip durumunda gerçekleşebileceği tespitine de katılmamaktayız. Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte haciz işleminin olmamasının sebebi rehnin, haczin fonksiyonunu sağlamasıdır. Diğer taraftan bu takip yolunda hacze ilişkin birçok hükme de atıf yapılmaktadır. Nihayetinde Yargıtay'ın bu durumda “güveni kötüye kullanma” suçunun oluşup oluşmayacağının değerlendirilmesini istemesi de anlamsızdır. Zira bu suçun faili, malik kişi olamaz.

5. Eğer rehin veren hileli işlemlerle rehnin geçersizliğini sağlıyor ise burada ikili bir ayırım yapılmalıdır. Rehnin sebebi olan hukuk işlem yapılmadan önce fail, rehni geçersiz kılma amacına sahip ise bu durumda failin hileli bir işlemle menfaat temin ettiği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu dolandırıcılık suçunu oluşturur. Fakat fail bu işlemten sonra acze düştüğü için rehni geçersiz kılacak işlemler yapmış ise bu durum İİK m. 331, f. 1 kapsamında cezalandırılmalıdır.
6. Diğer taraftan İİK m. 331, f. 1 hükmünün rehin ilişkisinin sağladığı güvenceyi yeterli düzeyde korumadığını düşünmekteyiz. Zira rehin ilişkisinin zarara uğratılması, icra takibinin başlatılmasından veya alacağın tahsil edilmesinden bağımsızdır.
7. Taşınmaz rehninde, taşınmazın eklentisi olan taşınırılar da rehnedilmiş sayılacaktır. Bunların alacaklıyı zarara uğratmak amacı ile taşınmazın dışına çıkarılması ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir (İİK m. 331, f. 4). Burada suçun faili eklentinin zilyedi olan kişidir.
8. Taşınmaz rehninde resmi senet, tapu memuru tarafından düzenlenmektedir. Bu nedenle söz konusu belge, resmi belge hüviyetine sahiptir. Tapu Kanunun 26. maddesinin 9 ve 10. fıkrasında rehni kuracak sözleşmenin; bankaların, finansman, finansal kiralama ve faktöring şirketleri ile tasarruf finansmanı şirketlerinin müşterileri ile yaptıkları işlemlerde düzenlenebileceği kabul edilmiştir. Burada sözleşmeyi düzenleyen taraflardan birinin kamu görevlisi sıfatına haiz olması durumunda söz konusu belge resmî belge hüviyetinde olacaktır. Diğer durumlarda ise bu belge ancak özel belge niteliğinde olabilecektir. Kanaatimizce rehin ilişkisinin etkili bir şekilde korunması adına rehin sözleşmesinin her durumda resmi belge olarak kabul edilmesini sağlayacak bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.
9. İpotekli borç senetleri ile irat senetleri kambyo senedi olmasalar da tapu memuru tarafından düzenlendiklerinden resmi belge hüviyetine sahiptirler. Dolayısıyla bunlar üzerinde gerçekleştirilecek sahtecilik işlemleri resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır.
10. Elektronik ortamda yapılan tescil ise ceza hukuku anlamında bir belgenin unsurlarını karşılamamaktadır. Dolayısıyla bu tescilde yapılacak yolsuzluklar belgede sahtecilik suçlarını oluşturmayacaktır.
11. Taşınır rehni, taşınmaz rehnine nazaran daha az tercih edilen bir teminat yöntemidir, zira güvenilirliği taşınmaz rehnine nazaran daha düşüktür. Günümüzde teslimli taşınır rehnine neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Buna karşılık teslimli taşınır rehni ilişkisinin rehin alan ve rehin veren tarafından zarara uğratılma ihtimali bulunmaktadır. Rehin alan, teslim aldığı eşya üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunabilir. Bu durumda mala zarar verme, güveni kötüye kullanma ve eğer mal resmen bir kişiye teslim edilmiş ise muhafaza görevinin kötüye kullanılması suçu oluşacaktır. Rehin veren kişi de malını rehin alandan ve yedi eminden hukuka aykırı yollarla geri alabilir. Resmi bir teslim söz konusu ise burada TCK m. 290, f. 2’de düzenlenen suç oluşacaktır. Ancak resmi bir ilişkinin olmadığı durumlarda herhangi bir suç tipi oluşmayacaktır. Bu

cezalandırılmayan bir durumdur.

12. Buna mukabil taşınır rehninde Medeni Kanun'un 940. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sicile tescili zorunlu mallar üzerinde teslimsiz taşınır rehni kurulabilmektedir. Keza 6750 sayılı Kanun da teslimsiz taşınır rehninin uygulama alanını genişletmiştir. Teslimsiz taşınır rehninde rehin alan kişinin mal üzerinde bir hakimiyeti bulunmadığından rehin ilişkisine zarar verme ihtimali düşüktür. Buna mukabil rehin veren, kullanmaya devam ettiği eşyaya zarar verebileceği gibi rehin hakkı sahibinin zararına tasarrufta da bulunabilir. Bu durumda kanaatimizce İİK'nın 331. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç oluşacaktır. Bu hususta taşınmaz rehni bakımından söylediklerimiz aynen geçerlidir. 6570 sayılı Kanunda öngörülen rehin ilişkisinin rehin veren tarafından bu şekilde ihlali ise aynı Kanunun 16. maddesinde düzenlenen suç oluşacaktır.

Tefecilik suçunun oluşması için tefeciliğin meslek haline getirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık 6750 sayılı Kanunun m. 16, f. 2 hükmü tefecilik suçuna gönderme yaparak bir taşınır rehin almak suretiyle ödünç para işlemini devamlı yapan kişinin cezalandırılacağını belirtmektedir. Kanaatimizce bu düzenleme gereksiz olduğu gibi mevcut TCK düzenlemesi ile de çelişmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin ilga edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk: *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Adıgüzel, Burak: *Sermaye Piyasası Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Akbulut, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Altun, Abdürrahim: Gelecekteki Alacakların Devri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2019, s. 160-183.
- Arkan, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2018.
- Arslan, Çetin: Tefecilik Suçu, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2014, s. 23-48.
- Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Ayan, Mehmet: *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Ayan, Mehmet: *Eşya Hukuku III (Sınırlı Ayni Haklar)*, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Aybay, Aydın/ Hatemi, Hüseyin: *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

- Aykın, Hasan: Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesi ve Örnek Uygulamalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, İstanbul 2001.
- Aytekin İncoğlu, Asuman: Güveni Kötüye Kullanma Suçu, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1, 2018, s. 41-85.
- Başpınar, Veysel: Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 97-132.
- Benli, Erman, Ayni Hakların Teminat İşlevi, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019, s. 109-134.
- Boga, Bekir, Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımının Teorik Temeller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2024.
- Coşkun, Mahmut: İcra-İflas Suçları, *Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Çetin, Emine Halman: *İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Demir, Remzi: Türk Hukukunda Sabit Dereceler Sistemi ve Rehnin Paraya Çevrilmesi, *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, C. 1, s. 291-335.
- Elmalica, Hasan, *Öğretide ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Gökçen, Ahmet: Belgede Sahtecilik Suçları, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/ Cansel, Erol: *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.
- İba, Hasan: Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır” Önermesinin Doğruluk Değeri, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, s. 762-787.
- İmamoğlu, Başak Şit, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerinde Bir İnceleme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.
- İnci, Zekiye Özen: *Tefecilik Suçu*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Kaban, İsmail: Kullanımı Yaygın Olan Teminat Türleri Çerçevesinde Bankalarda Nakdi Krediler İçin Ayrılacak Özel Karşılıkların Muhasebeleştirilmesi, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 39, S. 1, 2017, s. 195-211.
- Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa: *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Kandemir, Süleyman: *Ticaret Hukuku ve Eşya Hukuku Boyutuyla Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

- Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ulrich/ Saliger, Frank: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Baden-Baden 2023.
- Koca, Mahmut/ Üzülmmez, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Koca, Mahmut/ Üzülmmez, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Koç, Himmet: *Anonim Şirket Paylarının Sınırlı Ayni Haklara Konu Olması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Meran, Necati: Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 51, 2010, s. 109-110.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Oral, Bahar: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Öz, Turgut: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2-3, s. 151-186.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özbilen, Arif Barış, Rehin Konusu Taşınmazın Değer Kaybına Uğraması Karşısında Rehinli Alacaklının Hakları, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2020, s. 1205-1238.
- Özen, Burak: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Özgenç, İzzet: Tefecilik Suçu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 543-553.
- Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Ruhi, Ahmet Cemal/ Ruhi, Canan: *İcra ve İflas Suçları ile Disiplinsizlik Niteliğindeki Eylemler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Serozan, Rona: Taşınmaz Rehni, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 64, S. 2, 2006, s. 301-324.
- Sümer, Reha: Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 75, 2008, s. 109-137.
- Pancaroglu, Başar, Bilişim Sistemindeki Veriler Bağlamında Belgede Sahtecilik Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammed, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Sayın, Hediye: Halka Açık Şirket Kavramı ve Halka Açık Şirket Statüsünün Kazanılması, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 109-110, 2013, s. 89-116.
- Seçer, Öz: Kaydi Sermaye Araçlarının Üzerinde Rehin Tesisi ve Hükümleri, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 105-106, 2013, s. 168-192.
- Sirmen, Lale: *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1990.
- Şahin, Fatih: Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155/1-2), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 34, S. 155, s. 147-201.
- Şengül, Mehmet: *Tapu Sicil Hukukunun Esasları Çerçevesinde Aleniyet*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Uyumaz, Alper: *Motorlu Taşıt Rehni*, İstanbul 2012.
- Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel: *Şekli Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- Weigend, Thomas/ Dannecker, Gerhard/ Schuhr, Jan C./ Werle, Gerhard/ Jeßberger, Florian/ Hilgendorf, Eric/ Walter, Tonio/ Schünemann, Bernd/ Vogel, Joachim/ Bülte, Jens: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2020.
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak: *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Yenilenmiş ve Güncellenmiş 12.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Zafer, Hamide: Tefecilik Suçu (TCK m. 241) *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 8, 2018, s. 69-97.

Survey Evidence in Trademark Law: Use and Evidential Value in the United States and Turkey

Yasin DİNÇER ^{1*} 

¹ Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Muhammed Yakup ALTUN ^{2*} 

² Kaliforniya Barosu, İstanbul Barosu, Türkiye

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 15.10.2024

Accepted: 10.12.2024

Published: 28.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Trademark law, Survey evidence, Evidential value, Expert witness, Expert report.

Surveys are important tools for evaluating public perception of trademarks. However, they carry various criteria to ensure methodological accuracy and their admissibility as evidence. These criteria include the proper formulation of questions, appropriate selection of the relevant public, and meticulous execution of the survey process. Additionally, supplementary measures should be established concerning the interpretation of survey data into a report. In American trademark law, surveys play a critical role, especially in determining likelihood of confusion, distinctiveness, genericness, and dilution claims. American courts, under the Lanham Act and the Federal Rules of Evidence, prescribe strict standards for the admissibility of survey evidence as expert testimony.

In contrast, the use of survey evidence in Turkish trademark law is more limited compared to American law. In Turkish law, surveys can be used in disputes involving distinctiveness, determination of well-known status, and likelihood of confusion. Courts should prioritize surveys that focus directly on the views of the relevant public over expert reports based solely on the subjective assessment of an individual or a panel in trademark disputes. Particularly, greater emphasis should be placed on the survey method as evidence, which is frequently utilized and standardized in trademark and competition law in the United States, Germany, and Switzerland.

The primary aim of this study is to examine the methodological criteria that surveys must possess in trademark law, their areas of use, and their evidential value. In this context, comparative legal research will be used as the main data collection method; guidelines and decisions of international and national institutions, court decisions, and opinions in the doctrine will be consulted.

Marka Hukukunda Anket Delili: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Kullanımı ve Delil Değeri

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 15.10.2024

Anketler, kamuoyunun markalara yönelik algısını değerlendirmede önemli araçlardır. Ancak, metodolojik doğruluğun sağlanması ve delil olarak



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Kabul: 10.12.2024

Yayın: 28.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Marka hukuku, Anket delili, Delil değeri, Bilirkişi-Tanık, Bilirkişi raporu.

kullanılabilirlikleri için çeşitli kriterler bulunmaktadır. Bu kriterler arasında soruların doğru formüle edilmesi, ilgili kesimin uygun şekilde belirlenmesi ve anketin uygulama sürecinin titizlikle yürütülmesi yer alır. Ayrıca, anket verilerinin yorumlanarak bir rapor haline getirilmesi sürecine ilişkin ek ölçütler de belirlenmelidir. Amerikan marka hukukunda anketler, özellikle karıştırılma ihtimali, ayırt edicilik, jenerik hale gelme ve sulandırma iddialarını belirlemede kritik bir rol oynar. Amerikan mahkemeleri, Lanham Yasası ve Federal Delil Yasası kapsamında anket delillerinin kabul edilebilirliği için katı standartlar öngörmüştür.

Türk marka hukukunda ise anket delillerinin kullanımı Amerikan hukukuna göre daha sınırlıdır. Türk hukukunda anketler, ayırt edicilik, tanınmışlığın tespiti ve karıştırılma ihtimali gibi uyuşmazlıklarda kullanılabilir. Mahkemeler, marka uyuşmazlıklarında yalnızca bir kişinin veya bir heyetin sübjektif değerlendirmesine dayanan bilirkişi raporları yerine, doğrudan ilgili kesimin görüşüne odaklanan anketleri esas almalıdır. Özellikle ABD, Almanya ve İsviçre hukuklarında marka ve rekabet hukukunda sıklıkla başvuru ve standartları belirlenmiş olan anket yöntemine, delil olarak daha fazla önem verilmelidir.

Bu çalışmanın temel amacı, marka hukukunda anketin sahip olması gereken metodolojik kriterlerin, kullanım alanlarının ve delil değerinin incelenmesidir. Bu bağlamda, temel veri toplama yöntemi olarak karşılaştırmalı hukuk araştırması kullanılmış; uluslararası ve ulusal kurumların kılavuzları ve kararlarına, mahkeme kararlarına ve doktrindeki görüşlere başvurulmuştur.

To cite this article:

Dinçer, Y./Altun, M. Y. (2024). “Survey Evidence in Trademark Law: Use and Evidential Value in the United States and Turkey”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 795-836. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.140>

***Sorumlu Yazar:** Yasin Dinçer, yasin.dincer@gop.edu.tr

INTRODUCTION

Surveys are used as a data collection method in a wide range of fields, from social sciences to political and marketing research.¹ Survey method is an effective tool for collecting data from large samples. These data provide important information about people’s attitudes, behaviors, and characteristics. However, to achieve the expected benefit from surveys, many factors such as the sample size, the way the survey is prepared, number of questions and options, relationship between the questions, and statistical analysis to be applied to the obtained data are taken into consideration.

Surveys play an important role in trademark law, such as in determining distinctiveness, recognition and likelihood of confusion. The subject of our study is determination of the areas of surveys application in trademark law and the evidential value of surveys. In the court decisions and doctrine, concepts such as opinion poll, demographic survey, empirical research,

¹ For other areas of law where surveys are used outside of competition law and intellectual property law, and for related court decisions, see Becker, Ralf. *Das demoskopische Gutachten als zivilprozessuales Beweismittel*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002, p. 72 ff.

market research, field survey, social research, consumer survey, sounding, and market survey are used. In our study, we will use the term “survey” to refer to all of these.

The (proper) use of empirical approaches offers significant opportunities and advantages in certain areas of law. Especially in areas such as industrial property law and competition law, such approaches can be used for deeper understanding and resolution of legal issues. In this context, surveys can be considered as an effective tool to identify and analyze perceptions of society segments. Surveys enable more robust and realistic legal assessments by understanding social perceptions, behaviors, and tendencies in a way that serves the purposes of law.

I. METHODOLOGICAL STANDARDS FOR LEGAL SURVEY

A. General Overview

It is essential that the measurement method has certain standards. An ordinary measurement cannot be of value in a judicial or administrative process. Many requirements have been set by international and national courts, institutions, and doctrine.² It is therefore necessary to outline these requirements for the use of surveys.

A survey is a measurement tool and measurement tools always influence the results. It is an illusion that survey measures only “existing” opinions and that therefore the measurement cannot change the outcome. Otherwise, instead of well-designed questions, only certain keywords would be needed to get ‘readily available’ opinions. Many criteria set by courts, institutions and doctrine, notably the correct formulation of the questions, aim to ensure that the survey is conducted in a way that minimizes the impact on the results. These criteria are

² EUIPO, *Trade Mark Guidelines*, Part A, Section 10 Evidence, 2024, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/guidelines/trade_mark_guidelines_track_changes_en.pdf, Access Date: 20.08.2024; EUIPN, *Common Communication, CP12*, Evidence in Trade Mark Appeal Proceedings, 3.3.3, 2021, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/EUIPN/common_communication/cp12/common_communication_cp12_de.pdf, Access Date: 20.08.2024; EUIPO, *Beschluss Nr. 2020-8*, Beschluss des Präsidiums über Marktstudien als Beweismittel, 2020, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/presidium_boards_appeal/Decision_2020-8_de.pdf, Access Date: 25.08.2024; DPMA, *Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen und für die Registerführung (Richtlinie Markenmeldungen)*, Teil 2, XVII, 7, 2020, <https://www.dpma.de/docs/formulare/marken/w7735.pdf>, Access Date: 20.08.2024; IGE, *Richtlinien in Markensachen*, Teil 5, Ziff. 12.3, 2024, https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken/Richtlinien_Marken_D_2024_01.pdf, Access Date: 10.08.2024; IPO, *The Examination Guide*, 5. 15 and 5.19-5.24, 2021, <https://www.gov.uk/guidance/trade-marks-manual/the-examination-guide>, Access Date: 10.08.2024; for the Whitford guidelines expressing strict requirements under English law, see *Imperial Group Plc & Another v Phillip Morris Limited & Another*, RPC, Volume 101, Issue 17, 1984. For the criteria set out in the doctrine in terms of Turkish law, see Kale, Serdar. *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, pp. 184-188; Büyükkılıç, Gül. *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, pp. 664-669. There is a need for a standardised methodology for surveys evaluation in trademark law. As trademark rights are property rights, it should not be possible to deny or grant them on an uncertain basis. Grabrucker, Marianne. “Demoskopische Umfragen zur Verkehrsdurchsetzung in der deutschen Rechtsprechung”, *GRUR-Prax* 2016, 93-94, p. 94.

important for the evidential value of the questionnaire in trademark-related judicial or administrative proceedings.³

Validity and reliability are the most important qualities for the results of measurement instruments. The validity of a survey indicates its ability to elicit appropriate responses to the research topic, while its reliability indicates its ability to produce similar results when the survey is repeated in the same ways.⁴ In other words, validity refers to whether a survey measures what it is supposed to measure; reliability refers to the stability of the result with repeated measurements or the independence of the result from a single measurement process.⁵

B. Designing Surveys

First of all, the purpose of a survey should be determined. The purpose of a survey has an impact on the evidential value of the survey, as it may affect the sample selection, the formulation of the questions and thus the results of the study. Therefore, studies prepared for a purpose other than the subject matter of the dispute should be handled with caution.⁶ The requirement that the survey must be relevant to the subject matter of the dispute is significantly ensured by determining the purpose correctly.

The evidential value of a survey depends largely on how the questions are formulated.⁷ Questions should be formulated clearly and understandably and should not direct the respondent to a specific answer. They should not contain long preliminary or intermediate texts that are suggestive.⁸ For example, in *“Sparkassen-Rot”*⁹ the German Federal Court found the question *“Have you ever seen this color in connection with financial services or does it look familiar to you?”* to be leading because the phrase *“look familiar”* pushed too many people towards certain

³ Quitt, Helmut. “Einige Anmerkungen zur Praxis demoskopischer Gutachten”, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.), *Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse. Festschrift für Robert Schweizer zum 60. Geburtstag*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1999, pp. 469–483, p. 483. For example, in the US, methodological rigor is crucial for survey evidence to be admitted. Surveys must meet the standards set in the landmark *Daubert* case, which requires the methodology to be scientifically valid, subject to peer review, have a known error rate, and be generally accepted within the relevant scientific community. Failure to meet these criteria can lead to the exclusion of the survey. *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579, 590 (1993).

⁴ Büyüköztürk, Şener. “Anket Geliştirme”, *Türk Eğitim Bilimleri Dergisi*, Vol. 3, No. 2, 2005, pp. 133-151, p. 135.

⁵ Dobel, Heiko. *Verkehrsauffassung und demoskopische Gutachten im Marken- und Wettbewerbsrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2014, p. 118; Stiel, Daniel. *Die Verkehrsdurchsetzung von Marken nach § 8 Abs. 3 MarkenG unter dem Blickwinkel der Demoskopie*, Inaugural-Dissertation, Augsburg, 2015, pp. 176-177; IGE, Richtlinien in Markensachen, p. 230.

⁶ EUIPO, Beschluss des Präsidiums, pp. 5-6. “... Moreover, several of those surveys relate to the existence of a likelihood of confusion resulting from the use of the represented signs and not to their acquisition of distinctive character through use.”, 19/06/2019, T-307/17, DEVICE OF THREE PARALLEL STRIPES (fig.), EU:T:2019:427, § 135.

⁷ Interviews presented lack probative value if they are not sufficiently relevant to the subject matter. BVGer, 01.02.2022, (B-1306/2021), YT-EYT (fig.). When formulating questions, it can be difficult to anticipate all possible answers. The formulated questions are expected to produce answers that will clarify the survey topic. Whether the prepared questions will fulfill this need can be understood with a method called pre-testing. Pflüger, Almut/Dobel, Heiko. § 9 Rechtsdemoskopie, Rn. 39, in: Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.

⁸ EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 197-198; IGE, Richtlinien in Markensachen, p. 233; Büyükkılıç, pp. 667-668. Büyüköztürk, p. 144. Decisions; 24/10/2018, T-261/17, SALOSPIR 500 mg (fig.)/Aspirin et al., EU:T:2018:710, § 68; 13/09/2012, T-72/11, Espetec, EU:T:2012:424, § 79.

⁹ BGH, GRUR 2016, 1167 - Sparkassen-Rot.

answer option and as an outcome the results of the subsequent questions were too high.¹⁰ The evidential value of a survey will be lower where it cannot be excluded that the non-objective formulation of the questions facilitates the association of the mark with a particular undertaking in the minds of the respondents or where the order of the questions leads to speculation.¹¹

Many criteria need to be considered concerning the wording and structure of questions in surveys: A survey should use clearly structured questions that follow the same order and format for all respondents.¹² The language of these questions should be clear and concise and formulated to elicit spontaneous responses. In particular, the main topic of the survey should not be addressed directly or indirectly, otherwise, it is impossible to determine the perceptions of the respondents at the outset without any focus.¹³ Since the survey needs to be understood by the respondents, questions should be formulated considering their level of knowledge¹⁴; a survey using technical concepts does not comply with this requirement. For example, in a survey on likelihood of confusion, respondents should not be asked questions regarding the evaluation of the classes of goods or services of two trademarks.¹⁵

The type of question used in a survey is also important. Closed-ended questions consist of pre-filled response options from which the respondent can choose, while open-ended questions ask the respondent to provide feedback in their own words. In terms of survey methodology, answers such as 'yes', 'no' or 'don't know'¹⁶ are easy to understand and measure. Closed questions are used for this to happen. However, sometimes open questions may be needed to learn more about respondents' opinions or preferences.¹⁷ The important thing here is to explain which type of question is preferred, considering the survey topic and the respondents.

EUIPO prefers open questions that elicit free answers without providing any answer catalogue in order to ensure an impartial and non-suggestive questionnaire, and is more cautious towards closed questions that use an answer catalogue to elicit answers on the grounds that they have a lower evidential value.¹⁸ In Germany, the closed question type is preferred with three stages.¹⁹ The EUIPO is increasingly adopting the question type used in Germany.²⁰ In U.S. courts, there is often a preference for open-ended questions in cases concerning likelihood of confusion and genericness, as they tend to capture more spontaneous and unbiased responses.

¹⁰ Pflüger, Almut. "Rechtsdemoskopische Gutachten - Fallstricke bei der Verkehrsbefragung", *GRUR* 2017, 992-1004, p. 996.

¹¹ Lerach, Mark. "Demoskopie im Markenrecht", *GRUR-Prax* 2017, 137-139, p. 139; EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 198; Pflüger, p. 996.

¹² LaFrance, Mary. *Understanding Trademark Law*, 4th ed., Carolina Academic Press, Durham, 2020, p. 345.

¹³ Pflüger/Dobel, Rn. 65. For relevant decisions, see BGH, *GRUR* 1983, 257 - bis zu 40 %; BGH, *GRUR* 1989, 440 - Dresdner Stollen; BGH, *GRUR* 1990, 461 - Dresdner Stollen II.

¹⁴ Pflüger/Dobel, Rn. 39.

¹⁵ Pflüger, p. 995; Pflüger/Dobel, Rn. 11.

¹⁶ The option not to decide in favor of any of the answers presented should not only be included in the questionnaire for the interviewer, but should also be clearly presented to the respondent. Quitt, p. 480.

¹⁷ For detailed explanations on question types, see Stiel, p. 96 ff.

¹⁸ Niedermann, Anne. "Empirische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung", *GRUR* 2006, 367-374, p. 373; Stiel, pp. 97-98.

¹⁹ For the outline of the three-stage test provided by the DPMA in its guidelines, see DPMA, *Richtlinie Markenmeldungen*, Teil 2: XVII.7. See also IGE, *Richtlinien in Markensachen*, pp. 233-235; Pflüger, p. 998 ff.; Niedermann, p. 368.

²⁰ Stiel, pp. 97-98.

However, the effectiveness of either open-ended or closed-ended questions depends on the type of information they are designed to gather.²¹

Identifying the target group/proper universe/relevant public opinion is also important.²² This is because, if this group is determined incorrectly, very different results will emerge and the decisions made based on this will not be in accordance with the law.²³ In this framework, in terms of the relevant survey, attention should be paid to whether the segment of the public to which the survey will be directed is the target audience of the trademark, whether they are selected appropriately, whether their socio-economic profiles, geographical distribution, age, etc. are sufficient for the successful conduct of the survey.²⁴

Since it is not possible to interview the entire population or every consumer/interested professional on a particular topic, a sample universe should be taken. A sample universe refers to a much smaller group of manageable size. The sample should be planned to be faithful to the structure of the entire group to be researched and should be a miniature version of the ‘population’ to be researched.²⁵ Therefore, the criteria applied in sample selection are decisive in determining whether the sample is representative and whether the questionnaire is valid.²⁶

There is no general minimum number of participants for the representativeness of survey results. It is a mistake to assume that the more people surveyed, the more ‘representative’ the results will be.²⁷ It depends on the group of consumers involved.²⁸ For consumer goods aimed at the general public, there is a particular danger that small samples may be unreliable.²⁹ However, small samples could be representative for certain groups of professionals or more specialised goods and services.³⁰ As the German Federal Court stated in the “test” decision³¹, 1000 interviews are considered sufficient for the total population³², in which case margins of error no longer need to be taken into account and the results from the tables can be directly referred to. For experts (specialized circles), 300 or only 200 interviews may be sufficient, but in some specific cases 100 to 150 interviews are also considered sufficient.³³ The sample size should not be evaluated in isolation, but in the context of the specific case and, more

²¹ Diamond, Shari Seidman. “Reference Guide on Survey Research”, pp. 359-424, p. 394, in: *The Reference Manual on Scientific Evidence*, 3rd ed., The National Academies Press, Washington, DC, 2011.

²² Regarding whether potential consumers should be considered when determining the relevant segment, see Pflüger/Dobel, Rn. 55.

²³ Kale, p. 187.

²⁴ Diamond, p. 376; Kale, p. 187; Büyükkılıç, p. 665.

²⁵ EUIPN, CP12, p. 31; Stiel, p. 162. For a decision to the same direction, see 29/01/2013, T-25/11, Cortadora de cerámica, EU:T:2013:40, § 88.

²⁶ EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 196.

²⁷ Pflüger/Dobel, Rn. 43.

²⁸ 01/06/2011, R 1345/2010-1, Fukato Fukato (fig.)/DEVICE OF A SQUARE (fig.) et al., § 58.

²⁹ 09/09/2020, T-187/19, Color Purple -2587C (col), EU:T:2020:405, § 100-101.

³⁰ EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 197.

³¹ BGH, GRUR 2014, 483 - test.

³² In principle, samples of 1000-2000 interviewees are considered sufficient, if they are representative of the relevant public opinion. EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 197.

³³ Pflüger, pp. 995-996; Quitt, pp. 473-477; Stiel, pp. 165-166; EUIPN, CP12, pp. 32-33; Büyükkılıç, pp. 665-666. For example, for the service of organizing trade fairs in the field of toys, a sample of 202 persons was accepted as the right relevant public. For the relevant decision, see BPatG, GRUR 2013, 394 - Spielwarenmesse. For another decision on the expert environment, see BPatG, BeckRS 2014, 10751 - starres Endoskop.

importantly, taking into account the other evidence presented.³⁴ What is important for the evaluation of the survey and its evidential value is to explain how the sample size was chosen for the relevant public opinion and that the sample is representative.

The way to achieve correct representativeness is to apply a scientific sampling procedure. There are basically two methods for selecting representative cross-sections of people to be surveyed. In the random method or random sampling, the sample is randomly selected from the population. Every element of the population, i.e. every potentially relevant respondent, is represented and always has the same chance of being interviewed. In quota sampling, on the other hand, the selection is done using quotas that dictate to the interviewer or public opinion research institute how many people from different groups of interested people they should interview.³⁵ In terms of social science logic, it would be pure dogmatism to reject one or the other selection procedure in general, given the possibilities of errors that affect the outcome of the research. However, random sampling is theoretically more appropriate for most surveys, as it requires less information about the structure of the population of interest and reduces the risk of systematic bias according to objective criteria.³⁶

The margin of error measures the possible deviation between the survey result obtained from the sample and the result that would have been obtained if the entire population had been surveyed.³⁷ If a sufficiently large sample of at least 1000 respondents forms the basis of market research, margins of error need not be considered.³⁸ Results from smaller sample sizes are subject to larger margins of error than results based on a larger number of interviews. However, this is not the only criterion to consider in terms of the evidential value of the survey. For example, the usability of a survey with a sample size of 300 interviews depends on whether the methodological requirements are met.³⁹

C. Conducting and Administering Surveys

As a method of conducting the survey, it is possible to apply face-to-face, telephone, written and online surveys.⁴⁰ There is no mandatory method or channel for the implementation of the survey. The method and conditions under which respondents are interviewed have a direct impact on the quality and reliability of the survey results.⁴¹ In the survey report, it is important to explain the chosen survey method, otherwise, the reliability of the survey may be questioned. The method of conducting the survey is determined by taking into account factors such as the purpose of the survey, the number of interested public and potential respondents, whether there

³⁴ EUIPO, 30.4.2019 - R 1429/2018-5, GRUR-RS 2019, 61145, § 44. The number of people to be interviewed may depend on whether the survey is for litigation or for preliminary injunctions. If a questionnaire is being submitted for an application for an preliminary injunction, a survey with a relatively small number of interviews may be sufficient. Stiel, p. 166.

³⁵ Stiel, p. 167.

³⁶ Stiel, p. 175.

³⁷ Brown, Katie/Brison, Natasha T./Batista Paul J. "An Empirical Examination of Consumer Survey Use In Trademark Litigation", *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol. 39, No. 3, 2019, pp. 237-283, p. 276; Dobel, p. 126; Stiel, p. 163.

³⁸ Lerach, p. 139; BGH, GRUR 2017, 75 - Wunderbaum II.

³⁹ Quitt, pp. 471-473.

⁴⁰ For methods of conducting surveys see Dobel, pp. 129-131; Büyüköztürk, p. 143.

⁴¹ 12/07/2006, T-277/04, Vitacoat, EU:T:2006:202, § 38.

is a need to show a sign or product packaging to the interviewees, and the possibilities to ensure traceability of the answers.⁴² In legal surveys, face-to-face interviews are usually used.⁴³ This method is preferred if the survey subject (color sign, advertising spot, foreign language or difficult-to-pronounce name, etc.) needs to be shown or if various answer options need to be presented on cards/lists to distinguish them in the best possible way.⁴⁴ Online and paper surveys are generally not considered in legal survey work because it cannot be guaranteed that respondents will actually (i.e. seriously) complete the survey or that they will not learn about the survey topic elsewhere during the survey.⁴⁵

The time of the survey is also one of the criteria taken into account in terms of evidential value.⁴⁶ The period in which the survey was conducted must be relevant to the period in which the cause of action arose, as then the survey will be useful. However, a survey compiled some time before or after the relevant date may contain useful indicators, but its probative value may vary depending on whether the period covered is close to or far from the relevant time.⁴⁷

In addition to the methodological requirements of the survey, there are also several requirements for the provider, i.e. the person conducting the survey. In principle, surveys should be conducted by independent research institutes, survey companies or independent experts. Given the complexity of such surveys and their use as evidence in legal proceedings, the experts commissioned to conduct them should have relevant knowledge and experience.⁴⁸ A competent independent expert or survey company/institute better understands the purpose of the survey and can therefore structure and conduct the survey more reliably. In addition, the interpretation of survey results requires expertise as well as the conduct of the survey. The survey report cannot be rejected solely because the expert or institute conducting the survey is not a well-known/international/major person or organization, provided that the above-mentioned essential elements are properly present, and the survey methodology meets the standards.

Those conducting and interpreting the survey should also be impartial and it must be considered during the evaluation of the evidence.⁴⁹ A close relationship between one of the

⁴² EUIPN, CP12, pp. 33-34.

⁴³ Vasîu, Ioana/Vasîu, Lucian. "Survey Evidence in Trademark Actions", *DePaul Business & Commercial Law Journal*, Vol. 22, No. 1, 2024, pp. 57-80, p. 68.

⁴⁴ IGE, Richtlinien in Markensachen, p. 232; Pflüger, p. 994; Pflüger/Dobel, Rn. 10. For an example of conducting the survey through the presentation of goods bearing the mark together, see Jacob, Robin. "Anforderungen an Meinungsumfragen: Empfehlungen aus britischer Praxis", *GRUR-Prax* 2016, 97-99, p. 99.

⁴⁵ Pflüger/Dobel, Rn. 10.

⁴⁶ Knaak, Roland. *Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts*, VCH Verlagsgesellschaft, Weinheim, 1986, pp. 73-75. For a decision in this regard, see Ankara 5th Civil Court of Intellectual and Industrial Rights, 15.01.2021, 2019/82, 2021/26, Lexpera, Access Date: 05.09.2024.

⁴⁷ EUIPN, CP12, p. 26; Pflüger/Dobel, Rn. 50-53; Kale, p. 187; Büyükkılıç, p. 667. For a decision to this direction, see 12/07/2006, T-277/04, Vitacoat, EU:T:2006:202, § 38. The Court will assess the date of the survey according to the concrete case and other evidence. See EUIPO, 30.4.2019 - R 1429/2018-5, GRUR-RS 2019, 61145, § 36-37: "... in view of the whole of the evidence submitted, the fact that the date is some three years earlier than the filing date is not a sufficient reason to discard the survey."

⁴⁸ The identification of the right sampling, the appropriate design of the survey, the organization of the interviews and the scientific evaluation require expert knowledge and experience. Lindacher, Walter F. "Die gerichtliche In-Auftrag-Gabe demoskopischer Gutachten: Struktur- und Dogmatikfragen", *GRUR* 2016, 242-245, p. 242.

⁴⁹ BGE 148 III 409, 414.

parties and the person conducting the survey is undesirable.⁵⁰ However, the survey results can be verified by the court, which relativizes the risks of any conflict of interest. The expert does not make a subjective assessment but only reproduces the objective data obtained into meaningful conclusions.

D. Interpreting Survey Data

There are also various methodological considerations in the interpretation of the questionnaire. For example, the base cannot be changed when interpreting the results of the survey. In other words, it is unacceptable to manipulate real relationships by changing percentages.⁵¹ For this reason, the results for each question must be shown separately and in full. To ensure transparency, the results must be tabulated and rigorously audited.⁵² Or, if the report refers to decisions or other sources, these should be checked. In case of any ambiguity, clarification should be requested. Especially in the case of foreign citations, it is important to explain the correlations.⁵³ In addition, the report must have a coherent structure in terms of meaning and form.⁵⁴

In this section we have considered the methodological requirements for a scientifically designed and properly conducted legal survey. The criteria discussed here do not represent a binding list; they should be determined on a case-by-case basis.⁵⁵ It cannot be assumed that courts and institutions directly adopt the information obtained from survey results; rather, they thoroughly discuss research approaches and methods and decide what to recognize or not recognize or what to apply. This evaluation results in the evidential value of the survey.⁵⁶

II. U. S. LAW

A. Overview of Trademark Law in the U. S.

Trademark law serves as the cornerstone for protecting intellectual property rights associated with symbols, names, and phrases that businesses use to differentiate their products

⁵⁰ In the U.S., it is common for parties to select their own experts to conduct surveys. This party selection means that the expert is typically hired by either the plaintiff or the defendant. However, to mitigate any concerns of bias, U.S. courts apply strict scrutiny through cross-examination and the Federal Rules of Evidence, especially Rules 702 and 703, which require experts to use reliable methods and base their conclusions on sufficient facts or data. Additionally, under Rule 706, the court itself may appoint an independent expert to ensure neutrality and help the court evaluate complex issues.

⁵¹ If 20% of 100 know a color and 11% of them correctly describe the color, then only 11% of the total know the color in the correct context. If a change of base is made and the reference value is not based on the initial base of 100%, but on 11% of 20%, then a rate of 55% is reached. Pflüger, p. 997. For a decision to this end, see BVGer, 14.9.2016, (B-5653/2015), HAVANA CLUB-CANA CLUB.

⁵² For the sake of transparency, full answers should be recorded, not abbreviations or summaries. EUIPN, CP12, p. 34. Questions and answers as well as instructions for participants should be provided in full. EUIPO, Beschluss des Präsidiums, p. 5. In addition, all documents on which the survey is based must be presented in full detail. This includes the forms filled in by the respondents, all questions and answers, analysis documents and everything else related to the survey. IGE, Richtlinien in Markensachen, p. 235; Jacob, p. 97.

⁵³ Pflüger, p. 997.

⁵⁴ Niedermann, p. 372.

⁵⁵ Ünlüönen, Kurban/Battal, Ahmet/Yaylı, Ali/Yüksel, Sedat. "Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 6, No. 22, 2007, pp. 1-12, p. 6.

⁵⁶ Pflüger, p. 994; Kale, p. 185.

or services from those of others. At the core of the U.S. federal trademark law lies the Lanham Act, enacted in 1946, which codifies the federal statutes regulating trademarks. This extensive legislation delineates the processes for trademark registration, granting legal protections that bolster the use of trademarks in commerce and offering remedies for infringement disputes.⁵⁷

Under the Lanham Act, trademarks serve several critical functions. Primarily, they identify the source or origin of goods and services and differentiate one source from another.⁵⁸ This dual role allows consumers to recognize the origin of products and distinguish among the numerous choices available in the market, aiding them in making informed purchasing decisions.⁵⁹ The legal basis for these functions is provided in the Lanham Act, particularly in Section 45, which defines a trademark as “any word, name, symbol, or device, or any combination thereof” used by a person “to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.”. The definition for service marks is nearly identical.⁶⁰ This definition highlights the importance of trademarks in identifying the source and distinguishing goods or services, emphasizing their vital role in protecting consumer interests and promoting fair competition in the marketplace.⁶¹

To effectively carry out their functions, trademarks must be both distinctive and non-functional.⁶² Distinctiveness is essential for trademarks to reliably indicate the source of goods or services and to allow differentiation within the market.⁶³ This distinctiveness can be inherent, where the mark is naturally unique, as seen in fanciful, arbitrary, or suggestive marks, or acquired over time through usage, known as acquired distinctiveness.⁶⁴ Although not analyzed as frequently as a mark’s distinctiveness, the “use” requirement under the definition of a trademark under Section 45 and Section 1 is also critical. A trademark must be used in a manner that adheres to general standards of trademark usage.⁶⁵ The relationship between the mark and the goods or services it labels is another critical consideration, ensuring the mark effectively serves as an identifier to consumers.⁶⁶ Additionally, it is necessary to maintain and monitor a trademark’s distinctiveness to prevent the loss of its identifying function and protective rights over time.⁶⁷

⁵⁷ Ochoa, Tyler T./Ghosh, Shubha/LaFrance, Mary. *Understanding Intellectual Property Law*, 4th ed., Carolina Academic Press, Durham, 2020, p. 466.

⁵⁸ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 467.

⁵⁹ Schechter, Roger E./Thomas, John R. *Principles of Trademark Law*, West Academic Publishing, St. Paul, 2021, p. 11.

⁶⁰ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 476.

⁶¹ Widmaier, Uli. “Use, Liability, And The Structure Of Trademark Law”, *Hofstra Law Review*, Vol. 33, No. 2, 2004, pp. 603-709, pp. 618, 619.

⁶² LaFrance, p. 17.

⁶³ LaFrance, p. 17.

⁶⁴ Schechter/Thomas, p. 52.

⁶⁵ Roberts, Alexandra J. “Trademark Failure to Function”, *Iowa Law Review*, Vol. 104, No. 4, 2019, pp. 1977-2054, p. 1981.

⁶⁶ Schechter/Thomas, p. 52.

⁶⁷ Schechter/Thomas, p. 51.

B. Usage of Survey Evidence in the US Trademark Law

In the U.S. trademark law, surveys play a crucial role in litigation by providing valuable insights into how consumers perceive a particular mark. These surveys are used as tools to collect data on consumer opinions, beliefs, and attitudes, offering a real-time snapshot of public perception surrounding a trademark at the time of the survey.⁶⁸ The empirical data gathered can be instrumental in assisting courts to base their decisions on concrete evidence rather than speculation which is especially critical in cases where the likelihood of consumer confusion is questioned.⁶⁹

While the likelihood of confusion is a common focus, surveys are also significant in other trademark-related matters, such as trade dress confusion, determining secondary meaning, evaluating genericness, and measuring dilution claims. Additionally, surveys can be employed to examine distinctiveness, determine trademark strength, and assess the recognition of well-known marks. These varied applications highlight the broader relevance of survey evidence in trademark law and will be discussed in detail in the sections that follow, demonstrating how consumer perception is central to resolving an array of trademark disputes.

1. Likelihood of Confusion

The likelihood of confusion arises when consumers encountering a particular mark are likely to believe that the product or service it represents is connected to another product or service identified by a similar mark.⁷⁰ Courts assess several key factors when determining the likelihood of confusion, drawing from various legal frameworks.⁷¹ These factors include the similarity between the marks in their appearance, sound, connotation, and overall commercial impression; the relatedness of the goods or services; and the similarity of trade channels through which the products are marketed.⁷² Additional considerations are the conditions under which the products are sold and the nature of the buyers, the strength (whether it is fanciful, arbitrary, suggestive, descriptive, or generic) or fame of the senior mark, and any evidence of actual consumer confusion. Other important aspects include the intent of the defendant in adopting the mark, the quality of the defendant's product, and the sophistication of the buyers.⁷³ Confusion must be more than a mere possibility, it must be probable, and this evaluation is based on the perspective of an ordinarily prudent consumer.⁷⁴

An important consideration in trademark litigation is whether the likelihood of confusion is treated as a question of fact or a question of law, as this distinction impacts the scope of appellate review. U.S. federal courts currently vary in their definitions of likelihood of confusion, resulting in different standards for appellate review.⁷⁵ Some circuits treat it as a

⁶⁸ VasIU/VasIU, p. 58.

⁶⁹ VasIU/VasIU, p. 58.

⁷⁰ Thomas, Janet Shiffler. "Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?", *Kentucky Law Journal*, Vol. 73, No. 1, 1984, pp. 235-253, p. 237.

⁷¹ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 542.

⁷² Thomas, p. 237.

⁷³ Thomas, p. 237.

⁷⁴ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 543.

⁷⁵ Thomas, p. 252.

question of fact, which requires narrow appellate review under the “clearly erroneous” standard of Federal Rule of Civil Procedure 52(a). This approach gives deference to trial court findings and acknowledges the case-specific nature of confusion analysis. Treating likelihood of confusion uniformly as a question of fact respects the trial court's role as the fact-finder and enhances consistency across cases by reducing subjective appellate interpretations.⁷⁶ This view aligns with the principle that likelihood of confusion resists rigid formulae and must be assessed based on the unique facts and circumstances of each case.

Surveys are a critical component in establishing whether there is a likelihood of confusion in trademark disputes.⁷⁷ By collecting data on how consumers perceive a particular mark, surveys provide tangible evidence of confusion regarding the source of a product or service.⁷⁸ These surveys help the court to determine whether consumers are mistakenly associating the junior user's product with that of the senior user. Through surveys, lawyers can better illustrate whether confusion exists in the minds of consumers, making them a powerful tool in trademark litigation. In some cases, firms may choose to conduct a preliminary survey study to gauge the likelihood of confusion before committing to litigation, potentially saving significant legal costs if the survey reveals not enough confusion.

The success rate in likelihood of confusion cases is often significantly influenced by the inclusion of survey evidence. Even though courts do not require a majority of consumers to be confused, relatively low rates of confusion—typically between 15-20%—are often deemed sufficient to support claims of actual confusion.⁷⁹ Studies have shown that admitting survey evidence increases a plaintiff's chances of success by over 24%, particularly in instances where the marks or products are not identical.⁸⁰ The evidence not only provides a clearer picture of consumer confusion but also strengthens the plaintiff's case in securing injunctions, even when the trademarks in question are somewhat dissimilar.⁸¹ However, the effectiveness of surveys can vary depending on their construction and execution, making the design and methodology of the survey crucial to its impact.⁸²

2. Distinctiveness and Determining Trademark Strength

As explained above in Section A; to effectively serve their functions, trademarks must possess distinctiveness. The distinctiveness of a mark typically falls within five categories, forming a spectrum from least to most distinctive: generic, descriptive (including surnames), suggestive, arbitrary, and fanciful.⁸³ The position of a trademark on this spectrum defines its strength, with fanciful marks being the strongest and generic terms being ineligible for protection. A mark's strength not only plays a crucial role in its initial registrability but also

⁷⁶ Thomas, p. 253.

⁷⁷ Berger, James T./Halligan, R Mark. *Trademark Surveys: A Litigator's Guide*, Matthew Bender, 2023, § 1.02.

⁷⁸ Berger/Halligan, § 1.02.

⁷⁹ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 543.

⁸⁰ Berger/Halligan § 1.03.

⁸¹ Berger/Halligan § 1.03.

⁸² Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 552.

⁸³ Schechter/Thomas p. 52.

impacts later disputes, such as in likelihood of confusion cases, where the distinctiveness of the mark may be challenged.

Survey evidence can be utilized to assess where a mark falls on the distinctiveness spectrum, especially when there is uncertainty between descriptive and suggestive categories. For example, in a case involving two dental practices in Arizona, a survey was conducted to determine whether the name “*General Dentistry for Kids*” was perceived by the relevant market—parents of children under 16—as generic, descriptive, or suggestive.⁸⁴ In this case, a mall intercept study was used, with two hundred interviews conducted across various locations in Arizona.⁸⁵ Such surveys provide essential data on consumer perceptions and help courts or trademark offices decide whether a mark is distinctive enough to warrant protection.

3. Secondary Meaning

For descriptive, geographic, or personal name marks that lack inherent distinctiveness, achieving secondary meaning offers a path to legal protection. Secondary meaning occurs when a significant portion of the public begins to associate the words or features of a mark with a specific source, rather than merely conveying information about the product itself.⁸⁶ The Supreme Court has clarified that establishing secondary meaning requires demonstrating that, in the public’s mind, the primary significance of the mark or feature is to identify the source of the product, rather than the product itself. The Restatement echoes this by stating that secondary meaning exists when a term or designation, though not inherently distinctive, becomes associated with a specific source through its use in the marketplace.⁸⁷ Importantly, it is not necessary for all consumers to recognize the mark as identifying a single source; rather, a substantial or appreciable number of relevant consumers must make this association.⁸⁸

Under both state and federal law, courts frequently consider similar factors when evaluating secondary meaning, although the precise formulation may vary by jurisdiction. For instance, the Ninth Circuit consider survey evidence, consumer testimony, exclusivity of use, advertising efforts, sales, market positioning, and instances of intentional copying by the defendant.⁸⁹ Survey evidence, in particular, often serves as a powerful indicator of consumer recognition and is frequently regarded as the most convincing proof of secondary meaning.⁹⁰ This is particularly relevant in cases where a product’s non-functional features, rather than its name, have gained market recognition. Secondary meaning surveys do not require that consumers recall the exact manufacturer or retailer but instead focus on whether they recognize that the product comes from a singular, albeit potentially anonymous, source.⁹¹

⁸⁴ Berger/Halligan § 7.14.

⁸⁵ Berger/Halligan § 7.14.

⁸⁶ Schechter/Thomas, pp. 73-74.

⁸⁷ Schechter/Thomas, p. 74.

⁸⁸ Schechter/Thomas, p. 74.

⁸⁹ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 480.

⁹⁰ (*Levi Strauss & Co. v. Blue Bell, Inc.*, 778 F.2d 1352, 1358 (9th Cir. 1985)).

⁹¹ Berger/Halligan, § 1.02.

4. Genericness

A generic term refers to a word or phrase that is commonly used to describe goods or services, rather than identifying the source of those goods or services.⁹² For example, the term “banana” is generic when referring to the fruit, and “fruit” itself is generic for a broader category of product. Generic terms are inherently ineligible for trademark protection under both state and federal law, as they are incapable of serving as indicators of source.⁹³ Unlike descriptive terms, generic terms remain in the public domain regardless of efforts to market or promote them as brand names.

Additionally, a trademark can lose its protected status and become generic if the public begins using the term as a synonym for the product itself, rather than as a marker of its source.⁹⁴ This phenomenon, known as genericide, results in a previously protected trademark losing its legal protections. Ironically, the more popular a trademark becomes, the more vulnerable it is to losing its distinctiveness. This is precisely what happened to famous terms such as “thermos,” “escalator,” “cellophane,” and “shredded wheat,” which all started as trademarks but lost their legal protection as they became generic descriptors for the products they once exclusively identified.⁹⁵

Surveys are critical tools in determining whether a term has become generic, and they have become almost standard practice in litigation involving genericness claims.⁹⁶ By gathering empirical data on public perception, surveys help determine whether consumers still associate the term with a specific source or simply view it as a generic word for the product. This is particularly important in cases where a brand’s success has led to its mark becoming synonymous with the product itself, as seen with well-known trademarks like Band-Aid, Post-It, and Xerox, which have all faced genericness challenges.⁹⁷ The “Teflon” survey is the most widely used format in these disputes, allowing experts to gauge whether a term serves both as a product descriptor and a brand name.⁹⁸ Unlike surveys for likelihood of confusion or secondary meaning, more than 50% of respondents must associate the term with the product itself, rather than a specific brand, for a finding of genericness.⁹⁹ Thus, survey evidence is critical in both proving and preventing claims of genericness.

5. Trade Dress

Trade dress refers to the overall visual appearance and design of a product or service, which is distinctive enough for consumers to identify it with a particular manufacturer or

⁹² LaFrance, p. 138.

⁹³ LaFrance, p. 139.

⁹⁴ Ingram, John Dwight. “The Genericide of Trademarks”, *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, Vol. 2, No. 2, 2004, pp. 154-163, p. 159.

⁹⁵ Ingram, p. 159.

⁹⁶ Thornburg, Robert H. “Trademark Surveys: Development of Computer-based Survey Methods”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 4, No. 1, 2004, pp. 91-124, p. 109.

⁹⁷ Thornburg, p. 109.

⁹⁸ Berger/Halligan, § 1.02.

⁹⁹ *Big Island Candies, Inc. v. Cookie Corner*, 269 F. Supp. 2d 1236, 1251 (D. Haw. 2003).

source.¹⁰⁰ This concept includes various elements such as the layout of a restaurant, the design of a bottle, or the shape of a smartphone. Unlike trademarks, which typically involve specific words or symbols, trade dress encompasses the combined visual elements that create the product's total image, making it more challenging to define and protect.¹⁰¹ These rights are safeguarded under both state and federal law, with the Lanham Act serving as a primary source of protection.¹⁰²

In trade dress cases, surveys are vital tools to determine whether the product's overall presentation could lead to consumer confusion. This confusion is not limited to names or logos but includes how the product is packaged, its color schemes, shapes, and other visual elements. Competitors may copy these aspects to benefit from the established market presence of the original product, leading to potential consumer confusion and claims of trade dress infringement.¹⁰³

6. Dilution

Trademark dilution, which protects highly distinctive marks from having their distinctiveness weakened, was first federally recognized in 1996 with the Federal Trademark Dilution Act (FTDA). Before that, dilution was primarily governed by state laws. The FTDA was revised in 2006 with the Trademark Dilution Revision Act (TDRA), which further clarified federal protections for famous marks.¹⁰⁴ Dilution under the Lanham Act involves lessening a famous mark's ability to identify and distinguish goods or services, regardless of competition or likelihood of confusion.¹⁰⁵ The two primary forms of dilution are blurring, where a mark's distinctiveness is diminished by association with different products, and tarnishment—where the mark's reputation is harmed by unsavory associations.¹⁰⁶

Even though some state statutes and courts have allowed dilution claims for not famous marks, at federal level only famous marks are generally eligible for dilution protection, and courts consider factors such as the mark's duration and extent of use, geographic reach, level of distinctiveness, and public recognition.¹⁰⁷ Courts evaluate a mark's fame based on factors such as its level of distinctiveness, duration and extent of use, and public recognition. To demonstrate fame, courts often rely on consumer surveys, as they provide the most direct evidence of a mark's actual recognition. Although there is no statutory bright-line rule for fame, scholars like Professor McCarthy have suggested that at least 75% of survey respondents should be familiar with the mark for it to be considered famous.¹⁰⁸ While courts have not strictly

¹⁰⁰ Locke, Scott D. "Trade Dress in the Age of Ecommerce: the Challenge of Protecting the "Look and Feel" of Websites and Mobile Apps", *Albany Law Journal of Science & Technology*, Vol. 27, No. 3, 2017, pp. 213-231, p. 215.

¹⁰¹ Locke, p. 216.

¹⁰² Locke, p. 215.

¹⁰³ Berger/Halligan § 1.02.

¹⁰⁴ Schechter/Thomas, p. 228.

¹⁰⁵ 15 U.S.C. § 1125.

¹⁰⁶ Berger/Halligan, § 10.00.

¹⁰⁷ Schechter/Thomas, p. 226.

¹⁰⁸ Schechter/Thomas, p. 234.

adopted this threshold, they generally require a significant majority of respondents to recognize the mark.¹⁰⁹

Surveys also play a pivotal role in assessing dilution beyond proving fame, especially in determining whether the public associates the famous mark with the allegedly dilutive mark. Courts rely heavily on consumer survey evidence to gauge whether consumers perceive a link between the two marks and if this association diminishes the strength or reputation of the famous mark.¹¹⁰ For example, in the Starbucks case, surveys revealed that some consumers associated the “Charbucks” brand with bitter coffee, but this did not rise to the level of tarnishment as the perception of the Starbucks mark was not significantly impacted due to the quality of the Charbucks product.¹¹¹ As courts continue to evaluate dilution claims, survey evidence remains one of the most persuasive tools to demonstrate either blurring or tarnishment.

7. Well-Known Marks

The doctrine of well-known marks, often referred to as the famous marks exception, has sparked significant controversy in U.S. trademark law. The doctrine allows trademark owners to assert rights in a mark that is not used in the United States but is widely recognized by U.S. consumers. While this concept has been embraced in some jurisdictions, particularly under the Ninth Circuit’s ruling in *Grupo Gigante S.A. de C.V. v. Dallo & Co.*, it remains disputed, with the Second Circuit rejecting its application under the Lanham Act.¹¹² In *Grupo Gigante*, the Ninth Circuit held that applying an absolute territoriality rule without a famous marks exception could lead to consumer confusion, especially for marks with significant cross-border recognition.¹¹³ However, the Second Circuit, in *ITC Ltd. v. Punchgini, Inc.*, refused to extend this exception to federal law, though it left open the possibility of applying the doctrine under state common law claims.¹¹⁴

Establishing whether a mark qualifies as well-known often hinges on the level of fame the mark holds among U.S. consumers. Courts typically require proof that U.S. consumers primarily associate the mark with the foreign trademark holder. Consumer surveys are vital in these cases, as they provide empirical evidence of how consumers perceive the mark. For example, in *ITC Ltd. v. Punchgini, Inc.*, the New York Court of Appeals emphasized that consumer surveys could demonstrate the necessary level of recognition by showing that consumers link the defendant’s goods with the foreign mark.¹¹⁵ Surveys are often used to measure whether a mark has achieved the requisite fame by asking respondents about their

¹⁰⁹ Schechter/Thomas, p. 234.

¹¹⁰ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 594.

¹¹¹ *Starbucks Corp. v. Wolfe’s Borough Coffee, Inc.*, 588 F.3d 97, 110,111 (2d Cir. 2009).

¹¹² Ochoa/Ghosh/LaFrance, pp. 498-499.

¹¹³ *Grupo Gigante S.A. de C.V. v. Dallo & Co.*, 391 F.3d 1088, 1094 (9th Cir. 2004): “An absolute territoriality rule without a famous-mark exception would promote consumer confusion and fraud. Commerce crosses borders. In this nation of immigrants, so do people. Trademark is, at its core, about protecting against consumer confusion and “palming off.”. There can be no justification for using trademark law to fool immigrants into thinking that they are buying from the store they liked back home.”.

¹¹⁴ Darnton, James E. “The Coming of Age of the Global Trademark: the Effect of Trips on the Well-Known Marks Exception to the Principle of Territoriality”, *Michigan State International Law Review*, Vol. 20, No. 1, 2011, pp. 11-32, p. 27 ff.

¹¹⁵ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 550.

familiarity with the mark and whether they associate it with the foreign trademark owner.¹¹⁶ Direct evidence, such as surveys, helps courts determine the extent of recognition and whether the mark meets the threshold of being well-known, providing crucial insights into consumer associations and awareness.

C. Admissibility and Evidential Value of Survey Evidence and Some Precedence

In U.S. law, the admissibility of evidence is governed by the Federal Rules of Evidence, which establish the standards for what can be presented in court. At the core of these rules is the concept of relevance. Under Rule 401 of the Federal Rules of Evidence, evidence is considered relevant if it has any tendency to make a fact of consequence more or less probable than it would be without the evidence. This is a relatively low threshold, meaning that even evidence that has a slight influence on the probability of a fact can be considered relevant.¹¹⁷ Once relevance is established, Rule 402 further stipulates that all relevant evidence is admissible unless there are specific legal exceptions. However, even relevant evidence may be excluded under Rule 403 if its probative value is substantially outweighed by risks such as unfair prejudice, confusion, or misleading the jury, or by considerations like undue delay or wasting time. Thus, relevance is the essential gateway to admissibility, but the court retains discretion to exclude evidence that could unfairly affect the proceedings.¹¹⁸

One of the legal exceptions to the admissibility of evidence is the hearsay rule. Under Rule 801 of the Federal Rules of Evidence, hearsay is defined as an out-of-court statement offered to prove the truth of the matter asserted. Hearsay is generally inadmissible unless it falls under a specific exception. In the early days of survey evidence, consumer surveys were frequently regarded as untrustworthy because they contained hearsay statements made by survey respondents outside of the courtroom and presented to prove the truth of their assertions.¹¹⁹ Courts were reluctant to admit survey evidence, particularly because the respondents could not be cross-examined, raising concerns about the reliability of such data.¹²⁰ In addition to hearsay issues courts also raised concerns about the reliability of sampling methods. Sampling techniques were viewed skeptically, as courts questioned whether the data collected could be truly representative of the larger population. These combined doubts often led to the exclusion of surveys as evidence.¹²¹

However, by the 1950s, judicial attitudes toward surveys began to shift. Some courts held that surveys were not hearsay because they were used to establish respondents' beliefs or perceptions, rather than to prove the truth of their statements.¹²² Others accepted surveys as evidence of a present state of mind, which falls under a recognized hearsay exception.¹²³ As Rule 703 of the Federal Rules of Evidence redirected the focus to the validity of the techniques

¹¹⁶ Ochoa/Ghosh/LaFrance, p. 550.

¹¹⁷ Merritt, Deborah Jones/Simmons, Ric. *Learning Evidence: From the Federal Rules to the Courtroom*, West Thomson Foundation Press, St. Paul, 2009, p. 69.

¹¹⁸ Merritt/Simmons, p. 56.

¹¹⁹ *Schering Corp. v. Pfizer Inc.*, 189 F.3d 218, 224 (2d Cir. 1999).

¹²⁰ Berger/Halligan § 1.01.

¹²¹ Vasii/Vasii, p. 61.

¹²² Brown/Brison/Batista, p. 253.

¹²³ Berger/Halligan, § 1.01.

used in surveys, courts began to assess whether the survey methods were reasonably relied upon by experts in the field. This shift led to greater acceptance of survey evidence, particularly when conducted according to generally accepted principles and statistical standards.¹²⁴ Over time, surveys became critical tools in trademark cases. With the 1993 *Daubert v. Merrell Dow* decision emphasizing the importance of reliable scientific evidence, courts became more sophisticated in weighing survey evidence, leading to its routine use in modern litigation.¹²⁵

Survey evidence in trademark cases is considered expert testimony, governed by Rule 702, which regulates Testimony by Expert Witnesses, and Rule 703, which addresses the Bases of an Expert's Opinion Testimony. In the U.S., it is common for parties to select their own experts to conduct surveys. This party selection means that the expert is typically hired by either the plaintiff or the defendant. However, to mitigate any concerns of bias, U.S. courts apply strict scrutiny through cross-examination and the Federal Rules of Evidence, especially Rules 702 and 703, which require experts to use reliable methods and base their conclusions on sufficient facts or data. Additionally, under Rule 706, the court itself may appoint an independent expert to ensure neutrality and help the court evaluate complex issues.

Under Rule 702, an expert may testify if their scientific, technical, or specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or determine a fact in issue. The expert must also be qualified by their knowledge, skill, experience, training, or education. Their testimony must be grounded in sufficient facts or data, rely on reliable principles and methods, and apply those principles and methods appropriately to the facts of the case. Rule 703 further requires that the facts or data forming the basis of the expert's opinion be of a type reasonably relied upon by experts in the field. However, if the underlying facts or data would otherwise be inadmissible, they may only be disclosed to the fact finder if their probative value in helping the fact finder evaluate the expert's opinion substantially outweighs their potential prejudicial effect. As a result, survey evidence is subject to the same rigorous standards as other forms of expert testimony, requiring both the reliability of the expert's qualifications and the soundness of the survey's methodology.¹²⁶

While the exclusion of survey evidence can occur, it is generally the exception rather than the rule. For instance, in *Valador v. HTC*, expert testimony was excluded because the expert lacked sufficient qualifications.¹²⁷ Courts often require experts to have specialized training in fields such as psychology, sociology, marketing, or statistics, and expect them to be well-versed in survey methodologies like sampling, instrument design, and statistical analysis.¹²⁸ In complex cases, rebuttal testimony from opposing experts can challenge the validity of the survey's methods or conclusions. For example, in a case involving Sony's PlayStation 2, a survey was discredited because it focused on purchasers rather than users, diminishing its

¹²⁴ Diamond, p. 374.

¹²⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579, 582 (1993).

¹²⁶ Vasiu/Vasiu, p. 64.

¹²⁷ *Valador, Inc. v. HTC Corp.*, 242 F. Supp. 3d 448, 456,457 (E.D. Va. 2017).

¹²⁸ Diamond, p. 375.

evidential value.¹²⁹ Despite these challenges, surveys continue to be a crucial part of trademark litigation when conducted with appropriate rigor.

To determine the admissibility of surveys, courts typically assess several key factors: defining the proper universe, drawing a representative sample, the methodology and execution of the survey, the accuracy of the data reported, and the extent to which the survey approximates real-world marketplace conditions.¹³⁰ In U.S. law, the burden is on the party submitting the survey evidence to prove that it is both relevant and reliable. Courts frequently evaluate survey evidence under the framework established by the U.S. Supreme Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharms.*, 509 U.S. 579 (1993), which emphasizes the role of judges as “gatekeepers” for the admissibility of scientific evidence.¹³¹ Under *Daubert*, judges consider four factors when determining reliability: (1) whether the technique has been tested in field conditions, (2) whether it has undergone peer review and publication, (3) whether it has a known or potential error rate, and (4) whether it is generally accepted by the relevant scientific community.¹³² Surveys that fail to meet these standards may be excluded, particularly if they do not adequately satisfy the Daubert test’s requirements of scientific rigor.¹³³

While some courts hold that methodological flaws can justify the exclusion of survey evidence, most courts treat these errors as issues that impact the weight of the evidence rather than its admissibility.¹³⁴ The prevailing view is that minor methodological flaws, such as the selection of survey parameters, do not warrant the exclusion of the survey.¹³⁵ Instead, they are addressed through cross-examination and opposing expert testimony. Courts have repeatedly held that disputes over survey methodology are insufficient grounds for exclusion unless the flaws are so severe that they render the survey unhelpful to the trier of fact, with probative value substantially outweighed by the risk of unfair prejudice or jury confusion under Sections 403 and 702 of Federal Rules of Evidence.¹³⁶

The weight of survey evidence in U.S. courts is not determined uniformly but typically relies on several critical factors. These include whether the proper “universe” of respondents was defined, if a representative sample of that universe was selected, the clarity and neutrality of the survey questions, and whether sound interview procedures were followed by unbiased interviewers. Additionally, the accuracy of the data reported, and the objectivity of the process play a crucial role in determining the survey’s evidential value.¹³⁷ The courts have consistently recognized that while surveys can be powerful tools, their weight heavily depends on how well they adhere to these rigorous standards. For example, the success rates in trademark cases, particularly regarding likelihood of confusion, have been shown to increase significantly when

¹²⁹ Berger/Halligan § 1.08.

¹³⁰ Vasiu/Vasiu, p. 71.

¹³¹ Brown/Brison/Batista, p. 254.

¹³² Brown/Brison/Batista, p. 254.

¹³³ *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579, 590 (1993).

¹³⁴ Vasiu/Vasiu, p. 64.

¹³⁵ Vasiu/Vasiu, p. 65.

¹³⁶ *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 525 F. Supp. 2d 558, 576 (S.D.N.Y. 2007).

¹³⁷ LaFrance, p. 345.

survey evidence is admitted, with studies indicating a 24.2% boost in success rates when surveys are used effectively.¹³⁸

The methodology and the definition of the survey universe are paramount to ensuring the validity of the survey results. Surveys must accurately capture the opinions of the average consumers likely to purchase or encounter the product in question. In defining this "universe," courts require the inclusion of a representative cross-section of consumers.¹³⁹ The method of sampling must be random and representative of the relevant population, and any biases or limitations in sample selection can severely undermine the probative value of the survey.¹⁴⁰ Survey methodologies also require careful design to avoid pitfalls such as unrealistic marketplace assumptions or the inclusion of unrelated perceptions, which could distort the results.¹⁴¹ For instance, telephone surveys, which lack visual interaction and verification of respondent demographics, have been criticized for failing to replicate real-world marketing conditions.¹⁴²

Finally, while flaws in survey methodology can diminish the evidential weight of the survey, they do not necessarily lead to its exclusion. Most courts prefer to address minor methodological flaws through cross-examination rather than outright exclusion, evaluating the deficiencies in the context of the weight the evidence should be given. However, significant issues, such as improper universe selection, biased questioning, or errors in sample design, may justify exclusion or severely diminish the survey's value.¹⁴³ Ultimately, courts acknowledge that survey evidence, when conducted and analyzed according to established principles, provides important insights into consumer perceptions and can play a decisive role in resolving trademark disputes.¹⁴⁴ Therefore, despite the challenges associated with survey design and interpretation, surveys remain a critical form of proof in trademark cases, provided they are executed with precision and objectivity.

III. TURKISH LAW

A. Overview of Trademark Law in Turkey

The initial regulation for trademark protection in Turkey dates to 1872.¹⁴⁵ Since that time, various changes and regulations have been introduced. However, the trademark protection system became significantly more dynamic after Turkey joined the European Union Customs Union in 1995.¹⁴⁶

¹³⁸ Berger/Halligan § 1.03.

¹³⁹ Diamond, p. 376.

¹⁴⁰ Borger, Michael J. "Diamonds in the Rough: A Review of *Tiffany v. Costco* and a Call to Apply *Daubert* to the Admissibility of Consumer Survey Evidence in Trademark Infringement Litigation", *Touro Law Review*, Vol. 34, No. 2, 2018, pp. 431-458, p. 450.

¹⁴¹ Borger, p. 450.

¹⁴² Vasiliu/Vasiliu, p. 68.

¹⁴³ Brown/Brison/Batista, p. 276.

¹⁴⁴ LaFrance, p. 345.

¹⁴⁵ Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*, 5th ed., Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, pp. 3-4.

¹⁴⁶ Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union.

In 2017, the regulations for registered trademarks, geographical indications, traditional specialty guarantees, designs, patents, and utility models were unified into a single code that complies with the Turkish Constitution, international agreements, and EU regulations. This legislation is known as the Turkish Industrial Property Code No. 6769 (IPC). Article 1 defines the purpose and scope of this Code as follows: “(1) [...] to protect the rights relating to trademarks, geographical signs, designs, patents, utility models, and traditional product names, thereby contributing to technological, economic, and social progress. (2) This Code encompasses applications, registrations and post-registration processes regarding trademarks, geographical signs, design, patent, utility model and traditional product names and legal and criminal sanctions concerning the violation of these rights.”.

Under Article 4 of the IPC, a trademark “may consist of any signs such as words, including personal names, figures, colors, letters, numbers, sounds, and the shape of goods or their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings and can be represented on the register in a manner that clearly and precisely defines the subject matter of the protection afforded to its proprietor.”. According to this definition, a trademark comprises three elements: “sign”, “distinctiveness” and “clarity and preciseness.”.¹⁴⁷

The sign element functions as a symbol representing an enterprise targeting its audience and conveying information and messages that can be perceived through any of the five senses. It includes anything that can be externally observed.¹⁴⁸

Regarding the second element of distinctiveness, distinguishing between abstract and concrete qualities is essential. Distinctive quality is divided into two types: abstract and concrete.¹⁴⁹ Signs that incapable to distinguish one undertaking’s products or services from those of others cannot be registered as trademarks under Article 4 of the IPC, which highlights “abstract distinctiveness.”.¹⁵⁰ This means that if a sign cannot be distinctive for any conceivable product or service, it lacks the necessary abstract distinctiveness.¹⁵¹ In contrast, “concrete distinctiveness” is determined by assessing whether a sign is capable to specifically distinguish the goods or services for which registration is sought from those provided by others.¹⁵² If the sign does not fulfill this distinguishing role for the particular goods or services, it is considered to lack concrete distinctiveness.¹⁵³ Similarly to the US, under Article 5(2), “[i]f

¹⁴⁷ Arkan, Sabih. *Marka Hukuku Vol 1*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997, p. 35; Tekinalp, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5th ed., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, § 22, N. 1; Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*, 2nd ed., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024, p. 41 ff.; Karasu, Rauf/Suluk, Cahit/Nal, Temel. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7th ed., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, p. 184.; Çolak, p. 10.

¹⁴⁸ Karasu/Suluk/Nal, p. 185.

¹⁴⁹ İmirlioğlu, Dilek. *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 2nd ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, p. 21 ff.; TÜRKPATENT. *Trademark Examination Guide*, 2021, p. 3, <https://webim.turkpatent.gov.tr/file/83c114e4-499d-4791-a98e-4d02fd1d439d?download>, Access Date: 28.08.2024.

¹⁵⁰ Karasu/Suluk/Nal, p. 185; İmirlioğlu, p. 22.

¹⁵¹ Karasu/Suluk/Nal, p. 185.

¹⁵² Karasu/Suluk/Nal, p. 185.

¹⁵³ Karasu/Suluk/Nal, p. 185; İmirlioğlu, p. 22.

a trademark has been used before the application, and through this use, has acquired distinctive character in respect of the goods and services subject to the application,” it is eligible for registration as a trademark.

The final element clarifies that virtually any sign can serve as a trademark, provided it is identifiable. Recent regulatory changes have eliminated the requirement for a sign to be represented graphically or depicted through a drawing for trademark registration. Consequently, the Code now adapts more flexibly to technological advancements, allowing for the registration of unconventional marks such as sounds or scents.¹⁵⁴

In Turkish trademark law, the functions of trademarks are generally divided into primary and economically oriented functions. The primary functions include distinguishing the goods or services of one business from those of competitors and indicating the origin or source of the products. Economically oriented functions encompass ensuring the quality of the goods and services, aiding in advertising and consumer communication, and safeguarding and enhancing the investments made in these goods and services.¹⁵⁵

B. Usage of Survey Evidence in the Turkish Trademark Law

In Turkish trademark law, the use of surveys is quite limited. However, surveys can be a valuable tool for data collection in various contexts. For example, they can be employed to assess the perceptions of consumers, business partners, and other relevant stakeholders to determine the value of a trademark. The resulting valuation can serve as a reference point in legal proceedings.

Surveys may also be used as evidence of trademark use. Public opinion or market surveys concerning the prevalence of goods and/or services associated with the trademark, market share, and brand awareness are recognized in institutional guidelines as valid evidence for proving trademark use.¹⁵⁶ In a case, must present surveys showing the decrease in the well-knownness of the trademark were accepted as proof of actual damage.¹⁵⁷

1. Distinctiveness

The distinctive power of a trademark refers to the whole set of features that serve to distinguish the goods or services of an undertaking from the goods or services of other undertakings. These features ensure that the sign is different from other signs or is perceived as such.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Çolak, pp. 69-74.

¹⁵⁵ Yasaman, Hamdi/Yusufoğlu Bilgin, Fülürya. *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, p. 52 ff.

¹⁵⁶ TÜRKPATENT. *Guide to Proof of Use*, 2017, p. 11, <https://webim.turkpatent.gov.tr/file/d4645118-5757-46ee-9e01-fc1e0ff01b86?download>, Access Date: 28.08.2024.

¹⁵⁷ For decision in this regard, see Bakırköy 2nd Civil Court for Intellectual and Industrial Rights, 02.03.2022, 2021/287, 2022/34, Lexpera, Access Date: 05.09.2024.

¹⁵⁸ Tekinalp, § 22, N. 22-24; Kaya, p. 80; Çolak, p. 29. The distinctiveness assessment is a relative grading of the sign between the scale of lack of distinctiveness and having a high level of distinctiveness due to recognition. For

In determining distinctiveness, all material conditions should be considered. Many criteria such as the integrity of the sign, whether it is descriptive or not, the impression it creates in the relevant segment of the society, its conceptual power, etc. should be taken into consideration.¹⁵⁹ Among these criteria, the relevant segment of the society/public is distinguished from the others. This is because the distinctive power of a trademark materialized by distinguishing the goods or services bearing the mark from other goods or services in the relevant public. The relevant public to which the mark is addressed is presumed to be reasonably informed, observant, and attentive. The relevant public includes not only the purchasers of the goods and services, but also the producers and distributors of the relevant goods or the providers of the relevant services. The relevant public must be determined in each concrete case according to the real and actual situation.¹⁶⁰

The extent to which the sign must have acquired distinctiveness in the relevant public is not regulated in the IPC and the predecessor texts. However, in the doctrine, it is stated that distinctiveness must be acquired in “*a large or significant part*”¹⁶¹ of the relevant public, and that it is not possible to determine general rules and abstract numbers in advance, and that each case should be evaluated separately and a decision should be made according to the characteristics of the particular case.¹⁶² For example, the German Federal Court, in its decision regarding a case in which it was claimed that distinctiveness was acquired through use, did not consider 43% trademark perception alone to be sufficient.¹⁶³ In the practice of the TÜRKPATENT, a strict ratio understanding is not dominant and an evaluation is made according to the data in the concrete case. For example, in the decision regarding the abstract lilac color, the rate of 31% in the identification of the product directly with the color and the rate of 53% in the identification of the sign with the enterprise when the name of the product is given was found sufficient.¹⁶⁴

Under Turkish law, the distinctiveness of a sign can be proved by any evidence. However, since it is a question of proving the perception of the relevant public, the survey method should be accepted as a direct means of proof.¹⁶⁵ As survey evidence is not used

the line showing the levels involved in the distinctiveness assessment, see TÜRKPATENT, Trademark Examination Guide, pp. 200-201.

¹⁵⁹ For more detailed explanations, see Tekinalp, § 22, N. 25-33; İmirlioğlu, p. 16 ff.; TÜRKPATENT, Trademark Examination Guide, p. 22 ff.

¹⁶⁰ İmirlioğlu, p. 197; Stiel, p. 140 ff. According to one view in the doctrine, it is generally inappropriate to include potential consumers in the relevant environment. This is because such an extension is not useful as it does not contain a clear limitation necessary for the reliability of the survey. Stiel, p. 157.

¹⁶¹ Stiel, pp. 231-232. A fixed ratio determination regarding the major or significant part is avoided. However, the level of distinctiveness of the sign and the proportion required for it to become a sign of origin are evaluated. In court decisions, it is stated that no determination below 50% can be made unless special circumstances justify a different assessment. For the relevant decisions, see BGH, GRUR 2001, 1042 - REICH UND SCHOEN; BGH, GRUR 2006, 760 - LOTTO; BGH, GRUR 2008, 710 - VISAGE.

¹⁶² Dirikkan, Hanife. *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, p. 38 ff.; Arkan, p. 84; İmirlioğlu, p. 198. In the same direction, see BGH, GRUR 1999, 723 - Windsurfing Chiemsee.

¹⁶³ BGH, GRUR 2014, 483 - test.

¹⁶⁴ İmirlioğlu, pp. 199-200.

¹⁶⁵ Kale, pp. 204-205. “... when it is evaluated that there is no survey in the file that the relevant consumer remembers the plaintiff's trademark without thinking when he sees only the products consisting of the color subject to the application. ...”, Ankara 3. Civil Court of Intellectual and Industrial Rights, 25.05.2023, 2023/530, 2023/231, Lexpera, Access Date: 05.09.2024. In German law, see Dobel, p. 135 ff.

sufficiently in Turkish practice, expert opinion is frequently utilized in the determination of distinctiveness. Attempting to determine distinctiveness through expert opinion may lead to misleading results. The fact that the expert is from the user group or sector addressed by the trademark in question does not eliminate the misleading.¹⁶⁶ This is because, for the court to accept that the sign in question has acquired distinctiveness, the court must attach importance to the perception of the audience to which the mark in question is addressed. A distinctiveness assessment that is squeezed between the subjective assessment of a person from the relevant public or a small committee and the subjective assessment of the judge will not yield accurate results. For the trademark to be recognized as distinctive, the sign used must be clearly identified with the trademark in the relevant user environment in terms of the class of goods or services in question.¹⁶⁷

Distinctiveness may be present from the beginning for a sign, or it may arise later, especially due to the use of the trademark (IPC Art. 5/2). Accordingly, if a sign that does not have a distinctive character has been used before the date of application and has acquired a distinctive character for the goods or services subject to the application as a result of this use, the registration of this trademark cannot be refused on the grounds that the relevant sign does not have concrete distinctiveness, is of a descriptive nature and is one of the commonly used signs ((IPC Art. 5/1-b, c, d), respectively).¹⁶⁸

There is no provision in the IPC regarding the manner of use in terms of acquiring distinctive character through use. For this reason, the conditions and determination of distinctiveness through use will be determined in each case according to the characteristics of the case. Whether a trademark becomes distinctive as a result of use is understood by evaluating all the aspects that may show that the trademark can identify the goods or services in question as originating from a particular undertaking and thus distinguish them from the goods or services of others.¹⁶⁹ In this sense, the determination of distinctiveness should consider the result obtained by conducting surveys and interpreting the research conducted by an expert.¹⁷⁰ In Turkish law, as in the determination of distinctiveness, in practice, it is observed that the expert's vote and opinion are taken into account.¹⁷¹ It should not be possible to determine whether the distinctiveness is acquired later based solely on the expert report. In the expert committee formed in such disputes, it is seen that a person from the sector, a financial advisor and a trademark attorney constitute the committee. Clearly, the report obtained from the

¹⁶⁶ Ünlüönen/Battal/Yaylı/Yüksel, p. 5; Kale, p. 206.

¹⁶⁷ Kale, p. 206.

¹⁶⁸ İmirlioğlu, p. 187 ff.; Kale, p. 62 ff.

¹⁶⁹ Especially the market share of the goods marketed with the trademark, the intensity of use, the geographical scope and duration of use, and all relevant conditions such as advertising activities should be considered CJEU, GRUR Int 2000, 73 - Chevy; BGH, GRUR 2003, 1040 - Kinder.

¹⁷⁰ Küçükali, Canan. *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, p. 135; Dirikkan, p. 135; Çolak, pp. 52-53; İmirlioğlu, p. 189. The Office emphasized that the surveys conducted by independent market research institutions also constituted important evidence, and all the surveys submitted indicated that the percentage of people associating purple with "WHISKAS" was between 53% and 75%. The Appeals Board concluded that all the evidence showed that the applied-for mark was highly recognizable among the relevant public and held that the mark acquired distinctive character through use in relation to the goods applied for. OHIM R 1620/2006-2, 04.05.2007, Yasaman/Yasaman, p. 514.

¹⁷¹ Çolak, p. 217, fn. 821.

committee formed in this way cannot give healthy results. In determining distinctiveness through use, survey will give healthier results.¹⁷²

There is no fixed ratio in terms of acquiring distinctive character through use.¹⁷³ The ratio is determined according to the level of distinctiveness, i.e. whether the sign has weak or strong distinctiveness. For a sign that is initially weakly distinctive, a degree of distinctiveness of 40% has not been found sufficient.¹⁷⁴ In the field of telecommunications, the word “Telecom”, short for “Telekommunikation”, is purely descriptive and has no inherent distinctive character. However, it has been stated that it has become a mark with average distinctiveness, pointing to the survey showing that it has 60% distinctiveness.¹⁷⁵ If a trademark is registered for a descriptive sign because it has acquired distinctiveness as a result of use, a degree of distinctiveness significantly higher than 50% is considered necessary; 58% or 60% degrees of distinctiveness have not been considered sufficient in such cases.¹⁷⁶

2. Well-Known Marks

The concept of well-known trademark is not defined both in our law and in international treaties.¹⁷⁷ This is because the concept of well-known trademark may need to be evaluated differently in each particular case, and it is difficult to adapt the predetermined criteria. For this reason, some criteria for well-known trademarks have been determined in doctrine and practice.¹⁷⁸ International criteria were set forth with the “WIPO-Paris Union Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks”.¹⁷⁹ After the Recommendation, the decision on “Principles and Practice Regarding the Well-known Level of Trademarks” was announced by TÜRKPATENT.¹⁸⁰

As mentioned above, there are many criteria for determining a well-known trademark. The degree of well-knownness in the relevant sector, the duration, and geographical area of the use, promotions, and advertisements, the economic value of the trademark, the prevalence and market share of the goods or services on which the trademark is used, the distinctive character,

¹⁷² İmirlioğlu, p. 202; Kale, p. 206. For a decision in this regard, see Ankara 3rd Civil Court of Intellectual and Industrial Rights, 19.01.2021, 2020/194, 2021/22, Lexpera, Access Date: 12.09.2024.

¹⁷³ 19/06/2014, C-217/13 and C-218/13, Oberbank et al., EU:C:2014:2012, § 48-49. “[I]t is not possible to give a precise percentage in advance according to the survey results, and the assessment must be made according to the concrete characteristics of each case. The only criterion that can be used in each case is that the sign has started to be perceived as a sign indicating a commercial source by “a significant part of the relevant public”, İstanbul 1st Intellectual and Industrial Rights Civil Court, 06.04.2023, 2018/558, 2023/99, Lexpera, Access Date: 12.09.2024.

¹⁷⁴ OLG Hamburg, GRUR-RR 2006, 321 - Prismenpackung.

¹⁷⁵ BGH, GRUR 2007, 888 - Euro Telekom.

¹⁷⁶ Pflüger/Dobel, Rn. 128 and the decisions cited in the relevant section.

¹⁷⁷ Some of the relevant regulations: IPC Art. 6/4, 6/5, 7/2-c, 25/1; TRIPS Art. 16/2, 16/3. The gap in definition has been filled by doctrine and judicial decisions. Arkan, p. 93; Kaya, pp. 134-135; İmirlioğlu, pp. 213-214. For the established definition of well-known trademarks, see Court of Cassation, 11th Division, 13.03.1998, 1997/5467, 1998/1704, Lexpera, Access Date: 15.09.2024. For various definitions of well-known trademarks, see Yasaman/Yasaman, p. 1037 ff.

¹⁷⁸ Yasaman, Hamdi. “Tanınmış Marka Kriterleri ve İspatı Sorunu”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vol. 1*, İstanbul, 2007, pp. 1189-1204, p. 1190; Arkan, p. 105; Dirikkan, pp. 87-88.

¹⁷⁹ WIPO, 2000, <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/833/pub833.pdf>, Access Date: 10.09.2024.

¹⁸⁰ TÜRKPATENT. <https://webim.turkpatent.gov.tr/file/0431c6ab-660d-4355-ba8b-63b3f610b716?download>, Access Date: 10.09.2024.

public opinion surveys and the characteristics of the company that owns the trademark are some of them. Since what is sought to be determined with the criterion set forth in terms of well-known trademark is the recognition¹⁸¹, it should be determined “*in whose eyes*” and “*at what level*” this recognition should be. Therefore, it must first be recognized in the relevant sector or the public in which the trademark is used.¹⁸²

The relevant sector/public includes consumers, persons involved in the distribution channels and marketing of the relevant goods or services, and economic circles engaged in activities related. In other words, the target audience of the trademark is important. Some trademarks, due to the nature of the product, are of interest to the wider community, while some products appeal to specific individuals. For example, brands of food, beverages, or cleaning products intended to meet daily needs appeal to the whole society. On the other hand, professional tools and equipment for medical doctors, tools used by veterinarians, brushes, paints, etc. are only relevant to some professional groups.¹⁸³

Another consideration is the level of well-knownness in the relevant public. In addition to the “*relevant public*” criterion for well-knownness, the criterion of being known by a “*significant part*” of the relevant public has also been accepted. The CJEU has stated that it is not necessary for the trademark to be well-known in the whole of the relevant Member State, instead it is sufficient to be well-known in the significant part of the consumers to whom the trademark is directed.¹⁸⁴ Court of Cassation, also, decided that the well-knownness should be sought in a significant part.¹⁸⁵ Similar determination has been made in the Preamble of Article 6/5 of the IPC.¹⁸⁶

There is no predetermined rate threshold, and all the circumstances of the particular case are determinative.¹⁸⁷ Various opinions have been put forward in the doctrine and judicial decisions regarding the level of well-knownness.¹⁸⁸ For example, in the Avon decision, the German Federal Court took 80% well-knownness as a basis¹⁸⁹, in the DIMPLE decision, 30-40% was deemed sufficient due to the type of goods, high prices and the special shape of the bottle.¹⁹⁰

¹⁸¹ Knaak, p. 5.

¹⁸² Yasaman/Yasaman, p. 1029 ff.; Büyükkılıç, p. 207.

¹⁸³ Yasaman/Yasaman, p. 1030.

¹⁸⁴ 14/09/1999, C- 375/97, Chevy, ECLI:EU:C:1999:408, § 17.

¹⁸⁵ For a decision in this regard, see Court of Cassation, 11th Division, 06.02.2012, 2010/9324, 2012/1409, Lexpera, Access Date: 15.09.2024.

¹⁸⁶ Draft Industrial Property Law (1/699) and Industry, Trade, Energy, Natural Resources, Information and Technology Commission Report, p. 12, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c030/tbmm26030043ss0341.pdf>, Access Date: 20.09.2024.

¹⁸⁷ EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 1266; Pflüger/Dobel, Rn. 120. Other decisions 22/06/1999, C-342/97, Lloyd Schuhfabrik, EU:C:1999:323, § 24; BGH, GRUR 2003, 428 - BIG BERTHA; BGH, GRUR 2004, 151 - Farbmarkenverletzung. In Switzerland, two thirds of the respondents are accepted in surveys (BGE 128 III 441, 447). However, in a later case, also concerning a well-known trademark, a reference value above 50% was assumed in any case (BGE 130 III 267).

¹⁸⁸ Yasaman/Yasaman, p. 1030 ff.; Dirikkan, p. 112 ff.; Büyükkılıç, p. 215 ff.

¹⁸⁹ BGH, NJW 1991, 3218 - Avon.

¹⁹⁰ BGH, GRUR 1985, 550 - DIMPLE.

In Turkish law, the Court of Cassation stated that the recognition rate of the trademark “*EVET HAYIR ERKAN YOLAÇ*” reached 77-78%, that it is wellknown in its sector and that it meets the criteria of well-known.¹⁹¹ In another decision, the trademark “*BURÇAK*” found as a well-known trademark with a recognition rate of 20% in unaided recognition, which refers to the spontaneous recollection of a product, brand, or service without assistance, and 98% in assisted recognition, which is achieved through a question in which the name of the trademark is mentioned.¹⁹²

Courts require tangible evidence for well-knownness.¹⁹³ It is accepted in comparative law and Turkish doctrine that the most effective and reliable evidence is survey.¹⁹⁴ One of the well-known trademark criteria of TÜRKPATENT is the results of public opinion polls. Again, the EUIPO Trademark Guidelines include opinion polls and market surveys as one of the means of proof for well-known trademarks.¹⁹⁵

In Turkish law, the approach in practice regarding well-knownness is to reach a conclusion based on the opinion of one or a few persons in the expert committee without surveying well-knownness. However, the extent to which a trademark is recognized by the public should be examined not by the opinion of one or two individuals, but by conducting a much more comprehensive survey.¹⁹⁶ Even if the survey and/or other individual evidence obtained are insufficient to establish the recognition, the evidence should be evaluated together, and thus, the necessary facts can be determined.¹⁹⁷

It is controversial whether proof of well-knownness is necessary for trademarks such as Apple and Mercedes, which are not in doubt as to whether they are well-known.¹⁹⁸ The EUIPO Guidelines state that the well-knownness of a trademark cannot be accepted as a well-known fact.¹⁹⁹ In our opinion, it cannot be argued that there is no need to prove the well-knownness of such a trademark based on the provision of Article 187/2 of the CCP, which states that facts that are publicly known are not disputed and therefore do not need to be proved. However, in this case, it is also unnecessary to conduct a survey.²⁰⁰ It should be possible for the court to decide by examining other criteria regarding the proof of well-knownness.

¹⁹¹ Court of Cassation, 11th Division, 17.01.2011, 2009/7181, 2011/138, Lexpera, Access Date: 15.09.2024.

¹⁹² Court of Cassation, 11th Division, 22.04.2011, 2012/6065, 2013/7886, Lexpera, Access Date: 15.09.2024.

¹⁹³ Two decisions; Ankara 2nd Civil Court for Intellectual and Industrial Rights, 21.04.2021, 2020/83, 2021/162, Lexpera, Access Date: 15.09.2024; Ankara 1st Civil Court of Intellectual and Industrial Rights, 16.11.2021, 2021/27, 2021/372, Lexpera, Access Date: 15.09.2024. Whether a trademark is well-known or not should not be determined based on assumptions, but concrete recognition and the level of recognition should be determined. Yasaman/Yasaman, p. 1067.

¹⁹⁴ Dirikkan, p. 135; Çolak, pp. 475-476; Kale, p. 209; Yasaman/Yasaman, p. 1025; Büyükkılıç, p. 665.

¹⁹⁵ EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 1280.

¹⁹⁶ Çolak, p. 476; Büyükkılıç, p. 233-234; Ünlüöner/Battal/Yaylı/Yüksel, p. 6. The well-known mark is protected against dilution, which occurs when the use of a similar mark weakens the distinctiveness of the original mark. Surveys can help to show whether consumers perceive the new mark as diluting the distinctiveness of the well-known mark. Çolak, p. 476; Büyükkılıç, p. 688, 694.

¹⁹⁷ See 08/11/2017, T-754/16, CC (fig./O (fig.)), ECLI:EU:T:2017:786, § 103; EUIPO, 30.4.2019 - R 1429/2018-5, GRUR-RS 2019, 61145, § 46.

¹⁹⁸ Yasaman, p. 1197 ff.; Dirikkan, p. 134; Büyükkılıç, pp. 668-669.

¹⁹⁹ EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 1279.

²⁰⁰ Stiel, p. 17.

3. Likelihood of Confusion

Likelihood of confusion arises, as a rule, where both the trademarks and the goods or services concerned are identical or similar. Article 11/4 of the IPC states that classes are not absolute by stating that “[g]oods or services shall not be presumed as being similar on the ground that they are in the same class and goods or services shall not be regarded as being dissimilar on the ground that they are in different classes.”. In other words, although the classification notifications issued by the TÜRKPATENT are taken into consideration by the courts, they are not binding.²⁰¹ The similarity between trademarks that may confuse may be visual, auditory, or conceptual (semantic). The presence of one of these in a particular case may be sufficient to find likelihood of confusion, or the presence of several of them together may be required.²⁰²

There are three types of likelihood of confusion. In the case of direct confusion, the signs are directly confused. Indirect confusion is when the consumer distinguishes between the signs but concludes that the goods or services in question originate from the same enterprise due to the similarity between the signs. In the broad sense (by association), although the signs and businesses are distinguished from each other, it is assumed that there are special economic links or close organizational relations between the businesses.²⁰³

When preparing the questionnaire, it should be determined which type of likelihood of confusion is sought to be determined, because the required conditions may change. For example, a question that only addresses the determination of direct confusion is insufficient to reveal potential confusion in a broader sense.²⁰⁴

Some principles are considered in the assessment of likelihood of confusion. Holistic evaluation means the evaluation of visual, auditory, or semantic similarity in terms of the impression left by considering all the elements of the signs as a whole.²⁰⁵ As a result of this principle, it is not possible to divide the trademark into its elements and evaluate each element separately. Another principle is the consideration of the average consumer and their level of attention. In IPC Art.7/2-b, the target group in case of confusion is determined by saying “*on the part of the public*.”.²⁰⁶ However, this term should be considered according to the characteristics of the particular case. As stated in the doctrine, this corresponds to the “*average consumer*”. The average consumer is the consumer group addressed by the good or service, and it is accepted that this group has an average level of attention and is not an expert.²⁰⁷ However, it is also possible for the average consumer to be a special buyer or an expert buyer group

²⁰¹ Çolak, p. 284.

²⁰² Çolak, p. 312 ff.; İmirlioğlu, p. 170 ff.

²⁰³ Pflüger/Dobel, Rn. 102-109; Küçükali, pp. 65-69.

²⁰⁴ OLG München, WRP 2015, 276 - Apotheke-A.

²⁰⁵ Epçeli, Sevgi. *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, p. 121; Arkan, p. 99; Kaya, pp. 257-260; Tekinalp, § 26, N. 34; TÜRKPATENT, Trademark Examination Guide, p. 605 ff.

²⁰⁶ Same phrase is used in the Article 6/1 of IPC.

²⁰⁷ Kaya, p. 270 ff.; Tekinalp, § 26, N. 34; Çolak, p. 324; Epçeli, p. 46; Dirikcan, p. 188; TÜRKPATENT, Trademark Examination Guide, pp. 451-453. Court of Cassation, 25.11.2015, 2015/6244, 2015/12509, Lexpera, Access Date: 18.09.2024. In a CJEU decisions, the average consumer is considered as “*a well-informed, reasonably observant, reasonably careful, reasonably experienced and prudent person*”, CJEU, 498/07; CJEU, T-559/13, Çolak, p. 324.

depending on the goods or services for which likelihood of confusion is assessed. For example, chemists and pharmacists are special buyer groups for pharmaceutical trademarks. In doctrine and practice, evaluations are made in accordance with these different situations.²⁰⁸

There are two views that try to explain the nature of likelihood of confusion: the normative view, which adopts the ideal consumer understanding, and the factual view, which considers the actual consumer understanding as determinative.²⁰⁹ Namely, whether the likelihood of confusion is a question of fact or a question of law.²¹⁰ One focus on ideal consumer, rather than the actual consumer. The other focus on empirical works. The normative view recognizes likelihood of confusion as a legal concept and argues that its existence cannot be determined through demographic expert opinions alone.²¹¹ This does not exclude the possibility of resorting to a likelihood of confusion survey. In other words, according to this view, surveys are worthy of consideration, but they are not decisive. On the other hand, according to the factual view, surveys are statistically reliable materials that is more decisive.

A legal survey that is scientifically designed and properly conducted enables judges to make a well-founded decision by knowing what the public thinks about the relevant subject of investigation, without having to make purely normative assumptions about what the public can expect.²¹²

Even if not all of the average consumer group is exposed to the risk of confusion, the fact that some of them are under this risk is sufficient for the acceptance of the likelihood of confusion.²¹³ There is no fixed rate threshold for a portion of the average consumer in determining the likelihood of confusion. If a normative standard is applied in determining the likelihood of confusion, it is not necessary to set a threshold since the actual consumer perception is not considered. On the other hand, if consumer perception is empirically determined, it is reasonable to determine the portion of average consumers who are at risk of confusion.²¹⁴

In Turkish law, the likelihood of confusion is considered a purely legal concept.²¹⁵ Namely, a distant approach to expert examination. Therefore, unless for a class a technical

²⁰⁸ Cengiz, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hukukuna Tecavüz*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995, p. 31; Küçükali, p. 119; Yasaman/Yasaman, p. 1637.

²⁰⁹ In a civil proceeding, the fact-law distinction is particularly important at two points. These are whether they fall within the scope of appellate review (BGH, GRUR 2016, 197 - Bounty; GRUR 2016, 1301 - Kinderstube; GRUR 2017, 730 - Sierpinski-Dreieck) and the availability of expert evidence. For detailed explanations, see Ulbrich, Sebastian. *Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht Empirische oder normative Feststellung?*, Inaugural-Dissertation, Aschaffenburg, 2005, p. 132; Kale, pp. 211-214.

²¹⁰ See Becker, p. 61 ff.; Dobel, p. 63 ff. The normative approach predominates in the important decision of the CJEU. CJEU, GRUR Int. 1998, 795- Gut Springheide. For an analysis of the judgment, see Ulbrich, p. 45.

²¹¹ Knaak, p. 84. Sample cases; see BGH, GRUR 2005, 61 - CompuNet/ComNet II; BGH, GRUR 1998, 830 - Les-Paul-Gitarren; BGE 126 III 315.

²¹² CJEU, GRUR 2010, 1098 - Calvin Klein; CJEU, GRUR Int 2009, 911 - WATERFORD STELLENBOSCH; BGH, GRUR 1998, 927 - COMPO-SANA; BGH, GRUR 1964, 376 - Eppeleinsprung; BGH, GRUR 1958, 81 - Thymopect.

²¹³ Arkan, p. 99; Küçükali, p. 125; Çolak, p. 402. Court of Cassation, 11th Division, 07.06.2006, 2006/11-338, 2006/338, Lexpera, Access Date: 18.09.2024.

²¹⁴ Ulbrich, p. 6; Stiel, p. 133.

²¹⁵ Çolak, p. 437 and 442; Kale, p. 216.

examination is required, the likelihood of confusion is examined by the judge himself, and when a technical examination is required, expert examination is possible.²¹⁶ Accordingly, the judge evaluates whether there is a likelihood of confusion according to the understanding of an (ideal) consumer with an average level of knowledge and attention; instead of assessing actual confusion. The existence of the possibility (danger) of confusion is sufficient.²¹⁷

When assessing the average consumer perception, it may be helpful for judge to know the real opinion of the public. However, in classical expert examination, determinations are generally made in a subjective and unscientific manner.²¹⁸ Determining whether consumers confuse similar trademarks is an issue that requires technical knowledge and social research. In this context, surveys should be used to determine the average consumer perception in a scientific and objective manner.²¹⁹

4. Genericness

If the trademark becomes a common name for the relevant goods and services due to the conduct of the trademark owner, the cancellation of the trademark may be requested according to IPC Art.26/1-b.²²⁰ In this scenario, the trademark right is revoked with prospective effect. The loss of distinctiveness of a trademark and its transformation into a generic name requires that the monopoly provided at the beginning is lifted and it is now open to the use of everyone.²²¹ It is necessary to carefully examine whether the trademark has ceased to be distinctive, whether it has lost its ability to indicate the source, and ultimately whether this sign is still perceived as a trademark or as a common name of a good or service.²²²

For a trademark to be canceled under IPC Art. 26/1-b, it must be perceived as generic name by the public. A narrow circle is not enough, it must become a generic to the majority of the relevant public, and it must become a generic broadly, including those who trade in this product. It is not enough for the trademark to become a household name only for the end consumer, but also, depending on the characteristics of the relevant market, the perception of those engaged in trade, such as sellers, is also important.²²³

The perception of becoming a generic can be determined through a survey to be conducted in the relevant public. Therefore, consumer surveys should be considered as

²¹⁶ Kale, pp. 215-216. In Turkish law, it was generally accepted that expert examination should be applied. However, a decision of the Court of Cassation reversed this practice. Thus, it has been accepted that the examination regarding the possibility of confusion is a legal issue and the expert's vote and opinion cannot be applied. Çolak, pp. 437-442. Court of Cassation, General Assembly of Civil Chambers, 08.06.2016, 2014/11-696, 2016/778, Lexpera, Access Date: 18.09.2024.

²¹⁷ Knaak, p. 89; Arkan, p. 98; Tekinalp, § 26, N. 22. Court of Cassation, General Assembly of Civil Chambers, 02.07.2008, 2008/11-465, 2008/470, Lexpera, Access Date: 18.09.2024.

²¹⁸ Ünlüönen/Battal/Yaylı/Yüksel, pp. 8-11. Court of Cassation, 11th Division, 03.05.2023, 2021/8572, 2023/2670, Lexpera, Access Date: 18.09.2024.

²¹⁹ Cengiz, pp. 33-34; Küçükali, pp. 143-144.

²²⁰ Bilge, Mehmet Emin. "Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi", *BATİDER*, Vol. 23, No. 1, 2005, pp. 125-151, p. 127 ff.; Kaya, p. 653; Yasaman/Yusufoğlu, pp. 2642-2643.

²²¹ Arkan, p. 81; Bilge, p. 131; Yasaman/Yusufoğlu, p. 2645.

²²² Çolak, p. 1285.

²²³ EUIPO, Trade Mark Guidelines, pp. 1480-1481; Çolak, p. 1285; Bilge, pp. 128-129; Yasaman/Yusufoğlu, p. 2646.

important evidence in the examination to be conducted by the court. In a decision of the CJEU, it is stated that the necessity of a survey to determine the perception of end-users is important.²²⁴ The German Federal Court, on the other hand, ruled that as long as a not insignificant part of the relevant public sees in the name of origin a sign of the geographical origin of the goods or services, the name of origin will not become generic. The 10% of the relevant public that adopts the designation of origin was found sufficient to reject the transformation of the designation of origin into a generic sign.²²⁵

C. Admissibility and Evidential Value of Survey Evidence

All the evidence types that are admissible in trial law are also admissible in trademark law. In addition to the evidence listed in the Code of Civil Procedure (CCP), the use of some means of evidence that may be considered specific to trademark law, in trademark cases may be necessary for a fair proceeding.²²⁶ Survey evidence is one of the most important evidence specific to trademark law.

In Turkish law, evidence is divided into two: discretionary and conclusive evidence. There are two types of conclusive evidence accepted by the CCP; these are promissory notes and oaths.²²⁷ The quality of a piece of evidence being conclusive can only be granted to it by law.²²⁸ All evidence other than conclusive are discretionary evidence, if they have the qualification of evidence and can be characterized as such. The discretionary evidence listed in the law are document (excluding deed and judgment), witnesses, expert report, and discovery. However, the discretionary evidence does not consist of those explicitly enumerated in the law (CCP Art. 192). The survey is discretionary evidence according to the system of evidence adopted in Turkish law. Additionally, a survey should be accepted as direct evidence, not circumstantial evidence because it directly reveals the perception, which is one of the important indicators in the resolution of the dispute in terms of trademark law.²²⁹

1. The Importance of the Distinction between Factual and Legal Matters for Trademark Law

The distinction between fact and law²³⁰ is of particular importance in trademark proceedings, as in civil proceedings. Primarily, it is important in terms of determining the subject matter of the evidence. This is because the subject matter of evidence is material facts (Art. 187/1 CCP). It is also important for the right to appeal and the scope and limit of the appellate review. Appellate review is limited to the review of legality. While the Court of

²²⁴ C-409/12, Kornspitz, ECLI:EU:C:2014:130, § 15.

²²⁵ BGH GRUR 1979, 716 - Kontinent Möbel.

²²⁶ Kale, p. 183. Such as obtaining IT expert reports regarding the contents of web pages to prove use. Kale, pp. 188-189.

²²⁷ Or a final judgment of court which regulated separately.

²²⁸ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 6th ed., Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, p. 491.

²²⁹ EUIPO, Trade Mark Guidelines, p. 195 and 736; 24/09/2019, T-492/18, Scanner Pro, ECLI:EU:T:2019:667, § 54.

²³⁰ Toraman, Barış. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, p. 144 ff.

Cassation cannot intervene in the assessment of facts, it can review the legal interpretations and assessments.²³¹

This distinction is greatly emphasized regarding the prohibition of use an expert on legal matters in Turkish law. The expert should not be entrusted with the task of investigating the legal rules to be applied to the facts in dispute, nor with the task of evaluating the legal problem arising in terms of this factual issue. As a result, although the judge cannot use expert opinion in legal matters, he/she may use expert report evidence in case evaluations that require special and technical knowledge.²³²

Fact or law distinction should also be addressed in terms of the areas of surveys use in Trademark law. Whether the sign is recognized²³³ and whether it has become distinctive as a result of use is accepted as a matter of fact. Similarly, the claim of non-use (and proof of use) is also a matter of fact.²³⁴ Regarding the likelihood of confusion, although the issue is controversial, the dominant opinion argues that it is a matter of law.²³⁵ However, in trademark law, which is a highly technical field, it should be possible to consult an expert in matters that are considered “law” according to the particular case.²³⁶

2. Expert Report

In cases where special or technical knowledge other than legal knowledge is required for dispute resolution, the person who provides this information is called an expert, and the report prepared by this person is called an expert report. It is this expert report that is evidence in the sense of civil procedural law.²³⁷

Expert can only be consulted in cases where special or technical information is conveyed to the court, the conclusion to be reached by applying this information to the facts is conveyed to the court, and a factual determination is made using this information.²³⁸ In Turkish law, the use of experts in legal matters is expressly prohibited (CCP Art. 266; Expertise Law Art. 3). Parties must declare at the beginning of the case that they will prove a fact they assert using an expert report. Even in cases where the principle of preparation of the case by the parties applies, the judge may seek an expert report ex officio, even if the parties have not requested it (Art. 266 CCP).²³⁹

²³¹ Toraman, p. 149; Kale, p. 211.

²³² Toraman, p. 149.

²³³ Kaya, p. 319; Çolak, p. 213.

²³⁴ Kaya, p. 430.

²³⁵ See supra note 215 and In U.S. law, see supra note 75.

²³⁶ Kale, p. 214.

²³⁷ Tanrıver, Süha. *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 2nd ed., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, p. 8; Zora, Fatih. *Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, p. 21; Atalı/Ermenek/Erdoğan, p. 528; Toraman, p. 78 ff.

²³⁸ Erdoğan, Ersin/Üçüncü, Sümeyye Hilal. “Bilirkişilik Kurumu Ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 10, No. 1, 2020, pp. 354-387, p. 360; Atalı/Ermenek/Erdoğan, p. 529.

²³⁹ Regarding the ex officio use of survey evidence, see. Becker, p. 216 ff.

In Turkish law, a survey can be characterized as an expert report or expert opinion, which is discretionary evidence when used in a trial.²⁴⁰ This is because the persons participating in the survey are the subjects of information that need to be interrogated for a representative survey. An expert is confronted with a particular public opinion, which he/she must assess on an objective basis.²⁴¹ Here, the status of the expert is like an expert who conducts a laboratory examination on the durability of an object and gives an expert opinion. It is more correct to adopt that the survey is an expert report or expert opinion due to the features we will explain below, rather than other discretionary evidence that is not regulated by the law.²⁴² Considering the common classification, in terms of the use of the survey in trademark law disputes, the activity of the expert can be characterized as conveying the conclusion to the court by applying special or technical knowledge to the facts.

The preparation, implementation and interpretation of a survey requires specialized and technical knowledge.²⁴³ In trademark law disputes, it is necessary to reveal the “*perception*” that needs to be determined and will be effective in dispute resolution. In cases such as distinctiveness through use and recognition, it may be necessary to include the opinion of a large consumer group to reach special or technical information. In these cases, instead of reflecting the opinion of the relevant group directly, including the opinions of the expert or expert committee in that group may cause misleading results.²⁴⁴ The opinions of the relevant public should be determined through a survey that meets the methodological requirements and then interpreted in a scientific manner and the report prepared should be submitted to the court.

Regarding the appointment of experts, it is debatable whether the role of expert can also be assigned to a research institute (private law legal entity).²⁴⁵ But under Art. 2 of the Expertise Law, both real persons and private law legal entities can be experts. The Department of Expert published the “Procedures and Principles Regarding the Provision of Expert Services by Private Law Legal Entities”.²⁴⁶ This ensures legal entities with technical facilities and equipment to be appointed as experts.²⁴⁷ The subject of our study is one of the areas in which private law legal

²⁴⁰ In its 1977 report, the German Civil Procedure Law Commission rejected the idea of regulating “public opinion surveys” as independent evidence. Instead, the Commission recommended applying the provisions regarding evidence presented by experts to public opinion surveys, given their “proximity to expert evidence.” The concrete proposal was to apply the rules on expert evidence to evidence based on surveys conducted on groups of people selected according to demographic or other scientific principles. Becker, pp. 4-5.

²⁴¹ Stiel, p. 279. Here, it can be evaluated whether the judge can use his personal knowledge (e.g., because he belongs to the relevant public) about the perception of the relevant group. See Erdoğan/Üçüncü, pp. 367-370.

²⁴² Azaklı Arslan, Betül. *Sınai Mülkiyet Hukukunda Tespiti Davası ve Delillerin Tespiti*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Unpublished Doctoral Thesis, Ankara, 2024, p. 119.

²⁴³ The difficulty in developing a survey lies in explaining the answers given by consumers who are not trained in law in a way that allows legal conclusions to be drawn. Dobel, p. 107.

²⁴⁴ Azaklı Arslan, p. 119.

²⁴⁵ Lindacher, pp. 242-243; Stiel, p. 273 ff.; Dobel, p. 89. Tanrıver, pp. 63-64; Toraman, pp. 413-417; Zora, pp. 25-26. For some alternative opinions, such as appointing the director of a legal entity as a real person instead of the institution itself, or an expert being assigned and hiring a subcontractor; see Pflüger, p. 997; Lindacher, p. 243; Stiel, pp. 273-274; Dobel, p. 89. Zora, p. 26.

²⁴⁶ For the relevant procedures and principles, see <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23082024232233Özel%20Hukuk%20Tüzel%20Kişileri%20Bilirkisilik%20Hizmeti%20Vermesine%20İlişkin%20Usul%20ve%20Esaslar.pdf>, Access Date: 25.09.2024.

²⁴⁷ Toraman, pp. 413-414.

entities should be able to operate. Because most of the survey work beyond the capabilities of a real person.

The scope of duty of an expert is determined by the court appointing it. By taking the opinion of the parties²⁴⁸, the court determines the limits of the subject of examination, the questions that the expert must answer, and the period for submission of the report (Art. 273/1 CCP). With the appointment decision, the expert is informed of the important aspects of the survey methodology. While the determination of the relevant public is court's task²⁴⁹, the formulation of the questions requires expertise and is one of the duties of the expert.

The judge free assessment of evidence the expert report, which includes the preparation, application and interpretation of the survey.²⁵⁰ Although special or technical knowledge of the expert is needed, the authority to decide on the dispute belongs to the judge. The expert report on the survey must be evaluated within the overall picture of the concrete circumstances and other evidence. A judgment cannot be made solely based on the data contained in the expert report.²⁵¹ The judge should also evaluate other factors that are important for the resolution of the dispute (e.g. the duration, degree, and geographical area of use of the trademark in terms of recognition, promotions, and advertisements related to the trademark, the economic value of the trademark, the prevalence and market share of the goods or services on which the trademark is used, the distinctive character of the trademark, etc.).²⁵² Therefore, a judge can decide contrary to the findings in the expert report by clearly setting forth the grounds. The evaluation of the expert report should not be haphazard.²⁵³ The judge should evaluate the competence of the expert, the consistency of the special or technical information presented and the conclusion reached based on auditable criteria.²⁵⁴ In case of any doubt, the judge can ask new questions and obtain an additional report, ask the expert to make oral explanations at the hearing, or order a new expert report (Art. 281/2-3 CCP).

For an expert report to be considered as evidence, several procedural and substantive criteria must be met. The expert report should not be limited to the presentation of data; the data should be interpreted and explained by the expert. However, since the legal evaluation is the responsibility of the court, the expert should refrain from making legal evaluations. Furthermore, to review the evidential value of the expert report, the methodology must be explained in a comprehensive and detailed manner.²⁵⁵ This will enable the parties, as well as the court, to review the survey methodology.

²⁴⁸ In order to guarantee the right to be heard, the parties should be given the opportunity to comment before the questionnaire is administered. Pflüger/Dobel, Rn. 145.

²⁴⁹ Knaak, p. 5; Becker, p. 192.

²⁵⁰ EUIPO, Beschluss des Präsidiums, p. 2-3; IGE, Richtlinien in Markensachen, p. 230; Dobel, p. 101.

²⁵¹ The court can never "*place itself in the hands of the expert*" or "*blindly*" accept their conclusions. Becker, pp. 215-216.

²⁵² Azaklı Arslan, p. 120.

²⁵³ Tanrıver, pp. 149-150; Erdoğan/Üçüncü, p. 377.

²⁵⁴ Erdoğan/Üçüncü, p. 377; Azaklı Arslan, p. 120.

²⁵⁵ Pflüger/Dobel, Rn. 129.

3. Expert Opinion

Under Turkish Civil Code Art. 1, the judge may benefit from scientific opinions. Parties can submit to the court the opinion of an expert on a fact related to the case or on a legal characterization (CCP Art. 293). In terms of an expert's opinion on a material fact, a binary distinction must be made. If the opposing party accepts the expert's opinion, an evidential agreement (arbitrator-expert contract) is formed between the parties, and the court is bound by this opinion.²⁵⁶ If the opposing party does not accept the expert's opinion, it is only accepted as the relevant party's statements regarding the expert's report that was consulted during the litigation.²⁵⁷ The court is required to take these opinions into account. The judge will evaluate the expert opinions and will make it clear why he/she takes the expert opinion into consideration and why he/she does not.²⁵⁸

The parties may submit results of the survey not only to support their claims, but also as a counter-survey to the survey that forms the basis of an expert report, or to draw attention to errors in the preparation, implementation and interpretation of the survey.²⁵⁹ The court is obliged to check whether the survey complies with the methodological criteria set out in section 1 in this study. The court must consider the results of the survey if they meet these criteria. If errors or inconsistencies are detected in the survey, the report will not be taken into consideration.²⁶⁰ Additionally, there may be discrepancies between the findings of an expert report and the conclusions reached through a submitted expert opinion. In such cases, the court should request either a supplemental report from the same expert or a new report from a different expert.²⁶¹

The impartiality of the expert/research institute cannot be questioned merely because it was commissioned by one of the parties.²⁶² The probative value of expert opinions arises on a case-by-case basis, considering all circumstances, including impartiality.

The cost of the survey is high for the party submitting it. If the party submitting expert opinion based on the survey wins the case, it is not possible to collect the survey costs from the other party. This is because it is not a cost within the scope of the trial expenses regulated under Article 323 of the CCP. It is a matter of strengthening or completing the claim or defense of the party submitting the expert opinion. In cases where the survey is used as an expert report, the party who bears the burden of proof shall bear the costs of this study. However, at the end of

²⁵⁶ In this case, the existence of an evidentiary agreement renders it unnecessary for the court to consult an expert. Kaplan, Mikail Bora. "Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi", *TAÜHFD*, Vol. 4, No. 2, 2022, pp. 557-585, pp. 563-564.

²⁵⁷ Kaplan, p. 564.

²⁵⁸ Atalı/Emrenek/Erdoğan, pp. 543-544; Kaplan, p. 569.

²⁵⁹ It may also be within the scope of interim injunctions. Knaak, p. 7; Stiel, p. 243; Pflüger/Dobel, Rn. 151-152.

²⁶⁰ Stiel, p. 280; Kale, p. 185.

²⁶¹ Toraman, pp. 665-666. For the relevant decisions, see Court of Cassation, 6th Division, 22.02.2023, 2022/1824, 2023/713, Lexpera, Access Date: 23.10.2024; Court of Cassation, 11th Division, 02.11.2023, 2022/1434, 2023/6403, Lexpera, Access Date: 23.10.2024. For a proposed method to resolve discrepancies between expert opinions and expert reports, see Kaplan, p. 572 ff.

²⁶² IGE, Richtlinien in Markensachen, p. 230; Becker, p. 224 ff.; Pflüger/Dobel, Rn. 149. For a decision to this effect, see BGE 148 III 409, 414.

the trial, the losing party bears the costs of this survey.²⁶³ This is because the fees and expenses paid to the expert appointed by court are within the scope of trial expenses (CCP Art. 323/1-e).

CONCLUSION

Legal research employing survey methods integrates scientific research with legal analysis. The methodological criteria that a scientifically designed and properly executed legal survey must meet should be evaluated on a case-by-case basis. Courts and institutions do not directly adopt the data obtained from a survey. The processes of interpreting and reporting the data arising from the survey's research approaches and methods are thoroughly examined. In this way, a court can make reasoned decisions on what to accept or not accept, concerning the specific trademark dispute.

The comparative analysis of survey evidence in trademark law in the U.S. and Turkey discussed in this study reveals significant differences in legal regulations, judicial decisions, and the practical use of empirical data in litigation.

In the U.S., the use of survey evidence is deeply embedded in the fabric of trademark litigation. Rooted in the Lanham Act, American trademark law acknowledges the centrality of consumer perception in determining key issues such as likelihood of confusion, secondary meaning, genericness, trade dress infringement, dilution, and famous marks. Surveys are not merely supplementary evidence but often play a pivotal role in shaping judicial outcomes.

The American legal system has developed robust mechanisms to ensure the reliability and admissibility of survey evidence. Under the Federal Rules of Evidence, particularly Rules 702 and 703, surveys are considered expert testimony and are subjected to rigorous scrutiny to assess their methodological soundness and relevance. The Daubert standard also empowers judges to act as “gatekeepers” by filtering out unreliable or scientifically unsound evidence. This meticulous approach enhances the accuracy and fairness of judicial decisions by ensuring that surveys admitted as evidence reliably reflect consumer perceptions.

Moreover, American courts have established clear methodological criteria for admissible surveys. These include defining an appropriate universe of participants that accurately represents the relevant consumer group, employing reliable sampling techniques, designing unbiased and clear questions, and administering the survey to avoid influencing respondents' answers. Surveys should be conducted under conditions that closely simulate the actual marketplace, and data collection methods must be standardized. The process should ensure confidentiality to prevent response bias, and results must be analyzed using sound statistical principles. When surveys meet these rigorous methodological standards, they carry significant evidential value and can be decisive in the outcome of a case. Methodological flaws can justify the exclusion of survey evidence; however, most courts treat these errors as issues that impact the weight of the evidence rather than its admissibility.

The widespread use of survey evidence in the United States reflects a judicial philosophy that values empirical data and acknowledges the limitations of normative

²⁶³ Kale, p. 188.

assessment in measuring consumer perceptions. This empirical approach contributes to a more objective and evidence-based adjudication process, mitigating subjective judgments and potential biases. Additionally, as courts can base their decisions on measurable data rather than speculative assessments, it promotes the development of legal standards and consistency in rulings.

In contrast, Turkish trademark law takes a different approach to survey evidence. Although the IPC acknowledges the importance of the relevant public's perception on issues such as distinctiveness and well-known status, the practical use of surveys in litigation is limited. Instead of surveys, subjective expert reports and opinions are preferred. An evaluation caught between the subjective assessment of an expert and the subjective assessment of the judge does not yield accurate results. Therefore, in our opinion, a change in perspective is required in Turkish law.

This article shows that Turkish trademark law could benefit from a more comprehensive integration of survey evidence into the proceedings. By setting standards in terms of survey methodology, courts can obtain direct and measurable information on the perception of the relevant public. This empirical evidence can enhance the objectivity of judicial decisions and contribute to the development of more consistent and transparent judicial processes.

In Turkish law, survey is discretionary evidence and should be accepted as a direct means of proof. Because it is discretionary evidence, instead of directly adopting the survey data, it should be evaluated within the framework of other criteria related to the relevant subject matter and the circumstances of the particular case. It can be considered as an expert report or expert opinion. This is because the preparation, implementation and interpretation of a survey requires special and technical knowledge. Surveys are reliable evidence to reveal the perception that needs to be determined in trademark law disputes and that will be effective in the resolution of the dispute. Instead of directly reflecting the opinion of the relevant audience through a survey, including the opinions of the expert or the expert panel in that audience may lead to misleading results. For this reason, it is the most appropriate solution to present the survey results to the court as an expert report or expert opinion in a way that is suitable for control.

In our opinion, there is no need for a separate legal regulation for surveys. This evidence should be accepted as an expert report or expert opinion in judicial decisions and doctrine. Related provisions of the CCP should be applied to the survey evidence (Art. 266-287 and Art. 293). Although there is no need for a legal regulation at this point, there is a need for a guideline on methodological requirements like in the other jurisdictions. It would be appropriate for the TÜRKPATENT to prepare a guideline on the methodological requirements and areas of use of survey evidence. Such guidelines would provide a framework for practitioners, administrative bodies and courts. Additionally, it is crucial for TÜRKPATENT to collaborate with national and international institutions to identify “*best practices*” for the use of surveys in trademark law.

Under Turkish law, real persons and private law legal entities may be appointed as experts. Preparation, implementation and interpretation of a survey can be a task that is beyond the means of a real person. The procedures and principles announced by the Department of

Expertise provide a solid basis for the widespread use of survey evidence in Turkish law by allowing legal entity experts.

As in the example of the US and Germany, the establishment of specialized institutes for the preparation, implementation, and evaluation of surveys should be legally and economically encouraged. Accreditation programs should be developed for experts conducting surveys in the legal context. These experts should receive training on survey methodologies, ethical considerations, and their role in presenting findings to courts. Accredited experts will enhance the reliability and evidentiary value of survey-based reports.

Judges' familiarity with empirical methods and their attitudes toward such approaches influence how they interpret survey results. In Turkish law, judges are generally less accustomed to statistical evidence, which may lead them to scrutinize methodologies more rigorously or undervalue survey findings. Additionally, the contentious history of expert evidence in Turkish legal practice can pose challenges to the acceptance of survey evidence. However the high professional standards of judges in intellectual and industrial property courts represent a significant advantage for Turkish law. Similarly, in the United States, the admissibility of survey evidence is subject to strict scrutiny under the Federal Rules of Evidence and Daubert standard. Although U.S. judges are more familiar with empirical evidence, inconsistencies in survey design or execution can still diminish evidentiary weight. Although U.S. judges are more familiar with empirical evidence, inconsistencies in survey design or execution can still diminish evidentiary weight.

In both jurisdictions, enhancing judicial familiarity with survey methodologies through specialized training can improve the evaluation and application of survey evidence in legal practice. Judges should receive specialized training on evaluating survey evidence, including understanding methodologies, assessing their adequacy, and identifying potential flaws. In-service training programs on this subject can help identify practical challenges and propose solutions, thereby improving the application of survey evidence in legal practice.

It is also important to encourage academic studies on the areas where the survey method can be applied in trademark law, the standards to be established, and its role in judicial proceedings. While there are only limited studies in Turkish law on this subject, comparative law offers numerous works examining various aspects of the issue, particularly in the U.S. context. In American trademark law, surveys are extensively studied and applied, providing a wealth of empirical research that explores their utility. Academic research in this field would inherently have a multidisciplinary nature, encompassing both intellectual property law and civil procedural law.

Survey evidence has recently started to be included as "*concrete evidence*" in the first instance court decisions. In Turkish law, a policy regarding survey evidence should be determined by utilizing the practices in the US, Germany, and Switzerland. This is because surveys will definitely take place in Turkish trademark law as evidence that is either widely used or approached cautiously.

As global markets integrate, the consistent use of empirical methods like surveys is vital for ensuring fairness in trademark disputes. Consequently, clear guidelines for survey standards will enhance the reliability of evidence, foster business confidence, and strengthen intellectual property protection across borders.

REFERENCES

- Arkan, Sabih. *Marka Hukuku Cilt: I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 6th ed., Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Azaklı Arslan, Betül. *Sınai Mülkiyet Hukukunda Tespiti Davası ve Delillerin Tespiti*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Unpublished Doctoral Thesis, Ankara, 2024.
- Becker, Ralf. *Das demoskopische Gutachten als zivilprozessuales Beweismittel*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002.
- Berger, James T./Halligan, R Mark. *Trademark Surveys: A Litigator's Guide*, Matthew Bender, 2023.
- Bilge, Mehmet Emin. "Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi", *BATİDER*, Vol. 23, No. 1, 2005, pp. 125-151.
- Borger, Michael J. "Diamonds in the Rough: A Review of Tiffany v. Costco and a Call to Apply Daubert to the Admissibility of Consumer Survey Evidence in Trademark Infringement Litigation", *Touro Law Review*, Vol. 34, No. 2, 2018, pp. 431-458.
- Brown, Katie/Brison, Natasha T./Batista Paul J. "An Empirical Examination of Consumer Survey Use In Trademark Litigation", *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, Vol. 39, No. 3, 2019, pp. 237-283.
- Büyükkılıç, Gül. *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Büyüköztürk, Şener. "Anket Geliştirme", *Türk Eğitim Bilimleri Dergisi*, Vol. 3, No. 2, 2005, pp. 133-151.
- Cengiz, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hukukuna Tecavüz*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*, 5th ed., Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Darnton, James E. "The Coming of Age of the Global Trademark: the Effect of Trips on the Well-Known Marks Exception to the Principle of Territoriality", *Michigan State International Law Review*, Vol. 20, No. 1, 2011, pp. 11-32.
- Diamond, Shari Seidman. "Reference Guide on Survey Research", in: *The Reference Manual on Scientific Evidence*, 3rd Edition, The National Academies Press, Washington, DC, 2011.

- Dirikkan, Hanife. *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Dobel, Heiko. *Verkehrsauffassung und demoskopische Gutachten im Marken- und Wettbewerbsrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2014.
- DPMA, *Richtlinie für die Prüfung von Markenmeldungen und für die Registerführung (Richtlinie Markenmeldungen)*, 2020, <https://www.dpma.de/docs/formulare/marken/w7735.pdf>.
- Draft Industrial Property Law (1/699) and Industry, Trade, Energy, Natural Resources, Information and Technology Commission Report, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c030/tbmm26030043ss0341.pdf>.
- Epçeli, Sevgi. *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Erdoğan, Ersin/Üçüncü, Sümeyye Hilal. “Bilirkişilik Kurumu Ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 10, No. 1, 2020, pp. 354-387.
- EUIPN, *Common Communication, CP12*, 2021, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/EUIPN/common_communication/cp12/common_communication_cp12_de.pdf.
- EUIPO, *Beschluss Nr. 2020-8*, Beschluss des Präsidiums über Marktstudien als Beweismittel, 2020, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/presidium_boards_appeal/Decision_2020-8_de.pdf.
- EUIPO, *Trade Mark Guidelines*, 2024, https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/guidelines/trade_mark_guidelines_track_changes_en.pdf.
- Grabrucker, Marianne. “Demoskopische Umfragen zur Verkehrsdurchsetzung in der deutschen Rechtsprechung”, *GRUR-Prax* 2016, 93-94.
- IGE, *Richtlinien in Markensachen*, 2024, https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken/Richtlinien_Marken_D_2024_01.pdf.
- Ingram, John Dwight. “The Genericide of Trademarks”, *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, Vol. 2, No. 2, 2004, pp. 154-163.
- IPO, *The Examination Guide*, 2021, <https://www.gov.uk/guidance/trade-marks-manual/the-examination-guide>.
- İmirlioğlu, Dilek. *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 2nd ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Jacob, Robin. “Anforderungen an Meinungsumfragen: Empfehlungen aus britischer Praxis”, *GRUR-Prax* 2016, 97-99.
- Kale, Serdar. *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

- Kaplan, Mikail Bora. “Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi”, *TAÜHFD*, Vol. 4, No. 2, 2022, pp. 557-585.
- Karasu, Rauf/Suluk, Cahit/Nal, Temel. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7th ed., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*, 2nd ed., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.
- Knaak, Roland. *Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts*, VCH Verlagsgesellschaft, Weinheim, 1986.
- Küçükali, Canan. *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- LaFrance, Mary. *Understanding Trademark Law*, 4th ed., Carolina Academic Press, Durham, 2020.
- Lerach, Mark. “Demoskopie im Markenrecht”, *GRUR-Prax* 2017, 137-139.
- Lindacher, Walter F. “Die gerichtliche In-Auftrag-Gabe demoskopischer Gutachten: Struktur- und Dogmatikfragen”, *GRUR* 2016, 242-245.
- Locke, Scott D. “Trade Dress in the Age of Ecommerce: the Challenge of Protecting the “Look and Feel” of Websites and Mobile Apps”, *Albany Law Journal of Science & Technology*, Vol. 27, No. 3, 2017, pp. 213-231.
- Merritt, Deborah Jones/Simmons, Ric. *Learning Evidence: From the Federal Rules to the Courtroom*, West Thomson Foundation Press, St. Paul, 2009.
- Niedermann, Anne. “Empirische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung”, *GRUR* 2006, 367-374.
- Ochoa, Tyler T./Ghosh, Shubha/LaFrance, Mary. *Understanding Intellectual Property Law*, 4th ed., Carolina Academic Press, Durham, 2020.
- Pflüger, Almut. “Rechtsdemoskopische Gutachten - Fallstricke bei der Verkehrsbefragung”, *GRUR* 2017, 992-1004.
- Pflüger, Almut/Dobel, Heiko. § 9 Rechtsdemoskopie, in: Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- Quitt, Helmut. “Einige Anmerkungen zur Praxis demoskopischer Gutachten”, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.), *Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse. Festschrift für Robert Schweizer zum 60. Geburtstag*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1999.
- Roberts, Alexandra J. “Trademark Failure to Function”, *Iowa Law Review*, Vol. 104, No. 4, 2019, pp. 1977-2054.
- Schechter, Roger E./Thomas, John R. *Principles of Trademark Law*, West Academic Publishing, St. Paul, 2021.
- Stiel, Daniel. *Die Verkehrsdurchsetzung von Marken nach § 8 Abs. 3 MarkenG unter dem Blickwinkel der Demoskopie*, Inaugural-Dissertation, Augsburg, 2015.
- Tanrıver, Süha. *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 2nd ed., Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

- Tekinalp, Ünal. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5th ed., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Thomas, Janet Shiffler. “Likelihood of Confusion Under the Lanham Act: A Question of Fact, a Question of Law, or Both?”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 73, No. 1, 1984, pp. 235-253.
- Thornburg, Robert H. “Trademark Surveys: Development of Computer-based Survey Methods”, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 4, No. 1, 2004, pp. 91-124.
- Toraman, Barış. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- TÜRKPATENT. *Guide to Proof of Use*, 2017, p. 11, <https://webim.turkpatent.gov.tr/file/d4645118-5757-46ee-9e01-fc1e0ff01b86?download>.
- TÜRKPATENT. *Principles and Practice Regarding the Well-known Level of Trademarks*, <https://webim.turkpatent.gov.tr/file/0431c6ab-660d-4355-ba8b-63b3f610b716?download>.
- TÜRKPATENT. *Trademark Examination Guide*, 2021, <https://webim.turkpatent.gov.tr/file/83c114e4-499d-4791-a98e-4d02fd1d439d?download>.
- Ulbrich, Sebastian. *Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht Empirische oder normative Feststellung?*, Inaugural-Dissertation, Aschaffenburg, 2005.
- Ünlüönen, Kurban/Battal, Ahmet/Yaylı, Ali/Yüksel, Sedat. “Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 6, No. 22, 2007, pp. 1-12.
- Vasiu, Ioana/Vasiu, Lucian. “Survey Evidence in Trademark Actions”, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, Vol. 22, No. 1, 2024, pp. 57-80.
- WIPO. *WIPO-Paris Union Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks*, 2000, <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/833/pub833.pdf>.
- Widmaier, Uli. “Use, Liability, And The Structure Of Trademark Law”, *Hofstra Law Review*, Vol. 33, No. 2, 2004, pp. 603-709.
- Yasaman, Hamdi. “Tanınmış Marka Kriterleri ve İspatı Sorunu”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vol. 1*, İstanbul, 2007, pp. 1189-1204.
- Yasaman, Hamdi/Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu Bilgin, Fülürya/Memiş Kartal, Pınar/Yüksel, Sinan H./Yasaman, Zeynep, *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Three Volumes, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, (Citation: Yasaman/Related Chapter Author).
- Zora, Fatih. *Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

“Kayıp Trilyon” Davası Sürecinin Siyasi Partilerin Mali Denetimi Perspektifinden Analizi

Fatih GÜLER ^{1*} 

¹Çanakkale 18 Mart Üniversitesi, Türkiye

İlker KARAÖNDER ^{2*} 

²Çanakkale 18 Mart Üniversitesi, Türkiye

Makale Bilgisi

ÖZET

Makale Geçmişi

Geliş: 23.09.2024

Kabul: 25.12.2024

Yayın: 28.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Refah Partisi, Siyasi partilerin mali denetimi, Anayasa Mahkemesi, Kayıp Trilyon, Kapatma.

Türk siyasal sisteminde siyasi partilerin mali denetimi görevi Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu görevi yerine getirirken ortaya koyduğu performans karara bağlanma süreleri ve yerindelik denetimi bağlamında haklı bir şekilde eleştirilmiştir. Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan “aktivist” mali denetim perspektifine 2011 yılında kabul ettiği 6111 sayılı Kanun ile cevap vermiştir. Bütün bu eleştirilere rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan siyasi partilerin mali denetimi pratiği siyasal hakların kullanılmasını ortadan kaldıracak bir seviyeye hiçbir zaman ulaşmamıştır. En azından bu durum siyasi partilerin mali denetimi görevinin görece tarafsız olarak kabul edilebilecek bir kurum olan Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülmesinin haklılığına işaret etmektedir. Refah Partisi 16 Ocak 1998 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. Refah Partisinin 1997 yılı kesinhesaplarının 18 Şubat 1998 tarihinde yayımlanan bir genel müdürlük “tebliğine” dayanılarak Maliye Bakanlığı bürokratları tarafından denetlenmesiyle başlayan ve 28 Şubat siyasi iklimi altında devam eden süreç çalışmada hukuki bir bakış açısıyla incelenmiştir. Bu çerçevede çalışmada dönemin medyası tarafından “Kayıp Trilyon Davası” olarak adlandırılan dava sürecinin öncesi, Anayasa Mahkemesinin tutumu, ceza ve hukuk davası süreci, mahkumiyet ve özel af kararı incelenmiştir.

Analysis of the “Missing Trillion” Case Process From the Perspective of Financial Audit of Political Parties

Article Info

ABSTRACT

Article History

Received: 23.09.2024

Accepted: 25.12.2024

Published: 28.12.2024

Keywords:

Welfare Party, Financial audit of political parties,

In the Turkish political system, the task of financial auditing of political parties is carried out by the Constitutional Court. The performance of the Constitutional Court in fulfilling this duty has been rightly criticized in the context of decision making times and propriety control. The legislator responded to the "activist" financial auditing perspective put forward by the Constitutional Court with the Law No. 6111 adopted in 2011. Despite all these criticisms, the practice of financial auditing of political parties put forward by the Constitutional Court has never reached a level that would eliminate the exercise of political rights. At least, this situation points to the legitimacy of



Constitutional Court,
Missing Trillion,
Closure.

the financial auditing of political parties being carried out by the Constitutional Court, an institution that can be considered relatively impartial. Welfare Party (Refah Partisi) was closed by the Constitutional Court on January 16, 1998. The process, which started with the audit of the 1997 final accounts of the Welfare Party (Refah Partisi) by the bureaucrats of the Ministry of Finance based on a general directorate "notification" published on February 18, 1998, and continued under the political climate of February 28, was examined from a legal perspective in the study. In this context, the attitude of the Constitutional Court, the criminal and civil case process, the conviction and the special amnesty decision were examined before the case process, which was called the "Lost Trillion Case" by the media of the period.

To cite this article:

Güler, F./ Karaönder, İ. (2024). “Kayıp Trilyon” Davası Sürecinin Siyasi Partilerin Mali Denetimi Perspektifinden Analizi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 837-860. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.141>

***Sorumlu Yazar:** Fatih Güler, fatih.guler@comu.edu.tr

GİRİŞ

Demokrasi açısından vazgeçilmez bir unsur olan siyasi partilerin kendilerinden beklenen faydayı ifa etmeleri açısından belli hususlarda denetime tabi tutulmaları gerekmektedir. Her bir siyasal otoritede tonu, şekli ve içeriği farklı olmakla birlikte siyasi partiler gelişmiş demokrasilerin tamamında kamu otoritesi tarafından bir şekilde denetlenmektedir. Bu denetim süreçlerinden biri de siyasi partilerin mali denetimidir. Siyasi partilerin demokratik siyasi hayat açısından arz ettiği vazgeçilmezlik niteliği siyasi partilerin mali denetimini önemli bir sorun haline getirmektedir¹. Çalışmanın temel amacı, siyasi partilerin mali denetim sürecinde, mevzuatın amacına uygun olmayan şekilde kullanılması ve anayasal hükümlerin dolaylı yollarla etkisiz hale getirilmesi nedeniyle ortaya çıkan hukuki sonuç ve sorunlara dikkat çekmektir.

Türk hukuku açısından Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülen siyasi partilerin mali denetimi süreci, siyasi partilerin gelir ve giderleri açısından kamuoyuna yönelik zorunlu bir bilgilendirme² olarak görülmekle birlikte, devlet yardımı veya üye aidatı gibi finansman kaynaklarının hukuki pozisyonuna yönelik tarafsız bir denetim süreci olarak da ifade edilmektedir³. Siyasi partiler açısından en ağır yaptırım olan siyasi partilerin kapatılması, akademik olarak ilgi gören başlıklardan biri olmasına rağmen, siyasi partilerin finansmanı ve

¹ Uzun, Cem Duran. ‘Anayasa Önerilerinde Siyasi Partilerin Finansmanı Ve Yeni Bir Öneri’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.94, 2011, s.237.

² Çelik, Özlem. ‘Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir Ve Giderlerinin Mali Denetimi’, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, 2010, s.1303.

³ Karakoç, Rıfat. ‘Türkiye’de Siyasi Partilerin Mali Denetimi, *Sayıştay Dergisi*, S.109, 2018, s.84; Güler, Fatih. ‘Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Mali Denetimi Sonucunda İçtihadı Olarak Oluşturulan Yeni Bir Karar Türü: Kabul Edilmesinin Mümkün Olmaması’, *Toplum Ekonomi ve Yönetim Dergisi*, C.2, S.1, 2021, s.36.

siyasi partilerin mali denetimi aynı düzeyde ilgi görmemektedir⁴. Bunun sebeplerinden birisinin de konunun mali ve iktisadi boyutu olması sebebiyle multidisipliner niteliği ihtiva etmesi olduğu söylenebilir. Çalışmaya konu olan ve kamuoyunda “Kayıp Trilyon Davası” olarak bilinen⁵ süreç, bir siyasi partinin kapatılmasından sonra mali denetimine ilişkin olması sebebiyle, kamuoyunda çokça tartışılmasına rağmen, akademik anlamda ilgi görmemiştir. Bu durum, özgün bir araştırma yapma isteğini harekete geçiren önemli bir etken olmuştur.

Söz konusu davaya ilişkin en kapsamlı kaynak, aynı davada sanık olarak yargılanan eski Adalet Bakanı ve Refah Partisi Genel Başkan Yardımcısı Şevket KAZAN’ın “28 Şubat Ürünü Bir Dava ile ERBAKAN Nasıl Yargılandı” isimli kitabıdır⁶. Kitap, söz konusu dava sürecini bütüncül bir şekilde, akış ve illiyet bağı içerisinde ele almasına rağmen, -her ne kadar beraat etmiş olsa da- söz konusu davada sanık olarak yargılanan sıfatını haiz birisi tarafından kaleme alınmış olması sebebiyle, ilgili kitabın tarafsız bir kaynak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer yandan kitap akademik ilke ve hassasiyetler ön planda olmadan ve daha çok dava sürecine ilişkin bilgi ve belgeleri ortaya koyma ve kamuoyunun takdirine sunma amacı güden bir çalışma olarak görülebilir.

Literatür taramasında “Kayıp Trilyon Davası” sürecini akademik bir perspektifle ele alan müstakil bir çalışmaya rastlanmadığı gibi Refah Partisinin kapatılması sürecini ele alan, siyasi partilerin kapatılmasını veya siyasi partilerin mali denetimini genel olarak inceleyen çalışmalarda da bu süreç ya hiç ele alınmamış ya da sınırlı bir şekilde ele alınmıştır⁷. Dava anayasa hukuku, seçim hukuku, siyasi partiler hukuku, ceza hukuku, infaz hukuku, icra hukuku bağlamında laboratuvar niteliği taşımaktadır. Çalışmada ilk önce “Kayıp Trilyon Davası”na kadar gelen hukuki süreç kısaca ele alındıktan sonra, konuya ilişkin hukuk ve ceza yargılaması incelenmiştir. Özellikle ceza yargılamasına bağlı hak yoksunluklarından kaynaklı anayasa hukuku, seçim hukuku ve siyasi partiler hukuku açısından davanın doğurduğu hukuki sonuçlar ortaya konmuş olup eksik kodifikasyon sürecinin can yakıcılığına işaret edilmiştir.

Çalışmanın başlığında ve buraya kadar “Kayıp Trilyon Davası” ifadesi kullanılmak durumunda kalınmıştır; zira bu dava, kamuoyunda bu isimle bilinmektedir. Okuyucunun konuya aşinalığını sağlamak amacıyla bu ifade zorunlu olarak tercih edilmiştir. Esasen “Kayıp Trilyon Davası” kavramı, 28 Şubat sürecinde Refah Partisi’nin toplumsal ve siyasal meşruiyetini zedelemek amacıyla ortaya atılmış bir tanımlamadır. Bu ifadenin, davanın sonucuna yönelik bir önyargı oluşturmak ve kamuoyunu yönlendirmek amacıyla kullanılmış olması sebebiyle, çalışmanın sonraki bölümlerinde kullanılmasından kaçınılacaktır.

⁴ Konuyu ele alan çalışmalar için bkz. Özcan, Hüseyin & Yanık, Murat. *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2011; İba, Şeref. *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024; Uzun, Cem Duran. *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.

⁵ Yıldız, Abdülkadir. ‘Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi’, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.9, S.1, 2019, s.1-20.

⁶ Kazan, Şevket. *28 Şubat Ürünü Bir Dava ile Erbakan Nasıl Yargılandı*, II.Baskı, Keşif Yayınları, Ankara, 2007

⁷ Hatipoğlu, Atakan. ‘Siyasi Partilere Hazine Yardımı: Sosyolojik Bir Değerlendirme’ *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S.41, 2019, s. 247.

I. REFAH PARTİSİNİN ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN KAPATILMASI

21.05.1997 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Refah Partisinin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde kapatma davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 16.01.1998 tarih ve E.1997/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1998/1 sayılı kararla Haşım KILIÇ ve Sacit ADALI’nın karşı oyları ile oyçokluğuyla, laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemler nedeniyle Refah Partisinin kapatılmasına karar vermiştir. Aynı kararda beyan ve eylemleri ile Refah Partisinin kapatılmasına neden olan Konya Milletvekili Necmettin ERBAKAN, Kocaeli Milletvekili Şevket KAZAN, Ankara Milletvekili Ahmet TEKDAL, Rize Milletvekili Şevki YILMAZ, Ankara Milletvekili Hasan Hüseyin CEYLAN ve Şanlıurfa Milletvekili İ. Halil ÇELİK’in milletvekilliklerinin sona ermesine ve beş yıl süre ile bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacaklarına, Şükrü KARATEPE’nin de beş yıl süre ile bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacağına hükmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen siyasi parti kapatma davaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gündemine gelebilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Refah Partisinin kapatılmasına ilişkin 13.03.2003 tarihinde verdiği kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık tespit etmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasi partilere ilişkin başvuruların çoğunda hak ihlali tespiti yaparken, Refah Partisi davasında bu yönde bir ihlal bulunmadığı sonucuna varmıştır⁸.

II. ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN KAPATILAN SİYASİ PARTİLERİN MALİ DENETİMİ SORUNU

1961 Anayasası, siyasi partilerin mali denetimi görevini Anayasa Mahkemesine vermiştir. Ancak, konuyla ilgili 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nda gerekli düzenlemelerin gecikmeli yapılması ve mali denetim kavramının yeni bir alan olması nedeniyle, siyasi partilerin mali denetimi Türk anayasal sisteminde ancak 1983 sonrasında düzenli bir yapıya kavuşmuştur.⁹ Anayasa Mahkemesinin bu görevi yerine getirirken ortaya koyduğu pratik, farklı zamanlarda ve farklı gerekçelerle öneri ve eleştirilere konu olmuştur¹⁰. Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konan “aktivist” mali denetim perspektifine 2011 yılında kabul ettiği 6111 sayılı Kanun ile cevap vermiştir. Bu değişiklikten sonra siyasi partilerin mali denetimine ilişkin durum denetimden daha çok raporlama benzeri bir süreç evrilmiştir¹¹. Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin mali denetimine ilişkin pratiği, ilk önce çok kısıtlayıcı olması, sonrasında da raporlama benzeri bir yapıya dönüşmesi sebebiyle haklı olarak eleştirilse de bu pratik hiçbir dönemde bir siyasi partinin siyasi hakların kullanılmasını

⁸ Güler, Fatih. ‘Siyasi Parti Kapatma Davalarında AİHM Kararı Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesini Yeniden Düşünmek’, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.2, 2021, s.374.

⁹ Gençkaya, Ömer Faruk. *Devletleşen Partiler Türkiye’de Siyasi Partilerin Başlıca Gelir Kaynakları 1983-1998*, ANSAV Ankara, 2002.

¹⁰ Abdülhakimoğulları, Erdal. ‘Türkiye’de Siyasi Partilere Yapılan Devlet Yardımı ve Siyasi Partilerin Mali Denetimi’, *Liberal Düşünce Dergisi*, S.27, 2002, s.178-179; Mehter, Hamdi. ‘Siyasî Partilerin Mali Denetimi’, *Anayasa Yargısı*, C. 8, 1991, s. 460-468.

¹¹ Güler, Fatih. ‘AİHM İçtihadı Ve 6111 Sayılı Kanun Işığında Siyasi Partilerin Mali Denetimi’, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2022, s.13.

engelleyici bir seviyeye ulaşmamıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasi partilerin mali denetiminin nasıl yapılacağına dair 2820 sayılı Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, siyasi partilerin mali denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasının, partilere hukuki güvence sağladığı kabul edilmektedir. Öte yandan, demokrasinin sağlıklı işlemesi açısından, siyasi partilerin gelir ve giderlerinin Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulmasının ve sonuçlarının kamuoyuyla paylaşılmasının da önemli bir fayda sağladığı görülmektedir. Bu çerçevede, kapatılmış siyasi partilerin dahi mali denetimlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması gerekmektedir.

Esasen Anayasa Mahkemesinin önceki dönemdeki içtihatları da bu yöndedir. Gerçekten de Milliyetçi Demokrasi Partisinin 1983 yılı kesinhesabının incelenmesine ilişkin 04/11/1988 tarih ve 1984/4 E. 1988/6 K. sayılı kararında Anayasa Mahkemesi *“partinin kapanmış olmasının, kapanmadan önceki döneme ait hesaplar üzerinde Anayasa Mahkemesince yapılacak mali denetime engel teşkil etmeyeceğini”* işaret etmiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi zaman içerisinde bu içtihat ve tutumunda değişikliğe giderek kapatılan siyasi partilerin mali denetimlerini yapmamış ve dosyaları işleminden kaldırmıştır. Örneğin Anayasa Mahkemesinin 22.6.2001 tarih ve E:1999/2 (Siyasî Parti Kapatma), K:2001/2 sayılı kararıyla kapatılan Fazilet Partisinin 2000 yılına ilişkin mali denetim dosyasının işleminden kaldırılmasına yaklaşık yedi yıl sonra 12.02.2008 tarihinde karar verilmiştir. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin 4.2.1997 tarih ve E.1996/1 (Siyasî Parti Kapatma), K.1997/1 sayılı kararıyla kapatılan Emek Partisinin 1997 yılına ilişkin mali denetim dosyasının işleminden kaldırılmasına 20.07.1998 tarihinde karar verilmiştir.

Burada uygulamaya ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorun kapatılan siyasi partilerin kapatıldıkları yıl ve bu yıldan önceki mali denetimlerinin yapılmasına yöneliktir. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin mali denetim kararlarını yayınlanmasına ilişkin azami bir süre bulunmamaktadır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi mali denetimleri çok uzun sürelerde (beş yıl ve üstü) karara bağlayabilmektedir. Bu çerçevede kapatılan bir siyasi partinin örneğin beş yıl sonra temsilcilerini bulmak konusunda fiili imkânsızlık söz konusu olabilmektedir. Bu durum Refah Partisi özelinde bir sorun olmayıp, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan birçok siyasi partinin kapatılmasından önceki birçok yıla ilişkin mali denetimi yapıl(a)mamıştır. Bu durumun temel sebebi gerek anayasada gerekse 2820 sayılı Kanun da azami bir mali denetim süresinin öngörülmemiş olmasıdır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin kapatılmış siyasi partilerin mali denetimine ilişkin işleminden kaldırma kararlarına bakıldığında siyasi partilerin kapatılmış olması sebebiyle yasal temsilci bulunamaması durumuna zımni bir atıf yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi 08/01/2008 tarih ve E.2003/1, (Değişik İşler) K.2008/2 sayılı, E.2003/2, (Değişik İşler) K.2008/3 sayılı, E.2003/6, (Değişik İşler) K.2008/4 sayılı kararlarında, kapatıldıktan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hak ihlali kararının ardından yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin başvurularda kapatılan siyasi partinin genel başkanını, genel sekreterini yasal temsilci olarak kabul ettiği görülmektedir.

Bütüncül olarak değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasi

partilerin hukuki varlıkları sona ermiş olsa da kapatılma sürecinden önceki mali işlemlerinin denetimi anayasal güvence altındadır. Anayasa Mahkemesi’nin bu denetimle ilgili eylemsizlik göstermesi ise giderek artan bir şekilde hukuki sonuçlar doğuran bir süreci başlatmıştır. Zira Anayasa Mahkemesi, kapatılan siyasi partilerin mali denetimlerini yapmış olsa idi aşağıda ayrıntılı bir şekilde izah edilecek olan “tebliğ düzeyinde” bir hukuki normun yürütme organı tarafından yürürlüğe konması söz konusu olamazdı.

III. KAPATILAN SİYASİ PARTİLERİN MALİ DENETİMİNE İLİŞKİN MİLLİ EMLAK GENEL TEBLİĞİ

Yukarıda kapatılmış olsa da siyasi partilerin mali denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması gerekliliğine işaret edilmiştir. Bununla birlikte 2820 sayılı Kanunun 107. maddesi, siyasi partilerin kapatılması sürecinin Bakanlar Kurulu tarafından yürütülmesini öngörmüştür. Bu sistematik esasen siyasi partilerin kapatılması davasını açan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ve siyasi partilerin kapatılması davasını karara bağlayan Anayasa Mahkemesinin taşra teşkilatının olmamasından ve her ikisinin de yargısal nitelik arz eden görevleri haiz olmasından kaynaklı olduğu düşünülebilir. Buna rağmen siyasi partilerin kapatılması süreci gibi salt siyasi nitelikteki bir sürecin Bakanlar Kurulunun yetkisine bırakılması, asli kurucu iktidarın siyasi partilerin kapatılması ve mali denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması noktasındaki tercihten sapma ve aykırılık teşkil eder niteliktedir.

Yasa koyucunun 1983 yılında göz ardı ettiği husus Refah Partisinin kapatılması sürecinden hemen sonra kendisini göstermiştir. Gerçekten de Refah Partisinin kapatılmasından hemen bir ay sonra 18 Şubat 1998 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve “2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa göre Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasına karar verilen siyasi partinin Hazineye geçen malvarlığının tasfiyesi ile ilgili yapılacak işlemleri” kapsayan 235 Sıra No.’lu Milli Emlak Genel Tebliğinin ikinci maddesiyle teşekkül eden tespit komisyonlarınca “*fili durumun kayıt ve belgelere uygunluğunu, partinin tüm hesaplarını, alacak ve borç iddialarını incelemek, malvarlığına dahil edilmesi gereken mal, hak ve alacaklarını araştırmak, değerlendiren sonuçunu rapora bağlamak üzere her il merkezinde bir inceleme grubu kurulmasına*” yönelik hüküm siyasi partinin faal olduğu dönemdeki kesin hesaplarının Anayasa Mahkemesi tarafından değil de yürütme organına bağlı kurullar tarafından denetlenmesi sonucunu doğurması yönünden açıkça anayasaya aykırı olup halen mer’i durumda olması da oldukça düşündürücüdür.

Genelge marifetiyle bir an için böyle bir kurul teşekkül etse bile bu kurulların temel görevinin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak denetime ilişkin raportörlük yapmak seviyesini geçmeden ve esasa girmeden usuli nitelikte olması gerekir. Zira aşağıda görüleceği üzere gerek ceza davası gerekse de hukuk davası sürecinin temel hareket noktası bu tebliğe dayanarak yapılan denetimler neticesinde elde edildiği iddia edilen delillere dayandırılmaktadır.

IV. CEZA DAVASI SÜRECİ

Refah Partisi Genel Başkanı Necmettin ERBAKAN ile beraber 78 diğer sanığın ceza muhakemesi süreci; Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı nezdindeki soruşturma, görevsiz Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesi ve Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesindeki kovuşturma ve Yargıtay 11. Ceza Dairesindeki temyiz süreçleri olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenmiştir. Söz konusu muhakeme sürecinin hukuki değerlendirmesi yapılırken de mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) dikkate alınmış ve Yargıtay 11.Ceza Dairesinin karar tarihinden (21.11.2003) önceki emsal Yargıtay kararları kullanılmıştır.

A. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca Yürütülen Soruşturma

Necmettin ERBAKAN ile beraber toplam 79 sanığın bulunduğu ceza muhakemesi süreci, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına sunmuş olduğu suç duyurusu ile başlamıştır. Bu suç duyurusu, Refah Partisi üst düzey yöneticilerinin partilerinin kapatılması halinde Siyasi Partiler Kanununun 107’inci maddesi gereğince mal varlıklarının hazineye geçmemesini temin için sahte belgeler kullandıkları, bu eylemelere il teşkilatlarını da alet ettikleri, il teşkilatlarına gönderilmiş gibi gösterilen yaklaşık “1 Trilyon Liranın” gerçekte gönderilmediği iddiaları üzerine bina edilmiştir¹².

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının suç duyurusuna karşı ilk hukuki tepkinin, parti hesaplarını inceleme yetkisinin Anayasa Mahkemesine ait olduğu iddiasını ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca takipsizlik kararı verilerek dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesi talebini içeren şüpheli müdafii dilekçeleri olduğu görülmektedir¹³. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ulusal basına da yansıyan suç duyurusu metninde geçen “*Partililerin Cumhuriyet tarihimizin en büyük sahtekarlar çetesi gibi çalıştıkları açıklıkla anlaşılmaktadır*”¹⁴, gibi cümlelerin, masumiyet karinesine aykırı olduğu ve devlet adabına yakışmadığı eleştirileri bir kenara bırakılarak, konu Anayasa Mahkemesi ile adli yargının görev alanları çerçevesinde hukuki bakımdan inceleme altına alınabilir.

Siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun denetiminin, mülga 2949 Sayılı Kanunun 18/5 maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisinde olduğu açıktır. Ancak ortada Türk Ceza Kanunu kapsamına giren bir suç iddiası bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatı haricinde ceza yargılaması yapma görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Bu görev adli yargıya ait olup, o dönemde yürürlükte bulunan 1412 Sayılı CMUK’un 153/1 maddesi gereğince (CMK krş, md.160/1), Cumhuriyet Başsavcısı, suç isnadından haberdar olduğu andan itibaren kamu davası açılmasına gerek olup olmadığını araştırmaya mecburdur. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinden önce gelen ve soruşturmaya başlama/araştırma mecburiyeti ilkesi¹⁵ adı verilen ilke üzerine bina edilen CMUK 153/1 maddesi, Cumhuriyet Savcısını ihbar üzerine işin hakikatini araştırmaya zorunlu

¹² Milliyet Gazetesi. “Savaş: RP Sahtekarlık Çetesi” (26.08.1998), Erişim Tarihi: 10.08.2024

¹³ Kazan, s. 44

¹⁴ Milliyet Gazetesi. “Savaş: RP Sahtekarlık Çetesi” (26.08.1998).

¹⁵ Özen, Mustafa. ‘Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi’, *Ankara Barosu Dergisi*, C.67, S.3,2009, s.19

kılmaktadır. Dolayısıyla, siyasi partilerin mali denetimlerinin Anayasa Mahkemesince yapılacağına yönelik kanun hükmünün, başlı başına Cumhuriyet Başsavcısının takibata yer olmadığına dair karar (CMUK, md.164, CMK, md. 172) vermesini gerektirmeyeceği söylenebilir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken esas husus, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan suç duyurusu üzerine, Başsavcılığın soruşturma kapsamında yeterli araştırmayı yapıp yapmadığı ve kamu davası açmaya mecbur olup olmadığı sorusudur. Bu sorunun cevabını verebilmek için, öncelikle yargılama sürecinin yaşandığı zaman diliminde, Türk Ceza Muhakemesi uygulamasını ana hatları ile de olsa incelemek gerekir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının suç duyurusu üzerine ceza soruşturmasına başlayan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının, suç duyurusunda adı geçen bazı şüphelilerin ifadelerinin alınmasıyla yetinip, başkaca inceleme yapmadan iddianame tanzim ettiği iddia edilmektedir¹⁶. 1412 Sayılı CMUK’un 163/1 maddesi, Cumhuriyet Savcısı, soruşturma aşamasında toplanan delillerin kamu davası açılmasına yeterli olması halinde iddianame tanzim ederek kamu davası açılmasını düzenlemektedir. Benzer şekilde 5271 Sayılı CMK’nın 170/2 maddesi de, kamu davasının açılabilmesini, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin bulunması koşuluna bağlamıştır. Buna göre Türk Hukukunun, kamu davasının açılabilmesi için suçun işlendiği yönünde yeterli şüphenin bulunmasını aradığı söylenebilir. Doktrinde yeterli şüphe ölçütünün, soruşturmanın başlatılması için yeterli olan basit şüphe olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmekle birlikte¹⁷, bu hususa, iddianamede bulunması gerekli olan hususların gösterildiği, 1412 Sayılı CMUK’un 163/2 maddesinde de işaret edilmiştir. Söz konusu fıkra göre, şüpheliye isnat edilen suçun neden ibaret olduğunun, suçun kanuni unsurlarıyla uygulanması gereken kanun maddelerinin ve delillerin iddianamede gösterilmesi gereklidir.

Bu genel bilgiler doğrultusunda, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanan ve çalışmanın konusunu teşkil eden iddianamenin 1412 Sayılı CMUK açısından değerlendirmesine geçmeden önce, 5271 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Türkiye’de savcılık kurumuna yönelik eleştirilere de değinmekte fayda vardır. Söz konusu dönemde kamu davalarının yeterli şüpheye ulaşmadan açılmasının, uygulamaya yönelik eleştirilerin odak noktalarından birisi olduğu ifade edilebilir. Hatta bu husus, 1412 Sayılı CMUK’un yürürlükten kaldırılarak, 5271 Sayılı CMK’nın yürürlüğe girme nedenleri arasında sayılmıştır. Zira, ceza mahkemeleri önüne giden davalarda yüksek beraat oranı (%30) olgusundan hareketle, davaların olgunlaşmadan ve soruşturmada yeterli delil, iz, eser ve emareler toplanmadan basit şüpheler üzerinden açılması, 5271 sayılı CMK’nın gerekçeleri arasında yer almıştır¹⁸. Özellikle 1985 sonrası dönemde savcılık kurumunun, lehe ve aleyhe

¹⁶ Kazan, s. 44

¹⁷ Gökcen, Hasan. ‘Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi Ve Yargıtay Uygulaması’, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2012, s.197

¹⁸ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu. 2003, s. 79,

delilleri toplamak, yeterli şüpheye ulaşıldığında kanunda sayılan tüm unsurları içeren bir iddianame hazırlayarak dava açmak şeklinde sıralanan görevlerini tam olarak yerine getirmekten uzaklaştığı¹⁹ doktrinde ifade edilmiştir. Tüm bunlar çerçevesinde, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 79 şüpheli hakkında hazırlamış olduğu iddianameyi, 1412 Sayılı CMUK hükümleri ile birlikte, o dönemde ceza soruşturmaları uygulamasından kaynaklanan sorunları da göz önüne alarak değerlendirmek gereklidir.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanan iddianamenin sevk maddeleri, 765 Sayılı TCK’nın 345’inci (Hususi evrakta sahtecilik) ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununun 113’üncü maddeleridir. Kamu davası Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesinde açılmışsa da iddianamede genel anlam ifade eden sözcüklerin kullanılması ve delillerin kişiselleştirilip somutlaştırılmaması gerekçeleriyle, Mahkemenin iddianamenin tavzihini Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından talep ettiği görülmektedir²⁰. Bu durum, Cumhuriyet Başsavcılığınca yeterli araştırmanın yapılmadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Zira, 1412 Sayılı CMUK’un 163/2 maddesi hükmüne göre, suçun kanuni unsurlarıyla uygulanması gereken kanun maddeleri ile deliller iddianamede gösterilmelidir. Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesinin tavzih kararından yola çıkarak, iddianamede gösterilen deliller ile şüpheliler arasında bağlantının kurulmadığı, atılı suçlamaların da kanuni unsurlar analiz edilerek her bir şüpheli açısından suçun oluştuğu noktasında CMUK’un 161/1 maddesinin aradığı yeterli şüpheye ulaşılamadığı sonucuna ulaşılabilir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında ve 5271 sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Türkiye’de savcılık kurumuna yöneltilen eleştiriler de göz önünde bulundurulduğunda, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı’nın, yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan suç duyurusu metnini iddianamesine dayanak yapmakla yetindiği ve derinlemesine bir araştırma yapmaktan kaçınarak suç teşkil eden somut eylemleri göstermekte yetersiz kaldığı söylenebilir.

B. Kovuşturma Aşaması

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının, 18. Asliye Ceza Mahkemesinin iddianamenin tavzihine yönelik kararına Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz ettiği ve itirazın kabul edilerek, dosyasının tekrar Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesine gönderildiği görülmektedir²¹. Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesinin bu kararı, henüz “İddianamenin iadesi” adı altında bir düzenlemenin Türk ceza muhakemesi hukukuna dahil olmaması nedeniyle olağan bir süreç olarak kabul edilmelidir. İddianamenin iadesi, 5271 Sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesi ile işlerlik kazanmış bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır (CMK, md. 174). Dolayısıyla, Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesinin tavzih kararının iddianamenin iadesi şeklinde değerlendirme olanağı bulunmamaktadır.

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, Erişim Tarihi: 10.08.2024

¹⁹ Karakurt, Ahu. ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi’, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8-9, S.8-9-10-11, 2009, s. 77

²⁰ Kazan, s. 45

²¹ Kazan, s. 46

Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesi, tekrar önüne gelen dosyada, iddianame kapsamındaki atılı suçlamaların 765 Sayılı TCK’nın 504’üncü maddesine taalluk ettiği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Mahkemenin bu kararı da görevli mahkemenin Anayasa’nın 69/3 ve 2820 Sayılı Kanunun 74-77’üncü maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi olduğu gerekçesiyle eleştirilse de²², bu itiraz hukuki mesnetten yoksundur. Yukarıda da bahsi geçtiği üzere, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatı haricinde ceza yargılaması yapma görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Burada ise, -her ne kadar eksik bir soruşturmaya dayanıyor olsa da- bir suç isnadı bulunmaktadır. TCK kapsamında bulunan suç iddialarının yargılamasının adli yargıda görülmesi gerekir.

Ankara 18. Asliye Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine dava, Ankara 9.Ağır Ceza Mahkemesinde görülmeye başlanmıştır. 08.12.1999-06.03.2002 tarihleri arasında toplam 28 celse devam eden bu yargılamanın bir çok yönden eleştirildiği görülmektedir²³. Ceza muhakemesi usulü ile ilgili olan tüm bu itirazların çalışma kapsamında değerlendirme olanağı bulunmamaktadır. Ancak, ceza yargılamasının başlamasına neden olan ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanmış suç duyurusunun temel noktasını oluşturan, Refah Partisinin mal varlıklarının hazineye geçmemesini temin için sahte belgeler kullanıldığı ve il teşkilatlarına gönderilmiş gibi gösterilen yaklaşık 1 Trilyon Liranın gerçekte gönderilmediği iddiasının²⁴, somut ve şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlanıp ispatlanamadığı üzerinde durmak gerekir. Esasen bu noktada iki soru ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, adli yargının, bir siyasi partinin harcamalarının 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununa uygun olup olmadığını inceleme ve değerlendirme yetkisi bulunmakta mıdır? sorusudur. İkincisi ise, ceza mahkemesi hükmünün kurulduğu “özel evrakta sahtecilik” suçlaması, ceza yargılaması sürecinde şüphe ortadan kalkacak şekilde ispatlanabilmiş midir?

Birinci sorunun cevabının mülga 2949 Sayılı Kanun ile 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununda aranması gerekir. 2820 Sayılı Kanunun 70/1 maddesi, siyasi partilerin giderlerinin amaçlarına aykırı olamayacağını hüküm altına almıştır. Yine 2820 Sayılı Kanun uyarınca, siyasi partilerin kuruldukları andan kapanmaları veya kapatılmalarına kadarki evrede, mali işlem ve eylemlerinin denetimi Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır²⁵. Dolayısıyla adli yargının, bir siyasi partinin giderlerinin o partinin amaçları doğrultusunda gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme yetkisi bulunmadığı ortadadır. Bu hususa, Ankara 9.Ağır Ceza Mahkemesinin 06/03/2002 tarihli ve 1998/271 E.2002/43 K. sayılı kararında bir üyenin muhalefet şerhinde de temas edildiği görülmektedir. Söz konusu muhalefet şerhinde, harcamaların siyasi partilerin amacına uygun olup olmadığı yönünde adli yargının yetkili olmadığı, mahkemenin sadece sahte belge ile gelir ve giderlerin yapılmış gibi gösterilip gösterilmediğini yargılamakla sınırlı kalması gerektiği, hangi harcamaların geçerli olup olmadığını denetleyerek Anayasa Mahkemesinin yerine geçmemek zorunda olduğu belirtilmiştir²⁶. Bu noktada, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin, hükme esas alınmayan/alınmaması gereken bir konuda, neden böyle bir inceleme yapma gereği duyduğu

²² Kazan, s. 46

²³ Kazan, Şevket. *28 Şubat Ürünü Bir Dava ile Erbakan Nasıl Yargılandı*, II.Baskı, Keşif Yayınları, Ankara, 2007

²⁴ Milliyet Gazetesi. “Savaş: RP Sahtekarlık Çetesi” (26.08.1998).

²⁵ Mehter, Hamdi. “Siyasî Partilerin Mali Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 8, 1991, s. 443

²⁶ Ankara 9.Ağır Ceza Mahkemesi, 06/03/2002 tarih ve E.1998/271 K.2002/43 K. Sayılı Kararı

üzerinde durmak gerekir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının suç duyurusu metninde geçen, Siyasi Partiler Kanununun 107. maddesi gereğince mal varlıklarının hazineye geçmemesini temin için sahte belgeler kullandıkları²⁷ ibaresi ile, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 06/03/2002 tarihli ve 1998/271 E.2002/43 K. Sayılı kararı ve gerekçesindeki, “Refah Partisi yöneticilerinin Anayasa Mahkemesi’nde açılan davada partilerinin kapatılacağı endişesine kapılarak” ibaresi arasındaki benzerlik dikkat çekicidir²⁸. Bu benzerlikten yola çıkarak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında hasıl olan kanaatin yerel mahkemeye aynen yansımış olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu kanaatin ve ön kabulün de 765 Sayılı TCK’nın 345’inci maddesi gereğince tesis edilen hükmün gerekçesini oluşturduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla ceza mahkemesinin, partinin amacı dışında harcama yapılması olgusunu özel evrakta sahtecilik iddiasıyla irtibatlandırarak, hükmün gerekçesini kuvvetlendirmek amacıyla, Refah Partisinin harcamalarını incelemek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Bu mantıksal çıkarım, özel evrakta sahtecilik yönünden değerlendirmenin ikinci plana atılmasına neden olmuş ve bir çok usuli eksikliğe neden olmuştur.

Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinde gerçekleşen yargılamadaki önemli nokta, “Özel evrakta sahtecilik (765 Sayılı TCK, md.345) iddiasının şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlanıp ispatlanmadığı sorunudur. Çalışmanın bu aşamasında, ceza yargılaması aşamasındaki tüm usuli işlemlerin değerlendirmesi çalışmanın hacmini aşacağından, önemli görülen bazı hususlar incelemekle yetinilmiştir. Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi hükmüne esas alınan kanaat, “1997 yılı içerisinde 864.300.000.000 TL’nin il teşkilatlarına gerçekte para verilmediği halde sahte olarak düzenlenen Refah Partisi gelir makbuzu mukabilinde parti il başkanları ve il muhasiplerine imzalatırlamak suretiyle, bir kısım da sahte imza ile tanzim edilen bu gelir makbuzlarıyla para verilmiş gibi gösterilmesi” şeklinde ortaya çıkmaktadır²⁹.

Yargılama sonucunda Mahkemenin ulaştığı bu neticenin gerekçesi ise, yukarıda bahsi geçtiği üzere, partinin kapatılacağı endişesi olarak hükme yansımıştır. Geriye kalan, 765 Sayılı TCK’nın 345’inci maddesi temelindeki tali neticelerin bu ana kanaat üzerine bina edildiği izlenimi doğmaktadır. Bu noktada, Refah Partisi genel merkezi tarafından doğrudan yapılan harcamalarla ilgili ibraz edilen faturaları düzenleyen şirketlerin hayali şirketler oldukları sonucu ile bazı illerde derlenen faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge niteliğinde olduğu kanaati³⁰ önem arz etmektedir. Zira, mahkemenin topladığı delillerle 765 Sayılı TCK’nın 345’inci maddesi bağlamında ulaşmaya çalıştığı neticenin bu iki husus olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki olan, ibraz edilen faturaları düzenleyen şirketlerin hayali şirketler olduğu savının ceza mahkemesince yeteri kadar incelenmediği görülmektedir. Yukarıda da temas edildiği üzere, adli yargının siyasi partilerin harcamalarını denetleme ve sorgulama yetkisi bulunmamaktadır. Ancak konuya, 765 Sayılı TCK’nın 345’inci maddesinde düzenleme altına alınan “özel evrakta sahtecilik suçu” noktasından bakıldığında, ibraz edilen faturaların sahte olup olmadığının anlaşılabilmesi için, söz konusu faturaları düzenleyen şirketlerin gerçekte var olup olmadıklarının araştırılması gerekir. Bu şirketlerin hayali olduğu iddia edilmişse de herhangi bir ticaret veya imalat faaliyeti yürütmediklerinin tespit

²⁷ Milliyet Gazetesi. “Savaş: RP Sahtekarlık Çetesi” (26.08.1998).

²⁸ Kazan, s. 123, 145

²⁹ Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 06/03/2002 tarih ve E.1998/271 K.2002/43 K. Sayılı Kararı

³⁰ Kazan, s. 123, 147

edilememesi durumunda, şüpheden sanığın yararlanması gerektiği değerlendirilmelidir. Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi’nin hükmüne esas aldığı bir diğer kanaat olan, bazı illerde toplanan faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge niteliğinde olup olmadığı olgusunun da şüpheyi tamamen ortadan kaldıracak ölçüde ispatlanmış olup olmadığını sorgulamayı gerektirir. Sahte belge, gerçekte hiç yapılmamış bir işlemi yansıtan belgeyi ifade etmekte; yanıltıcı belge ise, yapılan bir fiilin aslına uygun bir şekilde belgede belirtilmeme durumunu ifade eder³¹. Özel belgeler arasında sayılan faturanın³², sahteliği veya yanıltıcı niteliği ile ilgili bir iddiada suçun tüm unsurlarının her bir fatura açısından ayrı ayrı analiz edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Sahtecilik suçlarının maddi konusunu belge teşkil ettiğine göre³³, öncelikle yargılama konusu belgelerin sahtelik ve yanıltıcılık bakımlarından incelenmesi gerekmektedir. Bunun yanında suçun maddi unsurlarının değerlendirilmesi de önem arz etmektedir. Dönemin Yargıtay uygulamasında da suça konu belgenin nerede, ne zaman ve ne şekilde kullanıldığı tartışılmadan karar verilmesinin bozma sebebi sayıldığı görülmektedir.³⁴ Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğuna kanaat getirdiği faturalarla ilgili bu yönde bir inceleme yapmadığı anlaşılmaktadır.

Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinde gerçekleştirilen yargılama neticesinde verilen hükümde, Refah Partisi Genel Merkezince düzenlenen gelir makbuzlarının sahte olduğuna da kanaat getirildiği, bu kanaatin de bazı il başkanları ile harcama belgesi düzenleyen kişilerin beyanları ve grafoloji raporları ile delillendirildiği görülmekte ise de³⁵, söz konusu beyan ve raporların hükme yeterli birer kanıt özelliği taşıyıp taşımadıklarının tartışmalı olduğu düşünülmektedir. Zira, grafolojik bakımdan incelenen parti gelir makbuzlarında sanıkların eli ürünü olmadığı tespit edilen imzaların, şüphenin yenilmesine yetmeyecek şekilde, genel toplam içerisindeki oranının oldukça düşük olduğu anlaşılmaktadır³⁶. Yine, karar metnindeki “bazı il başkanları” ibaresi, başlı başına bünyesinde şüpheyi ortaya koyar nitelikte bir ibare olarak ortaya çıkmaktadır.

Netice olarak, özel evrakta sahtecilik bakımından (765 Sayılı TCK md.345) şüpheyi bütünüyle ortadan kaldırmayan bu yargılama süreci sonucunda verilen hükmün, 1997 yılı içerisinde 864.300.000.000 TL’nin il teşkilatlarına dağıtılmış gibi gösterildiğine yönelik ön kabule dayandığı değerlendirilebilir. Esasen bu husus, mahkemenin hüküm metnine de “böylesi yüksek bir rakamın Genel Başkanın rızası veya bilgisi dışında harcanması da aklın mantığın ve hukukun kabul edebileceği bir husus değildir” cümlesi ile doğrudan yansımıştır³⁷.

C. Temyiz Aşaması

³¹ Öztürk, Işık. Türk Vergi Hukukunda Vergi Kaybına Neden Olan Suçlar ve Cezaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 1987, s. 56

³² Gökcan, Hasan Tahsin. “Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207)”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2012, s. 197

³³ Yargıtay 6. Ceza Dairesi., 9.11.1981 tarih ve 1981/6282 E., 1981/7084 K.

³⁴ Bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi D., 13.11.1992 tarih ve 6047/7726 K., Y. 6.C. D., 14.10.1999 tarih ve E: 1999/5537, K: 1999/5744

³⁵ Kazan, s. 123,147

³⁶ Kazan, s. 300,301,302

³⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem:23, Yasama Yılı: 2, C.2, 1’inci Birleşim, 1 Ekim 2007, s. 162

Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 1998/271 E. Sayılı dosyasının, 06/03/2022 tarihli ve 2002/43 K. Sayılı kararının temyiz incelemesi, Yargıtay 11. Ceza Dairesince gerçekleştirilmiş Dairenin 21.11.2003 tarih ve 2003/2433 E. 2003/8520 K. Sayılı kararı ile yerel mahkemenin kararı onanmıştır. Çalışma kapsamı dahilinde, Yargıtay 11. Ceza Dairesinin onama kararındaki iki husus değerlendirilecektir. Bunlardan ilki, siyasi partilerin tüzel kişi olarak hesaplarının incelenmesinin Anayasa Mahkemesine ait olsa da bu denetimin parti sorumlularının suç oluşturan fiillerini kapsamaması, diğeri ise esasa yönelik temyiz sebeplerinin reddi ile suç vasfının tayini ve cezanın tertibinde isabetsizlik bulunmamasıdır.³⁸

Yukarıda da bahsedildiği gibi, siyasi partilerin mali denetiminde tek yetkili merciin Anayasa Mahkemesi olduğu ve adli yargının böyle bir yetkisinin olmadığı hususlarında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak, bir siyasi partinin harcamalarıyla ilgili bir suç iddiası ortaya çıktığında, bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması konusunda yetki Anayasa Mahkemesinde değil, adli yargı makamlarındadır. Dolayısıyla Yargıtay 11. Ceza Dairesinin, yargılama yetkisinin adli yargıda olduğuna yönelik kararında bir isabetsizlik yoktur. Bununla birlikte, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin yargılama konusu özel evrakta sahtecilik suçunun işlendiğinin sabit olduğunu göstermek adına, Refah Partisinin harcamalarının yerindeliliğini de sorguladığı görülmektedir. Bu noktada, yerel mahkemenin harcamaların yerindeliliğine yönelik değerlendirmeyi bir ispat vasıtası olarak kullandığı değerlendirilebilir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin çalışma kapsamında üzerinde durulan diğer kararı, esasa yönelik temyiz sebeplerinin reddi ile suç vasfının tayini ve cezanın tertibinde isabetsizlik bulunmamasına yönelik karardır. Bu noktada temyiz merciinin de Refah Partisine verilen hazine yardımının parti il teşkilatlarına dağıtılmış gibi gösterildiğine kanaat getirdiği ve bu savın yerel mahkemede maddi delillerle ispatlandığına hükmettiği anlaşılmaktadır.

Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesince toplanan ve yukarıda özel evrakta sahtecilik suçunun işlendiğinin sabit olması bakımından eksik olduğunu düşünülen delillerin Yargıtayca yeterli görülmüş olması eleştiriye açıktır. Öncelikle yargılama konusu olan her bir özel evrağın sahteliği ile ilgili şüpheyi bütünüyle ortadan kaldıracak ölçüde teknik incelemenin yaptırılmadığı görülmektedir. Bunun yanında yargılamaya konu olay, “kullanma” şartı bakımından da yeterli düzeyde delillendirilmemiştir. Zira kullanma, resmi evrakta sahtecilik ile hususi evrakta sahtecilik arasındaki farklardan birisi olarak ortaya çıkmakta, resmi evrakta sahtekarlığın tamamlanması ile suç tekemmül ederken, hususi evrakta sahtecilik suçunun tekemmül etmesi için kullanma aranmaktadır³⁹. Bu noktada özel evrakın iğfal kabiliyetlerinin tespiti akabinde, söz konusu evrakın kullanma yönünden ayrıntılı değerlendirilmesinin yapılarak, bu değerlendirmenin maddi delillerle desteklenmesi şüphenin yenilmesi açısından önem arz etmektedir. Yerel mahkemedeki yargılamada mevcut bulunan bu eksikliklerin esasa etkili olduğu ve temyizen bozmayı gerektirdiği düşünülmektedir. Zira, yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinde gerçekleştirilen yargılama sürecinde, sanıklar üzerine atılı suçlamalar açısından, *-her ne kadar eleştiriye açık olsa da-*, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında hasıl olan yeterli şüphenin yenilemediği anlaşılmaktadır. Bu

³⁸ Kazan, s. 224,225

³⁹ Erem, Faruk. *Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Cilt:2, Ajan Türk Bilim Yayınları, Ankara, 1968, s. 55

noktada devreye, şüpheden sanık yararlanır ilkesi girmektedir. Kaynağı masumiyet karinesi olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesini uygulayan ceza mahkemelerinin, sanığın suçlu olduğu konusunda şüpheyi giderememesi durumunda, delil yetersizliğinden sanığın beraatına karar vermesi gerektiğinden⁴⁰, temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay 11. Ceza Mahkemesinin çalışma kapsamında inceleme altına alınan kararı eleştiriye açıktır.

V. HUKUK DAVASI SÜRECİ

Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin, 1998/271 E. Sayılı dosyası üzerinden açılan ceza davası devam ederken Maliye Bakanlığınca, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/405 Esasında, hazine zararının tazminine yönelik bir alacak davası açılmıştır. Söz konusu hukuk davasının, Maliye Bakanlığının 23/7/1998 tarih ve 7916/150-2, 3, 3 sayılı raporuna istinaden açıldığı görülmektedir⁴¹. Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesindeki yargılama ile ilgili olarak, çalışma kapsamında üç husus üzerinde durulması gerektiği düşünülmektedir. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesinin yetkisinde bulunan mali denetimin, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesince gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesidir. Diğerleri ise, ceza yargılaması ile hukuk davası arasında bağlantı ile hukuk yargılaması sonucunda davalıların sorumlu oldukları miktarları ile ilgili hükmün incelenmesi olarak sıralanabilir.

Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili olarak sahip olduğu münhasır yetkinin Refah Partisi özelinde başka bir kurum tarafından kullanılıp kullanılmadığı sorununun, esas itibarıyla hukuk yargılaması süreci açısından önem taşıdığı düşünülmektedir. Zira, yukarıda da işaret edildiği üzere, siyasi partilerin mali denetimleri kapsamında herhangi bir suç unsuruna rastlanılmış olması durumunda, söz konusu suçun soruşturma ve kovuşturması adli yargının görev alanı içerisine girmektedir. Ancak, hukuk mahkemelerinde ve özellikle maddi tazminat davaları özelinde, davacının mal varlığındaki azalma araştırılmaktadır. Maliye Bakanlığının 23/7/1998 tarih ve 7916/150-2, 3, 3 sayılı raporu dayanak gösterilerek Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davasında da dava dilekçesinde mevcut bulunan talepler ve sunulan deliller çerçevesinde Refah Partisinin harcamaları üzerinden değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu noktada iki ayrı hukuka aykırılığın mevcut olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, hukuk mahkemesine davacı Bakanlık tarafından sunulan belki de tek delil olan Maliye Bakanlığı raporunun, Anayasa Mahkemesine ait yetkinin gasp edilerek hazırlanmış olmasıdır. Diğerleri ise, Anayasaya aykırı olarak tanzim edilmiş bir rapor üzerinden yargılama yapılarak Anayasa Mahkemesinin yetki alanına ikinci kez tecavüz edilmesidir. Buradan, Maliye Bakanlığının bizzat Anayasa Mahkemesinin görevine giren bir hususta inceleme yaptığı ve bu inceleme sonucu doğrultusunda Refah Partisinin harcamalarının denetimini dolaylı olarak hukuk mahkemesinden talep ettiği sonucuna ulaşılabilir. Çalışmanın konusu olan yargılama, salt haksız fiile dayalı bir tazminat davası olmadığından, medeni usul hukukunda hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılmayacağına dair doktrinel tartışmanın da bu yargılama açısından anlam ifade etmediği düşünülmektedir. Zira, Maliye Bakanlığınca Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesine ibraz edilen dava dilekçesinin konusu, hukuki sebepleri ve

⁴⁰ Feyzioğlu, Metin. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 62, 2006, s. 36

⁴¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem:23, Yasama Yılı: 2, C.2, 1’inci Birleşim, 1 Ekim 2007, s. 164

sunulan deliller bütünüyle bir siyasi partinin harcamalarını ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, Refah Partisinin genel merkez ve taşra teşkilatlarının çeşitli kademelerinde bulunan davalılar aleyhine açılan alacak davası, Anayasa'nın 69. maddesi çerçevesinde yapılması gereken denetim yetkisinin ihlali anlamına gelmektedir.

Hukuk davası süreci ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken ikinci husus, davalılar hakkında yürütülen ceza yargılaması ile alacak davası arasında bir bağlantının bulunup bulunmadığı sorunudur. Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 1998/271 E. Sayılı dosyası üzerinde açılan tazminat davasının, Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 1998/271 E. Sayılı dosyasının yargılaması ile eş zamanlı olarak yürüdüğü görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu alacak davası, ceza yargılamasının kesinleşmesi sonrasında açılan bir dava olmayıp, ceza yargılamasından bağımsız devam etmiştir. Dosya kapsamında, 07.02.2002 tarihinde yani henüz ceza davası hükmü kesinleşmeden bir bilirkişi raporu aldırılması⁴², hukuk mahkemesinin vereceği hükmü, ceza mahkemesinin sonucuna bağlamadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Ancak, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi kararını, ceza davasının kesinleşmesinden sonra, 19.04.2007 tarihinde, 2007/150 K. sayılı karar ile açıklamış, dolayısıyla ceza mahkemesinin hükmünün kesinleşmesini beklemiştir. Bu noktada yargılamanın gerçekleştiği dönem açısından kesinleşmiş ceza mahkemesi hükümlerinin hukuk mahkemeleri üzerindeki etkisi üzerinde kısaca durmak gerekecektir. Ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki münasebet, yargılamanın gerçekleştirildiği dönemde yürürlükte bulunan, 818 Sayılı Türk Borçlar Kanununun (BK) 53'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde, ceza mahkemesi kararlarının kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin konusunda hukuk hakimini bağlamayacağını hüküm altına almıştır (818 Sayılı BK, md.53/2). Bununla birlikte, ceza mahkemesinin kesinleşen kararının, saptanan maddi olgular ve fiilin hukuka aykırılığı yolundaki ceza mahkemesi kabulü yönlerinden hukuk mahkemesini bağlayacağı Yargıtay'ca üzerinde durulan bir prensip olarak ortaya çıkmaktadır.⁴³ Doktrinde de mahkumiyet kararlarının kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin noktaları dışında hukuk hakimini bağlayacağını ifade edildiği görülmektedir⁴⁴. Bu genel bilgiler üzerinden, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile bağlı olup olmadığı, bağlı ise hangi yönlerden bağlı olduğu soruları üzerinde durmak gerekecektir. 818 Sayılı Borçlar Kanunun 53'üncü maddesi hükmü ile yerleşik Yargıtay içtihatları ve doktrinin genel kabulü birlikte değerlendirildiğinde, Hukuk Mahkemesinin, haklarında özel evrakta sahtecilik suçlaması kesinleşen sanıklar/davalılar ile ilgili olarak haksız fiilin gerçekleşmediğine yönelik hüküm tesis etmesi olanaklı değildir. Buna karşılık, herhangi bir zararın meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi, eğer bir zarar söz konusu ise bunun miktarının tespiti hususlarında kesinleşmiş ceza mahkemesi hükmü ile bağlı olmayacağı söylenebilir. Kaldı ki somut olayda, davalıların eylemi ile davacı hazinenin zararı arasında illiyet bağının kurulabilmesi de hukuken mümkün görünmemektedir. Bu sebeple de Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesince, Maliye Bakanlığı tasfiye komisyonu raporu içeriği dışında bir incelemeye gerek duyulmadığı

⁴² Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem:23, Yasama Yılı: 2, C.2, 1'inci Birleşim, 1 Ekim 2007, s. 164

⁴³ Bkz. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 24.12.1965, 1964/10321 E. 7791 K., Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 13.03.1980, 1279-3256, Yargıtay 10.Hukuk Dairesi 31.05.1990, 4575-5223, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi .11.11.1999, 9415-9746

⁴⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M. 'Haksız Fiilerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 1973, s.207

düşünülmektedir. Yargılama ve sonrasındaki safahat içerisinde bu savı destekleyen veriler bulunmaktadır. Bunlardan birisi Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1998/271 E. Sayılı dosyası dava dilekçesi ile hüküm arasındaki uyumda karşımıza çıkmaktadır. Zira, Maliye Bakanlığının, 23/7/1998 tarih ve 7916/150-2, 3, 3 sayılı rapora dayanarak açmış olduğu alacak davasında, 2.688.877.384.712 TL’nin davalılardan alınarak maliye hazinesine verilmesini talep etmiş, mahkemece ise davanın 2.644.616.570.561 TL’lik yani neredeyse tamamına yakın kısmının kabulüne karar verilmiştir⁴⁵. Talep edilen meblağ, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesi hükmünde bahsi geçen meblağ ile de uyumludur. Bununla birlikte, 01.10.2007 tarihinde Maliye Bakanının, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/405 esas sayılı dosyasının akibeti ve kararın temyiz edilip edilmediğine yönelik bir soru önergesine⁴⁶ verdiği cevapta, hukuk mahkemesi kararının söz konusu raporla uyumlu olduğunu belirtmesi savı destekler bir diğer veridir⁴⁷. Bu tespitler, gerek ceza ve gerekse de hukuk yargılaması neticesinde verilen hükümlerin, Maliye Bakanlığı Tasfiye Komisyonu tarafından düzenlenen rapor üzerine bina edildiği ihtimalini güçlendirmektedir. Tüm bu tespitlerden yola çıkarak, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin vereceği hüküm bakımından kendisini, Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 1998/271 E. Sayılı dosyasının, 06/03/2022 tarihli ve 2002/43 K. sayılı kararına bağımlı kıldığı anlaşılmaktadır. Hatta bu bağımlılık yalnızca maddi olgular açısından sınırlı kalmamış, zararın varlığının ve miktarının tespitine doğru genişlemiştir. Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi hiçbir bakımdan Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı ile bağılı olmamalıdır. Ceza yargılamasının konusunu teşkil eden özel evrakta sahtecilik suçlamasının sübutunda dahi, hukuk mahkemesini bağlayan bir yön bulunmamaktadır. Zira, Anayasa’ya aykırı olarak tanzim edilen Maliye Bakanlığı tasfiye komisyonu raporunun, rapor içeriğinde tespit edilen suç/suçlar açısından ceza yargılamasına esas alınabileceği düşünülse dahi, aynı raporun hukuk mahkemesinde kullanılma olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda, borçlar hukuku açısından, davacı Bakanlığın iddia ettiği zarar ile eylem arasında illiyet bağı kurulamayacağından, alacak davasında davanın kabulü yönünde karar verilmesi hukuken isabetli değildir.

Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/405 Esas sayılı dosyasının 19/04/2007 tarih ve 2007/150 K. sayılı kararında üzerinde durulması gereken diğer bir husus, Refah Partisinin İl Başkanı ve Muhasipleri olan 24 davalının kendileri adına kesilen makbuzlardaki miktarlardan ayrı ayrı, Genel Başkan Necmettin ERBAKAN ve parti muhasipliğini fiilen yürüten Rıza ULUCAK’ın ise dava sonunda kabul kararı verilen 2.644.616.570.561 TL’nin tamamından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmasına yönelik hükümdür.

Bu hüküm, 1998 yılında dönemin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına sunduğu suç duyurusundan başlayıp, tüm yargılama süreci boyunca devam eden ön kabulün son halkasını oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında kısmen geniş bir görünüm arz eden sorumluluk, hukuk yargılamasında iki kişi üzerinde yoğunlaşmıştır. Davacı Maliye Bakanlığının da, hükmün bu şekilde tesis edilmesinin nedenini, toplam talebin ne kadarından kimlerin sorumlu olduklarının mahkemeye bildirilememesi olarak belirttiği

⁴⁵ TBMM, s.165

⁴⁶ Kart, Atilla. ‘Cumhuriyet Halk Partisi Konya Milletvekili Atilla Kart Tarafından Başbakan Sn. Recep Tayyip Erdoğan Tarafından Cevaplanması İstemiyle Yöneltilen 23.08.2007 tarihli Yazılı Soru Önergesi’.

⁴⁷ TBMM, s.161, 164,166

görülmektedir.⁴⁸ Buradan, hukuk davasının dayanağı olan 23/7/1998 tarih ve 7916/150-2, 3, 3 sayılı Maliye Bakanlığı Tasfiye Komisyonu raporunda da sorumluluk yönünden herhangi bir tespit yapılmadığı ve bu durumun mahkeme kararına aynen yansıdığı, netice olarak da hukuki sorumluluğun iki kişi üzerinde bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 19/04/2007 tarih ve 1999/405 E. 2007/150 K. sayılı kararı, hukuki olmaktan ziyade siyasi bir görünüm arz etmektedir.

VI. ANAYASA HUKUKU YÖNÜNDEN

Bu dava Abdullah GÜL’ün 2007 yılında Cumhurbaşkanı seçilmesinin ardından tekrar gündeme gelmiştir. Dava sürecinde milletvekili sıfatından kaynaklı yasama dokunulmazlığından istifade eden Abdullah GÜL’ün milletvekilliği sona erip Cumhurbaşkanı seçilmesinin ardından milletvekili dokunulmazlığının sona erdiği ve bu davadan yargılanması gerektiğine dair görüşler kamuoyunda ifade edilmeye başlanmıştır.

2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin, görevi ile ilgili olan ve olmayan suçlar ayrımı ortadan kaldırılarak tek bir usul benimsenmiştir⁴⁹. Bu anayasa değişikliğinden önce, Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olmayan (kişisel) suçlarından dolayı cezai sorumluluğu anayasa hukuku doktrininde tartışılabilen başlıklardan bir tanesidir. Bu çerçevede bir görüş Cumhurbaşkanının sadece vatan ihanet suçundan yargılabileceğini ve Cumhurbaşkanının milletvekili dokunulmazlığından faydalanabileceği yönünde iken, diğer görüş anayasal hükümlerin yorum yoluyla genişletilemeyeceğini, mer’i anayasada Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından kaynaklı cezai sorumluluğu olduğunu ve yargılanması gerektiği yönünde olmuştur⁵⁰. Dava bu grift haliyle Türk Anayasa Hukuku pratik çalışma kitaplarına da konu olmuştur⁵¹.

Abdullah GÜL’ün milletvekili sıfatının sona ermesinin ardından yapılan başvurular üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı doktrindeki ilk görüş doğrultusunda, *Cumhurbaşkanının dokunulmazlığının bulunmamasının düşünülemeyeceği, bu hususun olsa olsa etik nezaket kuralları gereği anayasada yer almadığı* işaret ederek Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL hakkında 2009 yılında kovuşturmaya yer olmadığına yönelik kararı vermiştir⁵². Emekli bir Yargıtay üyesinin, *davada hazinenin zarara uğradığına işaret ederek bir seçmen olarak kamu gelirlerinin harcanmasına ilişkin süreçte menfaati olduğundan bahisle* bu kararın kaldırılması yönündeki talebini inceleyen Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi doktrindeki ikinci görüş doğrultusunda Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığına yönelik kararı kaldırılmıştır⁵³. Adalet Bakanlığı doktrindeki birinci görüş doğrultusunda kanun yararına bozma talebiyle Yargıtaya başvurmuştur⁵⁴. Yargıtay da doktrindeki birinci görüş doğrultusunda Cumhurbaşkanı açısından sorumsuzluğun asıl

⁴⁸ TBMM, s. 164

⁴⁹ Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 860.

⁵⁰ Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s. 535-538.

⁵¹ Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları*, III.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013, s.189.

⁵² Efendioğlu, Yılmaz. ‘1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.94, 2011, s.338.

⁵³ Özkul, Fatih. ‘Türk Anayasalarında Yasama Dokunulmazlığı’, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.32, S.7, 2017, s.132-133.

⁵⁴ Efendioğlu, s.339.

sorumluluğun istisna olduğu ve bu istisnanın da vatana ihanet olduğuna işaret ederek mevcut dava açısından Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL’ün yargılanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir⁵⁵.

VII. SEÇİM HUKUKU YÖNÜNDEN

2002 yılında gerçekleştirilen milletvekili genel seçimlerinde Necmettin ERBAKAN Konya ilinden bağımsız milletvekili adayı olarak başvuru yapmıştır. Söz konusu başvuru Yüksek Seçim Kurulu (YSK) tarafından 20.09.2002 tarih ve 619 sayılı ve 24.09.2002 tarih ve 676 sayılı kararları ile reddedilmiştir. Yalnız YSK’nın seçilmeye engel olarak gördüğü mahkumiyet çalışmaya konu davadan kaynaklı değil, 25.02.1994 tarihinde Necmettin ERBAKAN’ın Bingöl’de yapmış olduğu bir konuşmadan kaynaklı olarak işlediği öne sürülen “Halkı din ve ırk farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek” suçundan dolayı Diyarbakır 1. Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesinin 10.03.2000 tarih ve E:1998/180, K:2000/45 sayılı kararıyla Türk Ceza Kanunun 312/2. maddesi uyarınca verilen 1 yıllık hapis cezasından kaynaklanmaktadır.

2007 yılında gerçekleştirilen milletvekili genel seçimlerinde Necmettin ERBAKAN Konya ilinden Saadet Partisi 1. sıra milletvekili adayı olarak başvuru yapmıştır. Söz konusu başvuru YSK tarafından 07.06.2007 tarih ve 347 sayılı ve 15.06.2007 tarih ve 495 sayılı kararları ile reddedilmiştir. YSK’nın Necmettin ERBAKAN’ın milletvekili adaylığını reddetmesine mesnet teşkil eden mahkûmiyet ise çalışmaya konu olan ve 21/11/2003 tarihinde kesinleşen Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 06/03/2002 tarih ve 1998/271 E., 2002/43 K. sayılı kararı ile; T.C.K.’nin 345. ve 80. maddeleri uyarınca 2 yıl 4 ay hapis cezası mahkumiyetidir.

VIII. SİYASİ PARTİLER HUKUKU YÖNÜNDEN

2820 sayılı Kanun’da, hangi kişilerin siyasi partiye üye olamayacağı açıkça belirtilmiş olup, bu hükme aykırı olarak siyasi parti üyeliğine kabul edilen kişilerle ilgili olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ilgili siyasi partiden söz konusu kişilerin üyeliklerinin sonlandırılmasını talep etmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu talebi yerine getirilmemesi halinde 2820 sayılı Kanunun 104. maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasa Mahkemesine ihtar verilmesine yönelik başvuruda bulunmaktadır. Bu hukuki durum dava konusu dönemin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Anayasa Mahkemesinin müstakar uygulaması olarak görülebilir.

Necmettin ERBAKAN’ın çalışmaya konu dava sebebiyle mahkumiyetinin kesinleşmesinin üzerinden bir ay geçtikten sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Saadet Partisinden Necmettin ERBAKAN’ın üyeliğinin ve genel başkanlığının düşürülmesini istemiştir. Bu çerçevede Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı üzerine 2004 yılı Ocak ayında Necmettin ERBAKAN’ın Saadet Partisi Genel Başkanlığı ve üyeliği sona erdirilmiştir.

2820 sayılı Kanunun 15. maddesine göre genel başkanlık makamının boşalmasından

⁵⁵ Taşdöğen, Salih. ‘Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu’, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, S.21, 2019, s.1301

itibaren kırk beş gün içerisinde olağanüstü büyük kongrenin toplanması gerekir. Necmettin ERBAKAN’ın Saadet Partisi Genel Başkanlığının sona ermesinden sonra kırk beş gün içerisinde olağanüstü büyük kongrenin toplanmaması sebebiyle 2820 sayılı Kanunun 104. maddesi uyarınca, 24.11.2004 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Saadet Partisine ihtar kararı verilmesi talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuş olup 20.07.2005 tarih ve E.2004/3, (Siyasi Parti İhtar) K.2005/3 sayılı kararı ile Saadet Partisinin ihtarında bulunulmasına karar vermiştir.

IX. İNFAZ HUKUKU YÖNÜNDEN

Davanın infaz hukukuna da bir takım etkileri olmuştur. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Adalet Komisyonunda görüşülmesi esnasında *“Yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanların, bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir. Ancak, mahkûmiyete konu suç nedeniyle herhangi bir zarar doğmuşsa, bu zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı da ayrıca aranır.”* fıkrası kanun metnine eklenmiştir.

Düzenleme, Necmettin ERBAKAN’ın mezkur davadan kaynaklı mahkum olduğu hapis cezasının konutunda infaz edilmesine imkan tanımakla birlikte bunu oluşturan hazine zararının tazminine bağlamaktadır. TBMM Adalet Komisyonu ve Genel Kurul tutanakları incelendiğinde konuyla ilgili bir tartışmaya rastlanmamıştır. Zira kanun infaz düzenine ilişkin temel bir kanun olması ve çağdaş infaz yaklaşımı ile uyumlu olarak benzer yeni düzenlemelere yer verilmiş olması sebebiyle gerek kamuoyunda gerekse de muhalefet milletvekilleri nezdinde kişiye özel bir düzenleme olarak değerlendirilmemiştir. Her ne kadar tutanaklara yansımada da aşağıda zikredilecek olan sonraki Adalet Komisyonu ve Genel Kurul tutanaklarında muhalefet partisi milletvekillerinin ifadesine göre iktidar partisi milletvekillerinin mevcut düzenlemenin kişiye özel bir düzenleme olarak düzenlemesi olarak algılanmamasını sağlamak amacıyla cezanın konutta infaz edilebilmesini zararın tazmin edilmesi şartına bağlandığına ve bu düzenlemenin muhalefetin de katıldığı ortak önergeyle kanun teklifine eklendiğine atıf yaptıkları görülmektedir.

Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekilleri tarafından 24.01.2006 tarihinde verilen kanun teklifi ile cezanın konutta çekilmesi için, zararın tazmin edilmesine yönelik şartın kaldırılması öngörülmüştür. Cumhuriyet Halk Partisi milletvekilleri prensip olarak 82 yaşında eski bir Başbakanın ceza infaz kurumunda bulunmasını doğru bulmadıklarını, buna rağmen zararın tazmin edilme şartının ortadan kaldırılmasına ve kişiye özel bir düzenleme yapılmasına itiraz ettiklerini ifade etmişlerdir. Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekilleri ise düzenlemenin Necmettin ERBAKAN’a yönelik olmadığını, özel hukuka ilişkin bir durumun infaz hukuku bağlamında sonuç doğurmasının hatalı olduğunu sonradan fark ettiklerini ifade etmişlerdir.

Söz konusu düzenlemeyi ihtiva eden 5462 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 23.02.2006 tarihinde TBMM Genel

Kurulunda kabul edilmesine rağmen, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından “...düzenlemenin, bir siyasi parti eski genel başkanının durumuna çözüm getirmek ve üzerine geçirdiği Hazine yardımını geri ödemediği cezasının infazını evinde sağlamak amacıyla yapıldığı...” iddiasıyla 10.3.2006 tarihli 163 sayılı tezkeresi ile Anayasanın 89 uncu ve 104 üncü maddelerine göre bir daha görüşülmek üzere TBMM Başkanlığına geri gönderilmiştir. Bunun üzerine TBMM Genel Kurulunca yeniden görüşülerek ve değişikliğe uğramadan kabul edilen 6.4.2006 tarihli ve 5485 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 22.4.2006 tarihli ve 26147 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Söz konusu düzenlemenin kişiye özel bir düzenleme olması sebebiyle anayasaya aykırı olduğu iddiasını yasama sürecinde istikrarlı bir şekilde dile getiren Cumhuriyet Halk Partisi grubu, mezkur Kanunun Resmi Gazete’de yayımlanmasını müteakip Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açmıştır. Söz konusu iddiayı değerlendiren Anayasa Mahkemesi 05/11/2009 tarih ve E.2006/103, K.2009/149 sayılı kararı ile düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Refah Partisinin kapatılması yönünde oy kullanan Anayasa Mahkemesi üyesi Fulya KANTARCIOĞLU’nun mezkûr Kanunun anayasaya aykırı olmadığı yönünde oy kullanması dikkat çeken bir unsur olarak ifade edilebilir.

5485 sayılı Kanunun Resmi Gazete’de yayımlanmasının ardından Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/6/2006 tarihli ve E: 2006/126, K: 2006/212 sayılı ek kararıyla Necmettin ERBAKAN’ın 2 yıl 4 ay cezasının konutunda çektirilmesine karar verilmiştir. Söz konusu cezanın infazına Balıkesir ili Edremit ilçesi Altınoluk Mahallesinde 2008 yılının Mayıs ayında başlanmıştır.

Bilindiği üzere 1961 ve 1982 Anayasaları Cumhurbaşkanlarına sürekli hastalık, sakatlık ve kocama durumlarında bireysel özel af yetkisi vermişti⁵⁶. Necmettin ERBAKAN’ın cezanın infazının üzerinden yaklaşık üç ay geçtikten sonra 20 Ağustos 2008 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan ve Adli Tıp Kurumu 3 üncü Adli Tıp İhtisas Kurulunun sürekli hastalık bulunduğu dair raporu üzerine Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL tarafından Necmettin ERBAKAN’ın cezası kaldırılmıştır.

SONUÇ

Siyasi partilerin mali denetimi sağlıklı bir demokrasi için “sine qua non” bir nitelik arz etmektedir. Türk anayasa sisteminde bu görevi Anayasa Mahkemesi yürütmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki pratiği karara bağlama süreleri ve esası açısından ciddi bir şekilde eleştiri konusu edilmekle beraber, Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu perspektif hiçbir zaman bir siyasi partiye asimetrik bir tehdit oluşturacak düzeye gelmemiştir. Kapatılan bir siyasi partinin mali denetiminin nasıl yapılacağına dair anayasal ve yasal boşluk 28 Şubat siyasi iklimin hâkim olduğu bir süreçte bir genel müdürlük tebliği ile doldurulmuştur. Türk siyasi partiler hukukunun ruhuna taban tabana zıt olan bu tebliğ marifetiyle Necmettin ERBAKAN birçok hukuka aykırı işleme tabi tutulmuştur.

⁵⁶ Güler, Fatih. ‘Türk Siyasal Hayatında Cumhurbaşkanının Bireysel Özel Af Yetkisi ve Uygulaması’, *İnsan Ve Toplum*, C.14, S.3, 2024, s.181-209.

Şüphesiz siyasi partilerin mali işlem ve eylemleri hukuka uygun olarak tesis edilmeli, aksi yönde eylem ve işlemler, istikrarlı bir şekilde ve caydırıcı nitelikte hukuki müeyyidelere tabi tutulmalıdır. Zira Anayasa Mahkemesi de yer yer mali denetim süreçlerinde sahtecilikle ilgili konularda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmakta ve ilgili siyasi parti yöneticilerinin cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Refah Partisi ve Necmettin ERBAKAN özelinde bu süreç Anayasa Mahkemesi tarafından değil de ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Maliye Bakanlığı raporları temel alınarak başlatılmış olması sebebiyle sağlıklı bir hukuki temelden yoksundur. Diğer taraftan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının süreç içerisinde ihsas-ı rey niteliğindeki açıklamaları ve dönemin yargı pratiği göz önünde bulundurulduğunda ceza davası süreci ve buna bağlı olarak ortaya çıkan siyasi partiler hukuku ve seçim hukukundan kaynaklanan hak yoksunlukları da tartışmalı bir yargısal inisiyatifin eseri olarak görülebilir.

Diğer taraftan hukuk davası süreci hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bir an için Refah Partisi ve Necmettin ERBAKAN ile ilgili tüm iddiaların gerçek olduğu varsayılsa bile Refah Partisinin kapanmasıyla tüm malların Hazineye geçtiği göz önüne bulundurulduğunda, mahsuplaşma neticesinde Hazinesinin bir alacağı kalmadığı açıktır. Zira Cumhurbaşkanı adaylarının seçim harcamalarının denetimini yapan Yüksek Seçim Kurulu güncel içtihatlarında, seçim dönemi sonucunda harcanmamasından kaynaklı hesapta kalan tutarı Hazineye gelir kaydettikten sonra, kanunda bu konuda açık bir hüküm olmamasına rağmen, harcanmamasından kaynaklı hesapta kalan ve Hazineye gelir kaydedilen tutar kanuna aykırı harcamalardan fazla ise kanuna aykırı harcamalarla ilgili ilave müeyyide uygulamamaktadır⁵⁷.

Özetle 2820 sayılı Kanunun konuya ilişkin boşluğu ve bu boşluğu asli kurucu iktidarın sarıh iradesine göre doldurmayan Anayasa Mahkemesinin pasif tutumu 28 Şubat siyasi ikliminde Refah Partisi ve Necmettin ERBAKAN aleyhinde eşi görülmemiş bir hukuka aykırılıklar zinciri oluşmasına zemin hazırlamıştır. Çalışmanın genelinde ifade edilen hukuki sonuçların bu bağlamda hukuki meşruiyetinin son derece zayıf olduğu ifade edilebilir. Siyasi partilerin mali kaynaklarının şeffaflığı ve dürüstlüğünün demokrasi açısından taşıdığı önem göz önünde bulundurularak sağlıklı ve işleyen bir demokrasi açısından siyasi partilerin mali denetimi yoruma, yargısal aktivizme ve hukuki boşluğa imkan vermeyecek şekilde kodifiye edilmelidir.

KAYNAKÇA

Abdülhakimoğulları, Erdal. ‘Türkiye’de Siyasi Partilere Yapılan Devlet Yardımı ve Siyasi Partilerin Mali Denetimi’, *Liberal Düşünce Dergisi*, S.27, 2002, s.126-180.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu. 2003, s. 79,

⁵⁷ Güler, Fatih. ‘Yüksek Seçim Kurulu Kararları Işığında Cumhurbaşkanı Adaylarının Seçim Gelir ve Giderlerinin Denetimi’, *İbn Haldun Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 2023, s.66-67.

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, Erişim Tarihi: 10.08.2024.

- Çelik, Özlem. ‘Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir Ve Giderlerinin Mali Denetimi’, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, 2010, s.1303-1326.
- Efendioğlu, Yılmaz. ‘1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.94, 2011, s.
- Erem, Faruk. *Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Cilt:2, Ajans-Türk Bilim Yayınları, Ankara, 1968, s. 1548
- Feyzioğlu, Metin. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 62, 2006, s. 27-61
- Gökcan, Hasan Tahsin. “Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207)”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2012.
- Gençkaya, Ömer Faruk. *Devletleşen Partiler Türkiye’de Siyasi Partilerin Başlıca Gelir Kaynakları 1983-1998*, ANSAV Ankara, 2002.
- Gökcan, Hasan. ‘Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi Ve Yargıtay Uygulaması’, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2012, s.195-205
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları*, III. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2000.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- Güler, Fatih. ‘Siyasi Parti Kapatma Davalarında AİHM Kararı Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesini Yeniden Düşünmek, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.2, 2021, s. 361-378.
- Güler, Fatih. ‘Türk Siyasal Hayatında Cumhurbaşkanının Bireysel Özel Af Yetkisi ve Uygulaması’, *İnsan Ve Toplum*, C.14, S.3, 2024, s.181-209.
- Güler, Fatih. ‘Yüksek Seçim Kurulu Kararları Işığında Cumhurbaşkanı Adaylarının Seçim Gelir ve Giderlerinin Denetimi’, *İbn Haldun Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 2023, s.45-76.
- Güler, Fatih. ‘Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Mali Denetimi Sonucunda İçtihadı Olarak Oluşturulan Yeni Bir Karar Türü: Kabul Edilmesinin Mümkün Olmaması’, *Toplum Ekonomi ve Yönetim Dergisi*, C.2, S.1, 2021, s.34-51.
- Güler, Fatih. ‘AİHM İçtihadı Ve 6111 Sayılı Kanun Işığında Siyasi Partilerin Mali Denetimi’, *Necmettin ERBAKAN Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2022, s.1-15.

- Hatipoğlu, Atakan. ‘Siyasi Partilere Hazine Yardımı: Sosyolojik Bir Değerlendirme’ *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S.41, 2019, s. 233-250.
- İba, Şeref. *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Karakurt, Ahu. ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi’, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8-9, S.8-9-10-11, 2009, s. 71–114.
- Kart, Atilla. ‘Cumhuriyet Halk Partisi Konya Milletvekili Atilla Kart Tarafından Başbakan Sn. Recep Tayyip Erdoğan Tarafından Cevaplanması İstemiyle Yöneltilen 23.08.2007 tarihli Yazılı Soru Önergesi’.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. ‘Haksız Fiilerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi’, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 1973, s.185-225
- Kazan, Şevket. *28 Şubat Ürünü Bir Dava ile ERBAKAN Nasıl Yargılandı*, II.Baskı, Keşif Yayınları, Ankara, 2007.
- Karakoç, Rıfat. ‘Türkiye’de Siyasi Partilerin Mali Denetimi, *Sayıştay Dergisi*, S.109, 2018, s.79-102.
- Mehter, Hamdi. “Siyasî Partilerin Mali Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 8, 1991, s. 441-468.
- Milliyet Gazetesi. “Savaş: RP Sahtekarlık Çetesi” (26.08.1998), Erişim Tarihi: 10.08.2024
- Özcan, Hüseyin & Yanık, Murat. *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- Özen, Mustafa. ‘Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi’, *Ankara Barosu Dergisi*, C.67, S.3,2009, s. 17-28
- Öztürk, Işık. *Türk Vergi Hukukunda Vergi Kaybına Neden Olan Suçlar ve Cezaları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 1987.
- Özkul, Fatih. ‘Türk Anayasalarında Yasama Dokunulmazlığı’, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.32, S.7, 2017, s. 95-150.
- Taşdöğen, Salih. ‘Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu’, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, S.21, 2019, s.1293-1324.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem:23, Yasama Yılı: 2, C.2, 1’inci Birleşim, 1 Ekim 2007.
- Yıldız, Abdülkadir. ‘Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi’, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.9, S.1, 2019, S. 1-20.
- Uzun, Cem Duran. ‘Anayasa Önerilerinde Siyasi Partilerin Finansmanı Ve Yeni Bir Öneri’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 94, 2011, s.235-258.

Uzun, Cem Duran. *Anayasa Hukuku Açısında Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.

Anne ve Babanın Sosyal Medyada Çocukları ile İlgili Paylaşımlarına (Sharenting) İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme

Nazira OMURALIEVA ^{1*} 

Seldağ GÜNEŞ PESCHKE ² 

Lutz PESCHKE ³ 

¹ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Türkiye

² Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

³ Bilkent Üniversitesi İletişim ve Tasarım, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 20.07.2024

Kabul: 30.12.2024

Yayın: 30.12.2024

Anahtar Kelimeleri:

Sharenting, Çocuk Hakları, Çocuğun Veri Gizliliği, anne baba yükümlülükleri, Velayet, Vesayet.

ÖZET

Son yıllarda yaygın olarak, anne ve babalar çocuklarının günlük hayatlarını, genellikle hikâyeleştirerek, sosyal medyada paylaşmaktadırlar. 2012 yılından sonra başlayan bu akım, teknolojinin ve iletişim kanallarının gelişmesiyle birlikte çok hızlı bir şekilde ilerlemiştir. İngilizce, “Share” ve “Parents” terimlerinin birleşiminden oluşan “Sharenting” ile anne ve babalar ailelerini veya arkadaşlarını çocuklarının hayatından haberdar etmek için, çocuklarına ait fotoğraf, video, okul bilgisi vb detaylı bilgileri sosyal medya üzerinden farklı platformlarda paylaşmaktadırlar.

Bu paylaşımlardan bir kısmı, çocuklarının yaş günlerini, mezuniyetlerini veya başarılarını kutlamak amacıyla yapılırken, bir kısmı da ticari amaçlarla, sponsorluk anlaşmaları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Tüm bu durumlarda, çoğunlukla anne ve babalar bu eylemlerinin potansiyel hukuki sonuçlarını bilmemektedirler. Bu paylaşımların bir kısmı çocuğu psikolojik olarak olumsuz etkileyebilmekte ve gelecek yaşamına dahi izler taşıyabilmektedir. Hatta bazı örneklerde, mahkemeler, aşırı paylaşımı çocuğun yüksek yararına aykırı görebilmektedir. Günümüzde, çocukların korunmasına yönelik Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonu, gibi temel uluslararası düzenlemeler olduğu gibi, her ülkenin de çocukların korunmasına ilişkin kendi mevzuatı bulunmaktadır.

Anayasa ve kanunlarda çocuk özel olarak korunmakla birlikte, veli olmaları nedeniyle, anne ve babalar çocuğun yasal temsilcisi olarak, çocuk adına karar verme ve hukuki işlem yapma yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, kendilerine çıkar sağlamak amacıyla, çocuklarının özel hayatlarını yayın yapan veya paylaşımlarda bulunan çok sayıda anne ve baba da bulunmaktadır. Sharenting ile çocuk açısından, hak ihlali yapabilen velinin, aynı zamanda da hakkı ihlal edilen çocuk yerine karar verme yetkisinin olması çelişkili bir durum da yaratmaktadır. Tüm bu durumlarda, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak, yapılan paylaşımlar ve yayınlar bu çerçevede değerlendirilmelidir.



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Uluslararası ve ulusal hukuki düzenlemelere rağmen, “Sharenting” kavramı günümüzde, halen popülerliğini devam ettirmekte ve bu paylaşımlarda bulunan hesap sahipleri takipçi sayılarını gün geçtikçe artırmaktadırlar.

Bu çalışmada yakın zamanda ortaya çıkan sharenting kavramı iletişimci ve hukukçu bakış açısıyla uygulamadan örneklerle ele alınarak, anne ve babaların çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri çerçevesinde incelenmiştir.

A Legal Overview of Parents' Sharing About Their Children on Social Media (Sharenting)

Article Info

Article History

Received: 20.07.2024

Accepted: 30.12.2024

Published: 30.12.2024

Keywords:

Sharenting, Children Rights, Privacy of Children, Parental Responsibility, Guardianship.

ABSTRACT

Recently, it has become common for parents to share their children's daily lives on social media, often through storytelling. After 2012, this trend has progressed very rapidly with the development of technology and communication channels. With ‘Sharenting’, which is a combination of the English terms ‘Share’ and ‘Parents’, parents share detailed information of their children on social media in order to inform their families or friends.

Some posts are made to celebrate special days or achievements, while others are made for commercial purposes like sponsorship agreements. In all these actions, parents are often unaware of the potential legal consequences. Some posts may have a negative psychological impact on the child and may even have an impact on his/her future life. The courts may even consider excessive sharing to be contrary to the best interests of the child. Today, there are basic international regulations on the protection of children such as the UN Convention on the Rights of the Child, European Convention on the Protection of the Rights of the Child, and each country has its own legislation for protecting the children.

Although the Constitution and laws specifically protect the child, parents have the authority to take actions on behalf of the child as legal representatives. Many parents share their children's private lives to benefit themselves. This creates a contradictory situation. In all these cases, the best interests of the child should be taken into account and the sharings and publications should be evaluated within this framework.

Despite international and national regulations, the concept of ‘Sharenting’ continues to be popular today and followers of such social media accounts increase everyday.

In this study, the concept of “sharenting”, will be examined from the perspective of a communication scientist and jurists, with examples from practice, within the rules of guardianship and parental responsibility.

To cite this article:

Omuralieva, N./ Güneş Peschke, S./ Peschke, L. (2024). “Anne ve Babanın Sosyal Medyada Çocukları İle İlgili Paylaşımlarına (Sharenting) İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 861-886. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.142>.

*Sorumlu Yazar: Nazira Omuralieva, nazira.omuralieva@gmail.com.

GİRİŞ

İnternetin günlük hayatımıza hızla girmesi ve teknolojik gelişmelerle birlikte insanlar arası iletişimde de, eskiye göre değişimler olmuştur. Dijital medya ön plana çıkmış, iletişim hızlanmış, bilgiye ulaşım kolaylaşmıştır. Buna paralel olarak, kişisel veriler, özel hayatın gizliliği gibi kişilik haklarına ilişkin ihlallerin sayısında da büyük artışlar olmuş, verilerin korunması devletlerin ana konulardan biri olmuştur.

Bu yeni gelişmeler ışığında, her ülke veri güvenliğine ilişkin kendi mevzuatını oluşturmaya başlamıştır, hatta son yıllarda özellikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin ülkelerin iç hukukunun üstünde uluslararası düzeyde hukuki düzenlemeler yürürlüğe girmiştir.

Kullanıcılar tarafından içerik oluşturularak paylaşılan sosyal medya uygulamaları ve bloglar kişisel veri güvenliği açısından risk oluşturmakta ve hukuka aykırı paylaşımlar kişilik hakkı ihlallerine neden olabilmektedir. Facebook, X gibi dijital platformlarda ortaya çıkan güvenlik zafiyetleri uzun dava süreçlerinden sonra, neticelenmiş ve bu şirketlere çok ciddi ceza ve yaptırımlar uygulanmıştır. Bu gelişmelerle birlikte, özellikle anne ve babaların çeşitli sosyal medya platformlarında çocuklarının günlük hayatlarına ilişkin yaptıkları paylaşımlar artarak devam etmektedir.

Çocukların rızaları aranmaksızın dijital ortamlarda yapılan bu paylaşımlar, velayet hakkı ve sınırları kapsamında değerlendirilmelidir. Bu paylaşımlarda, anne babanın velayet hakkı ile çocuğun üstün yararı dengelenmeli ve bu şekilde çocuğun haklarına zarar vermeyecek şekilde bir yol izlenmelidir. Bu makalede son yıllarda ortaya çıkan sharenting kavramı, anne babaların çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri kapsamında uygulamadan örneklerle incelenmiştir.

I. ÇOCUĞUN TANIMI VE KİŞİLİK HAKKI

Çocuk ve çocukluk kavramı, değişik toplumlarda, tarihin farklı evrelerinde hatta aynı toplum içinde dahi farklı şekillerde tanımlanmıştır. Günümüzde, hukuki açıdan, çocukluk dönemi, çocuğun erginlik yaşına gelmesi ile sona erer. Türk Dil Kurumu sözlüğünde çocuk kelimesi “*küçük yaştaki erkek veya kız, soy bakımından oğul veya kız, evlat, bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız, uşak*” şeklinde tanımlanmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 28. maddesinin 1. fıkrasında, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” ifadesi yer almaktadır. Hukukumuzda kişilik ve çocukluk doğumun tamamlanması ve çocuğun anne bedeninden yaşayarak ayrılması şartlarının sağlanması ile başlamaktadır.

Kişiliğin başlangıcı ile erginliğe ulaşma anına (18 yaşına) kadar geçen dönem çocukluk dönemi olarak isimlendirilmektedir¹. TMK madde 11’e göre 18 yaş sonrası erginlik başlamaktadır. 18 yaşından önce evlenmek de kişiyi ergin kılar. TCK madde 6 b bendinde de 18 yaşını doldurmamış kişiye çocuk denilmektedir. Cambridge İngilizce Sözlüğü’nde çocuk “*doğumdan yetişkin olana kadarki zamanda bulunan erkek veya kız, herhangi bir yaştaki oğlan veya kız*” şeklinde

¹ Gümrükçüoğlu, Yeliz Bozkurt. “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.15, Özel Sayı, 2013, s.482

tanımlanmıştır.²

Avrupa Birliği Çocuk Hakları Konvansiyonu'na göre de çocuk 18 yaş altındaki insan olarak tanımlanmaktadır. Erginliğe ulaşma yaşı ise, her ülkede kanun koyucular tarafından farklı belirlenebilmektedir. Genel olarak, bazı istisnalar olmakla birlikte, Türkiye'de de kabul edildiği gibi ergin olma yaşı 18 yaş olarak düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Çocuk Hakları Konvansiyonuna göre de 18 yaşın altındaki kişilere çocuk denmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri anayasasında çocuk tanımı 15. Başlık 91. Bölümde yer alan Çocukların Online Mahremiyetinin Korunması maddesinde yapılmış olup 13 yaşından küçük bireyleri kapsamaktadır. Anayasanın 18. Başlık 4. Bölümde 18 yaşına kadar olan bireylere genç denilmektedir. 8. Başlık 12. Bölümde evlenmemiş 21 yaşından küçük bireyler için de çocuk ibaresi kullanılmıştır.³ Alman Sosyal Kanunu 7. maddesinde çocuk, genç ve genç yetişkin olmak üzere 3 tanım yapılmış olup bireyler 14 yaşa kadar çocuk, 14 – 18 yaş arası genç, 27 yaşa kadar da genç yetişkin olarak tanımlanmıştır.⁴ Fransa Medeni Kanunu'nda çocuk tanımı yapılmamış, 388. maddede 18 yaş altı küçük (minor) olarak ifade edilmiştir.⁵ İtalya Medeni Kanunu'nda da çocuk tanımı bulunmamakta olup 316, 317 ve 337. maddeler kapsamında düzenlenen velayet konusunda 18 yaşından küçükler için belge doldurulmaktadır.⁶ İsviçre Medeni Kanunu 14. maddesine göre 18 yaşını dolduran kişi reşit sayılmaktadır.⁷ Roma hukukunda 25 yaşında fiil ehliyetine sahip olunmakta ve 25 yaş altı bireyler 7 yaşına kadar infantes, 14 yaşa kadar sınırlı ehliyetine sahip ve bağış alıp alacaklı oldukları sözleşmelere taraf olabilen impubes, 25 yaşa kadar puberes minores olmak üzere 3 kategoriye ayrılmaktaydı.⁸ Osmanlı İmparatorluğu tarihinde çocuk kavramı farklı dönemlerde farklı şekilde tanımlanmıştır. 4 yıl 4 ay 4 gün okula başlama yaşı olarak belirlenmiştir.⁹ Osmanlı kaynaklarında sabî, sagir, veled gibi farklı şekillerde adlandırılıp doğumdan ergenliğe kadar dönemi yaşayan kişiye “*çocuk*” denilmiştir. Çocuklar “*hidane*” adı verilen bakım ve terbiye altına bulunur ve erkekler 6-7, kızlar 11-12 yaşlarına kadar annelerine bağlı kalırdı.¹⁰

² Cambridge Sözlüğü. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/child>

³ United States Code. 15 USC 6501: Definitions: (1) The term "child" means an individual under the age of 13. 18 USC 5031: Definitions: For the purposes of this chapter, a "juvenile" is a person who has not attained his eighteenth birthday, or for the purpose of proceedings and disposition under this chapter for an alleged act of juvenile delinquency, a person who has not attained his twenty-first birthday, and "juvenile delinquency" is the violation of a law of the United States committed by a person prior to his eighteenth birthday which would have been a crime if committed by an adult or a violation by such a person of section 922(x). 8 USC 1101: Definitions: (52/1) The term "child" means an unmarried person under twenty-one years of age who is.....

⁴ Sozialgesetzbuch (SGB). 7 SGB VIII Begriffsbestimmungen: (1) Im Sinne dieses Buches ist 1. Kind, wer noch nicht 14 Jahre alt ist, soweit nicht die Absätze 2 bis 4 etwas anderes bestimmen, 2. Jugendlicher, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist, 3. junger Volljähriger, wer 18, aber noch nicht 27 Jahre alt ist, 4. junger Mensch, wer noch nicht 27 Jahre alt ist...

⁵ Code Civil des Français. Chapitre Ier : De la minorité (Articles 388 à 388-2) Article 388: Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.

⁶ Italian Codice Civile.

⁷ Code Civil Suisse. Art.14 La majorité est fixée à 18 ans révolus.

⁸ Güneş Ceylan, Seldağ. *Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2014. s.39.

⁹ Erkut, Zeynep / Balcı, Serap / Yıldız, Suzan. “Tarihsel Süreç İçinde Çocuk”, *Çocuk ve Medeniyet*, C.2, S.3, 2017, s.25

¹⁰ Solak, İbrahim / Çomruk, Sebiha. “Osmanlı’da Çocuk Olmak”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.21, S.1, 2024, s.292-293.

Tam ve sağ olarak doğan çocuk kişi olmasından kaynaklı ve olmaz olmaz şeklinde tanımlanabilecek kişilik değerleri olan kişilik hakkını kazanır.¹¹ Kişilik hakları çocuğa doğumuyla birlikte verilen mutlak haklardır.¹² Kişilik hakları para ile ölçülüp devredilemez.¹³ Kişiliğe ilişkim ilkelerden olan kişiliğe saygı ve kişiliğin korunması ilkesi kapsamında kişi diğer kişilerden saygı görmek ve kişilik değerlerinin zedelenmemesinin isteme hakkına sahiptir.¹⁴ Çocuğun kişilik hakları beden bütünlüğüne ilişkin maddi, manevi ve sosyal değerleri olmak üzere üç başlıkta toplanabilir. Beden bütünlüğüne ilişkin değerler bedene ilişkin her şeyi içine alır. Bu değerlere çocuğun yaşamı ve ruh sağlığına ilişkin unsurlar da dâhildir. Çocuğun, adı, fotoğrafı, özel hayatı, kişisel verileri ve ekonomik özgürlüğü gibi unsurlar da çocuğun kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Çocuğun korunması çocuğun kişiliğinin ve kişilik hakkının korunması anlamına gelmektedir.¹⁵

II. SHARENTING KAVRAMI VE UYGULAMADAN ÖRNEKLER

Sharenting terimi İngilizce paylaşmak “share” ve anne babalık “parenting” kelimelerinin birleşimi ile oluşturulmuştur. “Ebeveynin düzenli olarak çocuğu hakkında sosyal medyada detaylı bilgi içeren iletişim kurması” eylemine “sharenting” denilmektedir.¹⁶ Çocukların genelde özel hayatının ve bilgilerinin paylaşıldığı bu eylem dünyada da hızla yaygınlaşmaktadır. Ancak, bu konuda temel kanunlar dışında, hukuki düzenlemeler de kısıtlıdır.

Akıllı telefonlar sayesinde anlık medya yakınsamasının artması herhangi bir kişinin herhangi bir zaman ve konumda içerik üretebilir hale gelmesine olanak sağlamıştır.¹⁷ Kişilerin kendi içeriklerini ürettiği sosyal medyada merkez karakter kullanıcının kendi olup sosyal medyadaki geniş iletişim imkânları dolayısıyla özel ve kamusal iletişimi ayırmak zorlaşmaktadır.¹⁸ Anne babalar sosyal medyada kendi hayatları ile ilgili paylaşımlar yaparken çocuklarının fotoğraf, konum, okul adı, sağlık durumları gibi çocuk adına dijital ayak izi oluşturup hayatı boyunca kendisini takip edecek kişisel verilerini de bu paylaşımlarda kullanabilmektedir.¹⁹ İnternet üzerindeki bilgilere kolayca erişilebilir ve gelecekte de çocuğun geçmişte paylaşılmış olan bu verilerine ulaşmak mümkündür.²⁰

¹¹ İmamoğlu, Selma Hülya. “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.2, 2005, s.190.

¹² Güneş Peschke, Seldağ / Peschke, Lutz. “Protection of the Mediatized Privacy in the Social Media: Aspects of the Legal Situation in Turkey and Germany”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, S.1-2, 2013, s.869.

¹³ Güneş Peschke, Seldağ. (Editörler: Güneş Peschke, Seldağ / Peschke, Lutz). “Kamuya Mal Olmuş Kişilerin Medyada Görünümleri ve Özel Hayatlarının Korunması”, *New Media and Law: A Comparative Study*, Yetkin, Ankara, 2016, s.60.

¹⁴ Öztan, Bilge. *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, s.35.

¹⁵ Özcan Büyüktanır, Burcu Gülseren. *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması*, Yetkin, Ankara, 2019, s.65, 66.

¹⁶ Zorluoğlu Yılmaz, Ayça. “Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:29, S:4, 2021, s.3386.

¹⁷ Peschke, Lutz / Güneş Peschke, Seldağ. (Editörler: Güneş Peschke, Seldağ / Peschke, Lutz). “New Media Between Communicative and Normative Studies”, *New Media and Law: A Comparative Study*, Yetkin, Ankara, 2016, s.11.

¹⁸ Güneş Peschke / Peschke, 2013, s.859, 866.

¹⁹ Von Teschenhausen Eberlin, Fernando Büscher. “Sharenting, freedom of expression and children's privacy in the digital environment: the role of application providers under the brazilian legal framework”, *Brazilian Journal of Public Policy*, C.7, S.3, 2017, s.257

²⁰ Brosch, Anna. “When the child is born into the Internet: Sharenting as a growing trend among parents on Facebook”,

Sharenting dolayısıyla çocuğa ait dijital kimlik kendi kontrolü dışında oluşturulmaya başlanmaktadır.²¹ Bu kimliğin ileride çocuğun kendisi tarafından oluşturulması özel hayatının gizliliği ve verilerinin güvenliği açısından daha uygundur.²² 2014 yılında Michigan Üniversitesi Çocuk Hastanesi'nde anne babaların sosyal medyada çocukları ile ilgili paylaşımları konusunda bir anket yapılmıştır. Katılımcılardan 0-4 yaş arası çocuklu annelerin %84'ü, babaların %70'i sosyal medya kullanıcısı olduğunu ve annelerin %56'sı, babaların ise %34'ü sosyal medyada ebeveynlik konusunda paylaşım yaptığını belirtmiştir. Sosyal medya kullanan anne babaların %70'i diğer anne babaların yaptıkları paylaşımları değerlendirmiş, çalışmanın bu kısmında anne babaların %56'sının çocuğunu utandırıcı, %51'inin çocuğun konumunu belirtici, %27'sinin ise uygunsuz bilgi ve fotoğraf paylaşımı yaptığı değerlendirilmiştir.²³

2015 yılı Kasım ayında Hart Araştırma Merkezi tarafından Aile Online Güvenlik Enstitüsü adına hazırlanan “*Ebeveyn, Mahremiyet ve Teknoloji Kullanımı*” konulu raporda 6–7 yaş arası çocukları olan 589 anne babanın katıldığı bir anket yapılmıştır. Bu çalışmada sosyal medya kullanan anne babaların %19'unun çocuğun ileride utandırıcı bulacağı paylaşımlar yaptığı ve katılımcıların %10'unun çocuğu tarafından paylaşımı silmesi konusunda uyarıldığı sonucuna varılmıştır.²⁴

2020 yılında Pew Research Grup tarafından yapılan bir araştırmada, sosyal medya kullanan anne babaların %82'sinin bu sitelerde çocuklarının fotoğrafı, video ya da diğer bilgilerini paylaştığı görülmüştür.²⁵ Sosyal medya anne babaların mutluluklarını, deneyimlerini paylaşmaları için güzel bir imkân sunuyor olsa da, çocuklar için sıkıntı ve utanç verici ya da çok özel bilgilerin yer aldığı paylaşımlar dolayısıyla çocuğun mahremiyetinin çiğnenmesine sebep olabilmektedir.²⁶

Anne babalar çocuğun öznesi olduğu ve kâr amacı gütmeyen paylaşımları yapmakta herhangi bir sakınca görmemekte hatta içeriği oluşturan kişiler olarak bu paylaşımları yapmayı kendilerine hak görmektedirler. Yaşı büyüyüp olayları idrak etmeye başlayan çocuklar ise geçmişte yapılan kendileriyle ilgili paylaşımlar dolayısıyla hak iddia edebilmektedir. Bunun bir örneği 2018 yılında İtalya'da görülmüştür. 16 yaşındaki bir çocuk, annesinin kendine ait fotoğrafları rızasını almadan sosyal medyada paylaşması sebebiyle annesine dava açmıştır. Sık sık fotoğraflarının annesi tarafından paylaşılması sonrası annesinden ayrı olan babasının da desteğini alan çocuk başkent Roma'da açtığı davada haklı bulunmuş ve mahkeme çocuğun kişilik haklarının korunması için yapılan paylaşımların silinmesi ve gelecekte benzer paylaşımlar yapılmaması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca karara uyulmaması halinde anne tarafından 10.000 Euro tazminat ödenmesine

The New Educational Review, C.43, S.1, 2016, s.225-226.

²¹ Hamming, Kate. “Dangerous inheritance: child's digital identity”, *Seattle University Law Review*, C.43, S.3, 2020, s.1037.

²² Otero, Paula. “Sharenting... Should children's lives be disclosed on social media?”, *Arch Argent Pediatr*, C.115, S.5, 2017, s.412.

²³ Haley, Keltie. “Sharenting and the (potential) right to be forgotten”, *Indiana Law Journal*, C.95, S.3, 2020, s.1008.

²⁴ *Parents, Privacy & Technology Use*. Hart Research Associates. Family Online Safety Institute, 2015.

²⁵ Edney, Amber. “I don't work for free: the unpaid labor of child social media stars”, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, C.32, S.3, 2022, s.553.

²⁶ Brosch, Anna. “Sharenting: Why Do Parents Violate Their Children's Privacy?”, *The New Educational Review*, C.54, S.4, 2018, s.75.

karar verilmiştir.²⁷

Kimi durumlarda anne babalar yaptıkları paylaşımların çocuk açısından ne derece utanç verici ya da uygunsuz olabileceğini ve görenler tarafından ne şekilde yorumlanacağını öngörememekte ve geleceğe dönük sonuçları kestirememektedir. Paylaşım anında kendilerince uygun olduğunu düşündükleri bir paylaşım gelecekte çocuğun yaşamını olumsuz etkileyebilecektir. Bazı paylaşımlar gelecekte başvurdıkları üniversite ve iş yerlerinde yapılan mülakatlarda bile karşılarına çıkıp olumsuz bir algı oluşmasına sebebiyet verebilecektir.

Sharenting ile ebeveynler, çocuklarının özel hayatından hikayeler anlatan dijital ayak izleri yaratarak, aşırı paylaşımlar yapabilmektedirler. Sosyal medya kanallarını kullanarak, ebeveynlik vazifelerini en iyi şekilde yaptıklarını herkese göstererek, kendilerine fan grupları oluşturmaktadırlar. Sosyal medyada yapılan bu paylaşımlar, çocuğun izni olmadan mahremiyetini ihlal edip onları kamusal izlemeye maruz bırakabilmektedir.²⁸

Aile içinde, daireler genişleyip herkese ayrı oda verilene kadar, kısıtlı yaşam alanı dolayısıyla özel hayat diğer aile bireylerinin gözetiminde gerçekleşmekte ve anne babalar da bu gözetimi kendileri için hak olarak benimsemekteydi.²⁹ Kişinin resmi üzerindeki hakkı Türk ve İsviçre Medeni kanunları tarafından korumaya alınan kişilik haklarındandır. Günlük hayatımızda etkili olan elektronik haberleşme araçları vasıtasıyla, metinlerde resimler gibi kolayca kaydedilebilmekte ve diğer araçlara nakledilebilmektedir.³⁰ Bu kapsamda 2016 yılında İngiltere’de yaşanan olayda, Lucy adında bir genç kız, babasının çocukluk yıllarında kendisini utandırıcı resimlerini Facebook’ta yayınladığını fark edip babasından bu paylaşımları kaldırılmasını talep etmiştir. Babası bu paylaşımlara hakkı olduğunu düşünüp kızının isteğine anlam veremese de fotoğrafları kaldırmıştır. Kız babası tarafından fotoğrafları paylaşırken kendisine sorulması durumunda bu fotoğrafların herkes tarafından görülmesine onay vermeyeceğini ifade etmiş olup bu beyan irade sahibi çocukların özellikle herkese açık olan bir ortamda kişisel verilerinin paylaşılması noktasında rıza mekanizmasının işlemesi gerekliliğini net olarak ortaya koymaktadır.³¹ Bu örnekte de görüldüğü gibi, çocuğun rızası olmadan hatta haberi dahi bulunmadan, sosyal medya üzerinden dijital kimliği oluşturulmaktadır. Tüm bunların yanında, güvenlik riskleri ve online içeriğin kalıcılığının yanı sıra sharenting dolayısıyla çocuğun mahremiyet algısının farklı gelişmesi de mümkündür.³²

Sharenting ile ebeveynin çocuğun mahremiyetini ihlal ettiği durumlarla da karşılaşılabilir. Ne yazık ki, bu konuda hukuki düzenlemeler de kısıtlıdır.³³ Son dönemde gündeme daha sık gelmeye başlayan sharenting dünyada birçok anne babanın adeta günlük rutini haline gelmiş olup çocukların özel hayatını ihlal edecek derecede paylaşımlar artarak devam

²⁷ <https://www.haberturk.com/italyada-cocugun-fotografini-paylasan-anneye-ceza-1788741>

²⁸ Blum-Ross, Alicia / Livingstone, Sonia. “Sharenting, parent blogging, and the boundaries of the digital self”, *Popular Communication*, C.15, S.2, 2017, s.110.

²⁹ Güneş Peschke / Peschke, s.865.

³⁰ Özdemir, Hayrunnisa / Ruhi, Ahmet Cemal. *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, 7. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2024, s.89

³¹ Duygulu, Serap. “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafı Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, *TRT Akademi*, C.4, S.8, 2019, s.441.

³² Brosch. 2016, s.226-233.

³³ Brosch. 2018, s.75.

etmektedir.³⁴ Dijital paylaşım çocuklar için yeni riskler getirmektedir. Birçok ebeveyn bu tehlikelere karşı çocuğu korumak için yeterli bilgi, farkındalık ve deneyime de sahip değildir.³⁵

Anneler geçmişten beri aile fotoğraflarına özen göstermekte olup mutlu oldukları, gurur duydukları anları ve iyi annelik örneği olduğunu düşündükleri enstantaneleri sosyal medyada da gösterip başkaları ile paylaşmak istemektedirler.³⁶ Son dönemde ticari olarak da yönetilen hesaplar üzerinden çocuklarla ilgili paylaşımlar yapılmakta ve bu ticari hesaplar “*instagram annesi*,” “*insta mom*” ya da “*influencer anne*” gibi tabirlerle anılan anneler tarafından yönetilmektedir. Bu hesaplarda çocuk reklam süjesi olarak kullanılmakta ve üzerinden maddi kazanç elde edilmektedir. Ev ya da farklı ortamlarda günün her saatinde içerik üretmek için çocukların çalıştırılabildiği bu durumlarda “*çocuk işçiliği*”nden dahi söz edilebilir.³⁷ Ailece video bloggerlık yapan içerik üretici ebeveynler aile ilişkileri ve günlük yaşamlarını platformlara yüklemektedirler.³⁸ Çocukların sosyal medya aracılığı ile çoğunlukla mahremiyetleri de ihlal edilerek reklam malzemesine dönüşmeleri çocuğun temel hak ve hürriyetleriyle bağdaşmamaktadır.³⁹

Sosyal medya sitelerinde anne ve babaların yaptıkları bazı paylaşımlar ise, çocuk ile kendilerini karşı karşıya getirmekte, aralarında çıkan anlaşmazlıklar mahkeme sürecine kadar gidebilmektedir.⁴⁰ Çocuğun algısının kendi özel hayatı üzerindeki mevcut ve gelecek ihlalleri fark edip ve engelleyecek yetkinlikte olmaması düşünüldüğünde, fiilin hukuka aykırılığını, çocuğun ispat etmesini beklemek kadar ana babanın fiilini her koşulda ihlal saymak şeklindeki toptancı yaklaşımlar, adil bir sonuç doğurmayabilir. Bu nedenle, değerlendirmeler olay bazlı yapılmalıdır.⁴¹

III. ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI TEMEL SÖZLEŞMELER

A. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (United Nations Convention On The Rights Of The Child)

Uluslararası bir sözleşme olan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilip 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmede çocukların insani hakları tanımlanmış ve sahip oldukları özel haklar “*yaşama ve gelişme hakları*”, “*korunma*

³⁴ Siibak, Andra / Traks, Keily. “The dark sides of sharenting”, *Catalan Journal of Communication & Cultural Studies*, C.11, S.1, 2019, s.119.

³⁵ Ebadifar, Keith Bahareh / Steinberg, Stacey. “Parental Sharing on the Internet: Child Privacy in the Age of Social Media and the Pediatrician’s Role”, *JAMA Pediatrics*, C.171, S.5, 2017, s.413–414

³⁶ Lazard, Lisa / Capdevila, Rose / Dann, Charlotte / Locke, Abigail / Roper, Sandra. “Sharenting: Pride, affect and the day-to-day politics of digital mothering”, *Social and Personality Psychology Compass*, C.13, S.4, 2019, s.14.

³⁷ Küçükali, Adnan / Serçemeli, Ceyhan. “Sosyolojik ve Hukuki Boyutlarıyla Sosyal Medyadaki Çocuk İşçiliği: Instagram Örneği”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.13, S.75, 2020, s.659

³⁸ Riggio, Amanda G. “The small-er screen: youtube vlogging and the unequipped child entertainment labor laws”, *Seattle University Law Review*, C.44, S.2, 2021, s.495-496.

³⁹ Küçükali / Serçemeli. s.662

⁴⁰ Hall, Holly Kathleen. “Oversharenting: is it really your story to tell”, *John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law*, C.33, S.3, 2018, s.121-122.

⁴¹ Gültekin. s.107

hakları” ve “*katılım hakları*” olmak üzere üç ana başlıkta toplanmıştır.⁴² Sözleşmeye taraf ülkelerce bu hakların korunması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocukların özel hayatının gizliliği konusunda uluslararası bir tanınma sağlanmıştır.⁴³ Sözleşme; yaşamsal haklar, gelişme hakları, korunma hakları ve katılma hakları olmak üzere dört grupta 54 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmede korunan yaşamsal haklar beslenme, barınma, sağlık gibi temel ihtiyaçları kapsamaktadır. Gelişme hakları eğitim, oyun oynama gibi haklarını; korunma hakları ise ticari, cinsel, fiziksel ya da ruhsal istismar gibi durumlara karşı korunması haklarını içermektedir. Katılım hakları çocuğun yaşamını ilgilendiren konularda karar verme ve kararını duyurma özgürlüğü gibi haklarıdır.

Ülkemizde 2 Ekim 1995 tarihinde uygulamaya giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne yüz doksan altı taraf ülke bulunmaktadır.⁴⁴ Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Merkezi’nde 29–30 Eylül 1989 tarihleri arasında toplanan “*Çocuklar için Dünya Zirvesi*”nde ilk kez imzaya açılmış olup Türkiye Cumhuriyeti Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni ilk imzalayan devletlerden biridir.⁴⁵ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme tüm ülkelere imzalanmamış ve yasal olarak bağlayıcı olmasa da birçok milletçe benimsenmiştir. Ayrıca sözleşme, çocuk haklarının korunması konusunda yerel ve uluslararası hukuk için önemli bir dayanak vazifesi görmektedir. Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında çocuğun üstün yararı ilkesi çocuklarla ilgili tüm işlemlerde öncelikli olarak göz önünde bulundurulmaktadır. Buna göre, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı göz önünde bulundurulacaktır. Sözleşmeye taraf olan Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, çocuk için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenerek bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri almayı kabul etmişlerdir. TMK’nun m.346 hükmünde, menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşen çocuğun korunması için uygun önlemlerle hükmedeceği belirtilmiştir. Çocuğun içinde bulunduğu ortama göre, çocuğun yararının zedelenebileceğine dair olası bir halin bulunması da, çocuğun yararına bir tehdit oluşturabilir.⁴⁶

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, esas olan çocuğun menfaatidir. Her ne kadar maddede taraf devletler açısından bir düzenleme yapılsa da, çocuk hakkında yapılacak her türlü faaliyette öncelikle ve genel olarak çocuğun üstün yararı gözetilmelidir.

Sözleşme çocukların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlarını belirlerken Sözleşmenin 16. maddesinde çocukların mahremiyetlerinin korunması hakkı “*Hiçbir çocuğun özel yaşamına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa*

⁴² Özpolat, Ali Osman. “Çocuk İhmal ve İstismarının Politikalarla İlişkisi” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.28, S.1, 2023, s.142

⁴³ Bennett, Tabettha. “Child Entertainers and Their Limited Protections: Call for an Interstate Compact”, *Barry Law Child and Family Law Journal*, S.9, 2021, s.137.

⁴⁴ Tokuç, Hülya / Duyan, Veli. “Sosyal Medya, Aile ve Çocuk Etkileşiminin Çocuk Hakları Bağlamında İncelenmesi”, *Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi*, C.1, S.1, 2021, s.51

⁴⁵ Polat, Oğuz. “Türkiye’de Çocuk Haklarının Durumu”, *Toplum ve Demokrasi*, C.2, S.2, 2008, s.149

⁴⁶ Özdemir / Ruhi, s.94-95

tarafından korunmaya hakkı vardır.”⁴⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, çocukların kişisel verilerinin korunması ve gizli tutulması hakkı bulunmaktadır ve ülkeler izinsiz erişimi ve bilgi gizliliğinin ortadan kalkmasını engelleyici tedbirler almak zorundadır.

Sözleşmenin 18. maddesine göre, çocuğu yetiştirme sorumluluğu öncelikli olarak anne babaya verilmiş, anne babanın çocuğun yetiştirilmesinde, çocuğun üstün yararını dikkate almaları gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Yine, 16. maddede çocukların özel yaşantılarının korunması gerektiği ve buna yönelik müdahale ve saldırılara karşı kanun tarafından korunacakları teminat altına alınmıştır.⁴⁸

B. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (European Convention On The Exercise Of Children's Rights)

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 25.01.1996 tarihinde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesi dikkate alınarak Strasbourg'da imzalanmıştır. Sözleşme, çocuklara -18 yaş altı kişilere- uygulanmak üzere yürürlüğe alınmıştır. Sözleşme, çocuğun üstün yararını koruyarak, buna ilişkin hakları tanıyıp geliştirmek ve doğrudan ya da dolaylı olarak çocuğu ilgilendiren davalarda temsil edilmelerini temin etmek amacıyla hazırlanmıştır. Genel olarak adli merciler önünde ve hukuki işlemlerde çocukların haklarını korumayı amaçlayan sözleşmeyi 27 Avrupa Konseyi Üyesi: Arnavutluk, Avusturya, Hırvatistan, Kıbrıs, Çekya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Malta, Karadağ, Kuzey Makedonya, Polonya, Portekiz, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, Türkiye, Ukrayna ve Avrupa Konseyi üyesi olmayan Rusya imzalamıştır. İmza sırasında, bu sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığının belirlenmesi zorunlu olduğundan, Türkiye beyan metnine boşanma, ayrılık, çocuk velayeti, ebeveyn çocuk kişisel ilişkisi ve babalığın mahkeme kararı ile kurulması hususlarındaki davaları eklemiştir.

Türkiye'nin 9 Haziran 1999 tarihinde imzaladığı Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 2021 yılında TBMM Genel Kurulunda kabul edilmiştir. 26 maddeden oluşan sözleşmenin 3. maddesinde çocuğun iradesi ön plana alınmış ve iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip kabul edilen çocuğa kendisiyle ilgili tüm bilgileri almak, kendisine danışılma, kendi görüşünü ifade etmesine izin verme ve olası sonuçlardan haberdar etme hakları tanınmıştır.⁴⁹

C. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü Ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi (Council Of Europe Convention On The Protection Of Children Against Sexual Exploitation And Sexual Abuse)

Bilgi ve iletişim teknolojileri kullanımının çocuklar ve muhtemel failler tarafından endişe verici boyutlarda artması, özellikle bu teknolojiler vasıtasıyla çocukların cinsel istismar ve sömürüsünün ulusal ve uluslararası düzeyde engellenmesi için uluslararası işbirliği gerekliliği ortaya çıkmış ve bunun sonucunda çocukların her türlü cinsel sömürüsüne karşı önleyici, koruyucu, ceza

⁴⁷ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>

⁴⁸ Freeman, Michael. *The Human Rights of Children*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2022, s.21

⁴⁹ <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4620.html> Erişim Tarihi: 13.06.2023

hukuku yönlerine odaklanan ve özel bir gözetim mekanizması kuran kapsamlı bir uluslararası belge olarak 2007 yılında Lanzarote’da Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi hazırlanmıştır.

2010 yılında yürürlüğe giren ve Lanzarote olarak da anılan sözleşme, kırk dokuz maddeden oluşmakta olup tüm Avrupa Konseyi Devletleri tarafından imzalanmış ve Türkiye’de Bakanlar Kurulu’nca 18/7/2011 tarihinde onaylanmıştır.⁵⁰ Sözleşme özel olarak çocukların cinsel şiddetten korunmasını amaçlayan ilk bölgesel anlaşmadır. Sanal ayartma olarak kabul edilen çocuklarla dijital teknolojiler vasıtasıyla cinsel amaçlarla ısrarla buluşma talebinde bulunmak ilk kez uluslararası bir belgede suç olarak kabul edilmiştir. Her bir ülke, bu konuda gerekli yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.⁵¹

D. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (Declaration Of Human Rights) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (European Convention On Human Rights)

Milletler Cemiyeti Genel Kurulu çocuk hakları konusunda ilk uluslararası belge olan Cenevre Çocuk Hakları Beyannamesi’ni 26 Eylül 1924 tarihinde kabul etmiş ve 10 Aralık 1948 tarihinde de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kabul edilmiştir. Bildirinin imzalanmasında, II. Dünya Savaşı’ndan sonra devletlerin, bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda anlaşması ve savaşların önlenmesi fikri etkili olmuştur. Beyanname’de hiç kimsenin özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır (m.12).

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin kabul edilmesinin hemen ardından, 1953 yılında Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyi üyeleri tarafından imzalanan ve insan haklarını uluslararası düzeyde güvence altına alan sözleşme, insan haklarını ve temel özgürlükleri korumaya yönelik temel hükümler içermektedir. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği 8. maddeye göre; “*herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*”. Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde özel olarak çocuk haklarına yer verilmemiş olsa da, Sözleşmesi’nin 1. maddesi dikkate alınarak, sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden “*herkesin*” yararlanacağı sonucu çıkmaktadır. Bu bağlamda, çocuklar da AİHS kapsamında tüm korumalardan yararlanırlar.

IV. ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSAL (TÜRKİYE) MEVZUAT

A. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Anayasa’da yer alan, zayıfları koruyup sosyal adaleti sağlama fonksiyonu olan sosyal devlet ilkesi çocuklar için de geçerlidir. Eşitlik ilkesi de çocuklar gibi özel olarak korunması gereken sınıflara ayrıcalık tanıyacak şekilde düzenlenmiştir. Ailenin korunması başlıklı 41 ve 42. maddeler çocukların her türlü istismar ve şiddete karşı korunması ve gerekli eğitimleri almasını teminat altına

⁵⁰ www.sek.gov.tr/wp-content/uploads/2020/02/Avrupa-Konseyi-Çocukların-Cinsel-Sömürü-ve-İstismara-Karşı-Korunması-Sözleşmesi.pdf Erişim Tarihi:13.06.2023

⁵¹ <https://rm.coe.int/prems-107219-tur-2576-lanzarote-convention-leaflet-a5-web/168098bd18> Erişim Tarihi: 13.06.2023

alır.⁵²

Anayasa’ımızda çocuğun temel hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu kapsamda 10/3 maddesi ile çocuk için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olamayacağı güvence altına alınmıştır. Anayasa’ya göre yetişkinlere tanınan “*yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, işkence yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti ve dernek kurma hürriyeti*” hak ve özgürlükler çocukların da temel hak ve özgürlüklerindendir. Ayrıca Anayasamızın üçüncü bölümünde “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlığı çocukların bakım, korunma, eğitim-öğrenim, sosyal güvenlik haklarını düzenlemiştir.⁵³

B. Türk Medeni Kanunu

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda yer alan çocuklarla ilgili maddelerde, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi İlkeleri ve çocuğun yararı dikkate alınmıştır. Özellikle aile ile ilgili hükümlerde “*çocuğun üstün yararı ilkesi*” dikkat çekmektedir.⁵⁴ TMK m. 23, 24 ve 25 kişilik haklarının korunmasına ilişkin, genel nitelikte maddeler olmaları nedeniyle, kişilik hakları saldırıya uğrayan her çocuk için uygulanabilmektedir. Özellikle TMK m. 25 bağlamında, çocuğun kişilik haklarına karşı yapılan ihlallerde, henüz oluşmamış ya da sürmekte olan ihlalin önlenmesi, geçmişte yapılmış ihlalin hukuka aykırılığının tespiti, cevap ve düzeltme hakkının kullanılması ile maddi manevi tazminat istemi mümkündür.

Velayet hukukunda çocuğun korunmasında alınan önlemler basit ve nitelikli koruma önlemleri olmak üzere ikiye ayrılır. Nitelikli koruma önlemleri de çocuğun yerleştirilmesi ve velayetin kaldırılması şeklinde olur.⁵⁵ TMK 346. maddesine göre çocuğun gelişim ve menfaatinin tehlikeye düştüğü ve anne babaların bu tehlikeyi önlemeye güçlerinin yetmediği durumlarda hakim tarafından çocuğu koruyucu önlemler alınır. Bu kapsamda, hakim tarafından gerek görüldüğü durumda çocuğun yararı gözetilerek çocuk anne babasından alınarak koruyucu aile yanına veya bir kuruma yerleştirilebilir. Alınan tedbirler sonuç vermeyip anne babaların çocuğun haklarına ihlal etmeye devam ettiği ve velayet yükümlülüğünü yerine getiremediği durumda hakimin velayetin kaldırılması kararını verme yetkisi de bulunmaktadır. Velayetin kaldırılması sonrası, TMK madde 403’e göre çocuğa hukuki işlemlerini yapmak üzere vasi atanır. Vasi de kendisine verilen görevleri yerine getiremediği takdirde TMK 483 maddesi kapsamında görevden alınabilir.

Sosyal medya bağlamında incelendiğinde ise, çocuğun üstün menfaatiyle uyuşmayan ve metalaştırma yoluyla ticari kuruluşların ebeveynlerle iletişime geçip reklam vererek çocuğun üzerinden para kazanılması suretiyle, çocuğun onur ve haysiyetini zedeleyici durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Şeref ve haysiyet gerek Türk Medeni Kanunu’nda (m.24) ve gerekse İsviçre Medeni Kanunu’nda (m.28), kişisel değerler arasında yer almaktadır. Şeref ve haysiyet kişiye toplum

⁵² Özdemir / Ruhi, s.8-9.

⁵³ Suata, İlay Zeynep. *Çocuk Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2021, s.18

⁵⁴ Özcan Büyüktanır. s.25.

⁵⁵ Özdemir / Ruhi, s.92

tarafından verilen değerlerdir.⁵⁶ Ayrıca, çocukların süje haline getirilerek, anne babaların kâr amacıyla, sosyal medya platformlarında yaptıkları paylaşımlar, çocukların iş gücünün sömürülmesi ve sosyal medyanın metası haline gelmesine zemin hazırlayarak, çocuğun fiziksel, ruhsal, toplumsal ve ahlaki gelişimlerine zarar verebilmektedir.⁵⁷

C. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu

Korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunması amacıyla 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanun 15.07.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun gelişim ve güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocukları korunmaya ihtiyacı olan çocuk olarak sınıflandırmaktadır. Suça sürüklenen çocuklar da Kanun’un koruma kapsamına girmektedir. Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması Kanun’un önceliğidir. Bunun yanı sıra çocuğun yararının gözetilmesi, ayrımcılığa tabi tutulmaması, çocuk ve ailesinin çocukla ilgili karar sürecine katılımının sağlanması ve ilgili kurum ve kuruluşlarla iş birliği içinde olmaları ile soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin adil, hızlı yürütülerek çocuğun durumuna ihtimam gösterilmesi de Kanun’un temel ilkelerindendir. Kanun çerçevesinde suça karışan çocuğun kimliğinin başkaları tarafından anlaşılmamasına özen gösterilmesi ve hapis cezasının son çare olarak düşünülmesi önem arz etmektedir. Ayrıca öncelikle kendi aile ortamında çocuğu korumak için danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında koruyucu ve destekleyici tedbirler alınması gerekir. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kanunda belirtilen korunmaya muhtaç çocuklarla ilgilenir.

V. VELAYET HAKKI KAPSAMINDA ANNE BABANIN ÇOCUK ÜZERİNDEKİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Velayet ve Veli Kavramları

Çağdaş hukuk sisteminde hukuki işlem yapma ya da ayırt etme yetkinliği olmayan kişileri korumak için velayet, vesayet, kayyımlik ve yasal danışmanlık kurumları düzenlenmiştir.⁵⁸ Türk Medeni Kanunu’nda velayetin tanımı yapılmamakla birlikte, TMK m.335’te “*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz.*” hükmü yer almaktadır. Velayet kurumu, çocuğun haklarını ve yararını korumak, anne ve babanın veli sıfatıyla, sahip olduğu hakları ve yükümlülükleri, velinin yapabilecekleri ve yapamayacakları işlemleri belirlemek amacıyla oluşturulmuştur.⁵⁹

Türk Hukuk Lügatı’na göre velayet, çocukların veya kısıtlanmış erginlerin kişilik ve malları üzerinden hukuki bakım ve terbiye görevlerini kolaylaştırmak için kanunun anne ve babaya tanıdığı hak ve görevlerdir.⁶⁰ Velayet Arapça kökenli bir kelime olup yakın olma, koruma, göz kulak olma,

⁵⁶ Özdemir / Ruhi, s.90.

⁵⁷ Gültekin, Esra. “Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü”, *Çocuk ve Medeniyet Dergisi-I*, C.3, S.5, 2018, s.123

⁵⁸ İnceel, Murat. *Roma ve Türk Hukukunda Vesayet*. Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi. 2009, s.89.

⁵⁹ Bölükbaşı, Özge. *Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi. 2020, s.6.

⁶⁰ Türk Hukuk Lügatı, s.358.

sorumluluk üstlenme anlamlarına gelmektedir.⁶¹

Velayet hakkı, ana babaya sadece çocuklar üzerinde tanınmıştır. Ana ve baba dışındaki kişiler çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olamaz. Mesela büyük ana ve büyük babanın, velayet hakları yoktur. Velayet kanundan dolayı hem anaya hem de babaya bağımsız bir hak olarak tanınmıştır. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanır (TMK. M.336/f.1).⁶²

Velayet hakkına sahip olan kişilere veli denilir. Veli sadece anne ve baba veya ikisinden birisi olabilir.⁶³ Çocuğun doğumu itibarıyla doğal haklarından olan korunma, yetiştirilme, bakım ve temsil görevleri çocuğun velisi tarafından üstlenilir.⁶⁴ Çocuk işe anne baba arasındaki temel ilişki soy bağı üzerinden kurulur. Velayet bu ilişkiyi anne babalara yüklediği hak ve sorumluluklar ile düzenler. Geniş sınırları olan velayet kurumu çocuğun kişilik hakkı ve yüksek menfaati ilkeleri ile sınırlanmaktadır.⁶⁵

Velâyet hakkı, anne babaya çocuğun koruması, yetiştirilmesi ve yararına işlemlerin yapılması doğrultusunda tanınmış bir haktır.⁶⁶ Velayet, hak ve yükümlülüklerden oluşan çift yönlü bir özellik gösterdiği için klasik haklar şemasına uymamaktadır. Buradan hareketle “*velayet mutlak-nisbi hak karması, özgecil ve işlevsel bir yüküm hak*” olarak tanımlanabilir. Velayetin “*yükümlülük*” kısmı anne baba ile çocuk arasındaki ilişkide ortaya çıkarken, “*mutlak hak*” yönü üçüncü kişileri ilgilendiren tarafıdır.⁶⁷ Türk Medeni Kanunu madde 335’e göre velâyet hakkı anne ve babaya, evlat edinilmiş çocukta ise evlat edinene tanınmıştır bir haktır. Bunların dışında kimsenin, kan bağı ilişkisi de olsa, çocuk üzerinde velâyet hakkı yoktur.

Velayetin hukuki anlamı zamanla değişimine uğramıştır. Önceleri genellikle anne babaların çocukları üzerinde hakimiyet hakkı olarak görülürken, günümüzde yüküm-hak anlamlarını karşılamaktadır.⁶⁸ Nitekim TMK m.339’da, “*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.*” hükmü yer almaktadır.

Çocuk hakları konusunda imzalanan uluslararası sözleşmeler ve çıkarılan ulusal hukuki

⁶¹ Karaca, Hilal. *Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi. 2014, s.4.

⁶² Özdemir / Ruhi, s.320

⁶³ Türk Hukuk Lügati, s.358. <https://bozbel.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf>

⁶⁴ Abugalı, Gulden. “Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velayeti”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.3, 2018. s.333.

⁶⁵ Gültekin. s.105-106.

⁶⁶ Başara, İzzet. “Velâyet Hakkının Kaldırılması”. *I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı - I*. 2011, s.127.

⁶⁷ Yakupoğlu, Derya. (Editörler: Erdoğan, Ersin / Vural Çelenk, Belkıs / Özyüksel, Özgün). “Velayetin Sınırı Olarak Çocuğun Katılım Hakkı”, *Türk Hukukunda Çocuk*, Yetkin, Ankara, 2022, s.262.

⁶⁸ İmamoğlu, Selma Hülya. “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.1, 2004, s.166.

düzenlemeler kapsamında velayet anne babalar için hak ve yükümlülükleri içinde bulunduran çift yönlü bir kurumdur.⁶⁹ Ancak velayetle ilgili olarak çocuğun tek başına birey olarak değerlendirilebilmesi yönünde katılım hakkı olmaması, bir başka deyişle karar alma ve karara katılmasına imkan tanınmaması, sebebiyle eksiklik olduğu düşünülmektedir. Velayetin ilişki temelli değil hak temelli tanımlanması da bunu desteklemektedir.⁷⁰

B. Anne ve Babanın Velayet Hakkı Çerçevesinde Hakları Ve Görevleri

Anne babalar velayeti altında bulunan çocukların menfaatleri doğrultusunda, onların yararına hukuki işlemleri yapmak ve özeni göstermekle yükümlüdürler. Anne babalar öncelikli olarak çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek çocukla ilgili karar almalıdır. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde hakkında verilecek olan kararların sonuçlarını idrak edebilecek yetkinlikteki çocukların kararla ilgili görüşüne başvurulması üstün yarar ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir.⁷¹ Çocuğun menfaati göz önünde tutularak çocuğun eğitimi ve bakımı konularında anne babalar gerekli kararları alıp uygulayabilirler. Bunun yanı sıra, çocuğun kendi hayatını düzenlemesi konusunda çocuğa imkan tanıyıp önemli konularda çocuğun düşüncelerini de dikkate almaları gerekir. Çocuğun adını koyma görevi de anne babaya aittir. TMK 339. maddeye göre çocuğun yükümlülüğü ise anne babasını dinlemek ve izinsiz evi terk etmemektir. Çocuk yasal bir gerekçe olmadan anne babasından alınamaz.

Anne babaların çocuğun kişilik ve mal varlıklarını korumak üzere yüklendikleri görev ve yetkileri içeren velayet, başta Roma Hukuku etkisiyle, patriarkal bir bakış açısıyla, ebeveynlerin mutlak hakkı gibi değerlendirilse de, günümüzde çocuğun nesneleştirilmesine karşı çıkan görüşlerin ve Çocuk Hakları Sözleşmesinin etkisiyle çocuk asli özne haline getirilmiş ve velayet hakkı mutlak hak olmaktan çıkarılarak çocuğun bakım, eğitim ve temsili ile mallarının yönetimi şeklinde yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Ülkelerin hukuk sistemlerinde de konunun yükümlülük olarak düzenlenmesine yönelik tanımlamalar yapılmıştır. Örneğin; Alman hukukunda anne baba otoritesi (elterliche Gewalt) yerine koruma ve bakım yükümlülüğü (elterliche Sorge), İngiliz hukukunda anne baba hak ve yükümlülükleri (parental rights and duties) yerine çocukların sorumluluğu (responsibility of children) ifadeleri kullanılmaya başlanmıştır.⁷² Velayet, kanunun anne babalara küçük ve bazı durumlarda kısıtlı çocuklarını temsil etme ve onların şahıs ve mallarına özen gösterme ödevlerini kapsamaktadır.⁷³ Velâyet hakkının kullanılması, çocukların korunması ve yetiştirilmesine yönelik kamusal bir temele dayandığından, bunun sağlar arası bir sözleşme ya da ölüme bağlı tasarrufla sınırlandırılmasından söz edilemez. Velayet hakkı feragat edilip bir başkasına devredilebilen bir hak değildir. Velayet anne babaya haklar tanınması ve yükümlülükler yüklemesi bakımından çift yönlü bir nitelik arz eder.⁷⁴

Eğitim konusunda da Türk Medeni Kanunu anne babaya önemli vazifeler yüklemektedir.

⁶⁹ Karaca. s.1.

⁷⁰ Polat. s.157

⁷¹ Zorluoğlu Yılmaz, s.3393,3394.

⁷² Gültekin. s.108

⁷³ Güneş Ceylan. s.50

⁷⁴ Çelik, Cemil. "Velayetin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.1, 2004, s.256

TMK 340 ve 341. maddeleri eğitimle alakalı olup anne baba imkanları doğrultusunda çocuklarını en iyi şekilde eğitip ruhsal ve zihinsel gelişimlerini sağlamakla yükümlüdür. Özellikle engelli çocuklar başta olmak üzere çocukların yeteneklerine uygun genel ve mesleki eğitimleri sağlanmalıdır. Geleneksel anlayışta büyükleri tarafından karar verilen kendisiyle ilgili süreçlere katılım gösteremeyen çocuk bu anlayışın değişmesi ile birlikte karar alma süreçlerine dahil edilmeye başlanmıştır. Kendi ile ilgili karar mekanizmasına dahil olan çocuk iştirak ya da katılım olarak ifade edilen bu eylem ile içinde yaşadığı toplumda söz sahibi olmaya başlamıştır. Katılım hakkı için; ebeveynlik ve çocuk korumacılığı (paternalizm) ve çocuk özgürlükçülüğü (erkinlik)’nün yanı sıra iki görüşün sentezi olan pragmatik yaklaşım da etkili olmuştur.⁷⁵

Miras, hukuki işlem gibi sebeplerle malvarlığına sahip olabilen çocuğun bu varlıklarının kullanılıp yönetilmesi de velayet hakkı kapsamında anne babası tarafından yapılır. Bu kullanım ve yönetim hakkı çocuk yararına, yetiştirilmesi ve eğitimi için kullanılmalıdır. Çocuğun mallarının kullanılması, Türk Medeni Kanunu’nun Çocuk Malları ayırımındaki 354. madde ile hüküm altına alınmıştır. TMK m.354 ve 355 bağlamında, ana ve baba, kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler. Ana ve baba, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarf edebilirler. Bu durum önceki Medeni Kanun’da “İstifade Hakkı”, yeni Medeni Kanun’da “Kullanma Hakkı” olarak düzenlenmiştir.⁷⁶

Anne baba hak ve yükümlülük olarak düzenlenen çocuğun mallarını yönetme hakkını bedelsiz icra eder ve vazgeçip devredemez. TMK m.357 uyarınca, ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemezler. Çocuğun mallarının kiralanması, nemalandırılması, satılıp tescil edilmesi gibi çocuğun yararına uygun işlemler yapılabilirken malların tüketilmesi gibi fiili eylemlerin yapılması yasaktır.

TMK m.360 çerçevesinde, ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır. Her ne kadar bu malların yönetimiyle ilgili hesap verme sorumluluğu bulunmasa da anne baba malların yönetimini amacına uygun yerine getirmediği takdirde, hakim tarafından yönetim kayyımına devredilebilir. Yönetim yetkisini kendi çıkarları doğrultusunda kullanan anne baba yetki sona erdiğinde TMK madde 363/T’e göre verdikleri zarardan sorumlu tutulur.

Yetki devri şeklinde olmasa da malların fiili yönetimini üçüncü şahsa yaptıran anne babanın bu kişiyi denetleme yükümlülüğü bulunmakta ve verilen zarardan kendileri işlem yapmış gibi sorumlu olmaktadır. Çocuk yasal temsilcisi olan anne babasının işlemleri dolayısıyla oluşan borçlardan kendi malvarlığı ile sorumludur. Malların yönetimi hakkı velayetin sona ermesi ile

⁷⁵ Türkoğlu Üstün, Kamile. (Editörler: Erdoğan, Ersin / Vural Çelenk, Belkıs / Özyüksel, Özgün). “Çocuğun İdari Karar Alma Süreçlerine Katılım Hakkı”, *Türk Hukukunda Çocuk*, Yetkin, Ankara, 2022, s.37-39.

⁷⁶ Gökçaya, Vildan. “Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.133, 2017, s.325-326.

sonlanır.⁷⁷

VI. SHARENTING KONUSUNDA ÖRNEK MAHKEME KARARLARI

Almanya’da geçen olayda, C.R. ve F.C. boşanmış ve çocukları üzerinde ortak velayete sahiptir. Baba C.R., kızının fotoğraflarını çeşitli zamanlarda sosyal medyada paylaşmıştır. Ebeveynin kızları V. ile yaşadıkları anlaşmazlık mahkemeye taşınmıştır. Davalı, kızları V’nin fotoğraflarını 2010 yılında internette yayımlamış ancak başvuranın tekrarlanan talebi üzerine paylaşımlarını silmiştir. Ancak davalı bir süre sonra kızı V.’nin fotoğraflarını Facebook hesabında, tüm kullanıcıların görebileceği şekilde tekrar yayımlamıştır. Gerçekleşen paylaşımların ardından konu mahkemeye taşınmadan önce ortak velayete sahip diğer ebeveyn olan davacı anne F.C., bunu kabul etmeyerek davalıdan fotoğrafları silmesini talep etmiştir. Davacı, çocukların internetteki fotoğraflarının genellikle zorbalık saldırılarına yol açtığı ve çocukların resimlerinin aniden şüpheli web sitelerinde bulunduğu görüşünderken aynı hassasiyeti göstermeyen davalı tüm fotoğrafların zararsız olduğunu ileri sürerek, yayımladığı fotoğrafları kızları V’nin bizzat seçtiğini ileri sürmüştür. Bunun üzerine Çocuk Dairesi’nde dinlenen V’nin 10 yaşında olması ve 16.2.2017 tarihli duruşmada edindiği kişisel izlenim göz önüne alındığında, resimlerinin internette yayımlanmasına rıza gösterme ehliyetine sahip olmadığına karar verilmiş ve böyle bir ehliyetin ancak çocuk 14 yaşına ulaştıktan sonra kazanılacağına kanaat getirilmiştir. Sınırlı hukuki ehliyetle sahip çocukların resimlerinin yayımlanması için her iki yasal temsilcinin de rızasının gerekli olduğu göz önünde bulundurularak ve çocukların resimlerinin internette yayımlanmasından kaynaklanabilecek tehlikelere hassasiyetle yaklaşması bakımından mahkeme davacı ebeveynin haklı olduğuna karar vermiştir.⁷⁸

Anne baba velayetin kendilerine verdiği yetkileri kullanarak çocuk adına kararlar verirken çocuğun sosyal medyada nesneleştirilmesi riski de ortaya çıkmaktadır. Anne babanın velayet hakkı böyle durumlarda çocuğun kişilik haklarını ihlal etmeyecek şekilde sınırlandırılabilir.⁷⁹

Almanya’da gerçekleşen, anne babanın çocuklarının fotoğraflarının paylaşılmasına ilişkin bir başka örnekte ise, kızları L. ve N.’nin müşterek velayet hakkına sahip iki ebeveyn tarafından fotoğraflarının internet ortamında paylaşılmasına ilişkin uyuşmazlık söz konusudur. "Salon B." adlı kuaför salonunu işleten babanın partneri K reklamlarında kullanılmak üzere çocukların fotoğraflarını çekmiş ve bunları babanın bilgisi dahilinde facebook ve instagram hesabında yayımlamıştır.

Anne olayı haber alınca e-posta ve mektupla K’dan fotoğrafları kaldırmasını ve durdurma beyanını imzalamasını istemiştir. Fakat K fotoğrafları kaldırmadığı gibi yeni paylaşımlar yapmaya devam etmiştir. Açılan davada iki çocuğun velayetine ilişkin uyuşmazlık sebebiyle ve çocukların resimlerinin internette ve sosyal ağlarda izinsiz olarak yayımlanması ve ticari olarak yayılması nedeniyle, Alman Medeni Kanunu (BGB) Madde 1628⁸⁰ ve Alman Sanat Telif Hakkı Yasası

⁷⁷ Akyüz, Emine. *Çocuk Hukuku – Çocukların Hakları ve Korunması*, 7. Baskı, Pegem, Ankara, 2021, s.250-253.

⁷⁸ AG Stolzenau (Aile Mahkemesi) 28.03.2017 tarihli karar/ 5 F 11/17 SO

⁷⁹ Gültekin. s.106.

⁸⁰ BGB 1628: 1 Ebeveynler, münferit bir konu veya ebeveyn velayeti ile ilgili olarak çocuk için büyük önem taşıyan belirli bir konu üzerinde anlaşmaya varamazlarsa, aile mahkemesi, ebeveynin başvurusu üzerine kararı ebeveyne devredebilir. 2 Aktarım kısıtlamalara veya koşullara bağlı olabilir.

(KunstUrhG) Madde 22'ye⁸¹ atıfta bulunulmuştur. Baba annenin çocuklarıyla ilgilenmediği ve partneri K ile güç savaşına girdiğini öne sürerek yaptığı itiraz başvurusunda fotoğrafların normal olduğunu ve çocukların kişiliklerini rencide etmediğini ifade etmiştir. Ancak babanın itirazı reddedilmiş ve çocukların resimlerinin internette ve sosyal ağlarda yayılması ve K ile mahkeme dışı ve adli uyumsuzluk sebepleriyle, Yerel Mahkeme, itiraz yolu kapalı olarak, adli para cezasına hükmetmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere; bu tarz paylaşımların dijital sosyal medyada yayılması, çocukların mahremiyet ve kişilik haklarının gerekli şekilde korunamamasına sebep olmaktadır.⁸²

Avusturya'nın Carinthia bölgesinde bir genç, 11 yaşında olduğu 2009 yılından itibaren çıplak görüntüleri de dahil fotoğraflarını yaklaşık 700 takipçili sosyal medya hesaplarında paylaşan anne babasından davacı olmuştur. Çocuğun babası ise fotoğrafları çeken kişi olarak yayınlama hakkı olduğunu savunmuştur.⁸³

Annenin kişisel ilişkiden doğan haklarını amacına aykırı kullanması nedeniyle kişisel ilişkinin çocuğun üstün yararı doğrultusunda kaldırılması talebi ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesinde görülen bir davada çocuğu alıkoyan ve babasına göstermeyen davalı anne ve yakınları beş yaşındaki çocuğun terör örgütü sempatisizliğini çağrıştırır şekildeki fotoğraflarını uygunsuz ifadelerle kendi sosyal medya hesaplarında paylaşmıştır. Davacı baba haklı bulunarak çocuk ile davalı anne arasındaki velayet ilişkisinin çocuğun üstün yararı doğrultusunda kaldırılmasına karar verilmiştir.⁸⁴

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nde görülen davada sanık facebook adlı sosyal medya platformu üzerinden yaptığı canlı yayınlarda kızına çocuğuna terör örgütünün silahlı militanlarını öven gerilla marşı söyleterek kayıt altına alıp yayınlamıştır. Sanık terör örgütü propagandası yapmak suçuyla hüküm giymiş olsa da dava çocukların anne babaları tarafından sosyal medyada kendi emelleri doğrultusunda kullanılması bakımından anlamlıdır.⁸⁵

VII. SOSYAL MEDYADA ÇOCUĞUN ÖZEL HAYATININ İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Sharenting sonucu kişilik hakkı ihlali yapılması durumunda herhangi bir ilgili veya ayırt etme gücü olan çocuğun kendisi mahkemeden koruma talebinde bulunarak dava açabilir. Ayırt etme gücü olmayan çocuk için ihlali gerçekleştiren dışındaki ebeveyn, anne baba ihlalin içindeyse mahkeme çocuğa atanacak kayyım davayı açabilir.⁸⁶

Uluslararası belgelerdeki tanımlara göre kişisel veri, bireyi tanınabilir kılan her türlü bilgi

⁸¹ KunstUrhG 22: 1 Resimler yalnızca tasvir edilen kişinin izniyle dağıtılabılır veya kamuya açık olarak sergilenebilir. 2 Şüphe durumunda, resimde görülen kişinin fotoğrafını çekmek karşılığında ücret alması halinde rıza verilmiş sayılacaktır. 3 Resmi çekilen kişinin ölümünden sonra 10 yıl süreyle tasvir edilen kişinin yakınlarının rızası gerekmektedir. 4 Bu yasa anlamında akrabalar, tasvir edilen kişinin hayatta kalan eşi veya hayat arkadaşı ve çocukları ve eğer eşi veya hayat arkadaşı veya çocukları yoksa tasvir edilen kişinin ebeveynleridir.

⁸² OLG Düsseldorf, 20.07.2021 tarihli karar/Dosya numarası: 1 UF 74/21

⁸³ <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/avusturyada-iliginc-dava-ailesini-facebook-fotograf-lari-yuzunden-mahkemeye-verdi-40223889> Erişim Tarihi: 21.11.2024

⁸⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2020/1370, K: 2020/2447, T: 01.06.2020.

⁸⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2019/12130, K: 2021/3772, T: 01.06.2021.

⁸⁶ Zorluoğlu Yılmaz, s.3402.

olarak ifade edilir. Hukuk düzenince, kişinin kişi olması sebebiyle, kendi varlığını serbestçe geliştirebilmesi gerçeği ölçü olarak alınmıştır. Bu itibarla kişi dilediği gibi yaşama hakkına sahiptir ve bu sebeple de kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi için hürriyetlerinin garanti altına alınması gerekir.⁸⁷ Hürriyetleri garanti altına alınan birey kendisini tanımlanabilir kılan her türlü bilgiyi yani veriyi oluşturur. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na (KVKK) göre bu, "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*"dir. Ancak KVKK'da çocukların kişisel verilerine dair özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu eksiklik, çocukların korunmaya muhtaç oldukları gerçeğiyle birlikte ele alındığında önemli bir hukuki sorun yaratmaktadır. Çocukların kişisel verilerinin sosyal medyada paylaşılması, unutulma hakkının ihlali ve kişisel haklara zarar verilmesi gibi problemleri beraberinde getirmektedir. Çocuğun rızası olmadan ebeveynler tarafından yapılan paylaşımlar, hukuki açıdan tartışmalıdır; "*çocuğun üstün yararı ilkesi*" her zaman esas alınmalıdır.⁸⁸

Ayrıca, sosyal medya platformlarının kullanıcı profillerinden topladığı kişisel verilerin çocuklar için özel düzenlemelere tabi olmaması, bu verilerin kötüye kullanımını kolaylaştırmaktadır. Çocukların farkında olmadan paylaştığı veriler veya ebeveynlerin bilinçsizce yaptığı paylaşımlar, çocukların ileriki hayatında ciddi sorunlara yol açabilir. Özellikle elektronik ortamda bu tür verilerin yayılım hızı ve kalıcılığı göz önüne alındığında, hukuki düzenlemelerin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır.⁸⁹

Kişilik kavramı kanun koyucu tarafından yaratılmamış, varlığı tabii bir kavram olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucu her ne kadar kişilik kavramının kanuni tanımını yapmamışsa da, kişiliği saldırılara karşı korumak için gerekli düzenlemeleri yapmaktan geri kalmamıştır. Kişiliğin genel olarak korunması görüşüne ilk olarak Roma Hukuku'nda yer verilmiştir. Kişiliğin ihlaline sebep olabileceği varsayılan başlıca olaylar, bu hukukta örnek verilerek sayılmıştır. Kişilik kavramının tanımı kanun koyucu tarafından yapılmış değilse de, öğretide imkan nispetinde kapsamlı olmasını sağlamak üzere kavramın soyut şekilde tanımlanması tercih edilmiştir.⁹⁰ Günümüzde Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 24 ve 25, kişilik haklarına saldırının önlenmesi ve etkilerinin ortadan kaldırılması için dava açma hakkı tanımaktadır. Anne babaların çocukları adına davalar açabileceği gibi, ayırt etme gücünü kazanmış çocuklar da ebeveynlerine karşı dava açabilir.³ Bu düzenlemeler, çocukların özel hayatını koruma altına almayı hedefler. Velayet sahibinin kusurlu davranışları durumunda hâkim, çocuğun korunmasına dair tedbirler (velayetin kaldırılması gibi) alabilir. Örneğin, bir çocuğun fotoğrafının izinsiz şekilde ticari amaçlarla kullanılması, TMK kapsamında manevi tazminat davasına konu olabilir.⁹¹

Ayrıca, 5651 sayılı Kanun kişisel hakların ihlali durumunda sosyal medyada içerik kaldırma ve erişim engelleme mekanizmaları sunmaktadır. Bu kanun kapsamında yapılan başvuruların hızlıca sonuçlandırılması, özellikle çocuklar için önemlidir. Çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve

⁸⁷ Öztan, s.255.

⁸⁸ Bük, Alaattin. *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, 2021, s.20-22.

⁸⁹ Uçuş Güldalı, Şükran. (Editör: Erdem Hareket). "Çocukların Güvenlik Hakkı Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", *Disiplinlerarası Yaklaşımla Çocuk Hakları*, 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2021, s.130-141.

⁹⁰ Öztan, s.250.

⁹¹ Oğuz, Sefer. "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, C:13, S:2, 2018, s.123.

diğer suç içeriklerine karşı erişim engelleme kararları, Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından uygulanmaktadır. Bu mekanizmaların etkin çalıştırılması, çocukların güvenliği açısından kritik öneme sahiptir.⁹²

5651 sayılı Kanun'a göre, kişilik hakkı ihlallerinde öncelikli olarak içerik sağlayıcısına başvurulabilir. Yanıt alınmadığı hallerde yer sağlayıcıya veya mahkemeye başvurularak 24 saat içinde içerik kaldırma talep edilebilir.⁹³ Çocuk istismarı gibi özel durumlarda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Cumhuriyet Başsavcılığına da bilgi vererek erişim engellemesi yapabilir. Bu kararları uygulamayan yer sağlayıcılar ciddi para cezaları ve adli yaptırımlarla karşılaşabilir.

Erişim engelleme kararlarının yalnızca Türkiye ile sınırlı kalması, uluslararası sosyal medya platformlarıyla ilgili sorunları çözmemektedir. Bu nedenle, sosyal medya şirketlerinin Türkiye'de temsilcilik açması ve yerel hukuka uygun hareket etmesi büyük önem taşır. Bu tür düzenlemeler, 7253 sayılı Kanun ile daha net hale getirilmiştir. Ancak erişim engelleme kararlarının teknik altyapıya bağlı zorlukları da göz ardı edilmemelidir. Örneğin, URL bazlı engelleme mümkün olmadığında, tüm siteye erişim engellenmektedir.⁹⁴

KVKK, çocuklar için ayrı bir düzenleme getirmese de kişisel verilerin usulsüz işlenmesini yasaklar. Çocuğun adı, fotoğrafları gibi verilerin paylaşılması için ebeveynlerin açık rızası gereklidir; ancak bu rıza çocuğun üstün yararının zedelendiği durumlarda hukuka aykırı kabul edilebilir. KVKK madde 17 ve 18, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesi durumunda cezai yaptırımlar öngörmektedir.⁹⁵ Çocukların sosyal medya verilerinin usulsüz kullanılması, ilgili platformun veri sorumlusu olarak doğrudan sorumluluğunu doğurur.

KVKK kapsamında, veri sorumlusunun yükümlülükleri arasında, kişisel verilerin güvenliğini sağlamak ve izinsiz erişimi önlemek bulunur. Bu nedenle, sosyal medya platformlarının çocuk kullanıcılarına yönelik daha sıkı güvenlik önlemleri alması gerekmektedir. Aksi takdirde, yüksek idari para cezaları ve platform yasakları ile karşı karşıya kalabilirler.

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), kişisel verilerin korunmasına dair uluslararası standartlar getirir. GDPR, çocuklara ilişkin verilerin işlenmesinde açık rıza ve ayrıştırılmış hizmet sunumu gibi hususları zorunlu kılar. Özellikle çocuk kullanıcılar için hizmet sağlayıcıların, kullanıcıların yaşını doğrulama ve ebeveyn izni alma gibi prosedürlere uyması gerekmektedir. Tüzük, ihlaller durumunda yüksek para cezaları ve denetim mekanizmaları ile yaptırım uygular. Özellikle veri ihlalleri, gizlilik, erişim ve bütünlük ihlali gibi kategorilere ayrılarak düzenlenmiştir. GDPR'nin 83. maddesi, veri ihlalleri için uygulanacak idari para cezalarının şirket cirosunun %4'üne kadar çıkabileceğini öngörmektedir. Bu yaptırımlar, veri koruma konusunda

⁹² Borçlar Kanunu madde 49: Haksız Fillerden Doğan Borç İlişkileri: Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

⁹³ Akkurt, Sinan Sami. *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*. 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s.135,178,179.

⁹⁴ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun.

⁹⁵ Bük, s.89-90.

uluslararası uyumun sağlanması açısından etkili bir araçtır.⁹⁶

SONUÇ

Çocukların sosyal medyada kişisel verilerinin korunması, ulusal ve uluslararası hukukun öncelikli konularından biridir. Ebeveynler ve sosyal medya sağlayıcılarının bu sorumlulukları bilerek hareket etmesi gerekmekte, aksi durumda hem maddi hem manevi yaptırımlar ile karşılaşmaktadır. Çocukların özel hayatı ve haklarının korunmasında hukukun etkin bir şekilde uygulanması elzemdir. Çocukların güvenliğini sağlamak için, hukuki düzenlemelerin yanı sıra ebeveynlere ve topluma da önemli görevler düşmektedir. Dijital okuryazarlığın artırılması, çocukların bilinçli bir şekilde internet kullanmasını teşvik edecektir. Aynı zamanda, sosyal medya platformlarının sorumluluğu artırılarak, çocukların daha güvenli bir dijital ortamda bulunmaları sağlanabilir.

Velayet hakkına sahip ana ve baba çocuğun bakılmasını ve eğitimi gerçekleştirmek zorundadır. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ana babaya aittir. TMK. M.340/f.1'e göre ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişimi sağlar ve korurlar. Çocukların daha güvenli bir dijital ortamda bulunmalarının sağlanması yolunda atılacak adımlarda söz konusu eğitim ve koruma kavramlarının içerisinde yer almaktadır.⁹⁷

Sosyal medyanın yoğun kullanımı, anne babalar arasında çocuklarıyla ilgili paylaşımların yapıldığı sharenting adlı yeni bir kavramı ortaya çıkarmıştır. Ebeveynlerin çocuklarının bilgi, fotoğraf ve videolarını sosyal medya ve diğer platformlarda paylaşması olarak adlandırılan “*sharenting*” uygulamasının aile ve arkadaşlar ile bağlantı kurma, çocukların büyüme ve gelişimlerini belgeleme gibi olumlu faydaları olduğu düşünülse de, çocuğun özel hayatı ve güvenliğini tehlikeye atmak gibi büyük olumsuz sonuçları da bulunmaktadır.

Sharenting; çocukları online sömürü, siber zorbalık gibi olumsuzlukların riskine maruz bırakabileceği gibi, çocuklar anne babalarının paylaşım alışkanlıkları dolayısıyla uygunsuz materyaller veya negatif yorumlar gibi kendilerine zarar verebilecek online içeriğe de maruz kalabilmektedirler. Sharenting konusunda bir tarafta velayet hakkına sahip anne babaların çocukları ile ilgili paylaşım yapma hakkı olduğu savunulsa da diğer yanda çocukların mahremiyeti dikkate alınarak, paylaşımların kişisel bilgileri açıklanan çocukları riske soktuğu, oluşturulan dijital ayak izlerinin bugün ve gelecekte farklı sıkıntılara sebep olabileceği, çocukların mahrem olgusundan uzaklaştırılarak kişisel verilerin güvenliğinin azalmasına ve bu çocukların ileride anne baba olduklarında daha da açık olmasına sebebiyet verileceği de düşünülmelidir. Gelecekte bu paylaşımların çocuğun karşısına ne şekilde çıkacağı bilinemediğinden, bu paylaşımların çocuğu olumsuz etkilemesi mümkündür.

Sharentingın artış göstermesi, beraberinde çocukların kişisel verilerinin uygun kullanım yöntemleri ve bu şekilde yapılan paylaşımların çocuğun mahremiyet ve güvenliği üzerindeki etkileri sorularını getirmiştir. Sharenting konusunda mevcut yasal düzenlemeler bulunmasa da mahremiyet

⁹⁶ General Data Protection Regulation.

⁹⁷ Özdemir / Ruhi, s.322.

ve veri korunması konusunda yürürlükte olan birçok yasa ve düzenleme bu konuda bazı korumalar sağlamaktadır. Anne babalar için çocukları hakkında online paylaşım yaparken sharenting potansiyel riskleri ve olumsuz sonuçlarını iyi düşünüp neleri ne ölçüde paylaşacaklarına dair doğru kararlar almaları çok önemlidir. Bu kapsamda ortaya çıkabilecek riskler konusunda toplum ve özellikle anne babalar bilinçlenmeli ve eğitilmelidir.

Sharenting kaynaklı uyumsuzluklar çoğunlukla veri koruma ve özel hayat gizliliğini kapsayan yasaların kapsamı dışında kalabilmektedir. Anne babaların iyi niyetlerle yapmış oldukları paylaşımlar çok yanlış kişilerin elinde farklı amaçlar için kullanılabilir ve bu da çocuğun saygınlığını olumsuz etkileyen sonuçlar doğurabilir. Ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler kişisel verilerin toplanıp kullanılması eylemlerinin kişilerin özel hayatına saygılı şekilde yapılması konusuna odaklanmış olup çocukların özel hayatı ve gizliliği de bu düzenlemeler vasıtasıyla korunuyor olsa da, özel olarak çocukların haklarının anne babaları tarafından ihlal edildiği durumlar için, anne babaların hak ve yükümlüklerini de olumsuz etkilemeyecek, düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Abugalı, Gulden. “Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velayeti”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.3, 2018, s.331-392.
- Akkurt, Sinan Sami. *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*. 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023.
- Akyüz, Emine. *Çocuk Hukuku – Çocukların Hakları ve Korunması*, 7. Baskı, Pegem, Ankara, 2021.
- Başara, İzzet. “Velâyet Hakkının Kaldırılması”. *I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı - I*. 2011. s.127-140.
- Bennett, Tabetha. “Child Entertainers and Their Limited Protections: Call for an Interstate Compact”, *Barry Law Child and Family Law Journal*, S.9, 2021, s.131-158.
- Blum-Ross, Alicia / Livingstone, Sonia. “Sharenting, parent blogging, and the boundaries of the digital self”, *Popular Communication*, C.15, S.2, 2017, s.110-125.
- Bölükbaşı, Özge. *Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi. 2020.
- Brosch, Anna. “When the child is born into the Internet: Sharenting as a growing trend among parents on Facebook”, *The New Educational Review*, C.43, S.1, 2016, s.225-235.
- Brosch, Anna. “Sharenting: Why Do Parents Violate Their Children's Privacy?”, *The New Educational Review*, C.54, S.4, 2018, s.75-85.
- Bük, Alaattin. *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, 2021.
- Çelik, Cemil. “Velayetin Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.1, 2004, s.255-309.
- Duygulu, Serap. “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafı Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk

İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, *TRT Akademi*, C.4, S.8, 2019, s.428-487.

Ebadifar, Keith Bahareh / Steinberg, Stacey. “Parental Sharing on the Internet: Child Privacy in the Age of Social Media and the Pediatrician’s Role”, *JAMA Pediatrics*, C.171, S.5, 2017, s.413–414

Edney, Amber. “I don't work for free: the unpaid labor of child social media stars”, *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, C.32, S.3, 2022, s.547-572.

Erkut, Zeynep / Balcı, Serap / Yıldız, Suzan. “Tarihsel Süreç İçinde Çocuk”, *Çocuk ve Medeniyet*, C.2, S.3, 2017, s.17-28.

Freeman, Michael. *The Human Rights of Children*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2022.

Gökkaya, Vildan. “Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.133, 2017, s.325-348.

Gültekin, Esra. “Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü”, *Çocuk ve Medeniyet Dergisi-I*, C.3, S.5, 2018, s.103-143.

Gümrükçüoğlu, Yeliz Bozkurt. “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel Sayı, 2013, s.481-546.

Güneş Ceylan, Seldağ. *Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2014.

Güneş Peschke, Seldağ. (Editörler: Güneş Peschke, Seldağ / Peschke, Lutz). “Kamuya Mal Olmuş Kişilerin Medyada Görünümleri ve Özel Hayatlarının Korunması”, *New Media and Law: A Comparative Study*, Yetkin, Ankara, 2016, s.51-81.

Güneş Peschke, Seldağ / Peschke, Lutz. “Protection of the Mediatized Privacy in the Social Media: Aspects of the Legal Situation in Turkey and Germany”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, S.1-2, 2013, s.857-884.

Haley, Keltie. “Sharenting and the (potential) right to be forgotten”, *Indiana Law Journal*, C.95, S.3, 2020, s.1005-1020.

Hall, Holly Kathleen. “Oversharenting: is it really your story to tell”, *John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law*, C.33, S.3, 2018, s.121-142.

Hamming, Kate. “Dangerous inheritance: child's digital identity”, *Seattle University Law Review*, C.43, S.3, 2020, s.1033-1064.

İmamoğlu, Selma Hülya. “Çocuğun kişiliğinin ana babaya karşı korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.2, 2005, s.183-218.

İmamoğlu, Selma Hülya. “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler

Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, S.1, 2004, s.165-190.

İnceel, Murat. *Roma ve Türk Hukukunda Vesayet*. Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi. 2009.

Karaca, Hilal. *Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi. 2014.

Küçükali, Adnan / Serçemeli, Ceyhun. “Sosyolojik ve Hukuki Boyutlarıyla Sosyal Medyadaki Çocuk İşçiliği: Instagram Örneği”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.13, S.75, 2020, s.658-670.

Lazard, Lisa / Capdevila, Rose / Dann, Charlotte / Locke, Abigail / Roper, Sandra. “Sharenting: Pride, affect and the day-to-day politics of digital mothering”, *Social and Personality Psychology Compass*, C.13, S.4, 2019, s.3-21.

Oğuz, Sefer. “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, C:13, S:2, 2018, s.121-138.

Otero, Paula. “Sharenting... Should children’s lives be disclosed on social media?”, *Arch Argent Pediatr*, C.115, S.5, 2017, s.412-413.

Özcan Büyüktanır, Burcu Gülseren. *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması*, Yetkin, Ankara, 2019.

Özdemir, Hayrunnisa / Ruhi, Ahmet Cemal. *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, 7. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2024.

Özpolat, Ali Osman. “Çocuk İhmal ve İstismarının Politikalarla İlişkisi” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.28, S.1, 2023, s.141-153.

Öztan, Bilge. *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

Peschke, Lutz / Güneş Peschke, Seldağ. (Editörler: Güneş Peschke, Seldağ / Peschke, Lutz). “New Media Between Communicative and Normative Studies”, *New Media and Law: A Comparative Study*, Yetkin, Ankara, 2016, s.11-14.

Polat, Oğuz. “Türkiye’de Çocuk Haklarının Durumu”, *Toplum ve Demokrasi*, C.2, S.2, 2008, s.149-157

Riggio, Amanda G. “The small-er screen: youtube vlogging and the unequipped child entertainment labor laws”, *Seattle University Law Review*, C.44, S.2, 2021, s.493-530.

Siibak, Andra / Traks, Keily. “The dark sides of sharenting”, *Catalan Journal of Communication & Cultural Studies*, C.11, S.1, 2019, s.115-121.

Solak, İbrahim / Çomruk, Sebiha. “Osmanlı’da Çocuk Olmak”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.21, S.1, 2024, s.291-300.

Suata, İlay Zeynep. *Çocuk Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2021.

Tokuç, Hülya / Duyan, Veli. “Sosyal Medya, Aile ve Çocuk Etkileşiminin Çocuk Hakları Bağlamında İncelenmesi”, *Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi*, C.1, S.1, 2021, s.46-66.

Türkoğlu Üstün, Kamile. (Editörler: Erdoğan, Ersin / Vural Çelenk, Belkıs / Özyüksel, Özgün). “Çocuğun İdari Karar Alma Süreçlerine Katılım Hakkı”, *Türk Hukukunda Çocuk*, Yetkin, Ankara, 2022, s.37-76.

Uçuş Güldalı, Şükran. (Editör: Erdem Hareket). “Çocukların Güvenlik Hakkı Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, *Disiplinlerarası Yaklaşımla Çocuk Hakları*, 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2021.

Von Teschenhausen Eberlin, Fernando Büscher. “Sharenting, freedom of expression and children's privacy in the digital environment: the role of application providers under the brazilian legal framework”, *Brazilian Journal of Public Policy*, C.7, S.3, 2017, s.256-274.

Yakupoğlu, Derya. (Editörler: Erdoğan, Ersin / Vural Çelenk, Belkıs / Özyüksel, Özgün). “Velayetin Sınırı Olarak Çocuğun Katılım Hakkı”, *Türk Hukukunda Çocuk*, Yetkin, Ankara, 2022, s.253-310.

Zorluoğlu Yılmaz, Ayça. “Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C:29, S:4, s.3383-3417.

İNTERNET KAYNAKLARI

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Smürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi. www.sck.gov.tr/wp-content/uploads/2020/02/Avrupa-Konseyi-Çocukların-Cinsel-Sömürü-ve-İstismara-Karşı-Korunması-Sözleşmesi.pdf Erişim Tarihi: 13.06.2024

Cambridge Sözlüğü. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/child> Erişim Tarihi: 13.06.2024

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%a7ocuk-haklar%C4%b1na-dair-s%C3%b6zle%C5%9Fme> Erişim Tarihi: 12.06.2024

Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi. <https://rm.coe.int/prems-107219-tur-2576-lanzarote-convention-leaflet-a5-web/168098bd18> Erişim Tarihi: 13.06.2024

European Convention on the Exercise of Children's Rights. <https://rm.coe.int/european-convention-on-the-exercise-of-children-s-rights/1680a40f72> Erişim Tarihi: 15.06.2024

<https://www.haberturk.com/italyada-cocugun-fotografini-paylasan-anneye-ceza-1788741> Erişim Tarihi: 10.06.2024

<https://www.hurriyet.com.tr/dunya/avusturyada-iliginc-dava-ailesini-facebook-fotografilar-yuzunden-mahkemeye-verdi-40223889> Erişim Tarihi: 21.11.2024

<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4620.html> Erişim Tarihi: 13.06.2024

Parents, Privacy & Technology Use. Hart Research Associates. Family Online Safety Institute, 2015.
<https://www.fosi.org/policy-research/parents-privacy-technology-use>

Türk Hukuk Lügatı. <https://bozbel.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf> Erişim Tarihi: 13.06.2024

MAHKEME KARARLARI

AG Stolzenau (Aile Mahkemesi) 28.03.2017 tarihli karar/ 5 F 11/17 SO

OLG Düsseldorf, 20.07.2021 tarihli karar/Dosya numarası: 1 UF 74/21

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2020/1370, K: 2020/2447, T: 01.06.2020.

Yargıtay 15. Hukuk

Otonom Gemilerde Taşıyanın Sorumluluğu

Ömer Can Mehmet AKBABA ^{1*} 

¹ Adalet Bakanlığı, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Türkiye

Belin KÖROĞLU ÖLMEZ ^{1*} 

¹ Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

Makale Bilgisi

Makale Geçmişi

Geliş: 06.06.2024

Kabul: 16.07.2024

Yayın: 30.12.2024

Anahtar Kelimeler:

Otonom Gemi, Yapay Zekâ, Eşya Taşıma Sözleşmesi, Taşıyan, Sorumluluk.

ÖZET

Gelişen teknolojiyle birlikte, özellikle uluslararası taşımacılık alanında en çok tercih edilen yöntem olan deniz yoluyla taşıma faaliyetlerinde otonom gemilerin kullanımında artış söz konusudur. Bilişim sistemleri ve yapay zekâ programların kullanımı ile kendi kendini yöneten otonom gemiler, gemide personel ihtiyacının da azalmasına neden olmuştur. Deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmelerinde insan unsuruna bağlı sonuçlar bakımından, personel olmaksızın seferlerini kendisi yönetebilen otonom gemilerin kendisine özgü özellikleri göz önünde bulundurularak yeniden bir değerlendirme yapılması gereklidir. Otonom gemilerin, bilinen anlamda bir gemi olarak kabul edilip edilmeyeceği de mevcut düzenlemelerin yorumlanması ile tespit edilecektir. Otonom gemilere yönelik bu nitelik belirlendikten sonra, kendi kendini yöneten geminin sefer öncesi ve seferi sırasında oluşabilecek farklı senaryolar sonucu meydana gelen zararlar bakımından sorumluluk rejiminin de gözden geçirilmesi gerekir. Uluslararası işbirliği sonucu, otonom gemilere yönelik regülasyon hazırlıkları devam ediyor olmakla birlikte; otonom gemilerin kendilerine özgü avantajları da dikkate alındığında, yakın gelecekte bu gemilerin kullanımında artışın yaşanacağı şüphesiz olup ulusal mevzuat hükümlerinde de bu doğrultuda bir değerlendirme yapılması gerekir.

Carrier's Liability on Autonomous Ships

Article Info

Article History

Received: 06.06.2024

Accepted: 16.07.2024

Published: 30.12.2024

Keywords:

Autonomous Ship, Artificial Intelligence, Contract of Carriage of Goods, Carrier, Liability.

ABSTRACT

With the developing technology, there is an increase in the use of autonomous ships in maritime transportation activities, which is the most preferred method especially in the field of international transportation. Autonomous ships which manage themselves with the use of information systems and artificial intelligence programs have led to a decrease in the need for personnel on board. In terms of the consequences related to the human element in contracts of carriage of goods by sea, a re-evaluation should be made by taking into account the unique characteristics of autonomous ships that can manage their voyages without personnel. Whether or not autonomous ships will be considered as a ship in the ordinary sense will also depend on the interpretation of the existing regulations. Once this qualification for autonomous ships has been determined, the liability regime for damages



arising from different scenarios that may occur before and during the voyage of the self-managed ship should also be reviewed. Although regulation preparations for autonomous ships are ongoing as a result of international cooperation, considering the unique advantages of autonomous ships, there is no doubt that there will be an increase in use of these ships in near future, and an evaluation should be made in national legislation provisions in this direction.

To cite this article:

Akbaba, Ö. C. M./ Köroğlu Ölmez, B. (2024). “Otonom Gemilerde Taşıyanın Sorumluluğu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), s. 887-911. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.143>

*Sorumlu Yazar: Ömer Can Mehmet Akbaba, omehmet.akbaba@std.hku.edu.tr

GİRİŞ

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte, yapay zekânın kullanımı birçok alanda olduğu gibi ulaşım ve nakliye alanlarında da gelişmektedir. İnsansız kara ve hava araçlarının yanı sıra, insansız deniz araçlarının üretim ve kullanım süreci de hızlanmıştır. Yapay zekânın, deniz araçlarının üretiminde etkin bir şekilde kullanımı, ilerleyen zamanlarda denizcilik sektörünün tamamına sirayet edebileceğine dair bir izlenim de yaratmaktadır. Nitekim uluslararası mal satımlarının büyük çoğunluğunun deniz yoluyla yapıldığı da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde otonom gemilerin rolü daha iyi tespit edilebilir.

Deniz yoluyla yapılan taşımalarda otonom gemilerin artan rolü, ilgili gemilere ilişkin hukuki rejimin tespitini de zorunlu kılar. Zira mevcut deniz yoluyla taşımaya ilişkin düzenlemeler, normal gemileri esas almaktadır. Mevcut düzenlemelerin birçoğunda insan faktörünün esas alınmış olması da bu düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi yönünde önemli bir ihtiyacın varlığına işaret eder. Bu kapsamda öncelikle otonom gemilerin niteliği farklı otonomi seviyeleri üzerinden değerlendirilmeli ve bu gemilerde sorumluluk rejiminin tespitine çalışılmalıdır. Otonom gemiler ile yapılan seferde, gemideki çeşitli sensörlerden elde edilen verilerin, yapay zekâ aracılığıyla analiz edilerek denizde meydana gelebilecek tehlikelere dair farklı senaryoların ve bunlardan en güvenlisi seçilerek geminin rotasının oluşturulduğu da dikkate alındığında, süreçte meydana gelebilecek zararlar bakımından sorumluluk sükelerinin de belirlenmesi gerekir.

Bu çalışma kapsamında otonom gemilerin ne olduğunu, avantajlarını ve dezavantajlarını belirledikten sonra, otonom gemiler vasıtasıyla yapılan taşımalarda taşıyanın hukuki sorumluluğunun esasları üzerinde durulacaktır.

I. OTONOM GEMİ TANIMI

Otonom geminin tanımını yapmadan önce Türk Ticaret Kanunu’nun hükümleri açısından geminin tanımını yapmak gerekir. TTK m. 931/1’de gemi şu şekilde tanımlanır: “*Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından gemi sayılır.*”. İlgili düzenlemeye göre, Türk hukukunda bir aracın gemi vasfını haiz olabilmesi

için geminin içerisinde insan unsurunun bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur¹. Bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için madde metninde belirtilen; tahsis edildiği amacın suda hareket etmesini gerektirmesi, yüzme özelliği bulunması ve pek küçük olmaması unsurlarının hepsini haiz olması gerekir. Bu unsurları taşıyan bir cisim, bunlardan birini veya daha fazlasını geçici olarak kaybettiğinde gemi vasfı ortadan kalkmaz; ancak sürekli olarak bunlardan sadece birini bile kaybettiğinde, artık bu cismin gemi vasfı sona erer².

Otonom kavramı, kelime anlamı itibarıyla, özerk³ veya kendi kendini yöneten⁴ anlamlarına gelir. Uluslararası Denizcilik Örgütü (*International Maritime Organization – IMO*) tarafından yapılan tanım doğrultusunda otonom gemi (*Maritime Autonomous Surface Ships – MASS*) ise değişen derecelerde insan etkileşiminden bağımsız olarak çalışabilen gemiyi ifade eder⁵. Nitekim otonom gemileri, uzaktan kumanda ile idare ve sevk ettirilen gemilerden ayıran unsur, otonom gemilerin yapay zekâ⁶ teknolojisi sayesinde kendi iç sistemi tarafından deniz üzerinde kendi rotasını oluşturup belirlediği rota üzerinden kendiliğinden seyir halinde olabilmesidir⁷.

Uluslararası Denizcilik Örgütü'nce otonom gemiler üzerine yapılan çalışmalar neticesinde, IMO'nun alt komitesi olan Deniz Güvenliği Komitesi (*Maritime Safety Committee*), 2021 yılında bir kapsam belirleme çalışması (*regulatory scoping exercise – RSE*) çıktısı yayımlamıştır. Bu çalışmada gemilerin otonomi düzeyi, dört farklı derecede değerlendirilmiştir⁸.

¹ Ciğer, Selim. “Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 475; Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra. “Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları”, *SÜHFD*, C. 31, S. 1, 2023, s. 442-443; Gözüyeşil, Fevzi Fırat. “Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar Bağlamında İnsansız ve Otonom Gemilerde İyi Gemicilik İlkesi ve Gözcülük Görevi”, *Adalet Dergisi*, S. 66, Mayıs 2021, s. 209; Yılmaz, Mustafa. *Deniz Ticareti Hukukunda Otonom Gemiler*, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021, s. 65.

² Yazıcıoğlu, Emine. *Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022, s. 49; Kara, Hacı. *Deniz Hukuku Denizcilik Fakülteleri İçin*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 122.

³ <https://sozluk.gov.tr/?q=otonom&aranan>, E.T: 25.04.2024.

⁴ Bolat, Fırat/ Koşaner, Özgün. “İnsansız Gemilerin Güncel Statüleri”, *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi*, S. 23, Nisan 2021, s. 346. Teknik açıdan ise insandan bağımsız karar verme yeteneğidir; Ecemiş Yılmaz, s. 435. Benzer bir şekilde bkz. Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 9.

⁵ Outcome of The Regulatory Scoping Exercise And Gap Analysis of Conventions Emanating from The Legal Committee with Respect to Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), 3.3, <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>, E.T: 26.04.2024.

⁶ “Bir bilgisayarın, bilgisayar kontrolündeki bir robotun veya programlanabilir bir aygıtın insana benzer biçimde algılama, öğrenme, fikir yürütme, karar verme, sorun çözme, iletişim kurma vb. işlevleri sergileyebilme yeteneği”, TDK sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, E.T: 26.04.2024.

⁷ Ciğer, Selim. “Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Bazı Düşünceler”, *TFM*, C. 9, S. 2, 2023, s. 222; Ciğer, Mürettebatsız Gemiler, s. 469; Van Hooydonk, Eric. “The law of unmanned merchant shipping – an exploration”, *The Journal of International Maritime Law*, V. 20, N. 3, 2014, s. 404; Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 192. Otonom gemilerde yönetim tamamen yapay zekâ sistemleri tarafından yapılmaktadır; Ecemiş Yılmaz, s. 433. Ayrıca bkz. Vojković, Goran / Milenković, Melita. “Autonomous Ships and Legal Authorities of the Ship Master” Case Studies on Transport Policy, V. 8, I. 2, June 2020, s. 336.

⁸ Outcome of The Regulatory Scoping Exercise And Gap Analysis of Conventions Emanating from The Legal Committee with Respect to Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), 3.4, <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>, E.T: 26.04.2024. Sözer, bu sınıflandırmada; birinci, ikinci ve üçüncü derecedeki gemilerin, gerçek anlamıyla bir *self-steering ship* olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir; Sözer, Bülent. “Self-Steering Ships”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2020, s. 1349-1350. Birinci ve ikinci derecedeki gemilerin, insansız gemi olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin bkz. Nalbant, Mustafa Burak. “Uluslararası Taşımacılık Sözleşmeleri Açısından İnsansız Gemilerde Denize Elverişliliğe Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, S. 66, 2021, s.

Birinci derecede, otomatik süreçlere ve karar desteğine sahip gemiler yer alır. Burada mürettebat, gemideki sistemleri ve işlevleri işletmek ve kontrol etmek için gemide bulunur. Bazı işlevler, otomatik ve denetlenmeden yürütülebilmesine rağmen mürettebatın gemide her an kontrolü ele almaya hazır olması gerekir. İkinci derecede yer alan gemi, gemide mürettebatın bulunduğu uzaktan kontrollü gemidir. Gemi; gemiden başka bir yerden, uzaktan kontrol ile seyrüsefer yaptırılmasına rağmen gemi içerisinde, geminin sevk ve idaresini devralabilecek mürettebat mevcuttur. Üçüncü derecedeki gemi, mürettebatı bulunmayan uzaktan kumandalı gemidir. Gemiye sevk ve idare edecek mürettebat gemide bulunmadan gemi, gemiden başka bir yerden uzaktan kumanda ile sefer yaptırılır. Dördüncü derecede yer alan gemi ise tamamen otonom gemidir. Bu derecede, geminin işletim sistemi kendi başına karar verme ve aksiyon alma yeteneğine sahiptir. Çalışma kapsamında değerlendirilecek olan gemiler de dördüncü derecede yer alan, tamamen otonom gemilerdir.

Gemilerin otonomisine ilişkin bu sınıflandırma dikkate alındığında, bir geminin otonomluğundan söz ederken, yalnızca içinde mürettebat olmayan gemiler düşünülmemelidir. Zira insansız gemi kavramı, otonom gemi kavramını da içeren üst bir kavram olarak kullanılır⁹. Nitekim IMO tarafından üçüncü derecede sayılan gemiler; içerisinde mürettebat olmadan, gemiden başka bir yerden, insan vasıtasıyla uzaktan kumanda ile yönetilebilmektedir. Öyle ki insansız gemi yerine mürettebatsız gemi teriminin kullanılmasına yönelik tercih de geminin sevk ve idaresine dair yetkilendirilmiş kişiler haricinde, gemide bulunan insanlar bakımından mürettebat nitelendirmesinin yapılmayıp bu kişileri barındıran bir geminin de mürettebatsız gemi özelliğini taşımaya devam etmesinden kaynaklıdır¹⁰. Bu nedenle gemi seyir halindeyken geminin sevk ve idaresi ile ilgisi bulunmayan, özellikle teknik destek personeli ile diğer kimselerin gemide bulunması, geminin otonom gemi vasfını haiz olmasını engellemez¹¹. Bu anlamda, kendi sistemleri aracılığıyla kendisini sevk ve idare eden bir gemide, söz konusu bilişim sistemleri ve yapay zekânın kontrolü için bulunan personel de geminin sevk ve idaresine

423.

⁹ Personelince terk edilmiş, seyir halindeki bir gemi de insansız gemi olmakla birlikte; kendi kendini yönetmeye yönelik otonomisi olmadığından, otonom gemi sayılmaz; Bolat / Koşaner, s. 346. Benzer bir ayrım için bkz. Ecemiş Yılmaz, s. 435-436. İnsansız gemilere yönelik ikili bir sınıflandırma için bkz. Deketelaere, Pol. The Legal Challenges of Unmanned Vessels, Universiteit Gent, Master Dissertation, 2017, s. 2; Delgado, Juan Pablo Rodríguez. “The Legal Challenges of Unmanned Ships in the Private Maritime Law: What Laws would You Change?”, Maritime, Port and Transport Law between Legacies of the Past and Modernization, December 2018, s. s. 496; Var Türk, Kübra. “Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”, *BATİDER*, C. XXXVII, S. 1, 2021, s. 156-157. Sözer ise mürettebatsız gemilere yönelik; *uzaktan kumandalı gemi*, *automated gemi* ve *autonomous gemi* olmak üzere üçlü bir sınıflandırma yapmaktadır. Yazara göre uzaktan kumandalı gemilerde, gemide mürettebat mevcut olmayıp geminin sevk ve idaresi belirli bir ölçüde bilişim sistemlerince yapılmakta; ancak sevk ve idarenin bir kısmı ise gemiden farklı bir yerdeki kontrol merkezi tarafından bilişim sistemleri kullanılarak üstlenilmektedir. Nitekim bu gemilerin, gerçek anlamda bir mürettebatsız gemi olarak kabulü de mümkün değildir. Automated gemide, geminin sevk ve idaresi tamamen bilişim sistemlerince yapılmakta olup gemiden farklı bir yerdeki kontrol merkezi, yalnızca öngörülme durumlarının mevcudiyeti halinde bilişim sistemleri aracılığıyla müdahalede bulunur. Autonomous gemide ise geminin sevk ve idaresi bilişim sistemleri aracılığıyla yapılmakta olup öngörülemez durumlar bakımından da geminin yapay zekâ sistemlerinin çözüm üretmesi hedeflenmektedir. Bu gemiler bakımından kontrol merkezleri, yalnızca gemiyi uzaktan denetim altında tutarak kontrol etmek amacıyla hareket eder; Sözer, Bülent. “Mürettebatsız Gemiler”, *PRU-DHD*, C. 1, S. 1, Haziran 2022, s. 156-158; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1358-1360.

¹⁰ Sözer, Mürettebatsız Gemiler, s. 152-153; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1347-1348. İnsansız gemi bakımından aynı yönde bkz. Gözüyeşil, s. 197. IMO tarafından yapılan sınıflandırmada üçüncü ve dördüncü derecedeki gemilerde, hiç insan bulunmadığına ilişkin bkz. Nalbant, s. 423.

¹¹ Bu tarz gemiler de *self-steering ship* olarak kabul edilecektir; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1356-1357.

doğrudan, fiilen müdahalede bulunamadığı sürece, geminin mürettebatı olarak nitelendirilemeyecektir¹². IMO tarafından yapılan sınıflandırmada dördüncü derecede bulunan, tamamen otonom gemilerde ise kontrol merkezinin temel işlevleri, otonom geminin yapay zekâ sisteminde ortaya çıkabilecek problemlere müdahale etmek ve ancak öngörülemeyen durumlarda devreye girecek alternatif programlara ilişkin değerlendirme yapmak olup burada görevli personel ise doğrudan geminin sevk ve idaresine müdahale edemediğinden, mürettebat olarak nitelendirilemez¹³.

Tüm bu açıklamalar ışığında TTK m. 931’de yer alan gemi tanımının içerisindeki şartları sağladığı sürece, tamamen otonom gemilerin de gemi olarak sayılmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁴. Nitekim madde metninde yer alan “kendiliğinden hareket etme imkânı olmasa da” ifadesi, özellikle tamamen otonom gemilerin tüm seyrinin kendiliğinden yapıldığı göz önünde tutulduğunda, bu görüşü destekler niteliktedir. Zira bir geminin varlığı için madde metninde açıkça yer almasa bile insan faktörünün arandığının kabulü; ilgili ifadenin mevcudiyeti dikkate alındığında, katı bir kabul olarak değerlendirilebilir.

II. OTONOM GEMİLERİN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Otonom gemilerin varlığı, birtakım avantajları beraberinde getirdiği gibi bazı riskleri de bünyesinde barındırır¹⁵.

A. Avantajları

Otonom gemilerin en önemli avantajı, geminin sevk ve idaresi için mürettebat çalıştırılmasına gerek olmamasıdır. Böylece maaş, sigorta, personelin yaşamsal ihtiyaçları gibi masrafların bulunmaması; navlun sözleşmesinde taşıyanın maliyetini düşürecek ve

¹² Sözer, Mürettebatsız Gemiler, s. 155.

¹³ Sözer, Mürettebatsız Gemiler, s. 158-159; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1355.

¹⁴ İnsansız gemilerin de TTK m. 931 anlamında gemi olarak kabul edilebileceğine ilişkin bkz. Ciğer, Mürettebatsız Gemiler s. 475-476; Ecemiş Yılmaz, s. 444; Var Türk, İnsansız Gemiler, s. 172-173. TTK m. 931’de yer alan tanımın lafzi yorumunda, insan varlığından söz etmiyor olmakla birlikte; bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı ve yeni tip gemiler için “mürettebatsız gemi” başlıklı yeni bir tanımın düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. Helvacı, Serap / Muran, Hakan. “Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği”, PRU-DHD, C. 1, S. 1, Haziran 2022, s. 40-43. Yazarlar tarafından verilen örnek bir tanım için bkz. s. 51. TTK m. 931 ve uluslararası hukuktaki düzenlemelerde yer alan gemi tanımının, otonom gemileri de kapsar nitelikte olduğuna dair bkz. Bolat / Koşaner, s. 350; Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 57, 66. Uluslararası sözleşmeler bakımından aynı yönde bkz. Nalbant, s. 424. Uluslararası sözleşmelerdeki gemi tanımlarında insan unsurlarının yer almadığı ve bu doğrultuda, ilgili sözleşmelerdeki teknik şartları taşımakla, insansız gemilerin de gemi olarak kabul edilebileceği; ancak yine de yeni bir tanımın yapılmasının uygulamada faydalı olacağı yönünde bkz. Deketelaere, s. 28; Delgado, s. 499-502, 521; Van Hooydonk, s. 408-409; Veal, Robert / Tsimplis, Michael / Serdy, Andrew. “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *Ocean Development & International Law*, V. 50, N. 1, 2019, s. 29-30; Vojković / Milenković, s. 334-335. Uluslararası sözleşmelerdeki hükümlerin *ratio legis*’inden yola çıkarak, bir aracın gemi olarak kabul edilebilmesi için aranan temel şartlardan birinin, insan varlığı olduğunun kabulü gerekmektedir birlikte; insansız gemilerin varlığı da göz önünde bulundurularak, uluslararası bir işbirliği ile mevcut gemi/tekne tanımlarının, insansız gemileri de kapsadığına yönelik genel, sistematik bir çözümün bulunmasının gerektiği hakkında bkz. Sözer, Self-Steering Ships, s. 1362-1363. Uluslararası hukukta gemi tanımlarında insan unsuruna yer verilmemiş olmasının bilinçli bir tercih olmayacağına ilişkin bkz. Kara, Hacı. “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, *SDÜHFD*, C. 10, S. 1, 2020, s. 38-39.

¹⁵ Genel olarak bkz. Delgado, s. 519-520; Ece, Nur Jale. “Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: Gzft Analizi ve Hukuki Boyutları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 284-286; Kara, Yapay Zekâ, s. 28-29; Var Türk, Kübra. “Deniz Haydutluğu ve Siber Güvenlik Bakımından Uluslararası Deniz Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme: İnsansız Gemiler”, *DEHUKAMDER*, C. 2, S. 2, 2019, s. 497-498.

sözleşmenin taraflarından her biri bundan faydalanacaktır. Navlun ücretinin düşmesi, piyasadaki ticaret hacminin de artmasını sağlayacaktır. Yine gemide mürettebatın bulunmaması, gemide gerçekleşebilecek iş kazalarının önüne geçilmesi suretiyle hem can ve mal kaybının engellenmesi hem de işverenler bakımından iş kazası sonrası tazminat giderleriyle karşılaşma riskinin ortadan kaldırılması açısından da avantajlıdır. Mürettebatın olmaması, aynı zamanda gemide mürettebat için ayrılan kullanım alanlarından da yer tasarrufu sağlayacağından bu alanlarda daha fazla yük taşınabilir¹⁶ ve sefer maliyeti düşer¹⁷.

Deniz kazalarının büyük bir çoğunluğu, insan hatalarından kaynaklanır¹⁸. İnsan hatalarını ortadan kaldırmayı amaçlayan, ileri teknolojiye sahip sensörlerden faydalanan yapay zekâ program ve algoritmaları sayesinde geminin denizdeki seferi sırasında karşılaşılacak tehlikeler, çok daha hızlı tespit edilip bunlara karşı birtakım önlemler alınabilir. Böylece yapay zekâ tarafından, tehlikenin boyutuna göre alınan önlemler ile denizlerde meydana gelen kazaların sayısında azalma gerçekleşir¹⁹. Deniz kazalarının sayısındaki azalmalar ise doğrudan sigorta risk primini etkileyeceğinden sigorta maliyetlerinin de düşmesini sağlar²⁰.

Deniz yolculuğu oldukça zahmetli ve içerisinde bazı tehlikeleri barındıran bir yolculuk olup mürettebatın uzun süre ailesinden ve çevresinden uzakta kalmasını gerektirir. Otonom gemilerin yaygınlaşması ile gemide personel bulundurulmasına gerek olmadığından sadece kontrol merkezleri için personel ihtiyacı bulunur²¹. Böylece denizcilik sektöründe giderek artan personel temini zorluğu da sorun olmaktan çıkacaktır.

Sefer için en ideal rotanın, yapay zekâ ile oluşturulması sonucunda, yakıt giderlerinden tasarruf sağlanması, hava ve deniz kirliliğinin önüne geçilmesi de olasıdır²². Varış limanına ulaşımın gecikmesi nedeniyle gemi adamlarına ödenecek ek maliyetlerden kaçınmak için normal gemiler, genellikle kapasiteleri hızında kullanılır. Bu durum ise daha fazla yakıt tüketimine ve dolayısıyla çevreye daha fazla zarar verilmesine yol açar. Gemilerin, kapasitelerinden daha düşük bir hızla gitmesi olarak adlandırılan “*slow steam*” sisteminde ise yakıt tüketimi ve karbon salınımı azalır. Otonom gemilerde mürettebat giderlerinin azalması ile *slow steam* yapılarak sefer yapılmasında bir engel yoktur²³.

Otonom gemiler, tasarım itibarıyla güverteye çıkılması zor olan ve çıkılsa dahi

¹⁶ Nalbant, s. 425; Aydın, Sadet. Otonom Gemilerin Deniz Kazalarındaki Hukuki Sorumluluklarının Değerlendirilmesi, İskenderun Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İskenderun, 2023, s. 11.

¹⁷ Deketelaere, s. 20; Komianos, Aristotelis. “The Autonomous Shipping Era. Operational, Regulatory, and Quality Challenges”, The International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, V. 12, N. 2, June 2018, s. 339; Pritchett, Paul W. “Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, Tulane Maritime Law Journal, V. 40, N. 1, Winter 2015, s. 201; Yorulmaz, Murat / Karabulut, Kaan. “Deniz Taşımacılığında Akıllı Gemiler: Gemi Kaptanlarının Bakış Açısı”, Ekonomi, İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 1, 2021, s. 44-45.

¹⁸ Avrupa Deniz Emniyeti Ajansı (EMSA) 2022 raporunda tüm deniz kazalarının %65,8’inin insan hatasından kaynaklandığını vurgulanmıştır, <https://emsa.europa.eu/we-do/safety/accident-investigation/items.html?cid=141&id=4867>, E.T: 26.04.2024. Bu konuda daha detaylı araştırmaların yapılmasına yönelik ihtiyaç hakkında bkz. Helvacı / Muran, s. 45.

¹⁹ Deketelaere, s. 21-22; Delgado, s. 512; Komianos, s. 339; Pritchett, s. 201; Yorulmaz / Karabulut, s. 45.

²⁰ Ecemiş Yılmaz, s. 431; Nalbant, s. 425. Ancak sigorta himayesi bakımından, özellikle siber saldırıların teminat altına alınıp alınmaması hususunda belirsizlik mevcuttur; Helvacı / Muran, s. 48; Komianos, s. 345; Soyer, Barış / Tettenborn, Andrew. “Autonomous Ships and Private Law Issues”, Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework, Hart Publishing, 2021, s. 63; Van Hooydonk, s. 422.

²¹ Tamamen otonom gemilerde, bu maliyet daha da düşük olacaktır; Deketelaere, s. 20.

²² Deketelaere, s. 20-21; Komianos, s. 339; Yorulmaz / Karabulut, s. 44-45.

²³ Deketelaere, s. 21; Nalbant, s. 425; Pritchett, s. 201.

mürettebat bulunmayan yapılar olup bu özellikleri neticesinde, gemi adamlarının alıkoyulması suretiyle geminin kontrolünün korsanlar tarafından ele geçirilmesi mümkün değildir²⁴.

Sayılan bu avantajlar, otonom gemileri günümüzde cazibe merkezi haline getirmiş olup Avrupa Birliği'nin yanı sıra birçok büyük şirket tarafından da bu alanda çok fazla araştırma yapılmasına sebep olmuştur²⁵.

B. Dezavantajları

Kontrol merkezlerinin, birden fazla otonom geminin faaliyetlerini yürütmek ve denetlemek üzere kurulması ile kişilerin uzun saatler çalışması gerekmeyecek ve merkezler bu yönüyle, personele ödenen maaş maliyetinin düşmesi sonucunda işveren bakımından bir avantaja sebep olacaksa da kontrol merkezinde çalışan personelin, daha az sürelerle çalışacak olmaları nedeniyle daha düşük ücrete hak kazanması, çalışanlar bakımından bir dezavantajdır²⁶. Öte yandan, otonom gemilerin yaygınlaşması ile yapay zekânın insanların çalıştığı pozisyonlarda tercih edilmesi sonucunda, denizcilik sektöründe çalışan çok sayıda kişinin işsiz kalması da gündeme gelebilir²⁷. Otonom gemilerin kontrol merkezlerinin istihdam üzerindeki olumsuz etkilerinin yanı sıra, bu merkezlerin kuruldukları yerler nezdinde de birtakım problemlere yol açabilmesi mümkündür. Zira kontrol merkezlerinin kurulduğu yerlerdeki hukuk sistemlerinin²⁸, geminin tabi olduğu hukuk sisteminden farklı olması halinde; gemi ile kontrol merkezi ve buradaki personelin farklı hukuki rejimlere tabi olması da gündeme gelebilir²⁹.

Karşılaşılan tehlikeli durumlara yönelik olarak insani sezgisel dürtüler yerine yapay zekâ kullanımı; ilgili yapay zekânın kapasitesi ölçüsünde bir çözüm ortaya çıkarır³⁰. Örneğin; fırtınalı bir havada profesyonel bir denizcinin, fırtına henüz başlamadan tecrübe ve sezgileriyle önlem alabilmesi mümkün iken; yapay zekâ sensörleri, ancak başlayan bir duruma göre aksiyon alabileceğinden, insan unsurunun önemi bir kez daha ortaya çıkar.

Otonom gemilerin varlığı ve geliştirilmesi için sürekli AR-GE çalışması yapılması şart olup bu araştırmalar içinse ciddi kaynak ayrılması gerekir³¹. Öte yandan söz konusu faaliyetler, başlangıçta maliyetleri arttıracak olmakla birlikte, istenen seviyede teknolojik keşifler yapıldığında, zamanla projeler için harcanan kaynaktan çok daha fazlasının kazanılması da söz

²⁴ Deketelaere, s. 95; Pritchett, s. 211. Buna karşılık söz konusu gemilerin; şiddet, alıkoyma ve yağma fiilleri üzerinden deniz haydutluğuna maruz kalması mümkündür; Var Türk, Deniz Haydutluğu, s. 504. İnsansız gemilerin, deniz haydutluğu türlerinden birine maruz kalıp kalamayacağına ilişkin detaylı bir değerlendirme için ayrıca bkz. Pritchett, s. 211-215.

²⁵ İnsansız gemilere ilişkin yürütülen projeler için bkz. Bolat / Koşaner, s. 345; Deketelaere, s. 9 vd.; Delgado, s. 495; Kara, Yapay Zekâ, s. 23-26; Komianos, s. 336-338; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1351-1353; Var Türk, İnsansız Gemiler, s. 160-164; Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 20 vd.; Yorulmaz / Karabulut, s. 42-43.

²⁶ Nitekim bu durum; zaman içerisinde gemi personelinin güncel denizcilik bilgilerinin zayıflamasına ve acil durumlarda müdahale yeteneklerinin kısıtlanmasına da neden olabilir; Deketelaere, s. 23. Kontrol merkezlerinde çalışan operatörlerin çalışma şartları bakımından daha avantajlı olduğuna ilişkin bkz. Sözer, Self-Steering Ships, s. 1370-1371; Var Türk, İnsansız Gemiler, s. 182.

²⁷ Deketelaere, s. 24; Helvacı / Muran, s. 45; Nalbant, s. 426; Yorulmaz / Karabulut, s. 51.

²⁸ Kontrol merkezlerinin alternatifleri için bkz. Helvacı / Muran, s. 74-75. Kontrol merkezlerinin kurulabileceği yerler ve tabi olacakları sisteme ilişkin bkz. Sözer, Mürettebatsız Gemiler, s. 157-158; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1367.

²⁹ Deketelaere, s. 31 vd.; Sözer, Mürettebatsız Gemiler, s. 159-160; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1368-1369; Van Hooydonk, s. 409.

³⁰ Deketelaere, s. 23; Kara, Deniz Hukuku, s. 29; Komianos, s. 340.

³¹ Nalbant, s. 425.

konusu olabilecektir.

Otonom gemiler, normal gemilere nazaran daha çok yazılım ve bilgisayar teknolojisi içerir. Gemi, seferini, bu yazılım ve teknoloji vasıtasıyla kendiliğinden yaptığından; siber saldırılara daha çok maruz kalma riski vardır³². Kontrol merkezi ile gemi arasındaki iletişimin kopması, taraflar için telafisi mümkün olmayan büyük zararlara sebep olabilir³³. Günümüzde internet, telefon gibi teknolojik unsurların yaygınlaşması ile mal varlığına karşı suçların işlendiği alan giderek dijital ortama kaymıştır. Nitekim otonom gemilerin yaygınlaşması ile deniz haydutluğunun yerini siber haydutluğa bırakması da son derece olasıdır³⁴. Birtakım kişiler dünyanın herhangi bir yerinden bir otonom geminin sistemini ele geçirerek bunun karşılığında fidye isteyebilir veya gemiye zarar verebilir³⁵. Siber saldırılara karşı üst düzey siber güvenlik sistemlerinin kullanılması ve bu alanda uzman personellerin istihdamına yönelik çözüm ise güvenlik maliyetinin de artmasına sebep olacaktır.

Daha önce denenmemiş yeni bir teknoloji, şüphesiz daha önce denizlerde tecrübe edilmemiş yeni riskleri de beraberinde getirir. Bu risklerin neler olabileceğine dair bilgisayar ortamında çok sayıda simülasyon çalışmalarının yapılması gerekir. Yine otonom gemilerin kullanılması ve yaygınlaşmasıyla, gerçek hayatta yaşanacak yeni riskler tecrübe edilmeden, bunlara karşı önlemler geliştirilmesi beklenemez. Bu nedenle, can ve mal güvenliğine zarar verebilecek belirsiz riskler de otonom gemiler için bir dezavantajdır³⁶.

III. OTONOM GEMİLERDE TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Türk Ticaret Kanunu'nun "*Taşıyanın sorumluluğu*" başlıklı 1178'inci maddesinde, genel olarak taşıyanın özen yükümlülüğünden söz edilmekle birlikte; ilgili Kanunun farklı maddelerinde, navlun sözleşmesi kapsamında taşıyanın sorumluluğuna yönelik özel düzenlemeler mevcuttur. Buna göre taşıyanın hukuki sorumluluğu; gemiyi elverişli bulundurma, taşımanın navlun sözleşmesinde kararlaştırılan gemi ile yapılması, yükün zayi olması veya hasara uğraması ile geç tesliminden doğan sorumluluk olmak üzere üç ana başlıkta toplanır.

A. Gemiye Elverişli Bulundurma

Türk Ticaret Kanunu m. 1141/1 uyarınca taşıyan; *geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür*. Geminin denize, yola ve yüke elverişli bulundurulması navlun sözleşmesinin ifa aşaması ile ilgili taşıyana yüklenen bir sorumluluktur³⁷. Öngörülen bu sorumluluğun, seferin hangi aşamasına yönelik olduğunun tespiti bakımından taşıyanın sorumluluğu iki aşamaya ayrılarak düzenlenmiştir³⁸. Yükleminin

³² Aydın, s. 13; Deketelaere, s. 22; Helvacı / Muran, s. 45; Kara, Yapay Zekâ, s. 28; Komianos, s. 344-345; Nalbant, s. 437; Var Türk, Deniz Haydutluğu, s. 506.

³³ Helvacı / Muran, s. 82; Nalbant, s. 437.

³⁴ İnsansız gemilere yapılan siber saldırıların; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi kapsamında deniz haydutluğu olarak kabul edilemeyecek olsa da Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme uyarınca suç olarak kabul edilmesinin mümkün olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. Var Türk, Deniz Haydutluğu, s. 506-511. Bu konuda ayrıca bkz. Van Hooydonk, s. 418.

³⁵ Deketelaere, s. 95-96; Kara, Deniz Hukuku, s. 29; Var Türk, Deniz Haydutluğu, s. 505.

³⁶ Deketelaere, s. 22; Helvacı / Muran, s. 45.

³⁷ Sözer, Bülent. *Deniz Ticareti Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 414.

³⁸ Şeker, Hakan. *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 43; Sözer, Deniz Ticareti, s. 421; Bozkurt, s. 176.

başladığı andan tamamlanıp geminin yola çıkacağı ana kadar olan aşama, başlangıçtaki elverişlilik³⁹; gemi sefere başladıktan sonraki aşamada aranan elverişlilik ise sonraki elverişlilik⁴⁰ olarak adlandırılır. TTK m. 1141/1’de taşıyan bakımından öngörülen sorumluluk hali ise başlangıçtaki elverişliliğe yöneliktir⁴¹.

Taşıyanın sorumluluğu; denize, yola ve yüke olmak üzere üç elverişlilik durumu için düzenlenmiştir. Bu üç durum da mutlak olmayıp her biri, kendi içinde bulunduğu durumun koşullarına göre nispi olarak değerlendirilir⁴². TTK m. 1141/2’ye göre ise taşıyan, tedbirli bir taşıyanın dikkat ve özenini göstermesine rağmen yolculuğun başlangıcına kadar geminin elverişliliğine ilişkin eksikliğin keşfedilemediğini ispatlaması halinde, yükle ilgili olanlara karşı sorumluluktan kurtulur⁴³.

Otonom gemiler bakımından elverişlilik, normal gemilere nazaran değişiklik gösterebileceğinden, her durum ve koşul için elverişlilik hallerinin özel olarak incelenmesi gerekir⁴⁴. Normal gemiler bakımından bu değerlendirme yapılırken başvurulabilecek

³⁹ Yazıcıoğlu, s. 390; Taşdelen, Nihat. “Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, Vedat, İstanbul, 2003, s. 939; Seven, Vural. *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Ziya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 19.

⁴⁰ Çağa, Tahir / Kender, Rayegân. *Deniz Ticareti Hukuku II-Navlun Sözleşmesi*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 184.

⁴¹ Kaner, İnci Deniz. *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 315; Kayıhan, Şaban. *Deniz Ticareti Hukuku*, 3. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2022, s. 163; Sözer, Deniz Ticareti, s. 414; Yazıcıoğlu, s. 345.

⁴² Kaner, s. 163; Taşdelen, s. 946.

⁴³ Mürettebatsız gemilerde, geminin sevk ve idaresinin kontrol merkezinden yapıldığı durumlarda; kontrol merkezinin seçiminde gerekli özenin gösterildiği, merkezin aranan tüm şartları taşıdığı ve belgelere sahip olduğu, gemi ile merkez arasındaki iletişimin seferden önce test edildiği gibi savunmalar, taşıyan bakımından TTK m. 1141/2’nin uygulanması için ileri sürülebilir savunmalar olacaktır; Helvacı / Muran, s. 73. Ancak kontrol merkezinin gerek donanım gerek güvenlik gerekse istihdam edilen personelin niteliksel ve niceliksel olarak yeterliliğinin sağlanamaması halinde; kontrol merkezinin elverişsizliğinden hareketle, geminin elverişsizliği üzerinden taşıyanın sorumluluğu söz konusu olabilecektir; Helvacı / Muran, s. 80-81; Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 186. Benzer bir şekilde bkz. Carey, Luci. “All Hands Off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships”, *CML Working Paper Series*, No. 17/06, August 2017, s. 6; Kara, Yapay Zekâ, s. 44; Stevens, Frank. “Carrier Liability for Unmanned Ships Goodbye Crew, Hello Liability?”, *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Hart Publishing, 2021, s. 154-155.

⁴⁴ Sözer; bir geminin, sevk ve idaresi ile arasındaki köprünün insanlar aracılığıyla kurulduğu, insansız bir geminin ise bu köprüye sahip olmaması nedeniyle, elverişli kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak yazar, kontrol merkezi ve buradaki personelin, söz konusu köprünün yerini aldığı varsayımında da geminin elverişliliğine yönelik düzenlemelerin buna göre yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini savunmaktadır; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1367. Nitekim insansız gemilerde, kontrol merkezindeki personelin, normal gemilerdeki kaptan ve mürettebatın yerini aldığı iddia edilebilir; Delgado, s. 508; Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 209. Kontrol merkezi operatörünün kaptan niteliği için aynı yönde bkz. Choi / Lee, s. 459-460; Veal / Tsimplis / Serdy, s. 36. Ancak tamamen otonom gemilerde, kontrol merkezinin; kaptan tanımını karşılaması mümkün değildir; Pritchett, s. 209. Nitekim tamamen otonom gemiler, kaptansız gemilere ilişkin hukuki çerçeve ihtiyacını da ortaya çıkarır; Vojković / Milenković, s. 339. Kontrol merkezinin yöneticisinin, kaptanla birebir aynı hukuki rejime tabi tutulması yerinde olmayıp bu kimsenin hukuki durumu, gemi sahibi ile arasındaki sözleşmeye göre belirlenmelidir; Deketelaere, s. 43-44, 46. Nitekim kaptanın yerini kontrol merkezinin aldığı söylenecekse de özellikle işletenin bünyesinde kurulan kontrol merkezlerindeki personel bakımından, kaptanla aynı yetkilere sahip olacağının söylenmesi güçtür; Bolat / Koşaner, s. 354; Carey, s. 16, 21; Ece, s. 289; Van Hooydonk, s. 409-410. Tamamen otonom gemilerde, geminin yönetimi kendi yapay zekâ sistemi aracılığıyla yapıldığından, bu sistemin üreticilerinin kaptan olarak değerlendirilmesi oldukça zorlayıcı bir yorum olacaktır. Ancak uzaktan kumandalı gemilerde, kontrol merkezindeki personel, kaptan olarak değerlendirilebilecekse de kaptana ilişkin mevcut düzenlemelerin ilgili personele doğrudan uygulanması mümkün değildir; Çiğir, Mürettebatsız Gemiler, s. 473-474. Bu noktada Türk hukukunda kaptana ilişkin düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi, kontrol merkezindeki personelin yetkilerinin belirlenmesi bakımından da isabetli olacaktır; Ecemiş Yılmaz, s. 448.

kaynaklardan biri de Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu'dur (*International Safety Management Code- ISM*). ISM, denizlerde seyir güvenliğinin sağlanması ve çevre kirliliğinin önlenmesi için denizcilik faaliyetlerinde uluslararası standartların oluşturulmaya çalışıldığı kurallar bütünü olarak tanımlanır⁴⁵. ISM'nin esasları IMO tarafından belirlenmekte olup bu esasların yerine getirilmesi halinde düzenlenen uygunluk belgesi ve güvenlik yönetim sertifikası, geminin denize ve yola elverişliliğine dair özen gösterildiğine karine teşkil eder⁴⁶. Ancak ISM'de, otonom gemilere yönelik özel düzenlemeler henüz mevcut değildir. Otonom gemilere yönelik çalışmaların hız kazandığı göz önünde bulundurulduğunda, otonom gemileri kapsayan ISM düzenlemelerinin, IMO tarafından ivedilikle yapılmasının da önemli olduğu açıktır⁴⁷. Nitekim IMO, otonom gemilerin güvenlik ve çevre korumasına yönelik asgari standartlarının belirlenmesi amacıyla zorunlu bir MASS Kodu'nun, 01.01.2028 tarihinde yürürlüğe girmesini hedeflemektedir⁴⁸.

1. Denize Elverişlilik

Türk Ticaret Kanunu m. 1141/1 ile taşıyanın, gemiyi denize elverişli halde bulundurmasına yönelik bir yükümlülük getirilmiş olup denize elverişlilik kavramı m. 932/1'de açıklanmıştır. İlgili hükme göre denize elverişlilik, geminin; *"Gövde, genel donatım, makine, kazan gibi esas kısımları bakımından, yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilecek bir gemi"* olmasını ifade eder⁴⁹. Elverişlilik değerlendirilirken yolculuğun zamanı, yolculuk yapılacak deniz/lerin rotası ve o rota üzerindeki deniz/lerin hava ve mevsim koşulları önem arz eder⁵⁰. Örneğin, Antalya ile Kuzey Kıbrıs arasında yapılacak bir deniz yolculuğundaki tehlikeler ile açık denizlerde yapılacak bir yolculuğun tehlikeleri birbirinden farklı olacağından, geminin özellikleri dikkate alındığında ilgili gemi, Kuzey Kıbrıs'a yapılacak bir yolculukta denize elverişli olabileceken açık denizlere yapılacak bir yolculuk için elverişsiz olabilir. Dolayısıyla yapılması planlanan yolculuk ve yolculuğun yapılacağı zaman göz önünde bulundurularak her olayın koşullarına göre geminin elverişli olup olmadığı tespit edilir⁵¹. Yapılması planlanan yolculuğun aynı rota ve zaman diliminde olması halinde ise geminin karşılaştığı tehlikenin, somut olay özelindeki niteliği dikkate alınmalıdır⁵². Nitekim bahsi geçen tehlike, aynı rota ve zaman diliminde daha önce karşılaşılmış bir tehlike ise bu tehlikeye karşı koyamayan bir geminin, denize elverişli olduğundan söz etmek mümkün olmaz. 1 Mart 1958 tarihinde İzmit – Gölçük arasında sefer yapan Üsküdar isimli geminin şiddetli rüzgâr neticesinde batmasına ilişkin uyuşmazlıkta, geminin denize elverişli olup olmadığına ilişkin Yargıtay, olay günü 9 Beaufort⁵³ şiddetinde esen bir rüzgârın olağanüstü bir denizcilik riski sayılmadığı, zira daha önce aynı zamanlarda

⁴⁵ Helvacı / Muran, s. 63.

⁴⁶ Yazıcıoğlu, s. 390.

⁴⁷ Komianos, s. 346; Van Hooydonk, s. 415.

⁴⁸ <https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/MSC-105th-session.aspx>, E.T. 02.05.2024.

⁴⁹ Kaner, s. 314; Sözer, Deniz Ticareti, s. 415; Yazıcıoğlu, s. 346.

⁵⁰ Kara, Deniz Hukuku, s. 277; Kayıhan, s.163.

⁵¹ Yazıcıoğlu, s. 346.

⁵² Sözer, Deniz Ticareti, s. 475-476.

⁵³ *"Beaufort rüzgâr şiddeti skalası, Sir Kaptan Francis Beaufort tarafından bulunmuş olan ve gemicilikte rüzgâr ve deniz durumunu görsel müşahedelere göre belirlemeye çalışan skaladır."* https://tr.wikipedia.org/wiki/Beaufort_r%C3%BCzg%C3%A2r_%C5%9Fiddeti_skalas%C4%B1 E.T: 18.05.2024

aynı yerde 10 Beaufort şiddetinde rüzgarlar estiğinden bahisle karar vermiştir⁵⁴.

Otonom gemiler bakımından denize elverişlilik değerlendirilirken de bu gemilerin denizlerdeki olağan tehlikelere karşı dayanıklılığı ve bu tehlikelere karşı koyup koyamayacağı hususları dikkate alınmalıdır. Otonom geminin, planlanan yolculuğun şartları itibarıyla tehlikelere karşı koyabilecek nitelikte olmaması halinde bu gemi, denize elverişli kabul edilemez. Otonom gemilerin denize elverişliliğinin tespitinde, geminin yapısında mevcut olan genel donatım unsurlarının olağan tehlikelere karşı koyabilecek nitelikte olması bakımından normal gemiler ile arasında bir fark mevcut olmamalıdır. Ancak otonom gemi, yapay zekâ vasıtasıyla sevk ve idare edildiğinden gerçekleşecek olağan tehlikeler karşısında, otonom geminin nasıl kararlar vereceği hususu, otonom gemilerin kullanımının yaygınlaşması ile netlik kazanacaktır. Bunun için ise otonom gemilerin karşılaşılabilecek tehlikeler, bilgisayar ortamında simülasyonlar yapılarak öngörülmeye çalışılır. Buna karşılık otonom gemilerin sevk ve idaresine yönelik sistemlerin yolculuğun şartlarını karşılayabilecek nitelikte olması, özellikle yapay zekâ tarafından kontrol edilen kazan, makine gibi genel donatım unsurlarına yönelik yazılımların ve veri kaynaklarının güncelliğinin kontrol edilmesi, kullanılan kamera ve sensörlerin hangi teknolojik özelliklere sahip olduğu, otonom gemilerin denize elverişli sayılması bakımından önem arz eden hususlar olarak düşünülebilir⁵⁵. Bunlara ek olarak, gemi ve kontrol merkezinin siber saldırılara karşı gerekli güvenlik sistemleri ve donanımlara sahip olmasına yönelik araçların, geminin yapısı içerisinde kabul edilerek denize elverişlilik kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁵⁶.

2. Yola Elverişlilik

Türk Ticaret Kanunu m. 1141/1 ile öngörülen, taşıyanın gemiyi yola elverişli halde bulundurmasına ilişkin yükümlülük kapsamında yola elverişlilik kavramı m. 932/2’de düzenlenmiştir. İlgili fıkra göre yola elverişlilik, denize elverişli olan bir geminin “*teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere*” sahip olmasını ifade eder⁵⁷. Yola elverişlilik, geminin denize elverişliliği sağlandıktan sonra, onu tamamlayan bir nitelik olup geminin deniz üzerinde hareket edebilme kabiliyetini ifade eder⁵⁸. Geminin kapasitesinden fazla yükleme yapılması veya dengeyi bozacak şekilde yanlış istifleme ve yükleme yapılması durumunda geminin yola elverişsiz

⁵⁴ Yargıtay Ticaret Dairesi T. 15.07.1963, E. 2443, K. 3190, detaylı bilgi için bkz. Sözer, Deniz Ticareti, s. 476.

⁵⁵ İnsansız gemilerin denize elverişliliği bakımından; geminin sevk ve idaresine yönelik bilişim sistemleri ve yapay zekâyâ ilişkin güvenliğin, asgari olarak, Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi’nde öngörüldüğü şekilde olması durumunda insansız gemilerin, mürettebatsız olmalarına karşın, denize elverişli kabul edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. Var Türk, İnsansız Gemiler, s. 180. Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi’nde aranan şartların, insansız gemilere uygulanmasına yönelik çözüm için bkz. Deketelaere, s. 60, 76-78; Pritchett, s. 204-205. Otonom gemilerin sefere elverişliliğinin sağlanabilmesi için geminin bilişim sistemlerinin güvenliğinin sağlanması yönünde daha özel ve farklı standartlara ihtiyaç duyulabilecektir; Cığer, Otonom Gemiler, s. 223. Benzer bir yorum için bkz. Nalbant, s. 436-437. Mevcut elverişlilik kurallarının, otonom gemiler bakımından; yapay zekâ sistemleri ve kontrol merkezi personeli üzerinden devam edebileceğine ilişkin bkz. Pritchett, s. 219-220; Van Hooydonk, s. 419; Veal / Tsimplis / Serdy, s. 36-37.

⁵⁶ Helvacı / Muran, s. 83.

⁵⁷ Kaner, s. 314; Sözer, Deniz Ticareti, s. 416; Yazıcıoğlu, s. 346.

⁵⁸ Helvacı / Muran, s. 62; Sözer, Deniz Ticareti, s. 416.

olduğu kabul edilir⁵⁹. Geminin yetersiz⁶⁰ yakıtla yola çıkması da bir diğer yola elverişsizlik hali olup bu nedenle, rota üzerinde olmayan bir limana yakıt ikmali için gidilmesi halinde gecikme kaynaklı bir zarar meydana gelmesi durumunda taşıyan, başlangıçtaki elverişsizlikten dolayı sorumlu olur⁶¹.

Otonom gemiler bakımından yola elverişlilik değerlendirilirken, yola elverişliliğin farklı unsurları ayrı ayrı incelenmelidir. Tamamen otonom gemilerde mürettebat bulunmadığından yola elverişliliği sağlayan unsurlardan olan yeterli gemi adamı ve kumanya bulundurulması, otonom gemilerde normal gemiler kadar önem arz etmez. Nitekim tamamen otonom gemilerde, geminin sevk ve idaresine yönelik mürettebatın bulunmaması, TTK m. 932/2'nin gemi adamları bakımından işlevini de ortadan kaldıracaktır⁶². Ancak geminin elverişliliğine ilişkin temel düzenlemelere uygun bir şekilde, otonom gemilerin sevk ve idaresine yönelik bilişim sistemleri ile yapay zekânın, gerekli niteliği ve güvenliği sağlandığında; m. 932/2'de yer alan ve yola elverişlilik unsurlarından biri olan gemi adamının mevcut olmaması nedeniyle, söz konusu otonom geminin yola elverişli sayılmayacağını söylemek oldukça katı bir yorum olacaktır⁶³.

Yola elverişliliğin diğer unsurları olan teşkilatı⁶⁴ ve yükleme durumu bakımından ise normal gemiler ile otonom gemiler arasında büyük bir farklılık bulunmaz. Ancak bu noktada, mürettebat ve onlara yönelik alan ihtiyacının mevcut olmaması sonucunda, otonom gemilerde yükleme alanının daha geniş olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Otonom geminin ve kontrol merkezinin siber saldırılara karşı korunmasına yönelik araçlar, denize elverişlilik kapsamında geminin yapısına dâhil kabul edilmekle birlikte bu araçlarda süreç içerisinde ihtiyaç duyulan güncelleme ve yeni yazılımlar ise yola elverişlilik çerçevesinde değerlendirilebilir⁶⁵. Otonom geminin yola elverişliliği bakımından bir başka unsur ise yakıt olup bu noktada kullanılan yakıt

⁵⁹ Akıncı, Sami. *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, İstanbul, 1968, s. 101-102; Helvacı / Muran, s. 65; Kaner, s. 314; Yazıcıoğlu, s. 346.

⁶⁰ Yakıtın yeterliliği, olası gecikme ihtimalleri de göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir; Helvacı / Muran, s. 65.

⁶¹ Kara, *Deniz Hukuku*, s. 278.

⁶² Kara, *Yapay Zekâ*, s. 43; Sözer, *Mürettebatsız Gemiler*, s. 153. İlgili madde kapsamında, insansız otonom gemilerin yola elverişsiz sayılma ihtimali mevcuttur; Bolat / Koşaner, s. 351. Ancak bu durum, insansız gemilerin gelişimini engeller; Nalbant, s. 432-433. Yola elverişliliği ilişkin mevcut düzenlemenin ancak esnek yorumu halinde, mürettebatsız gemi bakımından yola elverişliliğin sağlandığı söylenebilir; Çiğer, *Mürettebatsız Gemiler*, s. 478-479. Nitekim bu, otonom gemiler için gemi adamları nezdinde, yeni bir yola elverişlilik tanımının yapılması gereğini doğurur; Helvacı / Muran, s. 67, 70. Kontrol merkezlerindeki personelin yetkin ve ilgili gemi ve ekipmanlarını güvenli ve yetkin bir şekilde kullanabilecek, yeterli bilgiye sahip olması halinde; gemide mürettebat bulunmasa dahi bu gemilerin elverişli olduğu kabul edilmelidir; Delgado, s. 508. Benzer bir şekilde bkz. Choi, Junghwan / Lee, Sangil. "Legal Status of the Remote Operator in Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) Under Maritime Law", *Ocean Development & International Law*, V. 52, N. 2, 2021, p. 452; Nalbant, s. 435; Pritchett, s. 204-205; Stevens, s. 152; Yılmaz, Mustafa. "Legal Assessment of Seaworthiness in Autonomous Cargo Ships: Is It Time for a Change?", *DEHUKAMDER*, C. 3, S. 2, 2020, s. 831 vd.

⁶³ Nitekim otonom gemilerin sevk ve idaresinde kullanılan bilişim sistemleri ve yapay zekânın, Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi'nde aranan asgari düzeyde güvenliğe sahip olması halinde; gemi adamına yönelik işlevi aranmaksızın, yola elverişliliğin sağlandığının söylenmesi de mümkün olabilecektir; Var Türk, *İnsansız Gemiler*, s. 180. Benzer bir şekilde bkz. Bolat / Koşaner, s. 351-352; Çiğer, *Otonom Gemiler* s. 224; Çiğer, *Mürettebatsız Gemiler*, s. 480-481; Ecemiş Yılmaz, s. 447; Van Hooydonk, s. 419; Yılmaz, *Otonom Gemiler*, s. 193.

⁶⁴ TTK m. 932/2'de teşkilat kavramı ile ifade edilmek husus hakkında netlik olmamakla birlikte ilgili kavramın; tüketim yönelik haritalar, haritalar, yedek parçalar vb. tesisat ve malzemeler olabileceği yönünde bkz. Helvacı / Muran, s. 64.

⁶⁵ Helvacı / Muran, s. 83.

ve enerji türü de dikkate alınmalıdır. Gemi yakıtının kullanıldığı otonom gemilerde yola elverişliliğin sağlanabilmesi için yakıt düzeyini takip amacıyla kullanılan yapay zekâ programının güncelliği, kullanılan kamera ve sensörlerin hangi teknolojik özelliklere sahip olduğu önem arz eder. Bazı otonom gemiler ise temiz enerji olarak sınıflandırılan enerji kaynaklarından birisi ile çalışabilir. Örneğin, güneş enerjisi ve elektrik enerjisi ile bataryalarını şarj eden bir otonom geminin, planlanan rota için gerekli enerjiye sahip olmaması halinde yola elverişliliğinden söz edilmesi mümkün değildir.

3. Yüke Elverişlilik

Türk Ticaret Kanunu m. 1141/1 ile taşıyan açısından öngörülen elverişlilik yükümlülüğünün bir diğer aşaması ise yüke elverişlilik olup bu kavram, m. 932/3'te hüküm altına alınmıştır. İlgili fıkra uyarınca yüke elverişli bir gemi; *“Soğutma tesisatı da dâhil olmak üzere, eşya taşımada kullanılan kısımları eşyanın kabulüne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olan”* bir gemiyi ifade eder⁶⁶. Genel olarak yük, gemi ambarlarında taşınmakla birlikte yüke elverişliliğin sağlanabilmesi için yükün taşınması kararlaştırılan tüm yerlerin yüke elverişli halde bulundurulması gerekir⁶⁷. TTK m. 1151'e göre taşıyanın, eşyayı güvertede taşıması kural olarak yasak olup ancak yükleten ile arasındaki anlaşmaya veya ticari teamüle uygunsa ya da mevzuat gereği zorunluysa eşyayı güvertede taşıması mümkündür. Taraflar arasında yükün güvertede taşınması kararlaştırılmış ise yükün taşınması ve muhafazasına elverişli olması için güvertenin gereken şartları bulundurulması gerekir⁶⁸. Yüke elverişliliğin, gemi ile taşınan eşyanın niteliğine göre her durum için ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin canlı hayvan taşınması için yüke elverişli olan bir gemi, başka tür bir yükün taşınması için elverişli olmayabilir.

Otonom gemiler özelinde yüke elverişlilik değerlendirildiğinde, yükün taşınacağı kısımların eşyanın kabulü, taşınması ve muhafazasına uygun olması bakımından normal gemilerde aranan kriterlerin gözetileceği açıktır⁶⁹. Ancak yükün taşındığı yerlerde mevcut olan ve yükün niteliğine göre farklılık arz edebilen özellikle ısıtma, soğutma veya sulama gibi sistemlerin yapay zekâ aracılığıyla kontrol edildiği otonom gemilerde yapay zekâ programının güncelliği, kullanılan kamera ve sensörlerin hangi teknolojik özelliklere sahip olduğunun tespiti, ilgili geminin yüke elverişliliği bakımından göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁰.

B. Taşımanın Navlun Sözleşmesinde Kararlaştırılan Gemi ile Yapılması

Navlun sözleşmesinde yükün taşınacağı gemi, genellikle sözleşmenin bir şartı niteliğinde ismen belirlenir ve asıl olan, taşıma işleminin bu gemi ile yapılmasıdır⁷¹. Deniz yolculuğu kendi bünyesinde çeşitli riskler barındırdığından yükün, navlun sözleşmesinde belirlenmiş olan gemi dışında taşınması ihtimalinde sorumluluğun taşıyana yüklenmesi suretiyle taşıtanın haklarının korunması amaçlanmıştır. Öyle ki TTK m. 1150/1 uyarınca navlun

⁶⁶ Akıncı, s. 103; Sözer, Deniz Ticareti, s. 417; Yazıcıoğlu, s. 347.

⁶⁷ Kara, Yapay Zekâ, s. 43; Sözer, Deniz Ticareti, s. 417.

⁶⁸ Akıncı, s. 103.

⁶⁹ Geminin başlangıçtaki yüke elverişliliğinin değerlendirilmesi, mürettebatsız gemiler için geminin kendi personeli değil; limandaki uzman personel tarafından yapılacaktır, Helvacı / Muran, s. 68. Benzer bir şekilde bkz. Cığır, Mürettebatsız Gemiler, s. 479.

⁷⁰ Benzer bir şekilde bkz. Helvacı / Muran, s. 72, 83.

⁷¹ Sözer, Deniz Ticareti, s. 409.

sözleşmesinde geminin açıkça belirlendiği hallerde taşıyanın, sözleşmede belirlenen gemi haricinde başka bir gemiye eşyayı yüklemesi mümkün olmayıp aksi halde bundan doğacak zarardan taşıyan sorumlu olur⁷². Söz konusu sorumluluk, yolculuğun başlamasından önceki döneme ilişkin olup tehlike halinde ve yolculuk başladıktan sonra yapılan aktarmalar bakımından ise taşıyanın sorumluluğu öngörülmemiştir. İlgili sorumluluk bakımından taşıyana bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı sunulmuştur. TTK m. 1150/1'e göre eşya kararlaştırılan gemiye yükletilmiş olsaydı dahi zararın meydana geleceğinin kesin olduğunun taşıyan tarafından ispatlanması durumunda zarar, taşıtana ait olur. Bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 119/2'de yer alan temerrüde düşenin, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsa bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmesi ile sorumluluktan kurtulmasına yönelik hükme paralel düzenlenmiştir⁷³.

Navlun sözleşmesinde taşımanın yapılacağı geminin veya özelliklerinin belirlenmemesi hali ise taşıyana, istediği bir gemi ile yükü taşıma yetkisinin verildiği şeklinde yorumlanmalıdır⁷⁴. Ancak bu durumda taşıyan, taşıma işlemini, yüke en uygun ve güvenli şekilde yapabileceği nitelikte bir gemiyi seçmelidir⁷⁵. Buna ek olarak navlun sözleşmesinde taraflar, taşıyanın kararlaştırılan gemi dışında başka bir gemiyle taşıma işlemini yapabileceğini de kararlaştırabilir⁷⁶. Bu koşullara uygulamada, “*ikame klozları*”⁷⁷ veya “*yedek edim yetkisi*”⁷⁸ adı verilir. Taşıtan tarafından verilen bu iznin açık olmasının yanı sıra taşıma işi için bir konişmento düzenlendiği takdirde taşıtanın izninin, konişmentonun tüm nüshalarına yazılması gerekir⁷⁹. Nitekim TTK m. 1212'ye göre navlun sözleşmesinde ismen belirlenen geminin zıyayı halinde, taşıyan, kendisine verilen sözleşmede ismen kararlaştırılmış olan dışında başka bir gemiye yükleme veya aktarma yetkisi kapsamında, ilk belirlenen geminin zıyaına rağmen taşımayı gerçekleştirmek isterse bu husustaki beyanı ile birlikte seçtiği gemiyi gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür. Taşıyan ismen kararlaştırılan gemi yerine diğer bir uygun gemi ile taşıma işlemini yapmak istemediğini taşıtana bildirdiğinde navlun sözleşmesi sona erer⁸⁰.

Otonom gemiler bakımından taşıyanın ilgili sorumluluğu değerlendirildiğinde, navlun sözleşmesinde otonom gemiye yönelik yapılan belirlenmeler dikkat alınmalıdır⁸¹. Navlun sözleşmesinde taraflarca, özellikleri açıkça belirtilen bir otonom gemiyle yükün taşınmasının kararlaştırılmış olması halinde taşıyan, bu özellikleri haiz herhangi bir otonom gemiyle yükü taşımak zorundadır. Taraflar sözleşmede, ismen bir otonom gemi belirledikleri takdirde ise sözleşmede, taşıyana yükü başka bir gemiye yüklemeye veya aktarmaya yönelik bir yetki verilmediyse sözleşmede ismen belirlenen otonom gemi dışında herhangi bir gemi ile yük taşındığında meydana gelecek zararlardan taşıyan sorumlu olacaktır. Taşıyan, otonom olmayan

⁷² Sözer, Deniz Ticareti, s. 409; Yazıcıoğlu, s. 344.

⁷³ Bozkurt, Tamer. *Deniz Ticareti Hukuku*, Yeniden Kalem Alınmış 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 144.

⁷⁴ Okay, Sami. *Deniz Ticareti Hukuku II/1*, Navlun Mukaveleleri, İstanbul, 1968, s. 70.

⁷⁵ Demir, İsmail. *Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 336.

⁷⁶ Kayıhan, s. 161.

⁷⁷ Kender, Rayegân/ Çetingil, Ergon/ Yazıcıoğlu, Emine. *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler*, C.1, 14. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 163; Demir, s. 336.

⁷⁸ Yazıcıoğlu, s. 345.

⁷⁹ Çağa / Kender, s. 148.

⁸⁰ Yazıcıoğlu, s. 345.

⁸¹ Otonom gemilerde, yüklemenin otomasyon sistemi aracılığıyla yapılması halinde; kıyı personelinin sorumluluğunun gündeme gelebileceğine ilişkin bkz. Deketelaere, s. 23; Kara, Yapay Zekâ, s. 45.

bir gemiyle veya otonom olmasına rağmen, bu konuda yetkisi olmaksızın, ismen belirlenen bir gemi dışında yükü taşıdığı anda ancak zararın meydana gelmesinin kesin ve zararın taşıtana ait olduğunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur. TTK m. 1150/1’de hüküm altına alınan sorumluluk, yolculuğun başlamasından önceki sürece ilişkin olduğundan yolculuk başladıktan sonra otonom gemilerin sistemleri veya geminin yönetimine yönelik bir tehlikenin varlığı nedeniyle, taşıtanın bu yönde izni olmaksızın yükün normal bir gemiye aktarılması durumunda m. 1150/2’nin uygulanması isabetli olur. Zira yolculuk sırasında tehlikenin varlığı halinde, taşıyan bakımından, yükün aktarıldığı geminin otonom bir gemi olması zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir.

Otonom gemiler, kendi bünyesinde çeşitli avantaj ve dezavantajlar barındırır. Navlun sözleşmesinde, yükün otonom gemi ile taşınması kararlaştırıldığında mümkünse bu otonom geminin ismen belirlenmesi taşıtan için önemlidir. Otonom gemiler, günümüzde hâlen gelişmekte olan yeni teknolojiler ile donatılmış araçlardır. Bu nedenle her bir geminin, bünyesinde barındırdığı özellikler ve yazılım bakımından farklılar mevcut olup bu gemiler, birbirlerine göre üstün ve zayıf yönler içerir. Navlun sözleşmesinde otonom geminin ismen belirlenmemesi halinde, en azından sözleşmede otonom gemide bulunması gereken asgari özellikler ve yapay zekâ programlarının kararlaştırılması, tüm tarafların lehine olacak ve ileride çıkacak olan ihtilafların önüne geçecektir.

C. Yükün Zayı Olması veya Hasara Uğraması ile Geç Teslimi

Türk Ticaret Kanunu m. 1178 uyarınca taşıyan, navlun sözleşmesi uyarınca gerçekleştirilen taşıma işinin ifasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olup kendi hakimiyet alanında bulunduğu sırada eşyanın zıyı veya hasarından yahut geç tesliminden doğan zararlardan sorumludur⁸². İlgili maddede düzenlenen bu sorumluluk, objektif özen yükümlülüğüne aykırılığa ilişkindir⁸³. Taşıyanın, özen gösterme yükümlülüğüne aykırı bu davranışlarından ileri gelen kusuru, “*ticari kusur*” olarak anılır⁸⁴. Taşıyanın sorumluluğu kusur sorumluluğu olmakla birlikte, özen yükümü ile ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğudur⁸⁵.

Taşıyanın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için zararın, taşıyanın hâkimiyet alanında gerçekleşmiş olması gerekmekte olup hâkimiyet alanına ilişkin tanım, TTK m. 1178/3’te hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenlemeye göre hakimiyet alanı; “*Eşya, yükleten veya onun adına veya hesabına hareket eden bir kişiden yahut yükleme limanında uygulanan kanun ve düzenlemeler uyarınca eşyanın taşınmak üzere kendilerine teslimi zorunlu makamlardan ya da üçüncü kişilerden taşıyanca teslim alındığı anda;*

a) *Taşıyan tarafından gönderilene teslim edildiği ana veya*

b) *Gönderilenin eşyayı teslim almaktan kaçındığı hâllerde sözleşme veya kanun hükümlerine yahut boşaltma limanında uygulanan ticari teamüle uygun olarak gönderilenin emrine hazır tutulduğu ana ya da,*

c) *Boşaltma limanında geçerli kanun ve düzenlemeler uyarınca eşyanın kendilerine teslimi zorunlu makamlara veya üçüncü kişilere teslim edildiği ana, kadar”* olan süreci ifade

⁸² Sözer, Deniz Ticareti, s. 487; Yazıcıoğlu, s. 393-395.

⁸³ Sözer, Deniz Ticareti, s. 487; Şeker, s. 48.

⁸⁴ Sözer, Deniz Ticareti, s. 487.

⁸⁵ Çağa / Kender, s. 135-136; Sözer, Deniz Ticareti, s. 490.

eder.

Zıya, taşıyanın teslim aldığı eşyayı kısmen veya tamamen, sürekli olarak teslim etme imkânının ortadan kalkmasıdır⁸⁶. Eşyanın fiziki değişikliğe uğrayarak temel vasfını kaybetmesi ve ekonomik değerinin sıfırlanması halinde zıyanın mevcudiyeti kabul edilir⁸⁷. Hasar ise eşyanın maddi değerinin, mevcut halinden aşağı düşmesine veya haricen de olsa kötüleşmesine sebep olan her türlü maddi kötüleşmeyi ifade eder⁸⁸. TTK m. 1178/4 uyarınca geç teslim ise eşyanın, navlun sözleşmesinde açıkça belirlenen sürede boşaltma limanında teslim edilmemesi veya süre belirlenmediği takdirde tedbirli bir taşıyanın olayın özelliklerine makul bir sürede teslim etmesi gereken sürede teslim edilmemesidir. Bununla birlikte, teslim süresinin dolmasından itibaren aralıksız olarak altmış gün içerisinde teslim olunmayan eşya bakımından eşyanın zayi sayılması mümkündür.

Otonom gemilerde geç teslim, geminin sevk ve idaresine yönelik sistemlerdeki arıza nedeniyle geminin durmasıyla olabilir; ısıtma, soğutma, sulama vb. sistemlerin düzgün çalışmaması sonucunda ise eşyanın hasarı veya zıyayı söz konusu olabilir. Bu durumda ilgili sistemlerin bakım ve güncellemelerinin gereği gibi yapılmaması noktasında bir sorumluluk öngörülebilir⁸⁹.

IV. TAŞIYANIN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Taşıyanın sorumluluktan kurtulduğu haller, TTK'nın 1179 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup bunlardan bazıları mutlak, bazıları ise muhtemel sorumsuzluk halleri olarak sınıflandırılır. Aşağıda detaylı olarak incelenecek olan sorumsuzluk halleri bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir nokta ise otonom gemilerde, geminin sevk ve idaresine yönelik bilişim sistemleri ile yapay zekânın üretim ve kontrolü aşamasında görev alan personelin, gemi adamı⁹⁰ niteliğini taşıyıp taşımadığı noktasındadır. Otonom gemilere yönelik bu hizmetlerin, tamamen bağımsız üçüncü bir kişiden temin edilmesi durumunda ise taşıyan bakımından sorumluluk rejimi de farklılaşabilir⁹¹. Tamamen otonom gemilerde, kontrol merkezinde bulunan personelin temel işlevi, kendi kendini yöneten geminin kullandığı bilişim sistemleri ve yapay zekâ programlarının gözetimini sağlamaktır. Buna göre bahsi geçen eylemi gerçekleştiren personelin, geminin sevk ve idaresine yönelik mürettebat sayılamayacak olsa da taşıyan tarafından görevlendirilmesi halinde geniş anlamda taşıyanın adamı olarak

⁸⁶ Sözer, Deniz Ticareti, s. 490.

⁸⁷ Sözer, Deniz Ticareti, s. 490.

⁸⁸ Yazıcıoğlu, s. 395; Sözer, Deniz Ticareti, s. 491.

⁸⁹ Nitekim bu husus; taşıyanın, geminin elverişli halde bulundurulmasına ilişkin yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir; Deketelaere, s. 87-88. Benzer bir şekilde bkz. Nalbant, s. 437-438.

⁹⁰ TTK m. 934'e göre gemi adamları; "*kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir.*". Kontrol merkezindeki operatörlerin gemi adamı niteliği için ayrıca bkz. Sözer, Self-Steering Ships, s. 1369; Var Türk, İnsansız Gemiler, s. 181 vd.; Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 105-107. Özgülenmiş kontrol merkezlerinde bulunan personelin gemi adamı olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp bunlar, ifa yardımcısı veya taşıyanın adamı olarak nitelendirilebilir; Helvacı / Muran, s. 79. Kontrol merkezindeki operatörlerin sınıflandırılmasına ilişkin ayrıca bkz. Choi / Lee, s. 453-454.

⁹¹ Kontrol merkezindeki personelin, gemide olmamakla birlikte; gemi adamları ile benzer faaliyetlerde bulunduğu, ancak söz konusu faaliyetin yürütüldüğü şartlar bakımından deniz tehlikeleriyle birebir karşı karşıya kalan gemi adamları ile aynı hukuki rejime tabi tutulmalarının adil olmayacağı, bu nedenle kontrol merkezindeki personelin normal bir çalışan gibi değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Deketelaere, s. 40-41. Bu yönde diğer değerlendirmeler için ayrıca bkz. Choi / Lee, s. 455-456; Delgado, s. 511; Sözer, Mürettebatsız Gemiler, s. 161-163; Sözer, Self-Steering Ships, s. 1370-1372; Stevens, s. 152; Van Hooydonk, s. 413.

değerlendirileceği kabul edilmektedir⁹². Zira TTK m. 1179/2 uyarınca taşıyanın adamları kavramı, taşıma işletmesinde çalışmasa bile navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan diğer kişileri de kapsamakta olup geminin denizdeki seferinin öngörülen rotada ve güvenli bir şekilde yapılması, navlun sözleşmesi kapsamında taşıyan bakımından öngörülen edimlerden biridir. Ancak ilgili personelin faaliyetinin, geminin seferinin yürütülmesinden ziyade; bu amaçla geminin kullandığı bilişim sistemleri ve yapay zekâ programlarının denetimine ilişkin olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu faaliyetin navlun sözleşmesinin ifasına yönelik olmadığı da düşünülebilir⁹³.

A. Mutlak Sorumsuzluk Halleri

Taşıyanın sorumluluktan kurtulduğu mutlak sorumsuzluk halleri; geminin sevki ve başkaca teknik yönetimindeki kusur veya yangın, denizde kurtarma, yükletenin eşyanın cinsinin veya değerinin kasten gerçeğe aykırı bildirilmesi olarak sayılır.

1. Geminin Sevki ve Başkaca Teknik Yönetimindeki Kusur

Türk Ticaret Kanunu m. 1180'e göre zarar, geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin bir hareketin veya yangının sonucu olduğu takdirde, taşıyan yalnız kendi kusurundan sorumludur⁹⁴. Buna göre taşıyan, adamlarının geminin sevki veya başkaca teknik yönetimindeki kusurundan kaynaklanan zarardan sorumlu olmaz. Bu durumun mevcudiyeti halinde taşıyan, sadece navlun sözleşmesinden kaynaklanan değil; aynı zamanda haksız fiil sorumluluğundan da kurtulur⁹⁵.

Taşıyan bakımından öngörülen bu sorumluluğun kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle teknik yönetim kavramının çerçevesinin belirlenmesi gerekir. Seyrüsefer başladıktan sonra, geminin güvenli bir şekilde varış limanına ulaşabilmesi için geminin fiziki, teknik ve mekanik unsurları ile ilgili olarak yapılması gereken işler, alınması gereken kararlar ile bunların uygulanması ve seyrüseferin güvenliği için alınması gereken tedbirler geminin teknik idaresine

⁹² Saha (bölge) kontrol merkezleri ve genel kontrol merkezlerinde çalışan personel bakımından bkz. Helvacı / Muran, s. 79. *Ciğer* ise IMO tarafından yapılan sınıflandırmada, dördüncü derecede yer alan tamamen otonom gemiler dışındaki gemileri, yarı otonom gemi olarak adlandırmakta (Otonom Gemiler, s. 222, dn. 14) olup kontrol merkezinden yönetilen veya denetlenen gemilerde, merkezdeki personelin taşıyan tarafından görevlendirilmiş olması halinde taşıyanın, Rotterdam Kurallarındaki muhtemel sorumsuzluk sebebinden faydalanabileceğini söylemektedir; *Ciğer*, Otonom Gemiler, s. 224-225. Kontrol merkezindeki personelin, Rotterdam Kuralları uyarınca taşıyanın adamı kabul edilebileceği; ancak denizcilik hatasına ilişkin düzenlemenin bu personel bakımından uygulanamayacağına ilişkin ayrıca bkz. Delgado, s. 509; Van Hooydonk, s. 419-420. Uzaktan kumandalı otonom gemilerde, kontrol merkezindeki personelin, taşıyanın adamı olarak kabul edilmesi mümkündür; Deketelaere, s. 77-78. Benzer bir şekilde; uzaktan kumandalı otonom gemilerde, kontrol merkezi personelinin taşıyanın adamı kabul edilebilmesi mümkün iken, tamamen otonom gemilerde bu kimseler, taşıyanın adamı olarak nitelendirilemez; Pritchett, s. 217-218; Stevens, s. 152-154; Yılmaz, Seaworthiness, s. 842, 846.

⁹³ Tamamen otonom bir geminin sevk ve idaresi ise insan davranışından bağımsız gerçekleştiğinden; burada taşıyanın adamlarına yönelik bir kusurdan bahsetmek mümkün değildir; *Ciğer*, Otonom Gemiler, s. 225; Pritchett, s. 218; Yılmaz, Otonom Gemiler, s. 196. Nitekim tamamen otonom bir geminin bilişim sistemleri veya yapay zekâ programlarının üretimi aşamasında bir kusur nedeniyle zarar ortaya çıkarsa; ilgili ürünlerin üreticisi, ürün sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilir; Deketelaere, s. 89-91; Pritchett, s. 209. Ancak bu noktada, geminin seferine ilişkin tercihlerini yaparken yapay zekâ programlarının; insan eli ürünü olmaları neticesinde üreticilerinin etik değerlerini taşıdıkları ve daha ileri bir düzeyde edindikleri veriler neticesinde, üreticilerinin değerlerinden daha farklı birtakım sonuçlara ulaşabilecekleri de düşünülmelidir; Soyer / Tettenborn, s. 78-79. Tamamen otonom gemilerde kullanılan yapay zekâ programlarının seçiminde gereken özeni göstermesi durumunda taşıyan, bu programlarının yazılımı veya üretiminden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulmamalıdır; Stevens, s. 154-155.

⁹⁴ Sözer, Deniz Ticareti, s. 554-556; Yazıcıoğlu, s. 397-400.

⁹⁵ Okay, s. 199.

dâhildir⁹⁶. Söz konusu önlenmelerin hangi tür yönetime dahil olduğunun tespit edilebilmesi için TTK m. 1180 hükmünde yer alan “*Daha çok yükün menfaati gereği olarak alınan önlemler, geminin teknik yönetimine dâhil sayılmaz.*” ifadesi ile önlemin hangi amaç için alındığı kıstas olarak belirlenmiştir⁹⁷. Tereddüt halinde ise zararın, teknik yönetimden kaynaklandığı kabul edilir. Geminin teknik idaresine aykırı olarak, taşıyanın adamlarının kast, ihmâl veya hata ile hareket etmesi, geminin teknik yönetimindeki kusur kapsamında olup teknik kusur olarak adlandırılır⁹⁸. Teknik kusur, ticari kusurun karşıt kavramı olup taşıyanın sorumluluğunun tespiti bakımından meydana gelen olaydaki kusurun vasıflandırılması önem arz eder⁹⁹. Taşıyanın, yükün zıyaı, hasarı veya geç teslimine sebep olan kusuruna ticari kusur denir¹⁰⁰. Ticari kusurun varlığı halinde taşıyan, adamlarının kusurlu fiillerinden sorumlu tutulur¹⁰¹. Geminin seferi esnasında ilgili tedbirlerin alınmaması, liman ve deniz trafiğini düzenleyen kurallara uyulmaması, limandan ayrılmadan önce ideal rotanın belirlenmemesi ise sevk kusuru kapsamındadır¹⁰².

Tamamen otonom gemiler, mürettebatsız olarak sefer yapan ve geminin sevkinde insandan bağımsız (özerk) araçlar olup teknik yönetim ve sevk kusuru kavramlarının, geminin yapay zekâ yazılım ve programları açısından değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, otonom gemi sefere başladıktan sonra, yapay zekâ tarafından hava ve deniz koşulları dikkate alınmadan farklı bir rotanın belirlenmesi halinde taşıyan, sefere başlamadan önce yapay zekâ programının en güncel versiyonunu kullandığını ve ideal rotanın tespitinin yapılabilmesi için gerekli donanımlarda herhangi bir eksiklik olmadığını ispatladığı takdirde, sevk kusurunun varlığından söz edilebilecek ve taşıyan yalnız kendi kusurundan sorumlu tutulabilecektir¹⁰³. Otonom geminin sensörleri ve teknolojik cihazlarındaki bir eksiklik veya hatadan kaynaklanan bir zarar sonucunda, bu eksiklik veya hatanın geminin yolculuğa başlamasından önce bulunduğu anlaşılırsa, söz konusu durum, geminin elverişli bulundurulması kapsamında başlangıçtaki elverişsizlik olarak değerlendirilir ve taşıyanın, yüke özen borcuna aykırı davranması nedeniyle, meydana gelen zararın teknik kusurdan kaynaklandığını ileri sürmesi mümkün olmaz¹⁰⁴.

Otonom gemi ve yapay zekâ program üreticilerinin sorumluluklarının kapsamının kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmesi isabetli olur¹⁰⁵. Bu hususta herhangi bir

⁹⁶ Helvacı / Muran, s. 79, dn. 188; Sözer, Deniz Ticareti, s. 557.

⁹⁷ Kara, Deniz Hukuku, s. 302; Şeker, s. 69; Yazıcıoğlu, s. 399.

⁹⁸ Sözer, Deniz Ticareti, s. 557; Yazıcıoğlu, s. 398.

⁹⁹ Yazıcıoğlu, s. 399; Demir, s. 383.

¹⁰⁰ Sözer, Deniz Ticareti, s. 487.

¹⁰¹ Bozkurt, s. 186-187; Şeker, s. 69.

¹⁰² Yazıcıoğlu, s. 398.

¹⁰³ Tamamen otonom bir geminin sevk ve idaresi, insan davranışından bağımsız gerçekleştiğinden; burada taşıyanın adamlarına yönelik bir kusurdan bahsetmek mümkün değildir; Cığır, Otonom Gemiler, s. 224-225. Kontrol merkezinin, kendi kontrolündeki bölgeye ilişkin deniz tehlikelerini bilmesi ve buna göre sefer için güvenli bir rota oluşturması, bu hususun belirtilen rotadan sapılmasını gerektirmesi halinde donatan/taşıyan ile iletişime geçerek durumu bildirmesi; ancak her hâlükârda geminin, merkez tarafından güvenli rotaya yönlendirilmesi öngörülmektedir; Helvacı / Muran, s. 73. Ancak günümüz teknolojik koşullarında kontrol merkezlerinin kusuru halinde, TTK m. 1180’de öngörülen istisnai halden faydalanılmaması gerekir; Helvacı / Muran, s. 80. Nitekim insansız gemilerde, geminin rotasının belirlenmesine yönelik yazılım sistemleri veya yapay zekâ programlarından kaynaklı bir hata, geminin elverişsizliği kapsamında değerlendirilmelidir; Pritchett, s. 220.

¹⁰⁴ Yazıcıoğlu, s. 400.

¹⁰⁵ Sorumluluk rejiminin belirlenmesi bakımından; gerçekte gemiye ilişkin operasyonel kontrolün bir başkasında olduğu veya başkasınca kullanıldığının kanıtlanmadığı hallerde, otonom gemilerin işletilmesinden doğan

düzenleme yapılmadığı takdirde, mevcut hükümler geniş yorumlanarak¹⁰⁶, yapay zekâ programından kaynaklanan kusurların geminin sevk ve idaresinden kaynaklanan sevk kusuru niteliğinde oldukları kabul edilmeli ve taşıyan, meydana gelen olayda yalnızca kendi kusuru bulunmadığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilmelidir.

2. Yangın

Türk Ticaret Kanunu m. 1180'e göre zarar, geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin yangının sonucu olduğu takdirde, taşıyan yalnız kendi kusurundan sorumludur¹⁰⁷. Meydana gelen olayın yangın olarak kabul edilebilmesi için açık bir ateş veya alevin varlığı gerekli olup eşyanın aşırı ısınmasından kaynaklanan zararlar, yangın zararı olarak kabul edilmez¹⁰⁸. Yangının geminin başlangıçta denize, yola ve yüke elverişli olmaması nedeniyle meydana gelmesi durumunda ise taşıyan mutlak sorumsuzluk halinden faydalanamaz¹⁰⁹. Zira burada taşıyanın, gemiyi başlangıçta denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurması yükümlülüğüne aykırılık bulunur.

Yangın bakımından, otonom gemiler ile normal gemiler arasında taşıyanın sorumluluğu bakımından bir farklılık bulunmayıp başlangıçtaki bir elverişsizlikten kaynaklı olmadığı sürece, sefer halindeki otonom gemide çıkan bir yangından, taşıyan yalnız kendi kusuru varsa sorumlu tutulur. Örneğin, gemi sefere çıkmadan evvel yangın söndürme sistemlerinde gerek teknik gerekse yazılım açısından bir eksiklik bulunduğu takdirde taşıyan artık mutlak sorumsuzluk halini ileri süremez¹¹⁰. Ancak otonom gemilerinin seferini güvenli bir şekilde sürdürebilmeleri için gereken yangın söndürme sistemlerinin kurulumu ve bakımının, normal gemilerden daha yüksek maliyetli olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır¹¹¹.

3. Denizde Kurtarma

Türk Ticaret Kanunu m. 1181 uyarınca; *“Taşıyan, müşterek avarya hâli hariç, denizde can ve eşya kurtarmadan veya kurtarma teşebbüsünden ileri gelen zararlardan sorumlu değildir. Teşebbüs, sadece eşya kurtarmaya yönelikse, aynı zamanda makul bir hareket tarzı oluşturulması gerekir.”* Otonom gemilerde mürettebat bulunmadığından, böyle bir acil durumda olaya müdahale etme imkânı yoktur¹¹². Ancak otonom gemilerin, denizde kurtarmaya

sorumluluğun donatana ait olacağına dair bir karine öngörülebilir. Ayrıca donatanın veya geminin operasyonel kontrolüne sahip olan diğer kimsenin, geminin fiziksel kontrolünü elinde bulunduran kişilerin eylemlerinden, kendi eylemleri gibi sorumlu olacağına açıkça belirtilmesi de önerilmektedir; Soyer / Tettenborn, s. 65-66.

¹⁰⁶ Cığır, Otonom Gemiler, s. 223; Cığır, Mürettebatsız Gemiler, s. 476 vd.

¹⁰⁷ Kayıhan s. 193; Sözer, Deniz Ticareti, s. 560-562; Yazıcıoğlu, s. 400.

¹⁰⁸ Demir, s. 384; Kaner, s. 381; Seven, s. 165.

¹⁰⁹ Demir, s. 385; Şeker, s. 71.

¹¹⁰ Pritchett, s. 220.

¹¹¹ Kaldı ki, gerekli araç ve donanımın mevcudiyetinde dahi, yangına karşı müdahale; mürettebatlı gemilerdeki kadar etkili ve hızlı olmayabilir; Komianos, s. 343-344.

¹¹² Bu durumda sorumluluğun, *“kıyıdaki kaptan”*a aktarılması gündeme gelebilir; Komianos, s. 343; Van Hooydonk, s. 421. Ancak uzaktan kumandalı gemilerde, kontrol merkezi operatörü; diğer gemileri yetkilileri uyarmak haricinde bir konumda bulunmayacaktır; Carey, s. 17. Bu anlamda kurtarma faaliyetine ilişkin kimde olacağının belirlenmesi önemlidir; Deketelaere, s. 95; Ece, s. 295. Otonom gemiler bakımından kurtarma faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin geleneksel donatan ve kaptan kavramlarına; faaliyetin yapılacağı zaman geminin fiili kontrolünü elinde bulunduran gerçek kişi ve geminin kontrolünün bir alt sözleşme ile uzman bir yardımcıya (agency) bırakıldığı hallerde bu yardımcı kişilerin de eklenmesi önerilmektedir; Soyer / Tettenborn, s. 68. Özellikle insan kurtarmaya ilişkin düzenlemeler, giderek daha az sayıda insanın denizde olmasıyla birlikte pratikte geçerliliğini kaybedecektir; Delgado, s. 516. Tamamen otonom gemiler için kontrol sisteminin

yönelik, sensörleri ve yapay zekâ aracılığıyla ilgili birimleri bilgilendirmesi¹¹³ söz konusu ise yapılacak bilgilendirmelerde ilgili madde kapsamında hareket edilmesi gerekliliği de göz önünde bulundurulmalıdır.

4. Yükletenin Eşyanın Cinsini veya Değerinin Gerçeğe Aykırı Bildirmesi

Türk Ticaret Kanunu m. 1186/5'e göre; *“Yükleten, eşyanın cinsini veya değerini kasten gerçeğe aykırı bildirmişse, taşıyan, her hâlde, eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin ziya veya hasar nedeniyle sorumlu olmaz”*¹¹⁴. Taşıyanın, taşıma işini yapmak üzere sorumluluğunu aldığı yükün cinsi ve değeri hakkında doğru bilgi sahibi olması gerekir. Zira taşıyanın bu hususlarda doğru bilgi sahibi olmaması durumunda, riskleri doğru belirleyip gerekli önlemleri alması da mümkün olmaz.

Otonom gemiler vasıtasıyla taşınacak bir yükün; cins, özellik ve değerinin taşıyan tarafından doğru bilinmesi, geminin o yükü taşıyabilecek teknolojik özellikleri haiz olup olmadığı açısından önemlidir. Otonom gemilerde yükletenin; yükün cinsi, özellikleri ve değeri hakkında gerçeğe aykırı olarak bilgi vermesi halinde, otonom olmayan gemilere nazaran farklı bir durum söz konusu olmayıp yine taşıyanın sorumluluğundan bahsedilemez.

B. Muhtemel Sorumsuzluk Halleri

Türk Ticaret Kanunu'nun taşıyanın sorumluluktan kurtulma halleri altında düzenlediği ilk madde olan 1179'a göre; taşıyanın veya adamlarının kastından veya ihmalden doğmayan sebeplerden ileri gelen zarardan taşıyan sorumlu değildir. Taşıyan, şahsi kusuru olmadığı sürece bu zararlardan sorumlu tutulamaz.

Türk Ticaret Kanunu m. 1182'ye göre ise madde metninde sayılan hallerden birinin mevcudiyeti durumunda taşıyan ve adamları kusursuz kabul edilmiştir. İlgili madde ile kanun koyucu, taşıyanın muhtemel sorumsuzluk sebeplerini sınırlı sayı prensibine tabi olarak düzenlemiştir¹¹⁵. Buna göre taşıyanın muhtemel sorumsuzluk halleri; *denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları, harp olayları, karışıklık ve ayaklanmalar, kamu düşmanlarının hareketleri, yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamaları, mahkemelerin el koyma kararları, grev, lokavt veya diğer çalışma engelleri, yükleten, taşıtan ve eşyanın maliki ile bunların temsilcilerinin ve adamlarının fiil veya ihmalleri, hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilme veya eşyanın gizli ayıpları ya da eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliği, ambalajın yetersizliği, işaretlerin yetersizliği* olarak sayılmıştır¹¹⁶. Bu hallerin varlığı durumunda taşıyanın kusursuzluğu karine olarak kabul edilmiş olup aksinin ispatlanması mümkündür.

İlgili madde metninde sayılan, taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı haller bakımından değerlendirme yapılırken; zararı ortaya çıkaran

programcısının, geminin donatısı veya taşıyanın veya geminin kendisinin, kurtarma ile yükümlü olduğu tartışılabilir; Pritchett, s. 209.

¹¹³ Bu çözüm hayata geçirilmeden önce gemiye yerleştirilecek uygun ekipmanlar ile etkinliğin sağlanıp sağlanamayacağı denetlenmelidir. Ancak bu çözümün kabul edilmesi, otonom gemilerinin maliyetlerindeki avantajı da azaltabilir; Komianos, s. 343. Maliyet bakımından aynı yönde bkz. Deketelaere, s. 95. Bu yöntem, ancak teknolojinin izin verdiği ölçüde kullanılabilir; Delgado, s. 516.

¹¹⁴ Kayıhan, s. 195; Sözer, Deniz Ticareti, s. 570; Yazıcıoğlu, s. 401.

¹¹⁵ Bozkurt, s. 188; Sözer, Deniz Ticareti, s. 567; Yazıcıoğlu, s. 401.

¹¹⁶ Akıncı, s. 445; Kayıhan, s. 195; Sözer, Deniz Ticareti, s. 565-571; Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed., Pearson Longman, Harlow vd., 2010, s. 263-272; Yazıcıoğlu, s. 401-402.

nedenin önceden bilinip bilinmediği, daha öncesinde de gerçekleşip gerçekleşmediği ve taşıyan ve adamları tarafından önceden tedbir alınabilecek türden olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁷. Savaş olayları, karışıklık, ayaklanma, kamu düşman hareketleri veya yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamalarının daha önceden başlaması ve devam etmesi halinde, taşıyan bunları bilmesine rağmen o bölgede ticari faaliyette bulunmaya devam ettiği takdirde, taşıyanın ilgili maddedeki karineden faydalanması mümkün değildir¹¹⁸.

Türk Ticaret Kanunu m. 1182/1-a dışındaki diğer sorumsuzluk sebepleri, geminin otonom bir gemi olup olmaması açısından bir farklılık arz etmez. Madde metnindeki tehlikeyi, önceden tedbir alınamayacak nitelikteki olağanüstü olaylara ilişkin tehlike olarak anlamak gerekir¹¹⁹. Denizin veya geminin işletmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları açısından ise teknolojinin gelişmesi ile otonom geminin üstün donanım ve özelliklere sahip olması ihtimalinde otonom olmayan bir gemi için olağanüstü değerlendirilebilecek bir tehlike otonom bir gemi için olağan tehlike olarak kabul edilebilir. Otonom gemilerin yaygınlaşması ile bu gemilerin teknolojik özellikleri, neler yapabileceğine dair kapasiteleri insanoğlu tarafından tam olarak anlaşılabilirdiğinde, meydana gelen tesadüfi deniz olaylarının tehlike boyutu daha net tespit edilebilecektir.

SONUÇ

Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından otonom gemiler dört ayrı grupta sınıflandırılmış olup çalışmaya konu edilen otonom gemiler, gemi üzerindeki sensörler ve cihazlardan elde ettiği verileri, kendi yapay zekâ programları aracılığıyla analiz ederek kendi kendini yöneten gemilerdir. Bu gemilerde, geminin sevk ve idaresine yönelik herhangi bir personel bulunmadığı gibi otonom gemilerin seferini kontrol ve denetim altında tutan kontrol merkezindeki personel de geminin sevk ve idaresine yetkili değildir. Zira tamamen otonom gemilerde kontrol merkezinin rolü, gemide kullanılan bilişim sistemi ve yapay zekâ programlarının denetiminden ibarettir.

Otonom gemiler, personele ihtiyaç duymaksızın hareket edebilmeleri sonucu, personel maliyetlerindeki başta olmak üzere; insan kaynaklı hatalar nedeniyle oluşan kaza ve zararların, yakıt tüketimini ve buna bağlı olarak çevre ve hava kirliliğinin azalması gibi avantajlara sahiptir. Ancak otonom gemilerin; bilişim sistemleri ve yapay zekâ programlarına yönelik siber saldırılara maruz kalabilmesi, siber güvenliğin sağlanması için yapılacak ek maliyetlerin normal gemilere göre daha yüksek olması, siber saldırı riskinin sigorta teminatı içerisinde yer alıp almayacağına yönelik belirsizliğin mevcudiyeti gibi dezavantajları da mevcuttur.

Geminin sevk ve idaresine yönelik herhangi bir personelin gemide bulunmaması gerek TTK gerekse uluslararası sözleşmeler çerçevesinde tamamen otonom gemilerin, gemi vasfını haiz olup olmadığını sorusunu gündeme getirir. Ancak TTK m. 931 uyarınca bir gemiden söz edebilmek için insan unsuru aranmıyor olup ilgili hükmün otonom gemileri de kapsar şekilde uygulanması önünde herhangi bir engel yoktur.

¹¹⁷ Okay, s. 207; Sözer, Deniz Ticareti, s. 567-568; Şeker, s. 77.

¹¹⁸ Sözer, Deniz Ticareti, s. 568.

¹¹⁹ Akan, Pınar. Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 83; Sözer, Deniz Ticareti, s. 567.

Otonom gemiler aracılığıyla yapılan deniz yoluyla taşımalarda, taşıyanın sorumluluğu bakımından da otonom gemilerin özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Geminin elverişliliği kapsamında geminin kendi kendini yönetmeye yönelik donanımı, bilişim sistemi ve yapay zekâ programlarının gereği gibi ve güvenli bir şekilde oluşturulmuş olması ve düzenli olarak bakım ve güncellemelerinin yapılması, ayrıca siber saldırılara yönelik önlemlerin alınması söz konusu olacaktır. Tamamen otonom gemilerde, gemide personelin bulunmaması yola elverişlilik çerçevesinde bir soru işareti yaratabilecek olsa da TTK m. 932/2’de yer alan düzenlemeyi katı bir şekilde yorumlamak, otonom gemilerin ilerleyişini yavaşlatacaktır. Otonom gemilerde taşıyanın sorumluluğunun kapsamının tespit edilebilmesi için ISM’nin otonom gemiler özelinde yeniden ele alınması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akan, Pınar. *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Akıncı, Sami. *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, İstanbul, 1968.
- Aydın, Sadet. *Otonom Gemilerin Deniz Kazalarındaki Hukuki Sorumluluklarının Değerlendirilmesi*, İskenderun Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İskenderun, 2023.
- Bolat, Fırat / Koşaner, Özgün. “İnsansız Gemilerin Güncel Statüleri”, *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi*, S. 23, Nisan 2021, s. 341-358.
- Bozkurt, Tamer. *Deniz Ticareti Hukuku*, Yeniden Kalem Alınmış 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Carey, Luci. “All Hands Off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships”, CML Working Paper Series, No. 17/06, August 2017, <http://law.nus.edu.sg/cml/wps.html>, E.T. 25.04.2024.
- Choi, Junghwan / Lee, Sangil. “Legal Status of the Remote Operator in Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) Under Maritime Law”, *Ocean Development & International Law*, V. 52, N. 2, 2021, p. 445-462.
- Ciğer, Selim. “Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Bazı Düşünceler”, *TFM*, C. 9, S. 2, 2023, s. 219-232, (Otonom Gemiler).
- Ciğer, Selim. “Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme”, *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 463-502, (Mürettebatsız Gemiler).
- Çağa, Tahir / Kender, Rayegân. *Deniz Ticareti Hukuku II-Navlun Sözleşmesi*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

- Deketelaere, Pol. The Legal Challenges Of Unmanned Vessels, Universiteit Gent, Master Dissertation, 2017, https://Libstore.Ugent.Be/Fulltxt/Rug01/002/349/671/Rug01-002349671_2017_0001_Ac.Pdf, E.T. 25.04.2024.
- Delgado, Juan Pablo Rodríguez. “The Legal Challenges Of Unmanned Ships İn The Private Maritime Law: What Laws Would You Change?”, *Maritime, Port And Transport Law Between Legacies of The Past And Modernization*, December 2018, p. 493-523.
- Demir, İsmail. *Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Ece, Nur Jale. “Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: Gzft Analizi ve Hukuki Boyutları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi*, C.10, S. 2, 2018, s. 279-302.
- Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra; “Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları”, *SÜHFD*, C. 31, S. 1, 2023, s. 429-460.
- Gözüyeşil, Fevzi Fırat. “Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar Bağlamında İnsansız ve Otonom Gemilerde İyi Gemicilik İlkesi ve Gözcülük Görevi”, *Adalet Dergisi*, S. 66, Mayıs 2021, s. 193-225.
- Helvacı, Serap / Muran, Hakan. “Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği”, *PRU-DHD*, C. 1, S. 1, Haziran 2022, s. 31-104.
- Kaner, İnci Deniz. *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.
- Kara, Hacı. *Deniz Hukuku Denizcilik Fakülteleri İçin*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, (Deniz Hukuku).
- Kara, Hacı. “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, *SDÜHFD*, C. 10, S. 1, 2020, s. 17-51, (Yapay Zekâ).
- Kayıhan, Şaban. *Deniz Ticareti Hukuku*, 3. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2022.
- Kender, Rayegân / Çetingil, Ergon / Yazıcıoğlu, Emine. *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler*, C. 1, 14. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Komianos, Aristotelis. “The Autonomous Shipping Era. Operational, Regulatory, And Quality Challenges”, *The International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, V. 12, N. 2, June 2018, p. 335-348.
- Nalbant, Mustafa Burak. “Uluslararası Taşımacılık Sözleşmeleri Açısından İnsansız Gemilerde Denize Elverişliliğe Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, S. 66, 2021, s. 417-443.

- Okay, Sami. Deniz Ticareti Hukuku II/1, Navlun Mukaveleleri, İstanbul, 1968.
- Pritchett, Paul W. “Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, *Tulane Maritime Law Journal*, V. 40, N. 1, Winter 2015, p. 197-226.
- Seven, Vural. *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Ziya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Soyer, Barış / Tettenborn, Andrew. “Autonomous Ships and Private Law Issues”, *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Hart Publishing, 2021, s. 63-80.
- Sözer, Bülent. *Deniz Ticareti Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, (Deniz Ticareti).
- Sözer, Bülent. “Mürettebatsız Gemiler”, *PRU-DHD*, C. 1, S. 1, Haziran 2022, s. 149-165, (Mürettebatsız Gemiler).
- Sözer, Bülent. “Self-Steering Ships”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2020, s. 1345-1380, (Self-Steering Ships).
- Stevens, Frank. “Carrier Liability for Unmanned Ships Goodbye Crew, Hello Liability?”, *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Hart Publishing, 2021, s. 148-161.
- Şeker, Hakan. *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Taşdelen, Nihat. “Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, Vedat, İstanbul 2003, s. 939-957.
- Van Hooydonk, Eric. “The Law of Unmanned Merchant Shipping – An Exploration”, *The Journal of International Maritime Law*, V. 20, N. 3, 2014, p. 403-423.
- Var Türk, Kübra. “Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”, *BATİDER*, C. XXXVII, S. 1, 2021, s. 153-194, (İnsansız Gemiler).
- Var Türk, Kübra. “Deniz Haydutluğu ve Siber Güvenlik Bakımından Uluslararası Deniz Hukuku Çerçevesinde Bir Değerlendirme: İnsansız Gemiler”, *DEHUKAMDER*, C. 2, S. 2, 2019, s. 495-542, (Deniz Haydutluğu).

Veal, Robert / Tsimplis, Michael / Serdy, Andrew. “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, *Ocean Development & International Law*, V. 50, N. 1, 2019, p. 23-48.

Vojković, Goran / Milenković, Melita. “Autonomous Ships and Legal Authorities of the Ship Master” *Case Studies on Transport Policy*, V. 8, I. 2, June 2020, p. 333-340.

Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed., Pearson Longman, Harlow vd., 2010.

Yazıcıoğlu, Emine. *Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022.

Yılmaz, Mustafa. *Deniz Ticareti Hukukunda Otonom Gemiler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021, (Otonom Gemiler).

Yılmaz, Mustafa “Legal Assessment Of Seaworthiness In Autonomous Cargo Ships: Is It Time For A Change?”, *DEHUKAMDER*, C. 3, S. 2, 2020, s. 803-866, (Seaworthiness).

Yorulmaz, Murat / Karabulut, Kaan. “Deniz Taşımacılığında Akıllı Gemiler: Gemi Kaptanlarının Bakış Açısı”, *Ekonomi, İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 1, 2021, s. 40-54.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://emsa.europa.eu/we-do/safety/accident-investigation/items.html?cid=141&id=4867>, E.T: 24.04.2024.

<https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>, E.T: 26.04.2024.

<https://sozluk.gov.tr/?q=otonom&aranan>, E.T: 25.04.2024.