

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 82 Sayı Number 3 Yıl Year 2024 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 82, Sayı 3, 2024

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD



Sahibi / Owner

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,

İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130

E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr

<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>

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

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press

İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,

Fatih / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

Tel: +90 (212) 269 30 00

Sertifika No: 20179

Baskımı ve dağıtımını On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.

Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.

The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in March, June, September and December



DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Dr. Öğr. Üyesi. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - eba@istanbul.edu.tr

Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - aoszoy96@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Zeynep TANYERI, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
İstanbul, Türkiye - zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Yağmur ALTAY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
İstanbul, Türkiye - y.altay@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Kardelen YİĞİTBAŞI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - kardelenyigitbasi@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenc@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcanitez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajakic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- Başkasına Ait İçerikteki Fikri ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle
Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu**
Legal Liability of Digital Platforms for Infringements on Intellectual and
Industrial Property Rights from Third Parties' Content..... 693
Ahunur AÇIKGÖZ, Murat GÜREL

Araştırma makalesi/Research article

- Haksız Rekabet Hukuku Açısından “Müşterinin Karar Verme Özgürlüğünü
Özellikle Saldırgan Satış Yöntemleri İle Sınırlamak” (TTK m 55.1.A.8)**
‘Limiting the Customer’s Freedom to Decide by Using Particularly Aggressive
Sales Methods’ in Terms of Unfair Competition Law (TCC 55.1.a.8)..... 751
Burçak YILDIZ

Araştırma makalesi/Research article

- Türkiye’de Ayırt Etme Gücü Olmayan İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital
Mutilasyon Operasyonlarının Hukuka Aykırılığı**
The Unlawfulness of Genital Mutilation Operations Performed On Intersex
Minor Who Do Not Have The Capacity of Judgement In Turkey 783
Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU

Araştırma makalesi/Research article

- Anonim Şirketler ile Enerji Piyasası Özelinde Düzenlemeye Tabi Sektörlerde
Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devir Sınırlamaları**
Share Transfer Limitations for Joint Stock Companies and Companies in
Regulated Sectors With a Special Focus on the Energy Market 809
Hayri BOZGEYİK, Beşir Fatih DOĞAN, Temel GÜNER

Araştırma makalesi/Research article

- A Proposal to Ease the Heavy Burden of Domestic Labour**
Ev İçi Emegın Ağır Yükünü Azaltmak İçin Bir Öneri 841
Murat Aybars TUNCA

Araştırma makalesi/Research article

Güvencesiz Çalışmaya Karşı Sendika Özgürlüğü Güvencesini Geliştirme İhtiyacı: 6356 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinin Yeniden Düzenlenmesi Üzerine Öneriler

Need to Improve the Guarantee of Freedom of Association against Precarious Work:

Suggestions on the Revision of Article 25 of Law No. 6356..... 855

Naim GÖKTAŞ, Orhan Ertuğrul ONUR

Araştırma makalesi/Research article

Konkordato Borçlusunun Rehinle Yüklü Mevduatı Üzerindeki Blokenin İİK m 287 Uyarınca Verilecek Bir Mahkeme Kararı İle Kaldırılmasının Mümkün Olup Olmadığı Üzerine Değerlendirmeler

Evaluation on Whether the Blockage of Pledged Receivables Credited to the Concordat

Debtor's Bank Account Can Be Lifted by a Court Decision under Art.287 DEBL 875

Zeynep Damla Taşkın

Araştırma makalesi/Research article

Örtülü Rıza Kavramının Yasal önalm, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar

Legal Consequences of the Concept of Implied Consent in terms of the Cases of

Legal Right of Pre-emption, Mesne Profits and Semen of Intervension 917

Nagehan Kırkbeşoğlu

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Nükleer Silahların Kullanılması Yasağı Bakımından Kuzey Kore'nin Israrlı Muhalif (Persistent Objector) Devlet Statüsü

State Status of North Korea Persistent Objector with Respect To The

Prohibition on the Use of Nuclear Weapons..... 955

Hatice TÜRKAY

Araştırma makalesi/Research article

Milletvekili, Cumhurbaşkanı veya Mahalli İdareler Seçiminde Aday Olan Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Görevden Çekilmesi Gerekir mi?

Is Resignation Required for Vice-Presidents and Ministers Before Running

in Turkish Parliamentary, Presidential, and Local Elections?..... 985

Volkan ASLAN

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

Yeni sayımızın ve bu sayıda sizlerle buluşturma fırsatı bulduğumuz kıymetli makalelerin heyecanını yaşıyoruz. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin köklü geçmişi ve itibarlı mirasıyla şekillenen *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2024 yılının üçüncü sayısıyla sizlerle buluşuyor. Dergimizin her sayısı, hukuk dünyasında derinlemesine tartışmalar başlatmayı ve güncel konuları ele almayı amaçlayan makaleleriyle okuyucularına zengin bir içerik sunma görevini sürdürüyor. Bu sayımızda da çeşitli hukuk alanlarından seçtiğimiz önemli makaleleri sizlerle paylaşmanın heyecanını taşıyoruz.

Hukuk dünyasının çeşitli alanlarına dair kapsamlı ve nitelikli makaleleri okurlarıyla buluşturmak bizim için büyük bir mutluluk kaynağıdır. Mecmua ekibi olarak, hukukun her alanındaki tartışmaları size en doğru ve güncel biçimde sunmak için titizlikle çalışıyoruz.

Bu sayıda, özel hukuk ve kamu hukuku konularında toplam on değerli makaleye yer verilmiştir.

“Nükleer Silahların Kullanılması Yasağı Bakımından Kuzey Kore'nin Persistent Objector (Israrlı İtirazcı) Devlet Statüsü” başlığını taşıyan ilk makalede, nükleer silahların 1945'ten beri yarattığı ciddi etkiler ve bu silahların üretim ve kullanımının kısıtlanmasına yönelik çabalar ele alınmıştır. Ayrıca, 1968 tarihli Nükleer Silahların Yayılmasını Önleme Andlaşması (NSYÖA) ve Kuzey Kore'nin nükleer silah geliştirme süreci de ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. “Anonim Şirketler ile Enerji Piyasası Özelinde Düzenlemeye Tabi Sektörlerde Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devir Sınırlamaları” başlıklı diğer bir makalede, ilk olarak anonim şirketlerde pay devrinin esasları incelenmiş, akabinde enerji piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerde pay devrine ilişkin sınırlamalar ve EPDK izni gerektiren durumlar ele alınmıştır. Bu sayıdaki bir başka makalede ise, Türk Ticaret Kanunu m. 55.1.a.8'de bir haksız rekabet hâli olarak nitelendirilen müşterinin karar verme özgürlüğünün özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandırılması incelenmiştir. Ayrıca, “Konkordato Borçlusunun Rehinle Yüklü Mevduatı Üzerindeki Blokenin İİK m. 287 Uyarınca Verilecek Bir Mahkeme Kararı ile Kaldırılmasının Mümkün Olup Olmadığı Üzerine Değerlendirmeler” başlıklı makalede, mevduatın bloke edilmesine engel olmaya yönelik tedbirlere dair verilmiş olan mahkeme kararları irdelenerek söz konusu tedbirlerin İİK m. 287 uyarınca verilmesinin yerindeliliği değerlendirilmiştir. Bu sayımızdaki bir başka makalede Tek Gıda-İş Sendikası'nın başvurusu da ele alınarak 6356 sayılı Kanunu'nun 25. maddesinin sendika özgürlüğü bakımından eksik kaldığı noktalar irdelenmiş, ülkemizde sendika özgürlüğünün geliştirilmesi için çözüm önerileri geliştirilmiştir. “Milletvekili, Cumhurbaşkanı veya Mahalli İdareler Seçiminde Aday Olan Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Görevden Çekilmesi

Gerekir mi?” sorusunun cevabını arayan kamu hukuku alanındaki diğer makalede, anılan kişilerin görevden çekilmesine ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenlemenin varlığı incelenmiş; ayrıca, Yüksek Seçim Kurulu’nun mevcut uygulamaları ve 2023 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçiminde yaşanan sorunlar değerlendirilmiştir. “Örtülü Rıza Kavramının Yasal Önalım, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar” başlığındaki başka bir makalede, örtülü rıza kavramının oluşması ile ispat edilmesi her bir hak başlığı altında ele alınmış ve sonrasında genel bir tespit ile örtülü rıza kavramı incelenmiştir. Bir diğer makalede ise, ev içi emekçilerin sorunlarına, bu sorunlara kaynaklık eden bir temel olarak yasal mal rejimine odaklanılmış ve bu sorunun üstesinden gelinmesi için Türk Medeni Kanunu’nda bazı değişiklik önerileri getirilmiştir. “Türkiye’de Ayırt Etme Gücü Olmayan İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Mutilasyon Operasyonlarının Hukuka Aykırılığı” başlığını taşıyan başka bir makalede ise, karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılarak “erdişi” (hünsa) küçüğe uygulanan ameliyatlardaki hukuka aykırılığın nasıl meydana geldiği üzerinde durulmuş ve olması gereken hukuk açısından incelemelerde bulunulmuştur. Son olarak, “Başkasına Ait İçerikteki Fikrî ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu” başlıklı makalede, dijital platformların fikrî ve sınai hak ihlallerinden kaynaklanan sorumluluğu, Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından da yararlanılarak değerlendirilmiş, Elektronik Ticaret Kanunu m. 9’da, 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin dijital platformun yardım eden sıfatıyla sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği irdelenerek ele alınmıştır.

İstanbul Hukuk Mecmuası’nın başarısının ardında, değerli yazarlarımızın ve hakemlerimizin katkıları, editör ekibimizin özverili çalışmaları ve Rektörlüğümüzün destekleri yatmaktadır. Mecmuamız, her bir katkı sahibinin titiz çalışmasıyla ve elbette İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi kimliği ile bugünkü saygın konumuna ulaşmıştır.

Siz değerli okuyucularımızın geri bildirimleri, *İstanbul Hukuk Mecmuası*’nın gelişiminde önemli bir rol oynamaktadır. Sizlerden gelen her türlü görüş ve öneriyi dikkatle değerlendiriyor ve dergimizi sürekli olarak daha ileriye taşımak için çaba gösteriyoruz. Hukuk camiasına ve tüm okuyucularımıza en iyi içerikleri sunma gayretiyle, 2024 yılının bu üçüncü sayısının da faydalı olmasını diliyor, katkıda bulunan herkese en içten teşekkürlerimizi sunuyoruz.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 08.12.2023
Revizyon Talebi: 07.05.2024
Son Revizyon Tarihi: 29.07.2024
Kabul: 26.08.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başkasına Ait İçerikteki Fikrî ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu

Ahunur AÇIKGÖZ¹, Murat GÜREL^{2*}

Öz

Bilgi ve içerik paylaşımının gerçekleştirildiği internetin kullanım alanlarının genişlemesi ve internete erişilebilirliğin artmasının sonucu olarak fikrî ve sınai hakların internet aracılığıyla ihlal edilmesinin yol açtığı hukuki sorunlar güncelliğini korumaya devam etmektedir. Bu sorunlardan birisi de yer sağlayıcı sıfatına sahip olan dijital platformların ihlalden sorumlu olup olmayacağıdır. Özellikle; internetin henüz gelişim aşamasında olduğu dönemde faaliyetleri sınırlı olabilecek yer sağlayıcıların aksine, ihlale konu içeriğin internette yer alması bakımından dijital platformların günümüzdeki faaliyetlerinin çok daha etkin olması karşısında bu sorun daha da önem kazanmaktadır. Bu çalışmada da dijital platformların fikrî ve sınai hak ihlallerinden kaynaklanan sorumluluğu, platformun müteceviz ya da mütecevizin fiiline yardım eden sıfatına sahip olmasına göre incelenmiştir. Anılan inceleme yapılırken konuya ilişkin hükümlerin mehzazı olan Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından da yararlanılmıştır. Çalışmada özellikle dijital platformun yardım eden sıfatıyla sorumluluğu ele alınırken Elektronik Ticaret Kanunu m 9'da, 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin dijital platformların mevcut durumdaki hukuki sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği tartışılacaktır. Bu çerçevede, anılan değişikliğin, Türk hukukunda dijital platformların yardım eden sıfatıyla sorumluluğu değerlendirilirken parçalı bir inceleme yapılmasını zorunlu kılmasına ve bu parçalı incelemenin yol açtığı tutarsızlıklara da değinilecektir. Çalışmada ayrıca söz konusu tutarsızlıkların giderilmesi ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarıyla uyum sağlanmasına yönelik olarak birtakım önerilere de yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Dijital Platform, Yer Sağlayıcı, Aracı Hizmet Sağlayıcı, Fikrî ve Sınai Haklar, Hukuki Sorumluluk, Elektronik Ticaret, Uyar-Kaldır

Legal Liability of Digital Platforms for Infringements on Intellectual and Industrial Property Rights from Third Parties' Content

Abstract

Legal challenges resulting from violations of intellectual and industrial property rights on the internet continue to preserve its actuality due to increased internet usage and enhanced Internet accessibility. One of these challenges is whether digital platforms serving as host providers are liable for content provider infringements. This issue is particularly crucial considering the increasingly integral role that digital platforms are playing in relation to online digital content, as opposed to their limited activities. In this study, the liability of digital platforms arising from intellectual and industrial right infringements is examined according to the legal qualification of the platform as an infringer or accessory. Legislation of the European Union and the Court of Justice of the European Union's jurisprudence, which serve as the basis for the related regulations in Turkish law, are also considered. In the study we discuss particularly how the current liabilities of digital platforms as accessories (secondary liability) would be affected by the recent Act No. 7416, amending Electronic Commerce Act No. 6563. We also discuss the unjustifiable necessity of the fragmented analysis resulting from the

* **Sorumlu Yazar:** Ahunur Açıkgoz (Araş. Gör.), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikrî Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: anacikgoz@ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-8301-7072

** Murat Gürel (Doç. Dr.), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: gurelm@ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-4671-9374

Atf: Acikgoz A, Gurel M, "Başkasına Ait İçerikteki Fikrî ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu" (2024). *Istanbul Hukuk Mecmuası* 693. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0005>



amendments and the inconsistencies brought about by the fragmented provisions. Additionally, we offer some suggestions to eliminate these inconsistencies and align Turkish law with EU law.

Keywords

Digital Platform, Hosting Provider, Intermediary Service Provider, Intellectual and Industrial Rights, Legal Liability, Electronic Commerce, Notice and Takedown

Extended Summary

Digital platforms allow third parties share content and offer goods and services to internet users. If the shared content is illegal, content providers are liable for these infringements provided that the related act is not considered an exception under the law. It can also be considered that digital platforms are liable for these infringements because the infringement was caused by content providers' usage of their infrastructure. However, the answer to the question of whether digital platforms are liable for content providers' activities is not simple.

The liability of digital platforms for third parties' infringing acts should be examined in two ways. First, the digital platform's liability as an infringer (direct/primary liability) and second, as an accessory (indirect/secondary liability).

Regarding the platform's liability as an infringer, digital platforms shall not be considered as infringers who perform the infringing act as long as they are not the content providers. However, the line between being a content provider or not is not always clear. For trademark infringements, the CJEU does not consider platforms as "users" of trademarks. However, for intellectual property infringements, the CJEU discussed whether these platforms' acts constitute communication to the public and thus violate the rights of intellectual property owners. In its case law, the CJEU widened the scope of the right to communication to the public and accepted that platforms may also be considered infringers under certain conditions. Nevertheless, some scholars have criticised the Court for considering subjective criteria for infringements of intellectual and industrial rights. But we have to emphasise that the Court's main concern in this approach is its will to harmonise Member States' laws on that matter. Therefore, we believe that the CJEU's approach should not be directly transferred to Turkish law because Turkey is not a member state.

Not accepting the platforms as infringers does not mean that they are not liable for infringing material. Because they provide technical means to third parties' infringing acts, they may be liable for their actions. However, the legal nature of this liability should be the so-called secondary liability. According to Turkish law, in order to liable as an accessory, the accessor should be acted in fault. When determining whether the host provider has committed an error, the provisions of Turkish Internet legislation should be considered.

In terms of providing technical means, digital platforms are already qualified as host providers. According to Article 5/1 of Act No. 5651, host providers have no general obligation to monitor or control the information they store or transmit. Despite the different assessments of the Turkish Court of Cassation and the doctrine, this provision should not be viewed as a liability exemption but as a standard for determining the host provider's fault.

Additionally, according to Article 6 of Regulation 2022/2065 (Digital Services Act-DSA) of the EU, the so-called safe harbour provision, host providers shall not be liable for the information they store or transmit under the conditions prescribed in Article 6/1/a-b. The CJEU applies this rule only to passive providers on the basis of its purpose. Until Act No. 7416s amendments to Electronic Commerce Act No. 6563 there have not been any safe harbour provisions for host providers have been established in Turkish law.

According to Article 9/1 of the E-Commerce Act, which entered into force on 01.01.2023, intermediary service providers shall not be liable for the content offered by the service (content) providers. This rule applies only to “intermediary service providers” which have a more limited scope than host providers. Intermediary service providers are a subset of host providers. Moreover, Articles 9/2 and 3, the exemptions of the safe harbour, are only envisaged for “electronic commerce intermediary service providers” which also has more limited scope than host and intermediary service providers. These fragmented provisions make it difficult to assess the liability of digital platforms because the liability of host providers, intermediary service providers, and e-commerce intermediary service providers is regulated in a different way, which is sometimes contradictory. However, there is no justifiable basis for a different treatment for the liability of host providers. For intellectual and industrial rights violations, there is no different treatment in EU law, and Turkey's legislation should follow this path.

In addition, the liability exemption for host providers should not be understood in absolute terms. This exemption should be based on the rationale of the rule. In particular, a balance should be struck between the interests of internet users, rightsholders, and host providers. Therefore, considering the CJEU's decisions, the host provider's liability in terms of offering.

I. Dijital Platformlar ve Dijital Platformların Hukuki Niteliği

A. Dijital Platformlar

Mevzuatımızda dijital platformun tanımına rastlanmamakta olup tespit edebildiğimiz kadarıyla bu ifadeye yer de verilmemiştir. Bununla beraber sosyal medyanın kullanımının yaygınlaşması ve elektronik ticaretin gelişmesiyle beraber “dijital platform” ifadesi de gündelik dile hemen hemen yerleşmiştir.

Çalışmamızda dijital platform ifadesi internet kullanıcılarının platform kullanım koşullarına uygun olarak içerik paylaşabilmesine ve/veya mal ya da hizmet sunabilmesine imkân veren platformları ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Bu çerçevede çalışmaya konu dijital platformlar en az üç adet süjenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bunlar; dijital platform işleticisi, dijital platform aracılığıyla içerik paylaşan ve/veya mal ya da hizmet sunan kişiler ve bu içeriklere ya da mal veya hizmetlere muhatap olan internet kullanıcılarıdır.

Bazı durumlarda platform işleticisi ile platform aracılığıyla içerik paylaşan ve/veya mal ya da hizmet sunanlar aynı kişi olabileceği de platformun dijital platform olarak nitelendirilebilmesi için sunulan hizmet kapsamında bu iki süjenin ayrı kişiler olabilme ihtimalinin olması da zorunludur. O halde, dijital platformlar tarafından sunulması zorunlu iki hizmet olduğu söylenebilir. Bu hizmetlerden ilki internet kullanıcılarının başkası tarafından sunulan içeriklere veya mal veya hizmetlere ulaşmasını sağlamak, ikincisi ise internet kullanıcılarının da ayrıca platform aracılığıyla içerik paylaşabilmesine ya da mal veya hizmet sunabilmesine imkân vermektir.

Youtube, Instagram, eBay, Amazon, Trendyol, hepsiburada, yemeksepeti, Facebook gibi platformlar çalışma kapsamına giren dijital platformlara örnek olarak verilebilir.

B. Mevzuat Çerçevesinde Dijital Platformların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi

1. Mevzuatta Yer Alan İlgili Kavramların Tespiti

Toplumun internet ağından faydalanabilmesi için birtakım teknik altyapının sağlanması zorunludur. Bu teknik altyapı sayesinde toplumun internete erişim sağlamasından, içeriklerin araştırılması, üretilmesi ve paylaşılmasına kadar uzanan, internet kullanımı ile ilgili her türlü fiilin gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmektedir. İnterneti bir bilgisayar ekranı olarak düşünürsek bu ekranın bir tarafında kullanıcı yer almakta iken diğer tarafında ise internete konu edilebilecek her türlü

fiilin gerçekleştirilmesini teknik anlamda mümkün hale getiren *görünmez* araçlar yer almaktadır.

Mevzuatımızda kullanıcıların ve araçların internet ağındaki rolleri bakımından nasıl nitelendirileceği ve hangi hükümlere tâbi olacağı temel olarak İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da¹ (5651 sayılı Kanun) düzenlenmiştir. Anılan Kanun'da “içerik sağlayıcı”, “erişim sağlayıcı” ve “yer sağlayıcı” olmak üzere üç ayrı internet sükjesinin düzenlendiği görölmektedir. Bu sükjelerin yanı sıra 2020 yılında 7253 sayılı Kanun² ile yapılan değişlikle beraber mevzuata ayrıca “sosyal ağ sağlayıcı” kavramı girmiştir.

İnternet sükjelerine ilişkin temel sınıflandırmayı içeren ve bu sükjelerin açıkça tanımlandığı 5651 sayılı Kanun'un yanı sıra mevzuatta Türk Ticaret Kanunu³ m 58/4'te “hizmet sağlayıcı”, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁴ Ek madde 4/3'te⁵ ise “servis sağlayıcı” terimlerine de yer verilmiştir. Ancak ilgili kanunlarda ne “hizmet sağlayıcı” ne de “servis sağlayıcı” kavramı tanımlanmıştır. Bu kavramların içerik sağlayıcı dışında yer sağlayıcıyı veya erişim sağlayıcıyı ifade edebileceğini söylemek mümkündür.

Somut olayın özelliğine göre internet sükjelerinin konu olabileceği bir diğer nitelendirme ise Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da⁶ (E-Ticaret Kanunu) bulunmaktadır. Anılan Kanun'da “hizmet sağlayıcı” ve “aracı hizmet sağlayıcı” kavramları yer almakta olup bu kavramlara 7416 sayılı Kanun⁷ ile 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere⁸ “elektronik ticaret hizmet sağlayıcı” ve “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı” kavramları eklenmiştir.

Dijital platformların yukarıda anılan kavramlardan hangisinin kapsamına girdiği platformun tâbi olacağı hükümlerin tespiti açısından önem taşımaktadır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, dijital platformların “erişim sağlayıcı” olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim, 5651 sayılı Kanun m 2/1-e'ye göre erişim sağlayıcı, *kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü*

¹ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5651, Kabul Tarihi: 04.05.2007, RG 23.05.2007/26530.

² İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişlik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7253, Kabul Tarihi: 29.07.2020, RG 31.07.2020/31202.

³ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası:6102, Kabul Tarihi: 14.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

⁴ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5846, Kabul Tarihi: 05.12.1951, RG 13.12.1951/7981.

⁵ Ek madde 4/3'ün son hali şu kanun ile öngörülmüştür: Çeşitli Kanunlarda Değişlik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5101, Kabul Tarihi: 03.03.2004, RG 12.03.2004/25400.

⁶ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6563, Kabul Tarihi: 23.10.2014, RG 05.11.2014/29166.

⁷ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişlik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7416, Kabul Tarihi: 01.07.2022, RG 07.07.2022/31889.

⁸ 7416 sayılı Kanun m 12/c.

gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Tanıma göre, erişim sağlayıcılar esas itibarıyla kullanıcıların internete ulaşmasına imkân veren altyapıyı sağlayanlardır.⁹ Örneğin, Türk Telekom veya Turkcell gibi. Bu çerçevede bu bölümde dijital platformlar, aşağıda görüleceği gibi sorumluluk hukuku açısından özel düzenlemeler içermesi nedeniyle, yer sağlayıcı ve içerik sağlayıcı olarak 5651 sayılı Kanun kapsamında ve anılan kavramların alt türlerine ilişkin özel düzenlemeler içeren E-Ticaret Kanunu kapsamında ele alınacaktır.

2. Yer Sağlayıcı Olarak Dijital Platformlar

a. Yer Sağlayıcı

5651 sayılı Kanun m 2/1-m’ye göre yer sağlayıcılar, *hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişilerdir*. Tanımda da yer aldığı üzere yer sağlayıcılık faaliyetinin temelinde barındırma (*hosting*) hizmeti yer almaktadır.¹⁰ Yer sağlayıcılar, bir anlamda kendi sunucularını¹¹ internet kullanıcıları veya içerik sağlayıcılara “kiralayarak” bu süljelerin internete içerik yükleyebilecekleri, başka bir deyişle içerikleri “barındırabilecekleri” alanları temin etmektedirler.¹²

İnternetin gelişimi dikkate alındığında yer sağlayıcıları dar anlamda ve geniş anlamda yer sağlayıcılar olarak sınıflandırabilmek mümkündür. Belli bir ücret karşılığında, sağladığı sunucu vasıtasıyla kişiye kendi internet sitesini kurma ve kendi içeriklerini paylaşma imkanı veren yer sağlayıcılar dar ve geleneksel anlamda yer sağlayıcılara örnek olarak gösterilebilirler.¹³ Geniş anlamda yer sağlayıcılar ise kullanıcıları sağladığı geniş kapsamlı çevrim-içi hizmetin bir parçası olarak ayrıca üçüncü kişilere ait içerikleri barındırma hizmeti de veren yer sağlayıcılardır.¹⁴ İşte geniş anlamda yer sağlayıcılık faaliyeti çerçevesinde, dijital platformlar, üçüncü kişilere ait içerikleri barındırdıkları durumlarda yer sağlayıcı olarak nitelendirileceklerdir.

E-Ticaret Kanunu’nda yer sağlayıcının özel iki türüne yer verilmiştir. Bunlar; aracı hizmet sağlayıcı ve 01.01.2023 tarihinden itibaren elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıdır.

⁹ Sefer Oğuz, ‘Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları’ (2008) 12(1-2) GÜHFD 149.

¹⁰ Kavrama ilişkin detaylı bilgi için bkz Ümit Gezder, *İçerik Sağlayıcı ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti* (Beta 2017) 114 vd.

¹¹ İnternete yüklenen her bir verinin manyetik bir ortamda depolanması gerekmekte olup bu depolama işlemini gerçekleştiren bilgisayarlara sunucu adı verilmektedir. Bkz Veysel Başpınar ve Doğan Kocabay, *İnternette Fikri Hakların Korunması* (Yetkin 2007) 75.

¹² Mikko Välimäki, ‘Liability of Online Intermediary for Copyright Infringement’ (Thesis for the Faculty of Law Helsinki 1999) 12, < <https://core.ac.uk/download/pdf/14917033.pdf>> erişim tarihi: 03.12.2022.

¹³ Beatrice Martinet Farano, ‘Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches’ (2012) TTLF Working Papers No 14, 67 <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf> erişim tarihi: 30.11.2022.

¹⁴ ibid.

b. Aracı Hizmet Sağlayıcı

E-Ticaret Kanunu m 2/1-d’ye göre, aracı hizmet sağlayıcıları (AHS) “başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri” ifade etmektedir. Tanım uyarınca AHS’nin her şeyden önce bir elektronik ticaret ortamı sunması zorunludur. Elektronik ticaret ortamının tanımı ise 7416 sayılı Kanun m 2 ile yapılan değişiklikle E-Ticaret Kanunu’na m 2/1-ğ bendi olarak eklenmiştir. Buna göre elektronik ticaret ortamı, “elektronik ticaret faaliyetinde bulunulan internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platformlar” olarak tanımlanmıştır. Elektronik ticaret ise m 2/1-a’ya göre “fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet”tir. Görüldüğü üzere elektronik ticaretin tanımı oldukça geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu çerçevede, internet ağında ekonomik bir menfaat elde etmeye elverişli her türlü faaliyet E-Ticaret Kanunu bakımından elektronik ticaret olarak kabul edilmelidir. Örneğin, internet ağında mal veya hizmet satışı elektronik ticaret olarak nitelendirileceği gibi ürettikleri içerikler vasıtasıyla reklam alan ya da bir mal veya hizmetin tanıtılması için içerik üreten ve böylece reklam geliri elde eden kişilerin faaliyetleri de elektronik ticaret olarak değerlendirilmelidir.¹⁵ İşte kullanıcılarına bu faaliyetlerin yapılması için gerekli ortamı sağlayarak aracılık eden platformlar AHS olarak nitelendirilecektir.

AHS’ler Elektronik Ticaretin Düzenlemesi Hakkında Kanun Tasarısı’nın ilk hâlinde yer almamakta olup, Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu tarafından kurulan Alt Komisyon tarafından şu gerekçelerle Tasarı metnine eklenmiştir:

“Mevcut ve yeni geliştirilen elektronik ticaret uygulamalarında ve iş modellerinde yer alan en önemli aktörlerinden olan, elektronik ticaret pazaryeri olarak da faaliyet gösteren aracı hizmet sağlayıcılar; satıcı ve tüketici arasında gerekli iletişimi, satıcıların ürün ve hizmetlerini sergileyebilmesini ve elektronik ticarete en önemli unsur olan güven ilişkisinin oluşması için gerekli araçları sağladığından «aracı hizmet sağlayıcı» tanımının d) bendi olarak metne”¹⁶ eklenmiştir.

Görüldüğü üzere aslında Gerekçeye göre dijital platformlar E-Ticaret Kanunu’nun ilk halinde aracı hizmet sağlayıcıları olarak kanun kapsamına alınmıştı. Öte yandan 7416 sayılı Kanun değişikliği ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tanımlanarak, dijital platformlar tekrar düzenlenmiştir.

¹⁵ AB hukukunda da elektronik ticaret hizmetinin bu şekilde anlaşıldığı hakkında bkz Dominik Lubasz ve Monika Namysłowska, ‘E-Commerce Directive’ in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds), *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020) Art 5, para 14.

¹⁶ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporları (1/488), TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S Sayısı: 240, 24. (<<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss240.pdf>> erişim tarihi: 14.11.2022).

c. Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar (ETAHS) E-Ticaret Kanunu'na 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren m 2/1-f ile tanımlanmıştır. Tanıma göre “*elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcıyı*” ifade etmektedir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere ETAHS, AHS'nin özel bir türünü oluşturmaktadır. Buna göre, ETAHS'nin kapsamı yalnızca mal veya hizmetlerin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlama ile sınırlandırılmıştır. Ancak yine ETAHS olarak nitelendirilebilmek için bu imkânın “elektronik ticaret pazar yerinde” verilmiş olması gerekir. Elektronik ticaret pazar yeri ise 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren E-Ticaret Kanunu m 2/1-h'ye göre, “*Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının aracılık hizmetlerini sunduğu elektronik ticaret ortamını*” ifade etmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, kanun değişikliği öncesinde de AHS'leri, ETAHS'leri kapsayacak şekilde anlamak mümkündür. Kanun değişikliğiyle beraber artık AHS'ler ile ETAHS'ler arasında bir farklılık yaratılmıştır. Bu farklılığın yerindeligi aşağıda incelenecektir.

d. Değerlendirme

Günümüzde dijitalleşmenin ortaya çıkardığı yeni iş imkanları ve dijital platformların sunduğu teknik imkanlar sayesinde bu platformların, internet kullanıcıları tarafından iktisadi ve ticari amaçlarla çeşitli şekillerde kullanıldığı görülmektedir. Bu durum, dijital platformların hangi durumlarda hangi şekilde nitelendirileceğinin tespiti için bazı açıklamaların yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

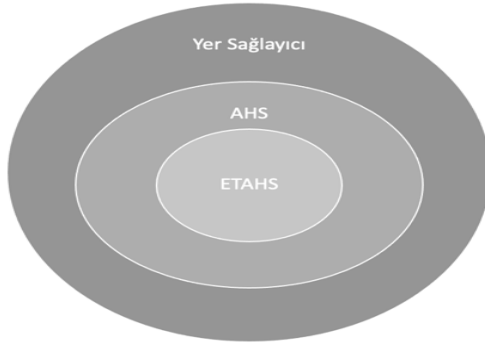
Her şeyden önce belirtmek gerekir ki dijital platformlar başkasına ait içerikler bakımından her durumda yer sağlayıcı sıfatına sahip olacaklardır. Nitekim yer sağlayıcı, 5651 sayılı Kanun'da üst bir kavram olarak düzenlenmiştir. Öte yandan AHS veya ETAHS sayılabilmek için E-Ticaret Kanunu'nda aranan ilave şartları sağlamak gerekir. Bu itibarla her AHS ve ETAHS'nin aynı zamanda yer sağlayıcı olduğu söylenebilecekken¹⁷ her yer sağlayıcının AHS veya ETAHS olduğu söylenemeyecektir. Örneğin, kullanıcının iktisadi ve ticari faaliyette bulunmadan Instagram'da içerik paylaştığı ya da X (Twitter)'te tweet attığı durumlarda dijital platform yalnızca yer sağlayıcı sıfatını haiz olacaktır.

Yine yukarıda belirtildiği gibi her ETAHS aynı zamanda AHS olarak nitelendirilebilecekken her AHS'nin ETAHS olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayacaktır. Dijital platform, kullanıcısının iktisadi ve ticari faaliyette bulunmasına imkân sağlamakta ancak aracılık hizmetini sunduğu platformda sözleşme yapılmasına

¹⁷ AHS'nin yer sağlayıcı olduğu konusunda bkz Fülürya Yusufoglu Bilgin, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022) 49.

veya sipariş verilmesine imkan sağlamamakta ise ETAHS olmayan bir AHS'nin varlığından söz edilecektir. Örneğin, dijital platform aracılığıyla kullanıcının başkalarına ait mal veya hizmetleri yalnızca tanıttığı ve bu şekilde gelir elde ettiği durumlarda ETAHS olmayan bir AHS'nin varlığından söz edilecektir. Youtube veya Instagram gibi mecralarda bu gibi örneklerle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu durumda yer sağlayıcı olan dijital platform, kullanıcının üçüncü kişiye ait mal ve hizmetleri için reklam faaliyeti gerçekleştirmesine imkân sağladığı için AHS olarak nitelendirilecektir. Ancak sözleşme yapılmasına veya sipariş verilmesi için ortam sağlamadığından AHS'nin ayrıca ETAHS olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Peki, reklam faaliyeti gerçekleştiren kullanıcının, takipçilerine ayrıca ilgili mal veya hizmete ilişkin siparişin verilebileceği bir link sunduğu durumlarda platform ETAHS olarak nitelendirilebilecek midir? Kanaatimizce bu sorunun da olumsuz yanıtlanması gerekmektedir. Nitekim bu durumda AHS kendi aracılık hizmetini sunduğu elektronik ticaret pazar yerinde sözleşme yapılması veya sipariş verilmesine imkân sağlamamakta yalnızca ilgili kişinin başkasına ait elektronik ticaret pazar yerine yönlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Sözleşme yapma veya sipariş verilmesine imkân sağlama, bu gibi halleri de kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanmamalı ve ETAHS'nin kendi aracılık hizmetini sunduğu ortamda bu imkânı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmelidir. Kendi aracılık hizmetini sunduğu elektronik ticaret pazar yerinde sözleşme yapılması veya sipariş verilmesine ortam sağlaması nedeniyle ETAHS olarak nitelendirilecek dijital platformlara ise Amazon, Trendyol, eBay, hepsiburada vs örnek verilebilir.

Yukarıda anılan üç kavramın birbiri ile ilişkisi şu şema ile ortaya konulabilir:



Şekil 1. Yer sağlayıcı, AHS ve ETAHS ilişkisi

Aşağıda görüleceği üzere, dijital platformun sorumluluğunu etkileyebilecek hükümler yer sağlayıcı, AHS ve ETAHS bakımından parçalı bir şekilde düzenlendiğinden, platformun somut olayda hangi sıfatı haiz olduğunun tespit edilmesi oldukça önem taşımaktadır.

3. İçerik Sağlayıcı Olarak Dijital Platformlar

5651 sayılı Kanun'a göre, içerik sağlayıcı "*internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*" ifade etmektedir.¹⁸ Tanım uyarınca, veriyi internet ortamına koyan kişi içerik sağlayıcıdır.¹⁹ Buna göre, esas olarak dijital platform vasıtasıyla içerik paylaşan internet kullanıcılarının içerik sağlayıcı olarak nitelendirileceği açıktır. Bununla beraber, yukarıda da ifade edildiği gibi bazı durumlarda dijital platformun kendisinin de içerik paylaşması veya kendi platformu aracılığıyla mal veya hizmet sunabilmesi de mümkündür. Örneğin, Youtube'da Youtube tarafından içeriğin paylaşılması halinde böyle bir durum söz konusudur. İşte bu gibi hallerde, dijital platform aynı zamanda içerik sağlayıcı olarak değerlendirilecektir.

E-Ticaret Kanunu'nda, tıpkı yer sağlayıcı kavramında olduğu gibi, içerik sağlayıcının özel iki türüne yer verilmiştir. Bunlar hizmet sağlayıcı (HS) ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcıdır (ETHS). E-Ticaret Kanunu m 2/1-ç'ye göre hizmet sağlayıcı, *elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kişi*, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı ise, 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle eklenen m 2/1-g'ye göre *elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan* hizmet sağlayıcıdır. Dolayısıyla dijital platform kendisi bir elektronik ticaret faaliyetinde bulunuyorsa HS veya ETHS olarak nitelendirilecektir. Örneğin, Youtube kendisi üçüncü kişilere ait mal veya hizmetler bakımından bir reklam faaliyetinde bulunuyorsa²⁰ HS olarak ya da aynı zamanda ETAHS olan Amazon kendi elektronik ticaret pazar yeri veya başka bir ETAHS'ye ait pazar yerinde mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapıyor ya da sipariş alıyorsa ETHS olarak nitelendirilecektir.

Dijital platformun yer sağlayıcı olduğu durumların aksine içerik sağlayıcı olduğu durumlarda bu süjenin²¹ fikrî ve sınai hak ihlallerinden sorumlulukları farklı hükümlere tâbi değildir. Bu nedenle dijital platformun "başkasına ait içerikten" sorumluluğunun incelendiği çalışmamız açısından bu sınıflandırmanın özel bir önemi olmadığı söylenebilir. Yine de belirtmek gerekir ki; yer sağlayıcı, AHS ve ETAHS arasındaki ilişki aynı şekilde içerik sağlayıcı, HS veya ETHS arasında da vardır. Her HS ve ETHS içerik sağlayıcıyken, her içerik sağlayıcı HS veya ETHS olarak nitelendirilemez. Yine Her ETHS aynı zamanda HS olarak nitelendirilebilecekken her HS, ETHS olamaz.

¹⁸ Kavrama ilişkin detaylı bilgi için bkz Gezder (n 10) 26 vd.

¹⁹ Oğuz (n 9) 154; Mustafa Ateş 'Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları' in Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 68.

²⁰ Reklam yapmanın, elektronik ticaret faaliyet niteliğinde olduğuna daha önce değinilmişti.

²¹ HS olmayan içerik sağlayıcı, ETHS olmayan HS olan içerik sağlayıcı ve ETHS olan içerik sağlayıcı.

II. Dijital Platformların Fikrî veya Sınai Hak İhlali Oluşturan Başkasına Ait İçerikten Müteceviz Olarak Sorumluluğu (Mümkün Müdür?)

A. Mütecevizin/Asli Failin Esasen İçerik Sağlayıcı Olduğu

Mevzuatımızda fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar²² FSEK’te, sınai haklar ise büyük ölçüde Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)’da²³ düzenlenmiştir.²⁴ Anılan kanunlar ile hak sahibine birtakım tekeli yetkiler verilmiş ve bu tekeli yetkilerin belli şekillerde hak sahibinin rızası olmaksızın kullanılması hakka tecavüz olarak nitelendirilerek yasaklanmıştır. Kanun’da sayılan bir fiili gerçekleştiren kişinin “müteceviz” olarak nitelendirilmesi birkaç istisna dışında²⁵ tamamen objektif bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Başka bir anlatımla, kanunda tanımlanan fiilin ilgili kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması bu kişinin ilgili fiilin tecavüz olduğunu bilip bilmediği gibi sübjektif koşullardan bağımsız olarak “müteceviz” sıfatıyla nitelendirilebilmesi için yeterlidir.²⁶ Bu çerçevede her ne kadar fikrî ve sınai haklara tecavüz, esasında Türk Borçlar Kanunu (TBK)²⁷ anlamında haksız bir fiil olsa da hakkın ihlal edilmiş olması için failin kusurlu olması aranmaz.²⁸ Ancak kusurundan bağımsız olarak Kanun’da sayılan fiilleri gerçekleştiren kişi müteceviz olarak nitelendirilebilse de bu kişiye karşı tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesi, kusur şartının gerçekleşmesine bağlıdır.²⁹

Dijital platform vasıtasıyla fikrî veya sınai hak tecavüzüne konu fiili hak sahibinin rızası olmaksızın gerçekleştiren içerik sağlayıcının müteceviz/asli fail sıfatına sahip olacağı açıktır (5651 sayılı Kanun m 4/1³⁰). Örneğin; dijital bir platformda bir eserin fiziksel nüshalarının hak sahibinin rızası olmaksızın satışa çıkarılması halinde

²² Bu çalışmada fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar fikrî haklar olarak anılacaktır.

²³ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.01.2017/29944.

²⁴ SMK’da düzenlenen sınai haklar dışında kalan ticaret unvanı TTK’da, işlahçı hakları 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunmasına İlişkin Kanun (RG 15.01.2004/25347) ile, entegre devre topoğrafyaları ise 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun (RG 30.04.2004/25448) ile düzenlenmiştir.

²⁵ Örneğin bkz SMK m 29/1-c, SMK m 86, SMK m 141/1-c.

²⁶ Ansgar Ohly, ‘Red soles, a marketplace and the categories of trade mark liability: Louboutin v Amazon before CJEU’ (2022) 17(7) JIPLP 2022 575, 576; Yusufoğlu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 502. Öztan ise şu ifadelerle yer vermiştir: “*Ortada hukuka aykırı bir tecavüzün bulunup bulunmadığı, esas itibarıyla eser sahibinin haklarıyla ilgili münferit maddelere bakılarak tespit edilir.*” Bkz Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008) 620’den naklen. Yine eser sahibinin mali ve manevi haklarına tecavüzün olduğu her halde, failin kusuru aranmaksızın önleme ve kaldırma davalarının açılacağı ve bu davalarda davalı sıfatının mütecevize ait olacağı konusunda bkz Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) 311-327. Yine kusurun sadece tazminat talebi için aranacağı hakkında bkz Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikrî Haklar* (7. Baskı, Turhan 2021) 394-402.

²⁷ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

²⁸ Fikrî haklar bakımından bkz İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2015) 149.

²⁹ Fikrî haklar bakımından mali haklara tecavüz halinde kusur şartı tazminat talepleri bakımından FSEK m 70/2’de açıkça aranmıştır. Ancak SMK kapsamında kalan haklar bakımından tazminat taleplerini düzenleyen SMK m 150’de kusur şartı açıkça aranmamıştır. Bununla beraber Gerekçe’de “*Tazminat hukukunun genel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle önceki düzenlemelerde yer alan kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülmüş ve metinde kusur kelimesine yer verilmemiştir*” ifadeleri yer almaktadır. Bkz Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı (1/699) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 341, m 150 Gerekçesi.

³⁰ İçerik sağlayıcı internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

bu nüshaları satışa çıkararak yayma hakkını (FSEK m 23) ihlal eden kişi, içerik sağlayıcıdır. Yine, Kanun'da aranan diğer şartların varlığı halinde, hak sahibinin izni olmaksızın sahte ürünlerin dijital bir platformda tescilli bir markanın aynısı ya da benzeri bir ad altında satışa sunulması halinde, SMK m 7 anlamında markayı ticaret alanında kullanan kişi içerik sağlayıcıdır. Benzer şekilde, hak sahibinin rızası olmaksızın, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişim sağlayabilecekleri şekilde, dijital bir platformda paylaşarak eseri umuma ileten (FSEK m 25/2) kişi yine içerik sağlayıcıdır.

B. Dijital Platformun Müteceviz Sifatının İncelendiği Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları

Dijital platformun, başkasına ait bir içeriği barındırdığı durumlarda fikrî veya sınai hakka tecavüz olarak tanımlanan fiiller nedeniyle içerik sağlayıcıyla beraber tecavüz eden olarak sorumlu tutulabilip tutulamayacağı marka hakkı ve umuma iletim hakkı bakımından ABAD'ın bazı kararlarına konu olmuştur.

Türk fikrî ve sınai haklar mevzuatı büyük ölçüde AB düzenlemelerini mehzaz olarak aldığı için [markaya tecavüz bakımından 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi³¹ ve 2017/1001 sayılı AB Markası Tüzüğü;³² umuma iletim hakkı (FSEK m 25/2) ise 2001/29 sayılı Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Yönergesi³³], AB hukukunun yeknesak şekilde uygulanmasını temin eden ABAD kararlarının burada kısaca anılmasında fayda vardır.

1. Markayı “Kullanma” Bakımından

Başkasına ait içerik nedeniyle dijital platformun markayı kullanıp kullanmadığına ilişkin ABAD'ın temel olarak üç kararı bulunmaktadır. Bunlar 2010 tarihli “Google France ve Google”³⁴ kararı, 2011 tarihli “L’Oréal ve diğerleri”³⁵ kararı ve 2022 tarihli “Amazon ve Louboutin”³⁶ kararıdır.

Google France ve Google kararına konu uyuşmazlıklarda marka sahiplerinin markası üçüncü kişiler tarafından Google'ın sunduğu AdWords hizmeti aracılığıyla anahtar kelime olarak seçilmiştir. Google'ın sunduğu AdWords hizmeti sayesinde

³¹ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [2015] OJ L336/1.

³² Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark [2017] OJ L154/1.

³³ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society [2001] OJ L167/10.

³⁴ Joined cases C-236/08 to C-238/08, *Google France and Google* [2010] ECR I-2417 ECLI:EU:C:2010:159.

³⁵ C-324/09 *L’Oréal and others* [2011] ECR I-6011 ECLI:EU:C:2011:474.

³⁶ Joined cases C-148/21 and C-184/21, *Christian Louboutin v Amazon Europe Core Sàrl and others* [2022] ECLI:EU:C:2022:1016.

anahtar kelime olarak seçilen ilgili tescilli markalar Google arama motoruna yazıldığında üzerinde markanın kullanıldığı taklit ürünlerin reklamları listenin en üst kısmında veya ekranın sağ tarafında kullanıcılara sergilenmektedir. Uyuşmazlıklar bakımından ABAD’a yöneltilen sorulardan birisi de, sunduğu anahtar kelime hizmeti ile, kullanıcıları marka sahibinin markasını taklit eden ürünlerin satışa sunulduğu internet sitelerine yönlendiren Google’ın, markayı kullanıp kullanmadığıdır.³⁷

Divan öncelikle, ihlal niteliği taşıyan “işaretin ticaret alanında kullanımını” değerlendirirken,³⁸ Google’ın, sunduğu hizmet çerçevesinde kendisine ekonomik bir avantaj sağlayacak şekilde ticari bir faaliyet yürüttüğünü belirtmiştir. Ancak Divana göre, Google’ın, marka sahibinin markasını anahtar kelime olarak kullanarak reklam verilmesine imkan verirken ticari bir faaliyet yürütmesi markayı kendisinin kullandığını göstermemektedir.³⁹ Markayı kendi ticari faaliyeti için kullanan kişiler, marka sahibinin markası ile aynı veya benzer bir anahtar kelimeyi seçerek reklam verenlerdir.⁴⁰ ABAD’a göre, markanın kullanılması için gerekli teknik şartların oluşturulması ve bu hizmet için ayrıca bir ücret elde edilmesi, ilgili hizmeti sunanın kendisinin markayı kullandığı anlamına gelmez. Google da kendisi bu markaları kullanmaksızın yalnızca ilgili markaların aynısı veya benzerinin müşterileri tarafından kullanılmasına imkân vermektedir.⁴¹ Dolayısıyla Google “markayı kullanan kişi” başka bir deyişle, müteceviz olarak kabul edilemez.

“L’Oréal ve diğerleri” kararında ise yukarıda anılan duruma ek olarak, üzerinde marka sahibine ait markanın yer aldığı ürünlerin hak sahibinin rızası olmaksızın eBay platformu üzerinden üçüncü kişilerce satışa sunulduğu hallerde, bu sunum ile ilişkilendirilerek markaya internet sitesinde yer verilmesi durumu incelenmiştir. Bu çerçevede, ABAD’a, markanın çevrimiçi pazar yeri işleticisinin internet sitesinde satışa sunulması hâlinde, çevrimiçi pazar yerinin markayı kullanıp kullanmadığı sorusu yöneltilmiştir.⁴² Divan, anılan durumda ilgili markanın, işleticinin internet sitesinde kullanıldığı konusunda bir şüphe olmadığını kabul etmektedir. Bununla beraber, üçüncü bir kişinin, müşterilerinin ekonomik faaliyetlerini gerçekleştirirken (örneğin, satış teklifinde bulunma gibi) markayı kendi internet sitesinde sergilemesine imkan vermesi, bu kişinin markayı tecavüz oluşturacak şekilde kullandığı anlamına gelmez.⁴³ Sonuç olarak, Divana göre, çevrimiçi pazar yerinde sergilenen satış tekliflerinde markanın aynısının ya da benzerinin kullanımı, çevrimiçi pazar yeri işleticisi tarafından değil, ilgili internet sitesinin müşterileri olan satıcılar tarafından gerçekleştirilmektedir.

³⁷ Google France ve Google, para 32-37-41.

³⁸ Markaya tecavüzün söz konusu olması için işaretin ticaret alanında kullanılması gerekir: Marka Yönergesi, m 10/2, AB Markası Tüzüğü m 9/2, SMK m 7/3.

³⁹ Google France ve Google, para 50-51.

⁴⁰ Google France ve Google, para 52.

⁴¹ Google France ve Google, para 55-57.

⁴² L’Oréal ve diğerleri, para 50.

⁴³ L’Oréal ve diğerleri, para 102.

ABAD'ın dijital platformun platform üzerinde üçüncü kişiler tarafından hak sahibinin rızası olmaksızın markanın kullanılması eyleminden sorumlu olup olmayacağını değerlendirdiği son kararı ise 2022 tarihli Amazon ve Louboutin kararıdır. L'Oréal ve diğerleri kararında olduğu gibi Amazon ve Louboutin kararında da hak sahibinin rızası olmaksızın markanın kullanıldığı ürünler Amazon platformu üzerinden üçüncü bir kişi tarafından satışa sunulmakta ve bu satışla bağlantılı olarak platform üzerinde verilen reklamlarda markayı içeren ürünlerin görsellerine yer verilmektedir. Esasında uyumsuzluk L'Oréal ve diğerleri kararına konu uyumsuzlıkla son derece benzer olsa da Divan'a yöneltilen soru Amazon'a ait platformun önceki karardaki platformdan farklı bir iş yöntemine sahip olmasından hareketle formüle edilmiş ve Divan da bu farklılıktan hareketle birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. Amazon eBay platformundan farklı olarak hibrit bir iş yöntemine sahiptir. Buna göre, platform üzerinden üçüncü kişilerin satışa sunduğu ürünlerin yanı sıra bizzat platform işleticisi Amazon'un satışa sunduğu ürünler de sergilenmekte ve her iki kategori bakımından da Amazon depolama, teslimat vb. hizmetleri de ayrıca sunmaktadır⁴⁴. Bu çerçevede Divan'a yöneltilen soru, üçüncü kişiler tarafından satışa sunulan ürünlerin yanı sıra platformun kendisinin de satış hizmetinde bulunduğu ve her iki satışa ilişkin reklamların platform üzerinde bir arada yer aldığı durumlarda hak sahibinin izni olmadan markanın kullanıldığı ürünlerin platform kullanıcısı tarafından satışa sunulması halinde platformun da markayı kullanmış sayılıp sayılmayacağıdır⁴⁵. Diğer kararlarından farklı olarak ABAD "işaretin ticaret alanında kullanımını" değerlendirirken makul derecede bilgilendirilmiş ve makul derecede bilgili ve dikkatli internet kullanıcısı nezdinde ihlal oluşturan satışa ilişkin reklamın, platformun kendi ticari iletişiminin bir parçası olarak algılanması halinde platformun markayı kullanmış sayılacağını belirtmiştir⁴⁶. Özellikle Amazon gibi, platformun bizatihi kendisinin de satış eylemini gerçekleştirdiği hibrit iş yöntemlerinde eğer makul derecede bilgilendirilmiş ve makul derecede bilgili ve dikkatli platform kullanıcısı markayı taşıyan ürünlerin bizatihi platform tarafından satışa sunulduğu izlenimini edinmekteyse marka bizatihi platformun kendi ticaret alanında kullanılmış kabul edilmelidir⁴⁷.

2. Umuma İletim Eylemi Bakımından

ABAD'ın dijital platformların sorumluluğu çerçevesinde umuma iletim eylemini incelediği kararlara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, AB hukukunda eser sahiplerine tanınan umuma iletim hakkına yönelik iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Bunlar, hakkın içeriğini belirleyen 2001/29 sayılı Yönerge m 3/1 ve

⁴⁴ Amazon ve Louboutin, para 13.

⁴⁵ Amazon ve Louboutin, para 23.

⁴⁶ Amazon ve Louboutin, para 48.

⁴⁷ Amazon ve Louboutin, para 54.

belirli şartların varlığı halinde özellikle dijital platformların⁴⁸ umuma iletim hakkı ihlalinden doğrudan müteceviz olarak sorumluluğuna gidilmesine imkan veren 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Hakkında Yönergesi⁴⁹ m 17'dir. Aşağıda daha detaylı olarak görüleceği üzere 2019/790 sayılı Yönerge ile esasen ABAD'ın ilgili Yönerge yürürlüğe girmeden önce 2001/29 sayılı Yönerge çerçevesinde dijital platformları umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutmaya yönelik içtihadı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, aşağıda ABAD'ın 2019/790 sayılı Yönerge yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu kararlara yer verilecektir. Bu kararların incelenmesi hem dijital platformun doğrudan müteceviz olarak sorumluluğuna ilişkin bir hükmün yer almadığı Türk hukuku için yol gösterici olabilir hem de ilgili kararlar çerçevesinde 2019/790 sayılı Direktif m 17'nin içeriği somutlaştırılabilir.

ABAD, umuma iletimin varlığı için temel olarak umum ve iletim eylemini aramaktadır.⁵⁰ Bu kriterlerin yanı sıra Divan, umuma iletim eylemini gerçekleştirdiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmayan kişinin eylemini kolaylaştıran, umuma iletimin gerçekleşmesi için gerekli teknik şartları sağlayan, eserin umuma iletimine aracılık eden kişinin de umuma iletimden sorumlu olup olmadığını değerlendirirken birtakım ek kriterlere başvurmaktadır.

ABAD'a göre ilgili kişinin umuma iletimden sorumlu olabilmesi için, yalnızca gerekli teknik şartları sağlamanın dışında, bu kişinin kendi müdahalesinin sonuçlarının tamamen bilincinde olarak eserin yeni bir kitleye iletilmesine aracılık etmesi gerekir.⁵¹ Yeni umum, eserin, ilk iletimde hak sahibi ya da yetkili kişi tarafından dikkate alınmayan yeni bir kesimin istifadesine sunulması anlamına gelmektedir.⁵² Kişinin, bilincinde olması gereken müdahalesinin sonucu ise söz konusu aracılık faaliyeti olmasaydı toplumun ilgili kesiminin eserden istifade etmesinin mümkün olamamasıdır. Örneğin, bir otelin odalarında kurulu televizyon setleri aracılığıyla yayın kuruluşu tarafından yayınlanan müzik eserlerinin kişilerin istifadesine sunulması durumunda otel kendi müdahalesinin tamamen bilincinde olarak eserleri müşterilerinin dinlemesini sağlamaktadır. Otelin sağladığı bu teknik şartlar olmasaydı ilgili toplum kesimi eserden istifade edemeyecekti.⁵³ Yine, bir multimedya oynatıcısına, filmlerin yer aldığı internet sitelerine yönlendiren linkler önceden yüklenerek, oynatıcının satışa sunulması durumunda da böyle bir durum

⁴⁸ Hükmün kapsamındaki dijital platformlar için bkz aşağıda dn 98.

⁴⁹ Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, [2019] OJ L130/92.

⁵⁰ ABAD'ın uyguladığı ilgili kriterler hakkında detaylı bilgi için bkz Ahunur Açıköz, 'Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi' (2022) 24(4) HBVÜHFD 217, 238 vd.

⁵¹ C-306/05 *SGAE* [2006] ECR I-11519 ECLI:EU:C:2006:764, para 42; C-403/08 and 428/08 *Football Association Premier League and others* [2011] ECR 2011 I-9083 ECLI:EU:C:2011:631; C-135/10, *SCF* ECLI:EU:C:2012:140, para 95-96.

⁵² Detaylı olarak bkz Açıköz (n 50) 240-241.

⁵³ *SGAE*, para 42.

söz konusudur. İlgili internet sitelerinde sahibinin rızası olmaksızın yer alan filmler bakımından multimedya oynatıcısına önceden linklerin yüklenmesi sayesinde alıcılar başka türlü ulaşamayacakları eserlerden istifade edebilmektedirler.⁵⁴ Dolayısıyla kişinin, kendi davranışının sonuçlarından tamamen haberdar olarak multimedya oynatıcısına hak sahibinin izni olmadan umuma iletilen eserlerin yer aldığı linkleri önceden yükleyerek oynatıcıyı satışa sunması ve alıcıların ilgili eserleri kendi ekranlarından seyretmesine imkan sağlaması umuma iletim eylemidir.

ABAD'ın dijital platformlar ile doğrudan bağlantılı bir diğer kararı ise C-610/15 sayılı *The Pirate Bay* (TPB) kararıdır.⁵⁵ TPB, kullanıcılar tarafından oluşturulan ve eseri *peer to peer* yöntemiyle indirme imkânı veren *torrent* dosyalarının kendi platformuna yüklenmesini sağlamaktadır. Diğer kullanıcılar bu dosyalarda yer alan veriler sayesinde kendi bilgisayarlarında kurulu *BitTorrent Client* yazılımını kullanarak ilgili dosyaları indirebilmektedirler. TPB yalnızca *BitTorrent Client*'da kullanılacak verileri kullanıcılara sunmakta ayrıca aranan dosyaların bulunabilmesi için de bir arama motoru işletmektedir. Bu arama motoru faaliyeti kapsamında TPB *torrent* dosyalarını türüne, popüleritesine vs göre de sınıflandırmaktadır.⁵⁶

TPB'yi kullanarak *torrent* dosyalarını ilgili platforma yükleyen kullanıcıların umuma iletim eylemini gerçekleştirdiği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Divan, TPB'nin umuma iletim eylemini gerçekleştirip gerçekleştirmediği bakımından ise yine platformun kendi davranışının sonuçlarının tamamen bilincinde olup olmadığını araştırmıştır. ABAD'a göre TPB, kendi platformu üzerinde eserin *peer-to-peer* yöntemi ile paylaşılmasına imkan veren *torrent* dosyalarını bulundurarak, kendi davranışının sonuçlarından tamamen haberdar bir şekilde, eserlere erişim sağlanmasına aracılık etmektedir.⁵⁷ TPB böyle bir platformu işletmeseydi dosyalar kullanıcılar arasında paylaşılacak ya da en azından paylaşılması daha güç olacaktı. Divan, TPB'nin kendi davranışının sonuçlarının tamamen bilincinde olduğu sonucuna ulaşırken, TPB'nin kendi platformu üzerinde, telif hakları ile korunan eserleri kullanıcıların erişimine açma yönündeki amacını ortaya koymasını ve kullanıcıları bu eserleri çoğaltmaya teşvik etmesini⁵⁸ de dikkate almıştır.⁵⁹

ABAD'ın dijital platformların umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutulabilip tutulamayacağına ilişkin yakın tarihli son kararı ise Youtube

⁵⁴ C-527/15, *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems* ECLI:EU:C:2017:300, para 69.

⁵⁵ C-610/15, *Stichting Brein v Ziggo BV* ECLI:EU:C:2017:456.

⁵⁶ TPB, para 9-13.

⁵⁷ TPB, para 26-34.

⁵⁸ Halihazırda TPB'nin internet sitesinde şu ifadeler yer verilmektedir: "Pirate Bay'in arkasındaki temel düşünce telif kanunlarını atlatarak kişilerin diledikleri içeriklere ücretsiz bir şekilde erişebilmesini sağlamaktır. Tek bir torrent dosyası milyonlarca kullanıcı tarafından indirilebilir." Bkz <<https://thepirate-bay.org/en/>>, erişim tarihi: 15.10.2022.

⁵⁹ TPB, para 45.

ve Cyando kararıdır.⁶⁰ Kararda, esasen benzer soruların sorulduğu iki farklı dava (Youtube aleyhine olan dava ve Cyando aleyhine olan dava) birleştirilmiştir. Kararda belirli içeriklerin umuma iletilmesi bakımından Youtube platformu ve Cyando tarafından idare edilen Uploaded platformunun sorumluluğu tartışılmıştır. Her iki platform da üçüncü kişilerin içerik paylaşmasına imkân veren ve içerik paylaşma sürecinin platform tarafından otomatik bir şekilde yürütüldüğü internet siteleridir. Hem Youtube hem de Uploaded, içeriğin seçilmesine ve oluşturulmasına müdahale etmemekte, yükleme öncesinde içeriği kontrol etmemekte ve kullanıcılarını platform aracılığıyla telif hakkı ihlali gerçekleştirmeme konusunda bilgilendirmektedir.⁶¹

Youtube, üçüncü kişilerin hakkını ihlal eden paylaşımların engellenmesi amacıyla platformu üzerinde birçok tedbir uygulamakta, içerik sağlayıcıları bu konuda uyarmakta ve ihlal teşkil eden bir içeriği fark etmesi halinde hak sahibine bu konuda bilgi vererek ihlali sona erdirmesi veya reklam gelirlerini elde etmesi gibi çeşitli seçenekler sunmaktadır.⁶² Uploaded ise Cyando tarafından işletilen dosya barındırma ve paylaşım platformudur. Kullanıcılar diledikleri dosyayı ilgili platforma yükleyebilmekte ve bu yükleme sonucunda platform tarafından otomatik bir şekilde kullanıcıya ilgili dosyanın Uploaded üzerinden indirilebileceği bir link sunulmaktadır. Dosyalar ve indirilebilir linkler Uploaded’da depolanmakla beraber Uploaded kullanıcıların platform üzerindeki içerikleri araştırabilecekleri bir arama hizmeti vermemektedir. Uploaded’da yer alan dosyalara erişim yalnızca kullanıcıya sunulan linkler vasıtasıyla gerçekleştirilebilmektedir. Bununla beraber, kullanıcılar bu linkleri başka platformlarda, bloglarda veya “link koleksiyonlarında” paylaşabilmektedirler. Platformda yer alan dosyaların indirilmesi ücretsizdir. Ancak kullanıcılar ücret karşılığında Uploaded’da yer alan dosyaları daha hızlı bir şekilde indirebilmektedirler.⁶³ ABAD’a göre, Cyando platformun hukuka aykırı amaçlarla kullanılması konusunda kullanıcıları ciddi bir şekilde teşvik etmektedir. Şöyle ki; Cyando, platforma dosya yükleyen kullanıcılarına dosyanın indirilme sayısına göre belli bir ücret vermektedir. Ne kadar fazla indirme gerçekleşirse kullanıcı o kadar fazla ücret elde etmektedir.⁶⁴ Eser niteliği taşıyan ve bu nedenle de başka bir platformda ücret karşılığında erişilebilecek dosyalara Uploaded sayesinde ücretsiz bir şekilde erişilebileceğinden, bu nitelikteki dosyaların platformda indirilme sayısının fazla olacağı düşünüldüğünde, kullanıcılar eser niteliği taşıyan dosyaları yükleme konusunda ücret aracılığıyla teşvik edilmektedirler. Buna ek olarak, indirme linklerinin dosyaya doğrudan erişim sağlaması, kullanıcıların bu dosyaları, özellikle link koleksiyonları aracılığıyla, internette paylaşmasını da kolaylaştırmaktadır.

⁶⁰ Joined cases C-682/18 and C-683/18 *YouTube and Cyando* ECLI:EU:C:2021:503.

⁶¹ Youtube ve Cyando, para 92-97.

⁶² ibid para 30.

⁶³ ibid, para 41-45.

⁶⁴ ibid, para 52.

Ayrıca platformun anonim bir şekilde kullanılabilmesi de telif ihlalleri nedeniyle kullanıcıların hukuki taleplere maruz kalma ihtimalini de azaltmaktadır.⁶⁵

Fikrî hak ihlali oluşturan içeriklerin platforma kullanıcılar tarafından yüklendiği ve diğer internet kullanıcılarının içeriğe erişim sağlayabilip sağlayamayacağına karar veren kişilerin de platform kullanıcıları olduğu açıktır. Dolayısıyla bu kişiler kendi davranışlarının sonuçlarından sorumlu olup mütecevizdir.⁶⁶ Youtube ve Uploaded'ın müteceviz olarak sorumluluğu bakımından ise ABAD yine bu iki platformun eserin umuma iletilmesindeki aracılık faaliyetlerinin iletim eylemi bakımından vazgeçilmez olup olmadığını başka bir deyişle, söz konusu aracılık faaliyeti olmasaydı toplumun ilgili kesiminin esere erişim sağlayabilip sağlayamayacağını değerlendirmiştir. Bu açıdan her iki platformun da bu nitelikte bir aracılık faaliyeti yürüttüğü açıktır.⁶⁷ Ancak, bu aracılık faaliyetinin umuma iletim eylemine yol açabilmesi için aracılık faaliyeti yürüten kişinin müdahalesinin kasıtlı olması gerekir. Bunun için ise platformun, kendi davranışının sonuçlarından tamamen haberdar olması gerekmekte olup somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.⁶⁸

Her şeyden önce ABAD'a göre, işleticinin kendi platformu aracılığıyla eserlerin hukuka aykırı bir şekilde umuma iletilebileceğine ilişkin genel bir bilgiye/kanaate sahip olması kullanıcıların içeriğe erişim sağlaması konusunda kasıtlı bir müdahalesi olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Bununla beraber, eğer platform içeriğin hukuka aykırılığı konusunda bilgilendirilmiş buna rağmen içeriğe erişimi engellemek amacıyla gecikmeksizin harekete geçmemişse artık platformun internet kullanıcılarına içeriğe erişim imkânı verme amacıyla hareket etmediği söylenemeyecektir.⁶⁹

Yine, işleticinin, kendi platformu aracılığıyla eserlerin hukuka aykırı olarak erişimine imkan verileceğini bilmesi veya bilmesi gerekmesine rağmen, aynı durumda makul ve basiretli bir işleticiden ihlallerin engellenmesi amacıyla alması beklenebilecek uygun teknolojik önlemleri almaktan kaçınmış olması veya hukuka aykırı olarak umuma iletilen içeriğin seçimine katılması, özellikle hukuka aykırı içeriklerin paylaşımını kolaylaştıran araçları sağlaması ya da bilerek bu paylaşımları desteklemesi de platformun müdahalesinin kasıtlı olduğunu gösterecektir.⁷⁰ Özellikle, platform, hukuka uygun kullanımların yanında ağırlıklı olarak eserlerin hukuka aykırı olarak umuma iletilmesi için kullanılmaktaysa makul ve basiretli bir işleticiden ihlallerin engellenmesi amacıyla alması beklenebilecek uygun teknolojik önlemlerin alınmamış olması, platformun müdahalesinin kasıtlı olduğu sonucuna ulaşılması

⁶⁵ ibid, para 52.

⁶⁶ ibid, para 71-72.

⁶⁷ ibid, para 77.

⁶⁸ ibid, para 80-84.

⁶⁹ ibid, para 85.

⁷⁰ ibid, para 84.

bakımından önem arz edecektir.⁷¹ İşleticinin uyguladığı finansal kullanıcıların platform aracılığıyla bu tür paylaşımları gerçekleştirmesini teşvik etmesinden platformun müdahalesinin kasıtlı olduğu çıkarılabilir.⁷²

Yukarıda açıklanan, platformun müdahalesinin kasıtlı olduğunu gösterebilecek hallerde, platform işleticisi, platformun üçüncü kişilerce kullanılmasına imkan verme eylemini aşacak şekilde, toplumun içeriğe erişebilmesine katkı sağladığından umuma iletim eyleminden sorumlu tutulabilecektir.⁷³ Bu haller bakımından ABAD somut olay temelinde Youtube tarafından alınan teknolojik önlemlere dikkat çekmiş,⁷⁴ Cyando bakımından ise esere yalnızca kullanıcıya gönderilen indirme linki vasıtasıyla erişim sağlanabileceğini vurgulamıştır. İlgili linkleri üçüncü kişilerle paylaşan kişiler Uploaded'a içeriği yükleyen kişilerdir. Uploaded, bu linkin ve dolayısıyla da eserin diğer internet kullanıcıları ile paylaşılmasına imkân vermemekte, kendi platformunda içeriklerin hukuka aykırı paylaşımlarını kolaylaştırmak için gerekli araçları sağlamamakta ve bu paylaşımları da desteklememektedir. Bununla beraber Cyando'nun teknolojik bir önlem almamış olması ve uyguladığı finansal yöntem nedeniyle kullanıcıları ihlal teşkil eden içerikleri paylaşmaya teşvik ediyor olması somut olayda ayrıca dikkate alınması gereken hususlardır.⁷⁵

Bu tespitlerde bulunan ABAD, Youtube ve Cyando'nun umuma iletim eylemini gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda verilecek nihai kararı ulusal mahkemeye bırakmıştır.⁷⁶

C. Değerlendirme

ABAD kararlarına yansıdığı üzere, özellikle internet kullanımına elverişli haklar olması sebebiyle, yer sağlayıcının müteceviz olarak sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların marka hakkı ve umuma iletim hakkı bakımından ortaya çıktığı görülmektedir. Zira, marka hukuku bakımından “kullanımın” gerçekleştiği yerin dijital platform işleticisinin internet sitesi olması ve markanın ve markanın üzerinde kullanıldığı ürünlerin bu sitede sergilenmesi, kullanım fiilinin dijital platforma atfedilebilir olup olmadığının tartışılmasını gerektirebilir. Umuma iletim eylemi bakımından ise bu “atfedilebilirliğin” daha güçlü olduğu söylenebilir. Nitekim

⁷¹ ibid, para 100.

⁷² ibid, para 101.

⁷³ ibid, para 102.

⁷⁴ ibid, para 92-96.

⁷⁵ ibid para 98-101.

⁷⁶ Alman Federal Mahkemesi Cyando'nun, fikrî hak ihlalinin önlenmesi için yeterli önlemleri almadığı ve hatta kullanıcıları ihlale teşvik ettiği için umuma iletim eylemini gerçekleştirdiğini kabul etmiştir, bkz BGH NJW 2022, 2994, Rn 31 vd, 36. Youtube'un sorumluluğu bakımından ise, Alman Federal Mahkemesi, platformun aldığı önlemlerin ihlâl gerçekleştikten sonra işlevsiz olduğunu, kullanıcılara ihlali bildirme imkânı verilmesinin tek başına fikrî hakların ihlâlini önlemekte yetersiz olacağını kabul etmiş, YouTube Audio ID ve YouTube Video ID programlarının fikrî hakların ihlali ile mücadelede etkin olup olmadığının istinaf mahkemesince incelenmesi gerektiğini belirtmiştir, bkz BGH NJW 2022, 2980 vd, Rn 88.

markanın kullanımının aksine eserin içerik sağlayıcı tarafından internette umuma iletilmesi için dijital platformun sağladığı teknik imkanların varlığı her halükarda zorunludur. Bu açıdan, içerik sağlayıcı ile platformun kullanıcıların eserden istifade edebilmesi için iş birliği yaptığı düşünülebilir.⁷⁷

ABAD kararlarının değerlendirilmesine geçmeden önce, anılan kararlarda incelenen ihtimaller dışında dijital platformların fikri ve sınai haklara tecavüz eden olup olamayacağı incelenebilir.

Her şeyden önce fikir ve sanat eserinin internete yüklenerek umuma iletilmesi aynı zamanda eserin, yer sağlayıcının sunucusunda depolanması dolayısıyla da çoğaltılması anlamına gelmektedir.⁷⁸ Yine umuma iletim gibi çoğaltmanın da internette gerçekleştirilmesi halinde teknik yönü sebebiyle bu eylemin de dijital platforma atfedilebileceği söylenebilir. Dolayısıyla da umuma iletim eylemi bakımından yapılan değerlendirmeler aynı şekilde çoğaltma eylemi bakımından da geçerli olacaktır.⁷⁹

Tasarım, patent gibi ürün korumasının söz konusu olduğu sınai haklar bakımından ise temel olarak tecavüz oluşturan üretim fiilinin (SMK m 81/1-a, SMK m 141/1-b-c) dijital platforma “atfedilebilirliği” söz konusu olamaz. Bununla beraber üretim sonucu elde edilen ürünün dijital platform üzerinde üçüncü kişiler tarafından satışa çıkarılması halinde dijital platformun ilgili düzenlemeler çerçevesinde “satışa sunan”, “piyasaya süren” gibi sıfatlara sahip olup olmayacağı düşünülebilir (SMK m 81/1-a, m 141/1-a). Benzer şekilde fikir ve sanat eseri sahibinin yayma hakkı bakımından da eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarını satışa çıkaran başka bir deyişle, yayma hakkını kullanan kişinin içerik sağlayıcıyla beraber dijital platform olup olmadığı sorulabilir (FSEK m 23).

Dijital platformun tecavüz fiilinin gerçekleştirilmesi için gerekli teknik şartları sağlaması bu platformun müteceviz, Kanun’da sayılan eylemleri bizatihi gerçekleştiren kişi olarak kabul edilmesine yol açmayacaktır. Dijital platformlar, platformda yer alacak içerikleri seçmemekte ve hangi içeriklerin platformda yer alacağı konusunda bir kontrol imkanına sahip bulunmamaktadır.⁸⁰ ABAD Coty kararında, yalnızca eylem üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak bir kontrol imkanına

⁷⁷ Ohly, Red Soles (n 26) 580.

⁷⁸ Abdullah Çelik: *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarını İhlali - İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011) 104.

⁷⁹ Burada ifade edilen çoğaltmaların kalıcı çoğaltmalar olduğu vurgulanmalıdır. Zira internette gerçekleştirilen geçici çoğaltmalar içerik sağlayıcı tarafından değil bizatihi internetin teknik altyapısını sunan kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. İlgili çoğaltmalar için bkz. Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, (Seçkin 2002) 113 vd; Pablo Baistrocchi, ‘Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce’ (2003) 19(1) SCTLJ 111, 119-120. Bu tür geçici çoğaltmaların hak sahibinin belirli şartlarda çoğaltma hakkını ihlal etmeyeceği açıkça 2001/29 sayılı Yönerge m 5’te açıkça düzenlenmiştir. Hukukumuzda anılan çoğaltmaların TBK m 63’te düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilebileceği hakkında bkz. Pelin Karaaslan, ‘Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması’ (2022) 8(1) TFM 29 vd.

⁸⁰ Vălimăki (n 12) 13.

sahip olan kişinin, marka ihlali oluşturan kullanımı durdurabilecek ve marka hukuku tarafından öngörülen markayı kullanma yasağına uyabilecek kişi olacağını kabul etmiştir.⁸¹ Burada ABAD’ın vurguladığı kontrol imkanının eylemi gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusundaki kontrol olduğu söylenebilir. Yoksa elbette, platform tarafından gerçekleştirilen birtakım denetimler ve bu denetimler sonucunda içeriğin platformdan kaldırılması gibi platforma teknik bir kontrol imkânı vermektedir. Ancak, otomatik olarak gerçekleştirilen bu sınırlı kontrol, platformun, tecavüz fiilinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi konusunda bir kontrol imkanına sahip olduğunu göstermemektedir. Platformda yer alacak içeriği seçen ve içeriği platforma yükleyip yüklememe konusunda tam bir kontrol imkanına sahip olan kişi içerik sağlayıcıdır.⁸²

Yukarıdaki kararlarda da görüldüğü üzere, dijital platformun tecavüz eyleminin gerçekleştirilmesindeki rolü, yalnızca teknik şartların sağlanması ile sınırlı kalmayabilir. Örneğin, platform ayrıca kullanıcılarını hukuka aykırı içeriklere erişimi kolaylaştıran bir arama motoru sunabilir ya da içerik sağlayıcıları ücretlendirme gibi yöntemlerle özellikle hukuka aykırı içeriklerin paylaşılmasını teşvik edebilir. Anılan durumlarda da içerik üzerinde tam bir kontrol yetkisine sahip kişi yine içerik sağlayıcıdır. Dijital platformun kanunda anılan eylemleri gerçekleştiren kişi olarak nitelendirilmesi ancak platformun içerik sağlayıcılar tarafından sunulan içerikleri editoryal anlamda seçtiği durumlarda söz konusu olabilir.⁸³ Zira otomatik ve teknik bir seçim olmadığı sürece içeriklerin seçilerek platformda sunulması içerik sağlayıcı yanında ayrıca dijital platforma içeriği yükleyip yüklememe (tecavüz olarak kabul edilen fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmeme) konusunda tam bir kontrol imkânı verecektir. Bu durum dışında platform esas olarak, içerik sağlayıcının eylemini gerçekleştirmesi için gerekli araçları ve teknik altyapıyı sunan ve eyleme müdahalesinin seviyesine göre tecavüz eyleminin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran kişidir.⁸⁴

Yukarıdaki açıklamalarla paralel olarak ABAD’ın marka hakkı bakımından Amazon ve Louboutin kararına kadar istikrarlı bir şekilde yer sağlayıcının markayı kullanan kişi olmadığına karar verdiği görülmektedir. Esasında, önceki kararlara konu uyuşmazlıklarla Amazon ve Louboutin kararına konu uyuşmazlığın benzer

⁸¹ C-567/18 *Coty Germany* ECLI:EU:C:2020:267, para 38.

⁸² Vâlimâki (n 12) 13.

⁸³ Aşağıda ilgili hükümleri detaylı olarak incelenecek olan 2022/2065 sayılı Dijital Hizmetler İçin Tek Pazar Hakkında Tüzük, Dibace 18’in lafzı incelendiğinde içeriğin, sağlayıcının “editoryal sorumluluğu altında geliştirdiği durumlar” içeriğin sağlayıcı tarafından sunulduğu durumlara dahil edilmiştir. Editoryal sorumluluk ise 2010/13 sayılı Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) [2010] OJ L95/1 m 1(c)’de tanımlanmıştır. Buna göre editoryal sorumluluk, hizmet kapsamında sunulacak yayınların seçiminde etkili bir kontrol uygulanması anlamına gelmektedir.

⁸⁴ Joined cases C-682/18 and C-683/18 *YouTube and Cyando*, Opinion of AG Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2020:586 [Youtube ve Cyando Hukuk Sözçüsü (HS) Görüşü olarak anılacaktır]. Yine yer sağlayıcının marka hukuku bakımından müteceviz olamayacağı konusunda bkz Fülürya Yusufoglu Bilgin, ‘Fikrî Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması’ in *Fikrî Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2020) 505.

olması sebebiyle Divan'ın üçüncü kişilerin içerikleri bakımından yer sağlayıcıların markayı kullanmış kabul edilmeyeceğine ilişkin içtihadında bir değişiklik beklenmemekteydi⁸⁵. Gerçekten de önceki uyumsuzluklarla paralel olarak temelde platform kullanıcısı kullanım eylemi üzerinde tam bir kontrol imkanına sahipken Amazon yalnızca bu eylemin gerçekleştirilmesi için platform kullanıcısına teknik imkan sunmuştur. Yalnızca teknik imkan sunulması platform kullanıcısının aksine kullanım eylemi üzerinde tam bir kontrol elde edilmesi anlamına gelmediği sürece bu teknik imkanın somutlaştırıldığı farklı yöntemlerin (Amazon örneğinde hibrit olma) yer sağlayıcının müteceviz olarak sorumluluğunu etkilememesi gerektiği kanaatindeyiz⁸⁶. Öte yandan, objektif kriterlere göre belirlenmesi gereken “markanın kullanılması” eyleminin, platform kullanıcısının algısından hareketle sübjektif bir kritere göre belirlenmesi de eleştiriye oldukça açık bir durumdur⁸⁷. Muhatap kitlenin algısı gibi sübjektif kriterler ilgili kişi tarafından kullanımın gerçekleştirildiği konusunda herhangi bir şüphenin bulunmadığı durumlarda bu kullanımın kanuna göre markaya tecavüz niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi aşamasında devreye girmelidir.

Umuma iletim hakkı bakımından ise Divan, umuma iletim eylemine bilinçli bir şekilde müdahil olması halinde yer sağlayıcıyı da müteceviz olarak kabul etmektedir. ABAD'ın, dijital platformun umuma ileten sıfatına sahip olması için müdahalesinin kasıtlı olup olmadığını araması gibi birtakım ek kriterlere başvurması eleştirilmiştir.⁸⁸ Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, kanunda tanımlanan tecavüz fiilinden asli fail olarak sorumluluk, fiili gerçekleştiren kişinin kusurundan bağımsız olarak yalnızca eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, “kişinin kusuru olmasaydı tecavüz fiilini gerçekleştirmiş olmazdı” önermesi doğru bir önerme olmayacaktır. Oysa ABAD, tecavüz fiilinin yer sağlayıcı tarafından gerçekleştirilmiş olmasını yer sağlayıcının kusuruna bağımlı kılarken dolaylı olarak yer sağlayıcının kusuru olmasaydı “umuma ileten” olarak sorumlu olmazdı sonucuna ulaşmaktadır.

Özellikle umuma iletim hakkı bakımından ABAD'ın kusuru olan yer sağlayıcının müteceviz olduğu sonucuna ulaşmasının sebeplerinden biri de *secondary liability*

⁸⁵ Uyuşmazlığın ABAD'ın içtihatlarını değiştirmeye yol açmayacağı hakkında bkz Eleonora Rosati, ‘The Louboutin/Amazon cases (C-148/21 and C-184/21) and Primary Liability Under EU Trade Mark Law’ (2022) 44(7) European Intellectual Property Review 435, 435-440; Ohly, Red Soles (n 26) 581 vd.

⁸⁶ Ancak platformun sunduğu teknik imkanın, başka bir deyişle platformun iş yönteminin aşağıda görüleceği üzere yer sağlayıcının katılan sıfatıyla sorumluluğu, aktif bir davranışta bulunup bulunmadığı ve özen yükümlülüğünün derecesinin belirlenmesi üzerinde etkileri olabilir. Bkz Başlık III.

⁸⁷ Objektif bir belirlemeyi gerektiren kullanım eylemine dahil edilen bu sübjektif algı kriterinin eleştirisi ve kullanım eyleminin yeni içeriğine ilişkin bazı değerlendirmeler için bkz. Josephine Bersem, ‘Die Haftung von Intermediären für Markenverletzungen heute und morgen -Störerhaftung oder täterschaftliche Haftung nach dem Vorbild des Urheberrechts?’ (2023) 125(5) GRUR 307, 311 vd; Franz Hoffman, ‘Plattformhaftung für rechtswidrige Dritthinhalte im Marken- und Designrecht Zugleich Besprechung von EuGH “Louboutin”’ (2023) 125(4) GRUR 238, 240-241.

⁸⁸ Ansgar Ohly, ‘The Broad Concept of ‘Communication to the Public’ in recent CJEU Judgements and the Liability of Intermediaries: Primary, Secondary or Unitary Liability’ (2018) 13(8) JIPLP 664, 672 vd; Ohly, Red Soles (n 26) 580; Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 94-106.

olarak adlandırılan, müteceviz sıfatıyla sorumluluk (*primary liability*) dışında kalan, yardım eden, katılan ya da bağımsız fail sıfatıyla sorumluluk türünün AB düzeyinde uyumlaştırılmamış olmasıdır.⁸⁹ Bu durum yer sağlayıcıların sorumluluğunun farklı ulusal mahkemelerde farklı yorumlanmasına yol açmıştır. Örneğin, Youtube ve Cyando kararından ve 2019 tarihli Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Hakkında Yönergesi'nin iç hukuka aktarılmasından⁹⁰ önce Alman hukukunda dijital platformlar, müteceviz veya tecavüz fiiline katılan olarak değerlendirilmemekte, onların sorumluluğu, müdahaleden sorumluluk (*Störerhaftung*) olarak adlandırılan üçüncü bir kategoride incelenmekteydi. Zira Alman hukukunda haksız fiil sorumluluğunda katılan sıfatıyla sorumlu olabilmek için kast veya dolaylı kast aranmaktadır. Bu subjektif şart ise kural olarak dijital platformlarda yer almamaktadır. Dolayısıyla Alman hukukunda dijital platformlar aleyhine durdurma ve önleme kararı alınabilmesi için üçüncü tür bir sorumluluk sebebi yaratılması gerekmiştir. Bu sorumluluk esasen Alman Medeni Kanunu § 1004'te düzenlenen, malikin, mülkiyet hakkına müdahale eden kişilere karşı müdahalenin durdurulması veya önlenmesi talebinin kıyasen dijital platformlar aleyhine uygulanması ile Alman Federal Mahkemesi kararları ile doğmuştur. Bu sorumluluğun şartları şöyle belirlenmiştir:⁹¹ Hak ihlâli ile platformun fiili arasında illiyet bağı bulunmalı; tartışmalı ve kararlarda yeknesak şekilde uygulanmamakla birlikte, platformun fiili, ihlâl tehlikesini artırmış olmalı; platform meydana gelebilecek ihlalleri önleyebilecek durumda olmalı ve en önemlisi kendisinden beklenebilecek olan denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihlâl etmelidir. Bu yükümlülüğün ihlâl edilip edilmediği ise her somut olayda ayrıca değerlendirilecektir.⁹² Ancak platformlar bakımından özellikle ihlâl bildirim yapıldıktan sonra bu yükümlülüğün doğduğu kabul edilmektedir. Yine bu denetim ve gözetim yükümlülüğünün bir parçası olarak, hukuka aykırı içerik hakkında haberdar edilmiş olan platformun sadece mevcut içeriği kaldırması yetmemekte, ayrıca teknik şartlar elverdiği ölçüde benzer ihlalleri önleme yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁹³ Son olarak müdahale eden aleyhine sadece durdurma ve önleme kararı alınabilmekte, zararın tazmini talep edilememektedir.⁹⁴

⁸⁹ Katılan sorumluluğu (*secondary liability*) üye devletlerin mevzuatına bıraktığı için bu konuda ABAD'ın yetkisi olmadığı görüşü hakkında bkz Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 102-104.

⁹⁰ Çevrimiçi İçerik Paylaşan Hizmet Sağlayıcılarının Fikrî Mülkiyet Hakkı İhlallerinden Sorumluluğu Hakkında Kanun (*Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, UrhDaG*), 31.05.2021 tarihinde kabul edilen Fikrî Mülkiyet Hukukunun Dijital İçpazarın Gereklere Uyumu Hakkında Kanun'un (*Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Bundesgesetzblatt 4.7.2021, Teil I Nr. 27, 1204*) 3. maddesinde düzenlenerek iç hukuka aktarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girişi 01.08.2021'dir (Uyum Kanunu m 5).

⁹¹ Ansgar Ohly 'Die Verantwortlichkeit von Intermediären' (2015) ZUM 308, 311.

⁹² Thomas Hoeren ve Silviya Yankova, 'The Liability of Internet Intermediaries-The German Perspective' (2012) IIC, 501, 504; Ohly 'Verantwortlichkeit' (n 91) 312-313.

⁹³ BGH GRUR 2013, 370.

⁹⁴ Hoeren ve Yankova (n 92) 504.

İşte ABAD da yer sağlayıcıların sorumluluğunu, kusur şartına bağlı olarak AB düzeyinde uyumlaştırılmış olan müteceviz sıfatıyla sorumluluk kapsamında değerlendirerek bu farklı uygulamaların önüne geçmeyi amaçlamıştır.⁹⁵ Nitekim Alman hukukunda özellikle Youtube ve Cyando kararından sonra fikri haklar bakımından müdahale eden sorumluluğu kurumunun etkisinin oldukça azaldığı dile getirilmiştir.⁹⁶ Zira Alman hukukunda müdahale eden sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde aslında ABAD kararlarına göre artık bu kişi umuma ileten/müteceviz sayılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi ABAD’ın dijital platformların umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutulmasına ilişkin içtihadı daha sonra 2019/790 sayılı Yönerge m 17 ile hukuki düzenleme halini almıştır.⁹⁷ İlgili hükme göre çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcıları⁹⁸ kullanıcıları tarafından platforma yüklenen telif hakkı korumasını haiz eserlere kamunun erişimini sağladıkları takdirde umuma iletim eylemini gerçekleştirmektedirler. Bu çerçevede, Yönerge m 17/1 paragraf 2’ye göre kullanıcıları tarafından yüklenen eserler bakımından umuma iletim eylemini gerçekleştirecek olan ilgili hizmet sağlayıcının eser sahiplerinden izin almış olması zorunludur. Görüldüğü üzere, madde temel olarak platformun umuma iletim eylemini gerçekleştirdiğini hüküm altına alarak madde kapsamında kalan dijital platformların müteceviz sıfatıyla (ABAD’ın yetki alanında kalacak şekilde) doğrudan sorumlu tutulmasını sağlamaktadır. Yoksa, umuma iletim eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından ABAD’ın yukarıda bahsedilen içtihatları uygulama alanı bulmaya devam edecektir.⁹⁹

⁹⁵ Bu konuda bkz Christina Angelopoulos, ‘On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (2017), 33 <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947800>> erişim tarihi: 30.11.2022; Rosati, Louboutin (n 85) 440.

⁹⁶ Nils Rauer ve Alexander Bibi, ‘Die fortentwickelte Intermediärhaftung im Urhberrecht’ (2021) ZUM 819, 828.

⁹⁷ Maddeye ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 211 vd.

⁹⁸ Buna göre, hüküm tüm yer sağlayıcıları değil ‘‘çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcıları’’ (*online content-sharing service providers*) kapsamaktadır. Çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcılar 2019/790 sayılı Yönerge m 2/6’ya göre; temel amacı veya amaçlarından biri kullanıcıları tarafından yüklenen telif korumasını haiz eserleri ya da başka bir korumayı haiz içerikleri depolamak ve bunları kamunun erişimine sunmak olan bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarıdır. Çevrim-içi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcıları konusunda detaylı olarak bkz Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 219. 2019/790 sayılı Yönerge *lex specialis* olduğu için çevrim-içi içerik paylaşma hizmet sağlayıcıları dışında kalan yer sağlayıcılar bakımından 2001/29 sayılı Yönerge ve E-Ticaret Yönergesi’ndeki güvenli liman hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Bkz Karina Grisse, ‘After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790’ (2019) 14(11) JIPLP 887, 891.

⁹⁹ Bu konuda bkz ibid 889. Burada kısaca belirtmek gerekir ki; 2019/790 sayılı Yönerge, hak sahiplerinden gerekli izinleri almayan çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcıların umuma iletim hakkı ihlalinde sorumlu olacaklarını belirttikten sonra m 17/4’te ilgili sağlayıcıların sorumluluktan kaçabilmesine imkan veren ihtimaller de yer vermiştir. Buna göre, eser sahiplerinden umuma iletim hakkına ilişkin izin almamış olsa bile çevrim-içi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcı (a) hak sahibinden izin almak için azami çabayı göstermişse, (b) ilgili hak sahibinin hizmet sağlayıcıya gerekli ve yeterli bilgileri sağladığı içeriğe erişimin engellenmesi için yüksek endüstri özen standartlarına uygun şekilde azami çabayı göstermişse, (c) ilgili hak sahiplerinin yeterince temellendirilmiş uyarıları kendilerine ulaştıktan sonra içeriğin internet sayfasından kaldırılması ya da içeriğe erişimin engellenmesi amacıyla hemen harekete geçmiş ve gelecekteki yüklemelerin engellenmesi için azami çabayı göstermişse, umuma iletim hakkının ihlalinde sorumlu tutulmayacaktır. İlgili istisna hükmünün dijital platformun umuma iletim eyleminden sorumluluğuna etkilerine yönelik doktrinde iki farklı görüş savunulmaktadır. İlk görüşe göre, istisna hükümleri madde kapsamındaki dijital platformlara güvenli bir liman sunmaktadır. Bu çerçevede, söz konusu istisnai hükümde yer alan herhangi bir bent (a, b, c) kapsamına giren dijital platform umuma iletim eyleminden ne müteceviz ne de yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir. Bir diğer görüşe göre ise, dijital platform a bendine göre hak sahibinden izin almak için azami çabayı göstermişse umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutulmayacaktır. Bununla beraber, a bendi somut olayda gerçekleşmiş olsa bile b ve c bentleri uyarınca dijital platform kendisine yüklenen özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmişse bu durumda yardım eden, katılan sıfatıyla sorumlu olmaya devam edecektir. Detaylı olarak bkz ibid 892 vd.

Esasında ABAD kararlarına konu hallerde dijital platform hukuka aykırı paylaşımları doğrudan veya dolaylı olarak teşvik etmek ya da hukuka aykırılığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde içeriğe erişimi engellemekle yalnızca gerekli teknik şartları sağlamakla kalmayıp hukuka aykırılığa gerçekten de bir şekilde müdahil olmaktadır. Özellikle tecavüz olarak tanımlanan iletim eyleminin kendisinin platform üzerinden gerçekleştirilmesi ve yine bu eylemin içerik platformda kaldığı sürece devam ediyor olması, platform işleticisinin “içeriği kaldırmama” yönündeki müdahalesini diğer fikrî ve sınai hak ihlallerinden daha özellikli bir konuma taşımaktadır. Bununla beraber bu müdahalenin ABAD’ın kabul ettiği şekilde, dijital platformu, içerik sağlayıcıyla beraber asli fail/mütecaviz olarak nitelendirmek için yeterli olup olmadığı tartışılmalıdır.

Haksız fiil sorumluluğunda asli fail zarara doğrudan doğruya kendi fiiliyle sebep olan kişidir.¹⁰⁰ Haksız fiil sonucunda meydana gelen zarara birden fazla kişinin yol açabilmesi mümkün olmakla beraber, asli fail, başka bir deyişle, fiil unsurunu kendi davranışıyla gerçekleştiren kişinin fiili olmadan diğer kişilerin zarar verebilmesi mümkün değildir.¹⁰¹ Umuma iletim eylemi bakımından, içerik sağlayıcıların eylemleri olmasaydı dijital platform üzerinde herhangi bir içerik paylaşılmayacak ve platformun da iletim eylemine herhangi bir şekilde müdahil olması mümkün olmayacaktı.¹⁰² Dolayısıyla haksız fiilin varlığı için fiili vazgeçilmez olan sùje içerik sağlayıcı, başka bir deyişle, içeriği seçerek iletim eylemini başlatan kişidir.¹⁰³ İçerik sağlayıcının eylemi olmadığı sürece dijital platformun da meydana gelen zarara bir katkısının olduğundan söz edilemeyeceğinden dijital platformun “umuma ileten” olarak sorumlu olduğu sonucuna ulaşamayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, kanaatimizce, bu yönde açık bir düzenleme yoksa, ki Türk hukukunda yoktur, dijital platform içeriği seçmediği sürece eyleme müdahalesi hangi seviyede olursa olsun gerek umuma iletim gerekse de diğer tecavüz eylemleri bakımından asli fail/mütecaviz olarak sorumlu olmamalıdır. Ancak bu durum dijital platformun hiçbir şekilde sorumlu olmadığı ve müdahalesinin seviyesinin hiçbir önem taşımadığı anlamına da gelmez. Özellikle, günümüzde dijital platformların sadece barındırma hizmeti veren yer sağlayıcıların aksine yalnızca gerekli teknik şartları sağlamakla kalmayıp içerikle ilgili daha aktif bir rol oynayabilmesi platformun müdahalesinin seviyesinin her bir somut olaya göre incelenmesini gerektirmektedir. Dijital platformun mütecaviz olarak sorumlu tutulmamasının önemi ise, platformun müdahalesinin seviyesine göre sorumluluğu değerlendirilirken TBK’da yer alan genel hükümler ile 5651 sayılı Kanun ve E-Ticaret Kanunu’nda yer alan ilgili özel hükümlerin dikkate alınmasıdır.

¹⁰⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021) 931.

¹⁰¹ *ibid.*

¹⁰² Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 77.

¹⁰³ Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 73.

III. Dijital Platformların Başkasına Ait İçerikten Sorumlu Tutulabilmelerine İlişkin Esaslar

A. İnternette Sorumluluk Belirlenirken Sağlanması Gereken Denge

Bilginin paylaşılması ve yayılması, düşüncelerin geniş kitlelere karşı dile getirilmesini kolaylaştıran; farklı iş, pazarlama ve reklam alanları sunarak rekabetin artmasını sağlayan internetin toplumların ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerinde önemli bir yerinin olduğu açıktır. İnternetin, sağladığı tüm bu imkanların yanı sıra özellikle kullanıcıların anonim kalabilme özelliği nedeniyle hukuka aykırı faaliyetlerin gerçekleştirilmesine elverişli bir ortam hazırladığı da yadsınmaz.¹⁰⁴ Bu hukuka aykırılıklar nedeniyle meydana gelen maddi veya manevi zararlardan söz konusu hukuka aykırılığı kendi davranışlarıyla gerçekleştiren kişilerin doğrudan sorumlu tutulabileceği açıktır. Ne var ki, internetin anonimlik özelliği nedeniyle mağdur tarafından bu kişilerin kolaylıkla tespiti her zaman mümkün olmamakta ayrıca, bu hukuka aykırılıkları engelleme ve ortadan kaldırma konusunda da internet alt yapısını sunan kişilerin teknik anlamda bir kontrol yetkisi vardır.¹⁰⁵ Bu nedenle, hukuka aykırılığın hızlı bir şekilde giderilebilmesi amacıyla mağdur tarafından internetin teknik alt yapısını sunan kişilere başvuru yapılması daha kolay ve pratik görülmektedir.

İnternetin teknik alt yapısını sunan sağlayıcıların, hangi içeriklerin internette yer alabileceği konusunda “teknik anlamda” bir kontrol imkânının olması ve bu hukuka aykırılıkların gerçekleştirildiği ortamı sağlıyor olması bu sağlayıcıların faaliyetleri kapsamında özen yükümlülüğünün ve dolayısıyla hukuki sorumluluğunun ne olması gerektiği sorusuna yol açmaktadır.

Sağlayıcıların özen yükümlülüğü belirlenirken internet sükülerinin farklı menfaatleri arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir.¹⁰⁶ Şöyle ki, sağlayıcının özen yükümlülüğünün seviyesinin yüksek tutulması halinde sağlayıcılar bu özen yükümlülüğüne aykırı davranmamak amacıyla her içeriği kontrol etmek zorunda kalacaklardır. Böyle bir ihtimalde alınması gereken tedbirin niteliği ise bazı durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açabilir.¹⁰⁷ Her şeyden önce, sağlayıcıların bazı tedbirleri almaya maruz bırakılması, ekonomik ve teknik maliyet açısından kişileri internetin teknik alt yapısına ilişkin hizmetleri sunma

¹⁰⁴ Jan Bernd Nordemann, ‘Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?’ (2017) (In-Depth Analysis European Parliament – Directorate General for Internal Policies, European Union 2017), 6 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf)> erişim tarihi: 30.11.2022.

¹⁰⁵ ibid.

¹⁰⁶ Bu konu hakkında detaylı olarak bkz Christina Angelopoulos ve Stijn Smet, ‘Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability’ (2016) 8(2) JML 266 vd.

¹⁰⁷ Yer sağlayıcıların sorumluluğu ve temel hak ve özgürlükler ile ilişkisi hakkında detaylı olarak bkz Christophe Geiger, Giancarlo Frosio ve Elena Izyumenko, ‘Intermediary Liability and Fundamental Rights’ in Giancarlo Frosio (ed) *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online* (Oxford 2020) 138 vd.

konusunda caydırıcı olabilecektir. Bu durum toplum açısından olumsuz bir sonuç doğurmakla beraber herkesin dilediği alanda çalışma hakkına sahip olduğunu öngören çalışma özgürlüğünün (Anayasa m 48) de kısıtlanmasına yol açacaktır.¹⁰⁸ Ayrıca yine bu yükümlülük, sağlayıcıları otomatik birtakım tedbirler almaya zorlayacağından, hukuka aykırı içeriklerin yanında hukuka uygun içeriklerin de kaldırılma ihtimalinin olması ifade özgürlüğünün (Anayasa m 26) ve bilgi alma özgürlüğünün de haksız yere kısıtlanmasına yol açabilecektir.¹⁰⁹ Kaldı ki, internetin yapısı gereği, teknik alt yapıyı sunan kişilerin yüklenen her bilgi ve veriyi kontrol etmesi de kendilerinden beklenemez.¹¹⁰ İşte tam bu nedenlerle, aşağıda görüleceği gibi, gerek AB hukukunda gerekse de Türk hukukunda yer sağlayıcıların yer sağladıkları içeriklerle ilgili hukuka aykırılıkları araştırmakla yükümlü olmadıkları kabul edilmiştir.¹¹¹

Öte yandan, özellikle günümüzde dijital platformlar sayesinde yer sağlayıcıların faaliyetlerinin yer sağlama faaliyetini aşarak çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla yer sağlayıcıların mutlak anlamda sorumsuzluğunun kabul edilmesi de hakkı ihlale uğrayan hak sahiplerinin menfaatlerinin göz ardı edilmesi anlamına gelecektir.¹¹² Zaten ABAD da bu yüzden Youtube ve Cyando kararında çeşitli ihtimalleri umuma iletim eylemi kapsamına dahil etmiş ve aşağıda görüleceği üzere sorumluluktan muafiyet hükmünün uygulama alanını da hükmün amacına uygun olarak yorumlayarak faaliyetleri açısından bazı yer sağlayıcıları muafiyet hükmünün dışında bırakmıştır.

B. Dijital Platformların Sorumluluğu Değerlendirilirken Dikkate Alınması Gereken Hükümler

1. AB Hukukunda Yer Alan Düzenleme ve ABAD İçtihatları

AB hukukunda, Dijital Hizmetler Yasası (*Digital Services Act-DSA*) olarak anılan, 2022/2065 sayılı Dijital Hizmetlerde Tek Pazar Hakkında Tüzük¹¹³ ile bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların belirli eylemlerden belirli şartlarda sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Bilgi toplumu hizmeti; hizmetin alıcısının talebi üzerine, elektronik yollarla, kural olarak belirli bir ücret karşılığında, uzaktan sağlanan hizmet anlamına gelmektedir.¹¹⁴

¹⁰⁸ Bu etki için bkz C-70/10 *Scarlet Extended* [2011] ECR I-11959 ECLI:EU:C:2011:771, para 46-49.

¹⁰⁹ C-314/12 *UPC Telekabel Wien* ECLI:EU:C:2014:192, para 56.

¹¹⁰ Baistorocchi (n 79) 126.

¹¹¹ ABAD'nin genel bir araştırma yükümlülüğünü, yukarıda anılan temel hakların kısıtlanmasına yol açacağı şeklinde yorumladığı konusunda bkz Angelopoulos ve Smet (n 106) 283.

¹¹² ibid 283-284.

¹¹³ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2022] OJ L277/1.

¹¹⁴ Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification) [2015] OJ L241/1, Art 1.1.b.

DSA m 8’de bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların depoladıkları içerikleri ve hukuka aykırılığı gösteren durum ve olayları araştırma konusunda genel bir yükümlülüğe tâbi kılınmayacağı düzenlenmiştir. DSA m 4, 5 ve 6’de ise sırasıyla bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların maddedeki şartların varlığı halinde sırasıyla iletim, kaşeleme (*caching*) ve yer sağlama faaliyetlerinden dolayı sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. Güvenli liman (*safe harbor*) olarak adlandırılan¹¹⁵ ve hizmet sağlayıcının yer sağlama faaliyetinden kaynaklanan sorumsuzluğunu düzenleyen m 6’ya göre; alıcı tarafından sunulan bilgilerin depolanması hizmeti bakımından bilgi toplumu hizmet sağlayıcı, hizmetin alıcısının talebi üzerine depolanan bilgilerden kural olarak sorumlu değildir. Ancak, hizmet sağlayıcının, 1) hukuka aykırı eylem veya içeriğe ilişkin güncel bir bilgiye sahip ve tazminat talepleri bakımından hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olması halinde 2) bu yönde bir bilgi veya farkındalık elde eder etmez içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırmamış veya içeriğe erişimi engellemek için harekete geçmemişse artık sorumsuzluğundan söz edilemeyecektir.

DSA’nın kabul edilmesinden önce yer sağlayıcıların sorumsuzluğu, DSA m 6/1 ile aynı düzenlemeyi içeren 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi¹¹⁶ m 14’te yer almaktaydı.¹¹⁷ Anılan hükmün uygulanma alanı ise ABAD içtihatları ile şekillenmişti. İlgili içtihatları uyarınca ABAD, bilgi toplumu hizmet sağlayıcının fikrî veya sınai hakkı ihlal eden kişi (mütecaviz) olarak sorumlu tutulmadığı hallerde E-Ticaret Yönergesi m 14 kapsamında sorumlu olup olmayacağını değerlendirmektedir.¹¹⁸ Hükümler temel olarak aynı olduğu için ABAD içtihadının DSA sonrasında da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

ABAD, E-Ticaret Yönergesi Dibacesi’nin 42. paragrafından (DSA Dibace paragraf 18) hareketle söz konusu hükmün uygulanma alanı bakımından aktif ve pasif rol oynayan hizmet sağlayıcılar arasında bir ayrıma gitmektedir. 42. paragrafa göre, Yönerge’de yer alan muafiyetler yalnızca bilgi toplumu hizmet sağlayıcının teknik, otomatik ve pasif bir rol oynadığı, dolayısıyla iletilen veya depolanan içeriğe ilişkin herhangi bir bilgi ve kontrol sahibi olmadığı durumları kapsamaktadır. Bu çerçevede ABAD’a göre, sorumluluk muafiyetinden bu nitelikleri haiz hizmet sağlayıcılar faydalanmalı eğer hizmet sağlayıcı aktif bir role sahipse bu hüküm kapsamında değerlendirilmemelidir.¹¹⁹ ABAD önüne gelen uyuşmazlıklarda yalnızca hizmet

¹¹⁵ Eleonora Rosati, ‘Why a reform on hosting providers’ safe harbour is unnecessary under EU copyright law’ (2016) CREATE Working Paper 2016/11, 1 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830440> erişim tarihi: 30.11.2022.

¹¹⁶ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [2000] OJ L178/1.

¹¹⁷ DSA m 89’a göre, bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin E-Ticaret Yönergesi m 12, 13, 14 ve 15 hükümleri ilga edilmiş, anılan hükümler yerine sırasıyla DSA m 4, 5, 6 ve 8 hükümleri kabul edilmiştir.

¹¹⁸ Zira, mütecaviz olan yer sağlayıcının hükümdeki sorumsuzluk şartlarını sağlayabilmesi de mümkün değildir. Bkz Youtube ve Cyando, para 107-108.

¹¹⁹ Google France ve Google, para 112-114; L’Oréal ve diğerleri, para 112; Youtube ve Cyando, para 106.

sağlayıcının pasif bir rol alıp almadığını ve eğer pasifse E-Ticaret Yönergesi m 14'te (DSA m 6) yer alan şartların sağlanıp sağlanmadığını incelemektedir. Müteceviz sıfatı dışında kalan hallerde hizmet sağlayıcının sorumluluğu AB düzeyinde uyumlaştırılmadığı için ABAD aktif rol aldığı durumlarda hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin bir değerlendirmede bulunmayarak bu meseleyi ulusal mahkemelere bırakmaktadır.¹²⁰

ABAD aktif rolü, sağlayıcıya içerik üzerinde bilgi veya kontrol imkanı verecek olan rol olarak tanımlanmaktadır.¹²¹ Divanın anılan içtihatlarından hareketle de DSA Dibasesi'nin 18 numaralı paragrafında, yer sağlayıcının, faaliyetini içeriğin otomatik ve teknik bir şekilde işlenmesi ve dolayısıyla hizmetin tarafsız bir şekilde sunumu ile sınırlamadığı hallerde kendisine içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkanı verecek şekilde aktif bir rol aldığı ve bu durumlarda da muafiyet hükmünün uygulanmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Aktif rolün kapsamının belirlenmesinde ise ABAD daha çok neyin aktif rol olmayacağını saymaktadır. Bu çerçevede, çevrim-içi pazar yeri işleticisinin kendi sunucusunda satış tekliflerini depolaması, hizmet koşullarını belirlemesi ve bu hizmet için ücretlendirilmesi ve kendi müşterilerine hizmet hakkında genel bilgileri sağlayıcı olması aktif bir rol aldığı göstermez.¹²² Yine, eğer platform, yüklenen içerikleri seçmiyor, oluşturmuyor, görüntülemiyor ya da incelemiyor ise bu platformun yüklenen içeriklerin telif haklarını ihlal edip etmediğini tespit etmek için teknolojik önlemler uygulaması¹²³ ve platformun sağladığı hizmet vasıtasıyla kullanıcıların fikrî mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde paylaşımlar yapabilecekleri konusunda genel ve soyut bir bilgiye sahip olması da¹²⁴ aktif rolün varlığı için yeterli değildir.

O halde, aktif rol alma halinin hizmet sağlayıcının tamamen pasif bir konumda kalması şeklinde anlaşılması gerekmektedir.¹²⁵ Zira aksi takdirde, hizmet sağlayıcı, aktif rol alma ve sorumsuzluk muafiyetinden yararlanamama ihtimali nedeniyle tamamen hareketsiz kalmaya teşvik edilecek ve platformu üzerinde gerçekleştirilen hukuka aykırılıkları tespit etmek ve engellemek için herhangi bir girişimde

¹²⁰ Bu çerçevede AB düzeyinde üçlü bir sorumluluk rejimi vardır: yer sağlayıcının 1) müteceviz sıfatına, 2) pasif yer sağlayıcı sıfatına, 3) aktif yer sağlayıcı sıfatına sahip olduğu durumlar. İlk iki durumda yer sağlayıcının sorumluluğu AB düzeyinde uyumlaştırılmış olmakla beraber, üçüncü durumda sorumluluk rejimi her bir üye devletin iç hukukuna göre çözümlenmektedir. Bu konuda bkz Ohly, The Broad Concept (n 88) 665-666; Ansgar Ohly, 'The Liability of Intermediaries for Trade Mark Infringement' in G.B. Dinwoodie ve M.D. Janis (eds) *Research Handbook on Trademark Law Reform* (Edgar Elgar Publishing 2021) 396, 404.

¹²¹ Google France ve Google, para 120; L'Oréal ve diğerleri, para 113; Youtube ve Cyando, para 117.

¹²² Google France ve Google, para 116; L'Oréal ve diğerleri, para 115.

¹²³ Youtube ve Cyando, para 109.

¹²⁴ Youtube ve Cyando, para 111.

¹²⁵ Tatiana-Eleni Synodinou, 'Intermediaries' Liability for Online Copyright Infringement in the EU: Evolutions and Confusions' (2015) 31 Computer Law & Security Review 57, 79.

bulunmayacaktır.¹²⁶ Zaten aktif rolün içeriği belirlenirken bu yönde bir yorumun yapılmasının engellenmesi amacıyla da DSA m 7’de; hukuka aykırı içeriğin tespit edilmesi, kaldırılması ve içeriğe erişimin engellenmesi amacıyla hizmet sağlayıcının birtakım tedbirler almış olması ya da kendi teşebbüsü ile birtakım araştırma faaliyetleri gerçekleştirmesinin, sağlayıcının istisna hükmünden faydalanamayacağı anlamına gelmediği açıkça belirtilmektedir.¹²⁷

Neyin aktif rol olabileceği konusunda “L’Oreal ve diğerleri” kararı yol gösterici olabilir. eBay tarafından kullanıcılara iki tür hizmet sağlanabilmektedir. İlk hizmet bütün kullanıcılara objektif ve otomatik bir şekilde sağlanmaktadır. İkinci hizmet ise yalnızca belli kullanıcılara bu kullanıcıların satış tekliflerinin sunumunun iyileştirilmesi veya bu tekliflerin tanıtımı açısından müşterilerine çeşitli yollarla destek sağlaması şeklinde gerçekleştirilmektedir.¹²⁸ ABAD ikinci durumda eBay’in aktif bir rol almış olabileceğini belirterek somut olayda hangi tür hizmetin verildiğini tespit etme görevini ulusal mahkemeye bırakmıştır.¹²⁹

“L’Oreal ve diğerleri” kararı ışığında platformun, gerçek anlamda yalnızca “aracılık” rolünü üstlenerek tüm kullanıcılara sağlanan otomatik hizmetin dışında kalan,¹³⁰ ve platforma, münferit içerik üzerinde münferit eylemleriyle entelektüel bir kontrol imkanı veren durumlarda aktif bir rolün söz konusu olduğu kabul edilmelidir.¹³¹ Eğer sağlayıcı yukarıda anılan şekilde aktif bir rol almamışsa, sağlayıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için hukuka aykırılığa ilişkin bilgi sahibi olması ya da hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkına varması halinde içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırmalı veya içeriğe erişimi engellemelidir. ABAD, hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olması şartını incelerken hizmet sağlayıcının, “basiretli bir ekonomik operatör somut olaydaki hukuka aykırılığı fark ederdi ve içeriği yayımdan kaldırırdı” sonucuna ulaşırabilecek durum ve koşulların farkında olmasını aramaktadır.¹³² Bu farkındalık üçüncü bir kişinin bildirimini veya hizmet sağlayıcının kendi araştırmaları sonucunda elde edilebilir. Üçüncü kişiler tarafından hizmet

¹²⁶ Angelopoulos (n 95) 11; Esther Arroyo Amayuelas, ‘E-Commerce Directive’ in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds) *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020), Art 14, para 30 vd.

¹²⁷ Hükümle ilgili detaylı bir açıklama için bkz Buiten C. Miriam, ‘The Digital Services Act from Intermediary Liability to Platform Regulation’ (2021) 12(5) JIPITEC 361, 372 vd.

¹²⁸ Bu konuda bkz Angelopoulos (n 95) 11-12.

¹²⁹ L’Oréal ve diğerleri, para 117.

¹³⁰ Angelopoulos (n 95) 12.

¹³¹ Angelopoulos (n 95) 12; Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 152. Yine de aktif rolün oldukça belirsiz bir kriter olduğu, bugün çoğu dijital platformun yürüttükleri faaliyet çerçevesinde aktif bir role sahip olabileceği, bu nedenle aktif rol kriterinden vazgeçilmesi ve DSA ile yer sağlayıcılar için öngörülen yükümlülüklerle uyulup uyulmadığına göre güvenli liman hükmünün uygulama alanının tespit edilmesi gerektiği görüşü hakkında bkz Miriam (n 127) 372.

¹³² L’Oréal ve diğerleri, para 120; Youtube ve Cyando, para 115. Söz konusu kriterin sınırları belirsiz bir kriter olduğu ve yorum güçlüklerine yol açacağı konusunda bkz Christine Riefa, ‘The End of Internet Service Providers Liability as We Know It – Uncovering Consumer Interest in CJEU Case C-324/09 (L’Oréal/eBay)’ (2012) 1(2) JECML 104, 110; Synodinou (n 114) 66.

sağlayıcıya hukuka aykırılığa ilişkin bildirimde bulunulmuş, ancak bildirim içeriği yetersizse, bu bildirim de hizmet sağlayıcının hukuka aykırılığı gösteren olay ve koşulların farkında olup olmadığı incelenirken dikkate alınması gerekmektedir.¹³³ Divan, içeriği yetersiz bildirimlerin de sorumsuzluğu ortadan kaldırmaya elverişli olabileceğini belirtse de bildirimlerin, yer sağlayıcının ayrıca bir hukuki inceleme yapmasını gerektirmeyecek şekilde içeriğin hukuka aykırı olduğunu ve içeriği kaldırmanın ifade özgürlüğü ile çelişmeyeceğini açıkça gösteriyor olması gerektiğini de vurgulamıştır.¹³⁴

2. Türk Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

Türk hukukunda dijital platformların sorumluluğu değerlendirilirken dikkate alınması gereken ilk hüküm 5651 sayılı Kanun m 5/1'dir. İlgili hükme göre; “[y]er sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.” 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde E-Ticaret Kanunu’nda da paralel bir düzenlemeye yer verilmekteydi. Buna göre, 01.01.2023 tarihinde yürürlükten kalkan E-Ticaret Kanunu m 9 uyarınca “[a]racı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.”

7416 sayılı Kanun m 3 ile yapılan değişiklikte bu madde değişikliğe uğramış ve AB hukukundaki düzenlemeye paralel bir düzenleme esas alınmıştır. Değiştirilen m 9’a göre,

“(1) Diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir.

(2) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirir.

(3) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyete konu ürünü yeniden yayımlar. Şikâyet ve itirazda; ilgililerin açık kimlik ve adres bilgileri, ihtilafa konu ürün hakkındaki bilgiler; ürünün yayımdan kaldırılması veya yayımlanmasının gerekliliğine dair gerekçeler ile yönetmelikle belirlenen diğer hususlar yer alır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakları saklıdır.”

¹³³ L’Oréal ve diğerleri, para 122; Youtube ve Cyando, para 115.

¹³⁴ Youtube ve Cyando, para 116.

Yukarıdaki hükümler çerçevesinde Türk hukukunda dijital platformların sorumluluğuna ilişkin parçalı bir düzen kabul edildiği söylenebilir. Buna göre, AHS olsun olmasın tüm dijital platformlar yer sağlayıcı olmaları itibarıyla 5651 sayılı Kanun m 5/1 hükmüne tâbidir. Eğer yer sağlayıcı olan dijital platform aynı zamanda AHS ise ETAHS olup olmadığı önemli olmaksızın E-Ticaret Kanunu değişik m 9/1 hükmüne; dijital platform aynı zamanda ETAHS ise E-Ticaret Kanunu m 9/1-2 ve 3'e tâbi olacaktır.

C. Dijital Platformun Sorumluluğunun Hukuki Niteliği: İçerik Sağlayıcının Fiiline Katılma Nedeniyle Haksız Fiilden Kaynaklanan Müteselsil Sorumluluk

FSEK veya SMK gibi özel kanunlara göre müteceviz olarak nitelendirilemediği durumlarda dijital platformun, platform üzerinde gerçekleştirilen fikrî veya sınai hak ihlallerinden sorumlu olup olmayacağı genel hükümlere göre belirlenmelidir. Bu hükümler ise TBK'daki haksız fiil hükümleridir. Müteceviz/asli fail konumunda olmayan dijital platformların sorumluluğu ancak haksız fiilde fer'i fail olmaya dayandırılabilir.¹³⁵

TBK m 61'e göre birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu hüküm çerçevesinde ortada tek bir zarar var ve bu zarardan birden fazla kişi aynı veya farklı sebeplerle sorumlu tutulabilmekteyse her biri mağdura karşı müteselsil olarak sorumlu olacaktır. TBK m 61 gereğince haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumlu tutulacak kişi açısından haksız fiilin; hukuka aykırılık, fiil, illiyet bağı, zarar ve kusurdan oluşan şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi dijital platformlar içerik sağlayıcının fiilinin gerçekleştirilmesine aracılık eden kişilerdir. Yargıtay tarafından da yer sağlayıcılar; içerik sağlayıcının fiiline aracılık etme, kolaylaştırma, yardım etme, teşvik etme gibi fiillerle iştirak eden/katılan kişiler kapsamında değerlendirilmektedir.¹³⁶ Kişinin haksız fiilden katılan olarak sorumlu tutulabilmesi için bu kişilerin olay öncesinde veya olayın icrası esnasında asli faille birlikte davranma iradelerinin bulunması ya da en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olmaları gerekmektedir.¹³⁷ Asli fail ve failin fiiline katılan kişiler kast veya ihmâl birliği içerisinde hareket etmiş olabilirler. Kast birliğinde zarar verenler olay öncesinde veya olayın icrası

¹³⁵ Fikrî hak ihlalleri bakımından yer sağlayıcının sorumluluğunda Borçlar Kanunu'ndaki fer'i failliğe ilişkin hükümlerin uygulanabileceği konusunda İsviçre hukukundaki görüş için bkz Mare Wullschleger, *Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet* (Stämpfli 2015) 98-99, N 181.

¹³⁶ Yargıtay 11 HD, 15509/540, 20.01.2012; Yargıtay 11 HD, 1613/6599, 27.11.2017; Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019 (çalışmadaki bütün kararlara Kazancı İçtihat Bankası'ndan erişilmiştir).

¹³⁷ Eren (n 100) 929.

enasında birbirlerinin davranışından haberdar olmakta ve bilerek ve isteyerek hareket etmektedirler. İhmal birliğinde ise zarar verenler davranışlarından haberdar olmamakla beraber eğer gerekli dikkat ve özeni göstereceklerdi birbirlerinin davranışından haberdar olacaklardır.¹³⁸

Dijital platformun içerik sağlayıcının fiiline katılan olarak sorumluluğu platformun fiili açısından ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Bunlardan ilki; kullanıcılara platformu sunma şeklinde gerçekleşen olumlu fiili, ikincisi ise platformun hukuka aykırılıkları “engellememe”, “ortadan kaldırmama” şeklinde gerçekleşen olumsuz fiilidir. Ayrıca bu inceleme gerçekleştirilirken 5651 sayılı Kanun ve E-Ticaret Kanunu’nda yer alan hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükümler farklı sınıflara sahip dijital platformlar açısından parçalı düzenlemelere yer verdiği için dijital platformların sorumluluğu platformun somut olayın özelliğine göre sahip olduğu sıfat dikkate alınarak belirlenmelidir. İlk olarak yalnızca yer sağlayıcı sıfatına sahip, başka bir deyişle AHS olmayan dijital platformun sorumluluğu incelenecektir. Dolayısıyla bir sonraki başlıktaki incelemeler esasında Yargıtay’ın değişiklik öncesi yer sağlayıcıların hukuki sorumluluğuna ilişkin içtihatlarını da yansıtmaktadır. E-Ticaret Kanunu değişikliği AHS ve ETAHS bakımından yeni düzenlemeler öngördüğünden yalnızca yer sağlayıcı olan dijital platformlar açısından bu içtihatlar uygulanmaya devam edecektir.

D. AHS Olmayan Dijital Platformun Sorumluluğu

1. Platformun Kullanıcılara Sunulmasından (Olumlu Fiilinden)

Dolayı Sorumluluğu

Kişinin “yapma” şeklinde gerçekleşen olumlu bir fiilin varlığı durumunda, fiil sonucunda mutlak bir hakkın veya bir koruma normunun ihlal edilmiş olması haksız fiilin şartlarından hukuka aykırılığın varlığını göstermektedir.¹³⁹ Fikrî ve sınai haklar mutlak haklardan olduğu için platformun platformu kullanıcılara sunma fiili sonucunda, içerik sağlayıcının fiiliyle fikrî veya sınai bir hak ihlal edilmişse, platformun hukuka aykırılık nedeniyle sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılabilir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, olumlu fiili nedeniyle içerik sağlayıcının fiiline katılan sıfatıyla (TBK m 61) sorumluluğunun doğabilmesi için yer sağlayıcının içerik sağlayıcıyla birlikte davranma iradesinin olması gerekir. Bu irade, olay öncesinde veya olay esnasında kast birliği veya ihmal birliği olarak ortaya çıkabilir. Dolayısıyla yer sağlayıcının olumlu fiili nedeniyle katılan sıfatıyla sorumlu olabilmesi için içerik sağlayıcının hukuka aykırı fiilini bilmesi veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek durumda bulunması gerekmektedir.

¹³⁸ ibid 930.

¹³⁹ Gökçe Kurtulan, ‘Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru’ (2017) 23(1) MÜHF-HAD 465, 486.

Burada tartışılması gereken husus, dijital platformun olumlu fiili açısından sorumluluğuna yol açan, içerik sağlayıcının davranışını “bilme” ve “bilebilecek durumda olma” şartlarının hangi esnada olması gerektiğidir. İfade edildiği gibi doktrinde bu şartların olayın öncesinde veya olayın icrası esnasında olabileceği belirtilmiştir. Niteliği gereği tecavüz eylemi (örneğin, markayı kullanma, eseri umuma iletme, tecavüz oluşturan ürünleri satışa sunma gibi), içerik dijital platformda kaldığı sürece devam edeceğinden bu süre içerisinde bilme veya bilebilecek durumda olma dijital platformun olumlu fiili nedeniyle sorumlu tutulabilmesine yol açabilecektir. Bununla beraber, platforma yüklendiği esnada içeriğin hukuka aykırılığını bilmeyen ya da bilebilecek durumda olmayan platformların daha sonra bu hukuka aykırılığı öğrenmesi veya bilebilecek duruma gelmesi halinde, içeriği belli bir süre içerisinde kaldırma imkânı sunulmaksızın yer sağlayıcıyı sorumlu tutmak internetin işleyişine uygun bir yorum olmayacaktır. Bu çerçevede yer sağlayıcının olumlu fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu değerlendirirken bilme ve bilebilecek olma şartı, içeriğin platforma yüklendiği ana, dolayısıyla aslında içerik sağlayıcının fiili gerçekleştirmesinden önceki duruma göre belirlenmelidir.¹⁴⁰ Hukuka aykırılığını sonradan öğrendiği ya da bilebilecek bir konuma geldiği hallerde yer sağlayıcının sorumluluğuna bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırma şeklinde bir davranış yükümlülüğü olup olmadığına göre karar verilmelidir.¹⁴¹

Yer sağlayıcının, yüklenme öncesinde hukuka aykırılığı önceden bildiği ya da bilebileceği durumlar üzerinde durulmalıdır. Yer sağlayıcılık faaliyeti düşünüldüğünde sağlayıcının yüklenme öncesinde hukuka aykırı içeriği bildiğini kabul etmek güçtür. O hâlde yer sağlayıcının hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olduğu ihtimaller önem taşımaktadır. Yer sağlayıcının fikrî ve sınai hak ihlâlini bilebilecek durumda olması ise, onun özen yükümlülüğü ile ilgilidir. Özen yükümlülüğü ise her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Bu çerçevede yer sağlayıcının özen yükümlülüğü belirlenirken; dijital platformun sunduğu hizmetin niteliği ve toplumsal menfaat açısından önemi, dijital platformun üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı ve hukuka uygun kullanımlarının ölçüsü, meydana gelen zarar ve büyüklüğü, dijital platform tarafından alınabilecek tedbirlerin maliyeti ve etkililiği gibi çeşitli kriterlerin dikkate alınması yerinde olacaktır.¹⁴² Örneğin, yer sağlayıcının ücretlendirme politikası,

¹⁴⁰ Tandoğan’a göre, “*Failler birbirlerinin fiillerinden bunların ikaandan önce haberdar olmalıdırlar.*” Bkz Haluk Tandoğan, ‘*Türk Mes’uliyet Hukuku*’ (İlk bası 1961, Tıpkı Bası Vedat 2010) 372’den naklen. *Bozbel* de erişim sağlayıcı açısından sağlayıcının “önceden” ihlalden haberdar olma hali söz konusu olamayacağından içerik sağlayıcıyla birlikte hareket etme iradesinin olmadığını kabul etmiştir. Yazara göre, erişim sağlayıcı ihlalden sonradan haberdar olduğu için yataklık eden sıfatına sahip olabilecektir, bkz Savaş Bozbel, ‘Fikrî Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyatî Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?’ in Tekin Memiş (ed) *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009) 153. Bununla beraber, yataklık eden sıfatı ancak haksız fiil işlendikten ve tamamlandıktan sonra ortaya çıkar, bkz Eren (n 100) 931; Tandoğan (n 140) 374; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Turhan 2018) 577. Fikrî ve sınai haklara tecavüzün niteliği gereği içerik internette kaldığı sürece tecavüz eylemi (örneğin satışa sunma, kullanma, umuma iletme eylemi) dolayısıyla haksız fiil devam ettiğinden yer sağlayıcının yataklık eden sıfatına sahip olması söz konusu olamaz.

¹⁴¹ Bu konu ise aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

¹⁴² Ohly, Trade Mark (n 120) 416-417.

kullanıcıların platforma fikrî ve sınai hakları ihlâl eden içerik yüklemelerini teşvik ediyorsa, bu ihtimalde yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün ağırlaştığı kabul edilebilir.

Özen yükümlülüğü ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken önemli bir konu ise, yer sağlayıcının fikrî ve sınai hak ihlallerini önlemek için tedbir almak yükümlülüğü bulunup bulunmadığıdır. Bu sorunun çözülmesinde, yer sağlayıcının yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığını düzenleyen 5651 sayılı Kanun m 5/1'in göz önüne alınması gerekir.

Bu düzenlemenin mehaızı, DSA m 8'dir (E-Ticaret Yönergesi mülga m 15). Hükümün amacı esas olarak yer sağlayıcıların, yer sağladıkları hukuka aykırı içerikten her durumda sorumlu olacakları endişesiyle internetin özgürce işlemesine hâle gelmesini engellemektir. Şöyle ki, fikrî ve sınai hak ihlallerinin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran yer sağlayıcının, sahip olduğu teknolojik imkânlarla yer sağladığı içeriğin hukuka aykırı olduğunu her zaman bilebileceği ileri sürülebilir. Bu iddia ise, her halükarda hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olan yer sağlayıcının ihlallerden adeta kusursuz sorumluluğu olduğu sonucuna götürebilir.¹⁴³ Bu sonuç kabul edilirse, internetin düzgün işleyişi ve toplumun menfaati açısından önemli bir işlevi yerine getiren yer sağlayıcıların bu iddialarla, dolayısıyla sorumluluk tehditleri ile karşılaşma ihtimalleri, ya yer sağlayıcılık faaliyetinin gerçekleştirilmesi konusunda kişileri caydıracak ya da yer sağlayıcıların otomatik filtreleme şeklinde birtakım tedbirler almasına yol açacaktır. İfade edildiği gibi, bu sonuç toplumun menfaati açısından istenmeyen bir sonuç olmakla beraber çoğu durumda otomatik filtreleme şeklindeki teknolojik önlemler de kişilerin ifade özgürlüğünün ve dijital platformların çalışma hürriyetini ölçsüz bir şekilde kısıtlanmasına yol açacaktır.¹⁴⁴

Şu hâlde bu düzenleme esasen yer sağlayıcıların hiçbir koşulda fikrî ve sınai hak ihlâllerine karşı tedbir alması gerekmediğini düzenlememektedir. Nitekim E-Ticaret Yönergesi Dibacesi'nin 48. paragrafında ulusal hukuk düzenlemelerinin yer sağlayıcılar bakımından özen yükümlülüğü öngörmesinin E-Ticaret Yönergesi m 15'e (5651 s Kanun m 5/1) aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Kaldı ki, ABAD'ın Youtube ve Cyando kararına göre de yer sağlayıcının umuma ileten konumunda olmaması, makul ve basiretli bir işleticinin ihlalleri önlemek için kendisinden beklenebilecek uygun teknolojik önlemleri almasına bağlıdır.¹⁴⁵

Öte yandan Yargıtay, yerleşik içtihatlarında, yer sağlayıcının hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olduğunu kabul etmemekte ve bu nedenle de yer sağlayıcının

¹⁴³ Bu konuda bkz Baistrocchi (n 79) 114.

¹⁴⁴ Esther (n 126) Art 15, para 1. Otomatik filtrelemenin tartışmalı bir yöntem olduğu konusunda bkz Ohly, Red Soles (n 26) 584.

¹⁴⁵ Youtube ve Cyando, para 83-84.

sorumluluğunu ancak hukuka aykırılıktan haberdar edildiği, buna rağmen içeriği yayımdan kaldırmadığı hallerle sınırlandırmaktadır.¹⁴⁶ Kanaatimizce Yargıtay bu yorumu ile yer sağlayıcının olumlu fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu reddetmektedir. Zira Yüksek Mahkeme, istisnasız bir şekilde bilme ihtimalini yalnızca “haberdar edilme” durumu ile sınırlandırarak yer sağlayıcının ancak haberdar edilmiş olması halinde içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğunu ve bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde sorumluluğunun doğacağını kabul etmektedir. Bu itibarla Yargıtay, yer sağlayıcının fiilinin hukuka aykırılığını belli bir durumun ortaya çıkması (“haberdar edilme”) halinde belli bir şekilde davranmamış olmasına bağlamaktadır. Bu ise esasen içeriği kaldırmamaktan doğan yani olumsuz bir davranıştan dolayı sorumluluktur.¹⁴⁷

Yargıtay bu sonuca, yüksek ihtimalle, yer sağlayıcıların araştırma yükümlülüğü olmadığını düzenleyen hükümden (5651 sayılı Kanun m 5/1) hareketle varmaktadır. Zira bu hükmün doktrinde de, DSA m 6’daki (E-Ticaret Yönergesi m 14) gibi bir sorumsuzluk hükmü olarak yorumlandığı görülmektedir.¹⁴⁸ Ancak, yer sağlayıcının araştırmakla yükümlü olmadığı kuralı, yer sağlayıcıyı sorumluluktan tamamen kurtaracak bir şekilde yorumlanmaya müsait bir hüküm değildir. Esasında yukarıda da açıklandığı üzere, yer sağlayıcının araştırmakla yükümlü olmadığı kuralıyla, hukuka aykırı fiillerde ihmal şartının, adeta yer sağlayıcıların kusursuz sorumluluğuna yol açacak şekilde yorumlanması engellenmektedir. Bu itibarla, yer sağlayıcıların araştırmakla yükümlü olmadıkları hükmü, mutlak bir sorumsuzluk hükmü olarak değil yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün sınırlarını belirleyen bir hüküm olarak anlaşılmalıdır.

5651 sayılı Kanun m 5’te yer alan hükmün doktrin ve Yargıtay’ın kabul ettiğinin aksine sorumsuzluk hükmü olarak yorumlanmadığı takdirde yer sağlayıcının hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olması, başka bir deyişle ihmali de olumlu fiili nedeniyle katılan sıfatıyla sorumlu olmasına yol açacaktır.

Eğer, yer sağlayıcı sıfatını haiz dijital platformun özen yükümlülüğünün olduğu kabul edilirse, bu yükümlülüğe aykırı davranması, aşağıda görüleceği gibi olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğundan farklı olarak, platform, içeriği “haberdar edildikten” sonra kaldırmış olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Zira, yer sağlayıcının, ihlal için gerekli teknik imkanları sunması ve somut olayın özelliğine göre belirlenecek özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda fikrî veya sınıai bir hakkın ihlal edilmiş olmasıyla yer sağlayıcı haksız fiile katılmış demektir.

¹⁴⁶ Yargıtay 11 HD, 15509/540, 20.01.2012; YHGK 11-1138/16, 15.01.2014; Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019; Yargıtay 11 HD, 766/2582, 30.03.2022.

¹⁴⁷ Haberdar edilme ve kaldırmama şartının kusur değil, “yapmama” fiili çerçevesinde hukuka aykırılık unsuru içerisinde değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz Özlem Tüzüner, ‘Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihağı’ in Tekin Memiş (ed) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığı 2013* (Yetkin 2015) 471.

¹⁴⁸ Zeynep Yasaman, ‘Avrupa Birliğı ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları’ (2019) 27(2) MAAD 263, 287; Ateş (n 19) 75; Yusufoglu Bilgin, *Fikri Mülkiyet* (n 84) 506; Erdem Büyüksağış ve Defne Kahveci, ‘“Çiçeksepeti Kararı” Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler’ (2022) 48(2) YD 305, 307-308.

Yargıtay ve doktrinde kabul edilmemekle beraber, yukarıda anılan şekilde somut olayın özelliğine göre inceleme yapılmasını öneren bu yorumun, yer sağlayıcıların ve hak sahiplerinin menfaatleri arasında daha dengeli bir sonuca yol açtığı ve ABAD kararlarıyla da uyumlu olduğu söylenebilir. Her şeyden önce, Yargıtay'ın kabul ettiği şekilde yer sağlayıcıların istisnasız olarak yalnızca “haberdar edilmiş” ve içeriği yayımdan kaldırmamışlarsa sorumlu tutulabilecekleri, ABAD kararlarına konu uyuşmazlıklarda da görüldüğü şekilde, hukuka aykırı yüklemeyi doğrudan veya dolaylı olarak teşvik ederek ihlaller için elverişli bir ortam sağlayan dijital platformları sorumluluktan kurtaracaktır. Örneğin, TPB gibi platformlar ancak içerikten haberdar edildikleri ve içeriği yayımdan kaldırmadıkları takdirde sorumlu olacaklardır.

Oysa, birçok olumlu etkisi olmasına rağmen dijitalleşme, hak sahiplerinin hakları üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir. Dijital platformların sorumluluğu, kanunun öngördüğünden fazla sınırlandırılarak hak sahipleri üzerindeki olumsuz etki daha da artırılmamalıdır.¹⁴⁹ İnternetin henüz gelişim aşamasında olduğu dönemde faaliyetleri sınırlı olan yer sağlayıcının mutlak sorumsuzluğunun kabul edilmesi anlaşılabilir. Günümüzde ise fikrî ve sınai hakların büyük ölçüde kullanıma konu edildiği dijital platformlar teknolojinin sunduğu imkanlar çerçevesinde yer sağlama faaliyetini aşan şekillerde faaliyette bulunabilmektedirler. Dolayısıyla, halihazırda internetin geldiği nokta itibarıyla yer sağlayıcıların sorumluluğunun yalnızca güvenli liman düzenlemesinden hareketle belirlenmesi her durumda adil sonuçlara yol açmayacaktır.¹⁵⁰

Yargıtay'ın henüz önüne bir uyuşmazlık gelmemesi nedeniyle bu hususları tartışma imkânı elde edememiş olduğu söylenebilir. Ancak, yerleşmiş içtihatlarında Yüksek Mahkeme'nin yer sağlayıcının sorumluluğunu yalnızca haberdar edilmiş ve içeriği kaldırmamış olması ile sınırlamasının yukarıda açıklanan sebeplerle isabetli olmadığı söylenebilir.

2. Engellememe veya Ortadan Kaldırmama Şeklindeki Olumsuz Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu

a. Yer Sağlayıcının Engelleme veya Ortadan Kaldırma Şeklindeki Yazılı Olmayan Davranış Yükümlülüğü

AHS niteliğinde olmayan dijital platformun, yapma fiilinden kaynaklanan sorumluluğunun tesis edilemediği ancak içerik platforma yüklendikten sonra platformun hukuka aykırılığı bilecek veya bilebilecek bir duruma geldiği hallerde platformun içeriği kaldırmama nedeniyle sorumlu olup olmadığı da incelenmelidir. Bu

¹⁴⁹ Angelopoulos ve Smet (n 106) 287.

¹⁵⁰ Yukarıda belirtildiği gibi katılan sıfatıyla sorumluluğun reddedilmesi ve sorumluluğun haberdar edilmiş olmasına rağmen içeriği yayımdan kaldırmamış olmakla sınırlanmasının kabulünde AB hukukunda yer alan güvenli liman (E-Ticaret Yönergesi m 14) düzenlemesinin etkisi görülmektedir.

inceleme bakımından, her şeyden önce dijital platformun, yapma fiilinden kaynaklanan bir sorumluluğu olmasa bile platform üzerinde gerçekleştirilen hukuka aykırılıkları içeriğin platforma yüklendiği esnada “engellememe” ya da sonradan ortaya çıkan birtakım durumları (örneğin, haberdar edilmeyi) takiben “ortadan kaldırmama” şeklindeki olumsuz davranışının hukuka aykırı olup olmadığı belirlenmelidir. Yapma fiillerinden farklı olarak yapmama fiillerinin hukuka aykırı olabilmesi için mutlak hakkın ihlal edilmiş olması değil, bir davranış normunun, “belli bir şeyi yapma ödevinin” ihlal edilip edilmediği aranmaktadır.¹⁵¹ Bu davranış normu yazılı kurallardan kaynaklanabileceği gibi yazılı olmayan kurallardan da kaynaklanabilmektedir.¹⁵²

Davranış normunun yazılı kurallardan kaynaklandığı durumlarda hareketsiz kalma kanuna aykırılık nedeniyle her halükarda hukuka aykırı bir fiil oluşturacaktır.¹⁵³ Ancak yazılı bir davranış normunun bulunmadığı hallerde, kendi fiilleri ile üçüncü kişilerin mutlak haklarına yönelik tehlikeli bir durumun oluşmasına yol açan kişinin¹⁵⁴ hareketsiz kalarak, başka bir deyişle, “engellememe” veya “ortadan kaldırmama” fiiliyle bir zarara yol açması halinde bu kişinin kendisini belli bir şekilde davranmaya zorlayan bir davranış yükümlülüğünün olup olmadığı ya da bunun sınırının ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵⁵

Bu çerçevede her şeyden önce, dijital platformlar açısından, platformun üçüncü kişilerin fikrî ve sınai haklarının ihlal edilmesine elverişli “tehlikeli” bir ortam sağlaması nedeniyle, bu hak ihlallerini “engelleme” konusunda belli bir davranış yükümlülüğünün olup olmadığı sorulmalıdır. Bu soru olumsuz bir şekilde yanıtlanmalıdır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, engelleme yükümlülüğü ile kastettiğimiz, yukarıdaki başlıkta söz edilen basiretli bir işleticinin alması kendisinden beklenecek tedbirleri almış olmasına rağmen fikrî ve sınai hak ihlali meydana gelmişse, sağlayıcının bundan sorumlu olup olmayacağıdır. Zira, sağlayıcının engelleme yükümlülüğü olduğunun kabulü, hakkın ihlal edilmesi halinde yer sağlayıcının ihlali engellememesi nedeniyle her durumda sorumluluğuna yol açacaktır. Oysa böyle bir sonuç, yer sağlayıcının kusursuz sorumluluğu anlamına gelecek olup, 5651 sayılı Kanun m 5/1’in amacına da aykırıdır. Şu hâlde kendisinden beklenebilecek tedbirleri alan makul ve basiretli bir işletici, bu tedbirlere rağmen gerçekleşen fikrî ve sınai hak ihlallerinden sorumlu olmayacaktır.¹⁵⁶

¹⁵¹ Yeşim Atamer, *Haksız Fiil Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (Beta 1999) 25.

¹⁵² Tuba Akçura Karaman ‘Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı’ (2004) 3(1) GSÜHFD 554, 568.

¹⁵³ Eren (n 100) 674.

¹⁵⁴ Yapmama fiilinin hukuka aykırı olup olmadığı özellikle davranışları ile tehlikeli bir durum yaratan kişinin sorumluluğu incelenirken dikkate alınmaktadır. Bkz Kurtulan (n 139) 487; Atamer (n 151) 34 vd.

¹⁵⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz Atamer (n 151) 34 vd; Akçura Karaman (n 152) 553 vd; Kurtulan (n 139) 466 vd.

¹⁵⁶ *Yusufoğlu*, aracı hizmet sağlayıcıların engelleme konusunda davranış yükümlülüklerinin olmadığını açıkça ifade etmese de, ihlali engelleme için gerekli tedbirleri almayan araçların ancak somut bilgiye sahip olmaları ve buna rağmen *pasif kalmaları* durumunda sorumluluklarının doğacağını kabul etmektedir. Yazarın bu görüşü, makul ve basiretli bir işleticinin alması gereken tedbirlerin alınmaması hali için de geçerli gibi anlaşılmaktadır. Bkz Yusufoğlu Bilgin, *Dijital Piyasalar* (n 17) 500-501, 505-506.

Peki, hukuka aykırılıkları “engelleme” şeklinde bir yükümlülüğü olmamakla beraber, yer sağlayıcı hukuka aykırılığı sonradan öğrenmiş ya da öğrenebilecek bir duruma gelmişse hukuka aykırılığa yol açan içeriği “ortadan kaldırma”, daha uygun bir ifadeyle yayımdan kaldırmakla yükümlü müdür? Bu noktada engellememe yükümlülüğü hakkında söylediklerimizden farklı olarak kendi hâkimiyet alanındaki mutlak hak ihlâlinden haberdar olan yer sağlayıcının içeriği kaldırmaması onu ihlâl katılan konumuna (TBK m 61) sokacaktır.¹⁵⁷ Nitekim bu hususta, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarıyla, hak sahipleri tarafından içeriğin hukuka aykırılığından “haberdar edilmiş” olmaları halinde yer sağlayıcıların içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁸ Buna göre, yer sağlayıcı içeriğin hukuka aykırılığından haberdar edilmiş olmasına rağmen içeriği yayımdan kaldırmamışsa içerik sağlayıcıyla beraber fikrî ve sınai hak ihlallerinden müteselsilen sorumlu olacaktır.

b. İhlâli Ortadan Kaldırma Yükümlülüğü Çerçevesinde Yer Sağlayıcının Haberdar Edilmesinin Özel Bir Usulü Var mıdır?

Haberdar edilme şartının sağlanması için belli bir usulün izlenip izlenmemesi gerektiği konusunda ise Yargıtay’ın kararları farklılaşmaktadır. Burada Yargıtay’ın bazı kararlarında yer sağlayıcının hukuki sorumluluğu tesis edilirken özellikle FSEK Ek madde 4/3 ve 5651 sayılı Kanun m 5/2’ye gönderme yapıldığı görülmektedir.¹⁵⁹ FSEK Ek madde 4/3’te eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin FSEK’te düzenlenen haklarının ihlal edilmiş olması halinde hak sahiplerinin önce içerik sağlayıcıya başvurmaları, bu başvurudan üç gün içerisinde sonuç alınmaması halinde Cumhuriyet Savcısı’na başvurarak “servis sağlayıcıdan”¹⁶⁰ hizmetin durdurulmasını talep etmeleri gerekmektedir. 5651 sayılı Kanun m 5/2’ye göre ise yer sağlayıcı, belirli suçların varlığı ve kişilik haklarının ihlali halinde belli bir usule uygun olarak yayımdan kaldırma ve erişimin engellenmesini düzenleyen m 8 ve m 9 hükümlerine göre haberdar edilmiş olması halinde içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlüdür. Bu hükümlerde yer sağlayıcının içeriği kaldırmakla yükümlü tutulması için belli bir usulün izlenmesi gerekseyse de Yüksek Mahkeme ağırlıklı olarak yer sağlayıcının ihtarname gibi yöntemlerle herhangi bir şekilde önceden uyarılmaları halinde içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğunu da belirtmektedir. Bu çerçevede Yargıtay içtihatları uyarınca, yer sağlayıcının içeriği kaldırmakla yükümlü tutulabilmesi için izlenmesi gereken özel bir usul bulunmamaktadır.

¹⁵⁷ Özel bir düzenleme bulunmadığı dönemde İsviçre hukukunda da durumun böyle olduğu hakkında bkz Wullschleger (n 135) 134, N 243. Ayrıca bkz Yusufoglu Bilgin, Fikri Mülkiyet (n 84) 515.

¹⁵⁸ Bkz yuk dn 146’daki kararlar.

¹⁵⁹ Yargıtay 11 HD, 8816/11666, 04.06.2013; Yargıtay 11 HD, 902/11631, 17.06.2014; Yargıtay 11 HD, 725/7399, 01.06.2015; Yargıtay 11 HD, 7120/649, 25.01.2018.

¹⁶⁰ Hükümdeki servis sağlayıcının ancak yer sağlayıcı olabileceği ve hükmün eleştirisi için bkz Bozbel, İhtiyati Tedbir (n 140) 153 vd.

Bu noktada kanaatimizce iki husus tartışılabilir. Bunlardan ilki mevcut kanuni düzenlemelerin, içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulması açısından yer sağlayıcının belli bir şekilde haberdar edilmesi konusunda özel bir usul öngörüp öngörmediğidir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından yer sağlayıcının haberdar edilmesi durumunda içeriği kaldırmakla yükümlü tutulmasının kanuni dayanağı olarak 5651 sayılı Kanun m 8 ve 9 hükümleri gösterilmektedir.¹⁶¹ Bununla beraber, bu hükümler belirli suçlar ve kişilik hakkı ihlalleri bakımından öngörülmuş hükümlerdir. Bu nedenle, fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından ilgili hükümlerin uygulama alanı bulunmamaktadır.¹⁶² Fikrî haklar bakımından ise FSEK Ek madde 4/3, doktrinde eleştirilen bir hüküm olmakla beraber, ihlale konu eserlerin içerikten çıkarılması için özel bir usul öngörmüştür. Dolayısıyla yer sağlayıcının katılan sıfatıyla sorumlu olmamak için içeriği kaldırmak konusunda davranış yükümlülüğünün doğabilmesi için kanunda halihazırda var olan özel bir usulün¹⁶³ Yargıtay kararları ile göz ardı edilmesinin isabetli olup olmadığı tartışılabilir. Sınai haklar bakımından ise Yargıtay içtihatlarının olduğu dönemde herhangi özel bir hüküm olmadığından, bu haklar bakımından yer sağlayıcıların yazılı olmayan bir davranış yükümlülüğüne tâbi kılınması mümkün olacaktır.

Tartışılacak ikinci husus ise, yer sağlayıcıların haberdar edilmiş olması şartının sağlanması için özel bir usulün kabul edilmemiş olmasının hak sahipleri ile içerik sağlayıcıların/toplumun menfaatleri arasındaki dengeyi yeterince sağlayamamasıdır. Bu noktada haberdar edilmiş olmak için özel bir usul öngörülmediğinden hem bildirinin/uyarının ne şekilde yapılacağı hem de içeriğinin ne olması gerektiği belirsizdir. Ancak Yargıtay'a göre "*hak sahiplerinin, içeriğinin kaldırılmasını talep ederken, kendilerinin önceden elde edilmiş üstün hak sahibi olduklarını yaklaşık ispata yeterli delillerini de*" yer sağlayıcılara sunmaları gerekmektedir.¹⁶⁴ Bu çerçevede, örneğin kişinin yalnızca platformda yer alan eserin sahibinin kendisi olduğunu, yer sağlayıcının elektronik posta adresine göndereceği bir beyan ile belirtmesi dijital platformun içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olması için yeterli olacak mıdır? Platformun bu nitelikteki bildirimler için özel bir uyar-kaldır sistemi kurmuş olması halinde bu sistem haricinde gerçekleştirilen bildirimler haberdar edilme şartını sağlayacak mıdır? Hak sahipleri tarafından değil de, üçüncü kişiler tarafından yapılan bildirimler haberdar edilme şartının değerlendirilmesinde dikkate alınacak mıdır? Yer sağlayıcıya karşı dava açılmış olması halinde dava dilekçesinin tebliğ edilmesi yer sağlayıcının haberdar edildiği anlamına gelecek midir? Yine FSEK ve SMK'da

¹⁶¹ Ateş (n 19) 102: "5651 sayılı Kanun onları, hukuka aykırı içerikten haberdar edilmeleri kaydıyla, teknik olarak söz konusu içeriğin yayından kaldırılması veya erişimin engellenmesi ile yükümlü tutulmuştur." Ayrıca bkz Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha 2018), 548-551; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015) 321-322; Yusufoglu Bilgin, *Fikri Mülkiyet* (n 84) 508-510.

¹⁶² Tüzüner (n 136) 474-475; Bozbel, *İhtiyati Tedbir* (n 140) 144.

¹⁶³ Karş. Yusufoglu Bilgin, *Fikri Mülkiyet* (n 84) 522.

¹⁶⁴ Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019.

öngörülen sınırlamalar ve istisnalar dikkate alındığında, kişinin fikrî ve sinaî haklar bakımından önceden elde edilmiş üstün bir hakka sahip olması, bu kişinin hakka konu unsurları üçüncü kişilerin kullanmasını mutlak bir şekilde engelleyebileceği anlamına gelmemektedir. Hakkın kapsamına getirilen bir istisnanın varlığı halinde yalnızca üstün hak beyanıyla içeriğin yayımdan kaldırılması adil bir sonuç doğuracak mıdır?

Yargıtay içtihatları çerçevesinde, haberdar edilmiş olma için özel bir usulün kabul edilmemesi yukarıda anılan şekilde hukuki belirsizliklere yol açabileceği gibi ifade özgürlüğünün Anayasa'ya aykırı bir şekilde sınırlandırılmasına da yol açabilir. Nitekim yer sağlayıcılar herhangi bir yöntemle yapılan yetersiz iddiaların varlığı halinde dahi hukuki sorumluluk tehdidi altında kalmamak amacıyla içeriği yayımdan kaldırmayı tercih edebileceklerdir.¹⁶⁵

c. Yer Sağlayıcının Fikrî ve Sinaî Hak İhlalinden Başka Yollarla Haberdar Olması Hâlinde Kaldırma Yükümlüğü

Yargıtay kararlarında yer sağlayıcının davranış yükümlülüğü “haberdar edilme” ile sınırlandırıldığından dijital platformun kendi eylemleri sonucunda içeriğin hukuka aykırılığından haberdar olması veya haberdar olabilecek bir duruma gelmesi halinde içeriği kaldırmakla yükümlü olup olmadığı ise net değildir. ABAD kararlarına konu olduğu üzere, tüm kullanıcılara sağlanan hizmetin yanı sıra dijital platformun kendisine münferit bir içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı verecek şekilde, sonraki birtakım davranışlarının (aktif rolünün) gerçekleşmesi de dahil olmak üzere, platformun içeriğin hukuka aykırılığını gösteren durum ve koşullardan haberdar olması halinde de platform içeriği belli bir süre içerisinde kaldırmamışsa sorumlu tutulabilmelidir. Bu durumda, ihlale konu hakkın niteliği ve ihlalin gerçekleşme şekli platformun hukuka aykırılığı bilme veya bilebilecek durumda olma halinin değerlendirilmesinde özel bir öneme sahip olacaktır. Zira, dijital platform hukuki nitelendirme yapma konusunda yetkili merci değildir. Örneğin, marka gibi ayırt edici ad ve işaretlerin söz konusu olduğu durumlarda ihlalin varlığı için gereken işaretlerin ve mal veya hizmetin benzer olup olmadığı, karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı ya da markanın üzerinde kullanıldığı ürünün sahte olup olmadığının ilk bakışta tespiti mümkün değildir. Ancak, örneğin markalı bir ürünün çok düşük bir fiyata satışa sunulması halinde¹⁶⁶ ya da yeni çıkan bir filmin platform üzerinden paylaşılması halinde, platform münferit içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı elde edecek davranışlarda bulunmuş ancak içeriği gecikmesizin yayımdan kaldırmamışsa hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olduğu ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna daha rahat ulaşılacaktır.

¹⁶⁵ Baistorocchi (n 79) 130.

¹⁶⁶ Benzer örnekler için bkz Çolak, Marka (n 161) 553.

3. Tazminat Dışındaki Taleplerin Yer Sağlayıcıya Karşı İleri Sürülmesi

Yargıtay kararlarıyla yer sağlayıcının kusurunun yalnızca haberdar edildiği halde içeriği kaldırmamış olmakla sınırlanması, önceden haberdar edilmemesi nedeniyle tazminat sorumluluğuna muhatap olamayacak yer sağlayıcının önleme ve durdurma davalarında davalı olup olamayacağı ve yer sağlayıcı aleyhine önleme veya durdurma kararı verilip verilemeyeceği sorununa yol açmaktadır. Yargıtay çoğu kararında önceden haberdar edilmeyen yer sağlayıcıya karşı önleme ve durdurma taleplerinin ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.¹⁶⁷ Bununla beraber Yüksek Mahkeme, 2017 tarihli bir kararında¹⁶⁸ ise, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi talepleri bakımından yer sağlayıcıların sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurun şart olduğu bu nedenle yer sağlayıcının haberdar edilmiş ve içeriği yayımdan kaldırmamış olması gerektiğini belirtmiştir.

Bu itibarla, her ne kadar Yüksek Mahkeme yer sağlayıcının sorumluluğunun “varlığını” haberdar edilme şartına bağlamış olsa da yer sağlayıcılara karşı yöneltilebilecek tazminat talepleri ile tazminat dışındaki talepler arasında bir ayrım gidilmiştir. Anılan yöndeki ayrımın hareket noktası ise fikrî ve sınai hakka tecavüz eylemlerinin varlığı için kusur şartının aranmaması, dolayısıyla tecavüzün önlenmesi veya kaldırılması taleplerinin her zaman ileri sürülebilmesi, ancak tazminat talep edilebilmesi için mütecevizin ayrıca kusurlu olmasının aranmasıdır. Bu çerçevede, yer sağlayıcı hukuka aykırılıktan haberdar edilmese, başka bir deyişle, sağlayıcının kusurunun varlığından söz edilemese dahi Yargıtay’ın ilgili kararları çerçevesinde yer sağlayıcı aleyhine tecavüzün önlenmesi ve durdurulması kararının verilebilmesi mümkündür.

Kanaatimizce Yargıtay’ın bu içtihadı eleştirilebilir. Fikrî ve sınai hak ihlallerinde tazminat dışındaki talepler bakımından kusurun aranmadığı doğrudur. Ancak bu durum yalnızca kanunda sayılan fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, dolayısıyla bu fiili gerçekleştiren, müteceviz sıfatına sahip olan kişi açısından geçerlidir. Oysa yer sağlayıcılar daha önce de belirtildiği üzere içeriğe müdahale etmedikleri sürece asli fail/müteceviz konumunda değildir. Yer sağlayıcıların sorumluluğu ancak fer’i fail olmalarının şartları gerçekleştiyse doğar. Bu durum, sadece tazminat bakımından değil, tazminat dışı talepler bakımından da geçerlidir.¹⁶⁹ Dolayısıyla hukuka aykırı içeriği bilmediği için fer’i fail olamayacak yer sağlayıcı aleyhine de

¹⁶⁷ Yargıtay 11 HD, 15509/540, 20.01.2012; Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019; Yargıtay 11 HD, 7666/2582, 30.03.2022; Yargıtay 11 HD, 7666/2582, 30.03.2022.

¹⁶⁸ Yargıtay 11 HD, 1613/6559, 27.11.2017.

¹⁶⁹ Özel bir düzenleme bulunmadığı dönemde İsviçre hukukunda da durumun böyle olduğu hakkında bkz Wullschleger (n 135) 107, N 197.

tazminat dışındaki durdurma veya önleme talepleri ileri sürülemez¹⁷⁰. Bu taleplerin öne sürülebilmesi için hak sahibi tarafından yapılan ihtarın sonuçsuz kalması veya -Yargıtay tarafından kabul edilmese de- yer sağlayıcının özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi gerekir.

Kısaca müteceviz sıfatına sahip olmayan ve kusuru olmadığı için de TBK m 61 gereği müteselsilen sorumlu tutulamayan yer sağlayıcı aleyhine önleme veya durdurma kararlarının verilebilmesi mümkün olmayacaktır. Yer sağlayıcının kusurunun olup olmadığı ise işin esasına ilişkin bir incelemeyi gerektirmektedir.

E. AHS Olan Dijital Platformun Sorumluluğu

1. E-Ticaret Kanunu m 9/1 (Sorumluluktan Muafiyet Hükümü)

AHS olan dijital platformların sorumluluğu incelenirken E-Ticaret Kanunu m 9'daki hükmün dikkate alınması gerekecektir. Hükme göre, "*Diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir.*" Hemen ifade edelim ki, bu başlık altında anlatılanlar bütün AHS'leri kapsamaktadır (ETAHS olan ve olmayanlar).

Daha önce de açıklandığı gibi, 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce E-Ticaret Kanunu m 9/1'de, 5651 sayılı Kanun m 5/1 ile benzer bir düzenlemeye yer verilerek AHS'nin hukuka aykırılığı araştırmakla yükümlü olmadığı hüküm altına alınmıştı. E-Ticaret Kanunu m 9/1, 7416 sayılı Kanun ile değiştirilmiş, araştırma yükümlülüğü olmadığı kuralı yerine, yukarıda alıntılanan hüküm getirilmiştir.

Öncelikle belirtelim ki, E-Ticaret Kanunu m 9/1'de yapılan değişiklik sonrasında AHS'nin hukuka aykırı içeriği araştırmakla yükümlü tutulabileceği söylenemez. Zira her AHS aynı zamanda yer sağlayıcı da olacağından, 5651 sayılı Kanun m 5/1'de öngörülen yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriği araştırmakla yükümlü olmadığı kuralı AHS'ler hakkında da uygulanacaktır.¹⁷¹ Böylece 7416 sayılı Kanun öncesinde

¹⁷⁰ Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 509. Benzer şekilde, Çolak, internet üzerinde gerçekleştirilen satışlar bakımından patent hakkına tecavüzün tespiti davasının internet sitesi sahibine karşı ancak gerekli uyarı yapıldığı takdirde açılacağı, aksi takdirde site sahibine husumetin yöneltilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar tecavüzün tespiti davası bakımından yaptığı açıklamaları tecavüzün durdurulması davası için yinelemekte, tecavüzün önlenmesi ve kaldırılması davaları için ise davada husumetin SMK'da patent hakkına tecavüz olarak kabul edilen eylemleri gerçekleştiren mütecevize karşı yöneltilebileceğini belirtmektedir. Bkz Uğur Çolak, *Türk Patent Hukuku*, (Adalet 2022) 1025-1049.

¹⁷¹ 7416 sayılı Kanun Gerekçesi'nde E-Ticaret Kanunu m 9/1'de yapılan değişiklik hakkında "*Birinci fıkrada yer alan aracı hizmet sağlayıcının, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin mevcut hüküm muhafaza edilmiştir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Bkz İzmir Milletvekili Hamza Dağ ve 11 Milletvekilinin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4528) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 345, m 3 Gerekçesi. Ancak AHS'nin araştırmakla yükümlü olmadığına ilişkin hüküm açık bir sorumsuzluk hükmü olmayıp, yukarıda yer sağlayıcılar bakımından yapılan açıklamalar çerçevesinde, yalnızca AHS'nin hukuka aykırılığı bilecek veya bilebilecek durumda olması değerlendirilirken dikkate alınabilecek bir hükümdür.

E-Ticaret Kanunu m 9’da öngörülen mükerrer düzenleme yürürlükten kaldırılmış, araştırma yükümlülüğüne tâbi olmak açısından AHS’nin hukuki durumunda bir değişiklik yapılmamıştır.

Değişiklik sonucunda, E-Ticaret Kanunu m 9/1 ile, AHS’ler bakımından başkasına ait içeriklerle ilgili olarak, AB hukukunda olduğu gibi sorumluluktan muafiyet hükmü öngörülmüştür. Hükmün gerekçesinde de DSA da dahil olmak üzere AB mevzuatından yararlanıldığı ifade edilmiştir.¹⁷² Nitekim, E-Ticaret Kanunu m 9/2 ve 3’te de, DSA m 6’da olduğu gibi muafiyet hükmünün istisnaları (AHS’nin olumsuz fiili çerçevesinde) düzenlenmiştir. Bu itibarla, aşağıda söz konusu muafiyetin AHS’nin olumlu fiilinden ve olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği AB hukukundan da faydalanılarak açıklanacaktır.

2. Muafiyet Hükmünün AHS’nin Olumlu Fiilinden Sorumluluğuna Etkisi

E-Ticaret Kanunu m 9’da sorumluluktan muafiyetin istisnalarına AHS’nin olumsuz fiili (içeriği kaldırmama) çerçevesinde yer verilmiştir. Muafiyet istisnalarının yalnızca olumsuz fiil temelinde kaleme alınmış olması nedeniyle, E-Ticaret Kanunu m 9/1’in acaba AHS’yi olumlu fiilinden mutlak olarak sorumsuz kıldığı söylenebilecek midir? Burada tekrar hatırlatmak gerekir ki, AHS olmayan dijital platformların (yani sadece yer sağlayıcıların) olumlu fiilinden sorumluluğu özellikle sağlayıcının özen yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda tesis edilebilmekteydi. Bu çerçevede, E-Ticaret Kanunu m 9/1’in, AHS’nin olumlu fiili bakımından özen yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir hüküm olup olmadığı incelenmelidir.

Yukarıda sorulan soru, muafiyet hükmünün AB hukukunda kabul edilen uygulanma alanından hareketle cevaplandırılabilir. Şöyle ki, yukarıda ayrıntısıyla anlatıldığı gibi, her şeyden önce ABAD, özellikle umuma iletim ile ilgili kararları çerçevesinde dijital platformun belli bir dereceye kadar özen yükümlülüğünün olduğunu ve bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde platformun umuma ileten olarak sorumlu olacağını kabul etmektedir. Dijital platformun müteceviz olarak sorumluluğunun tesis edilemediği hallerde ise muafiyet hükmünün uygulanma alanı yalnızca yer sağlayıcının pasif rol aldığı hallerle sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla yer sağlayıcı gerek müteceviz olduğu gerekse de aktif rol aldığı hallerde¹⁷³ sorumsuzluk hükmünden faydalanamayacaktır. Bu itibarla; her ne kadar Türk hukuku açısından dijital platformun belirli haller dışında müteceviz olarak sorumlu olmaması ve katılan sıfatıyla sorumlu tutulması gerektiğini ifade etsek de katılan sıfatıyla sorumluluk

¹⁷² “Elektronik ticarete yaşanan değişim ve karşılaşılan yeni sorunların çözümüne yönelik olarak dünyada farklı mevzuat çalışmaları yürütülmektedir. Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan 2019/1150 sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları İçin Adillliği ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye İlişkin Tüzük ile Dijital Hizmetler ve Dijital Piyasalar düzenleme tasarımları bulunmaktadır.” 345 Sıra Sayılı Komisyon Raporu, Genel Gerekeçe, 10.

¹⁷³ Teorik bir ayırım olmakla beraber, aktif rol bakımından sorumsuzluk hükmünün uygulanabileceği ve olumsuz davranıştan dolayı sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin farklı bir yorum için bkz başlık III, E, 3, b, aa.

halinde uygulama alanı bulacak olan E-Ticaret Kanunu m 9/1 hükmü, AHS'nin, ABAD içtihatları çerçevesinde kabul edilen özen yükümlülüğünü de ortadan kaldıran bir hüküm olarak yorumlanmamalıdır.

Kaldı ki, DSA Dibacesi'nin 17. paragrafında da yer sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, yalnızca, sağlayıcının hizmetin alıcısı tarafından sağlanan *hukuka aykırı içerikle ilgili olarak sorumlu tutulmadığı hallerde uygulanacağı* ve ilgili muafiyet hükümlerinin, sağlayıcının *hangi durumlarda sorumlu tutulabileceğini temellendirdiği* şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla, esasında 17. paragrafta da güvenli liman düzenlemesinin, hükümdeki koşulları yerine getiren (haberdar olma/edilme halinde içeriği kaldıran) yer sağlayıcıların mutlak anlamda sorumsuz kabul edilmesine yol açmayacağı zımnen ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, yer sağlayıcının sorumlu tutulabileceği tek senaryo, hükümdeki hallerin gerçekleşmiş olmasına (haberdar olma veya farkında olma) rağmen içeriği kaldırmaması olarak kabul edilemeyecektir. Bu çerçevede, aslında artık yer sağlayıcının sorumsuzluğuna ilişkin hüküm bir “güvenli liman” düzenlemesi olmaktan ziyade yer sağlayıcının hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulmadığı hallerde, sağlayıcıyı belli bir davranış yükümlülüğüne muhatap kılan bir hükümdür. Bu haliyle AB hukukundaki düzenleme, yukarıda incelediğimiz olumsuz fiilden sorumluluk alanını düzenlemektedir. Olumlu fiilden dolayı sorumluluk ise ilgili üye devletlere veya duruma göre ABAD kararlarına bırakılmıştır.

Öte yandan, AB hukukunda DSM Yönergesi m 17 ile dijital platformlar çeşitli tedbirler alma konusunda yükümlü tutulmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde de fikir ve sanat eseri sahibinin mali haklarının ihlali bakımından yer sağlayıcıların Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu (*Digital Millennium Copyright Act – DMCA*)'nda¹⁷⁴ öngörülen sorumluluk muafiyetinden yararlanabilmesi için sağlayıcının kendisinden beklenebilecek ve mali açıdan ciddi bir külfete yol açmayacak önlemleri almış olması gerekmektedir (DMCA m 512(i)).¹⁷⁵

O hâlde, buraya kadar açıklananlardan AB hukukunu iç hukukuna aktarmayı hedeflediği söylenebilecek olan Türk hukuku bakımından da şu tespitlerde bulunulabilir: Yukarıda yer sağlayıcılar bakımından kabul edilmesini önerdiğimiz olumlu fiillere ilişkin “özen yükümlülüğü”, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle paralel olarak, AHS'ler bakımından da kabul edilebilir. Özen yükümlülüğünü ihlal etmemesi nedeniyle olumlu fiilden sorumlu tutulamayan yer sağlayıcının *olumsuz fiilden kaynaklanan sorumluluğu E-Ticaret Kanunu m 9'a göre belirlenmeli* ve ancak m 9/2 ve 3'teki şartlar gerçekleşmişse AHS'nin olumsuz fiilden kaynaklanan sorumluluğuna gidilebilmelidir.

¹⁷⁴ Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 2887, October 28 1998.

¹⁷⁵ Esasında bu düzenleme ile, günümüzde, hukuka aykırı içeriklerin tespit edilmesini kolaylaştıran teknolojilere erişebilirlik arttıkça yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün de arttığı kabul edilmiştir. Bkz Kamiel Koelman ve Bernt Hugenholtz, Workshop on Service Provider Liability (1999), World Intellectual Property Organization 30, <<https://www.ivir.nl/publicaties/download/wipo99.pdf>> erişim tarihi: 30.11.2022.

Yeri gelmişken vurgulamak gerekir ki, E-Ticaret Kanunu m 9/1 değişikliğinin yalnızca AHS'ler bakımından değil 5651 sayılı Kanun ile tüm yer sağlayıcılar bakımından kabul edilmesi çok daha isabetli olabilirdi. Her ne kadar Yargıtay içtihatlarıyla AHS olmayan yer sağlayıcılar bakımından da benzer bir sonuca ulaşıyor olsa da kanunda AHS olan yer sağlayıcılar ile AHS olmayan yer sağlayıcılar arasında sorumluluk konusunda bir ayırımın yapılması ve bu iki yer sağlayıcıyı farklı hükümlere tâbi tutulması uygun olmamıştır. Bu iki grup arasında farklılık yaratılmasını gerektiren haklı bir neden yoktur.

3. Muafiyet Hükümünün İstisnası: AHS'lerin Olumsuz Fiilinden Sorumluluğu

a. ETAHS Olmayan AHS Olan Dijital Platformlar

E-Ticaret Kanunu m 9/2 ve 9/3 hukuka aykırı içeriği kaldırma yükümlülüğü ve fikrî ve sınai haklar bakımından özel bir uyar-kaldır sistemi öngörmektedir. Ancak hükmün lafzına bakıldığında bu yükümlülüklerin süjesi ETAHS ile sınırlandırılmıştır. ETAHS, belirtildiği gibi, AHS sıfatına sahip yer sağlayıcılardan daha dar bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla hükmün lafzına bakıldığında ETAHS olmayan AHS'ler bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırma şeklinde bir davranış yükümlülüğü olmadığı görülmektedir. Bu durumun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olup olmadığı kanun gerekçesinden anlaşılamamaktadır.

Yargıtay'ın değişiklik öncesi tüm yer sağlayıcılara ilişkin kabul ettiği, haberdar edilme halinde içeriği yayımdan kaldırmaya ilişkin yazılı olmayan davranış kuralının, açık bir sorumsuzluk hükmü karşısında (E-Ticaret Kanunu m 9/1) AHS'ler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Esasında ABAD içtihatları çerçevesinde haberdar edilmiş ancak içeriği kaldırmamış olan AHS'nin artık aktif bir rol oynadığı, dolayısıyla E-Ticaret Kanunu m 9/1'deki hükümden yararlanamayacağı söylenebilir. Yine içeriğin hukuka aykırı olduğunu öğrenen AHS'nin artık haksız fiilden katılan sıfatıyla (TBK m 61) sorumlu olacağı da kabul edilebilir. Kaldı ki, kanun koyucunun amacının ETAHS olmayan AHS'leri mutlak anlamda sorumsuz kabul etmek olduğu söylenemez. Bu açıdan hükmün özensiz şekilde kaleme alındığı ve burada açık boşluk olduğu kabul edilebilir. Mevcut hükümler çerçevesinde E-Ticaret Kanunu m 9 ikinci ve üçüncü fıkralarının AHS'ler bakımından kıyasen uygulanması veya bütün yer sağlayıcılar bakımından kabul ettiğimiz gibi, AHS'lerin genel haksız fiil sorumluluğuna tâbi tutulması benimsenebilir.

ETAHS'ler bakımından öngörülen hükümleri incelemeyen önce ifade etmek gerekir ki, tıpkı AHS olan ve olmayan yer sağlayıcılar açısından farklı düzenlemelerin yapılmasını haklılaştıracak bir neden olmadığı gibi ETAHS olan ve ETAHS olmayan

AHS'lerin de internetteki sorumluluk açısından farklı hükümlere tâbi olmasını haklılaştıracak bir neden kanaatimizce bulunmamaktadır.

b. ETAHS Olan Dijital Platformlar

aa. Genel Olarak

E-Ticaret Kanunu m 9/2'ye göre, “[e]lektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirir.” Görüldüğü üzere, hükümde ETAHS, içeriğin “hukuka aykırı olduğundan haberdar olması halinde” içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulmaktadır. Burada kullanılan “hukuka aykırılık” kavramının içeriği oldukça geniş anlaşılmalıdır. Bu itibarla, hukuka aykırılık örneğin, bir kişilik hakkı ihlali veya suç teşkil eden bir eylem olabilecektir.¹⁷⁶ Hukuka aykırılık kavramının mutlak haklardan olan fikrî ve sınai hak ihlallerini de kapsayacağı düşünülebilirse de aşağıda açıklayacağımız sebeplerle bu ihtimalin E-Ticaret Kanunu m 9/3'e göre değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

Yine, E-Ticaret Kanunu m 9/2'de yer alan “haberdar olma” ifadesi de “haberdar edilme” ifadesinden daha geniş bir durumu ifade etmektedir. Zira haberdar olma ifadesi, haberdar edilmenin aksine hak sahibi veya üçüncü kişilerin herhangi bir bildirim olmadan, ETAHS'nin kendiliğinden hukuka aykırılıktan bilgi sahibi olmasını ifade etmektedir. Kanun koyucunun bu konudaki tercihinin bilinçli olduğu konusunda tereddüde düşülebilir. Zira 5651 sayılı Kanun m 5.2 haberdar edilmeden ve yine E-Ticaret Kanunu m 9.3 bildirim yapılmasından söz etmektedir. Öte yandan aşağıda değinileceği üzere, ETAHS'nin bilgi sahibi olmasını sadece haberdar edildiği durumlarla sınırlamamak diğer hukuk sistemleri ile daha uyumu olacaktır.

Hükümün üçüncü fıkrasına göre ise “[e]lektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir.” Burada m 9/3'ün, m 9/2'ye göre daha dar kapsamlı bir hüküm olması nedeniyle fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından haberdar olma halinin haberdar edilme ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tartışılmalıdır. Zira hükümün ikinci fıkrasında içeriğin kaldırılması halinde bunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirileceği, üçüncü fıkrasında ise hak sahibine bildirileceği düzenlenmektedir. Gerekçede de “[m]addeye eklenen üçüncü fıkrayla, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlallerinin önlenmesi amacıyla, ikinci fıkradaki esaslardan farklı olarak özel yayımdan kaldırma (uyar-kaldır) usulü

¹⁷⁶ İlgili hallerde 5651 sayılı Kanun m 8 ve 9 hükümlerinde içeriğin “yayımdan çıkarılmasına” ilişkin usulün ilga edilip edilmediği tartışılabilecektir.

düzenlenmektedir” ifadelerine yer verilmiştir.¹⁷⁷ Bu çerçevede her ne kadar kural olarak m 9/2’de yer alan “hukuka aykırılık” ifadesi fikrî ve sınai hak ihlallerini de kapsayacak genişlikte olsa da kanun koyucu tarafından, fikrî ve sınai haklar ikinci fıkra kapsamında değil üçüncü fıkra kapsamında değerlendirilerek haberdar olma hali, “hak sahibi tarafından haberdar edilme” ile sınırlandırılmıştır sonucuna ulaşılabilecektir.

Gerek DMCA’da, gerekse DSA’da yer sağlayıcının içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulması “haberdar edilmiş” olması hali ile sınırlandırılmamaktadır. Her iki düzenlemede de yer sağlayıcının hukuka aykırılıkla ilgili güncel bir bilgiye sahip olması yeterli olduğu gibi, hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma dahi yer sağlayıcının içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulmasına yol açmaktadır.¹⁷⁸ Bu çerçevede, mevzuatımızda da fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından haberdar edilmenin yanı sıra haberdar olma ve hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olmanın da içeriğin yayımdan kaldırılmasına ilişkin davranış yükümlülüğünün kapsamında düzenlenmesi, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle daha uyumlu olurdu. Özellikle yer sağlayıcı içerik üzerinde kendisine bilgi ve kontrol imkânı verecek şekilde içerikle ilgili birtakım (aktif) faaliyetlerde bulunmuşsa internetin düzgün işleyişi açısından sağlayıcının, ihlali gecikmeksizin ortadan kaldırmama şeklindeki olumsuz davranışından sorumlu tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla, fikrî ve sınai haklar bakımından hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma halinin de hükmün kapsamına dahil edilmesi aktif rol oynayan yer sağlayıcının sorumluluğunun da davranış yükümlülüğü çerçevesinde kanuni bir zemine dayandırılması açısından daha isabetli olurdu.¹⁷⁹

bb. Fikrî ve Sınai Haklar için Kabul Edilen Özel Uyar-Kaldır Usulü

Fikrî ve sınai haklar bakımından özel bir uyar-kaldır usulü öngören E-Ticaret Kanunu m 9/3’e göre,

“[e]lektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan

¹⁷⁷ 7416 sayılı Kanun m 3 Gerekeşi.

¹⁷⁸ Bkz DMCA m 502(c)(1), DSA m 6/1-a.

¹⁷⁹ Aslında yer sağlayıcının aktif rol aldığı hallerle yer sağlayıcının hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olduğu haller bir açıdan örtüşmektedir. Zira yukarıda açıklandığı üzere ABAD’a göre aktif rol, yer sağlayıcıya içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı verecek roldür. Hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olmak ise “basiretli bir ekonomik operatör somut olaydaki hukuka aykırılığı fark ederd ve içeriği yayımdan kaldırırdı” sonucuna ulaştırabilecek durum ve koşulların farkında olma hali. Eğer yer sağlayıcı sonraki davranışlarıyla içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı elde edecek bir rol oynamışsa içeriğin hukuka aykırılığını gösteren durum ve koşulların farkında olmadığı söylenemez. Dolayısıyla hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olunması hali hükmeye dahil edilirse aktif rol oynayan yer sağlayıcılar da içeriği gecikmesizin yayımdan kaldırmadıkları durumlarda sorumlu olacaklardır. *Rosati* de aktif rol alma hali ile durum ve koşullardan farkında olma hali arasında bir bağlantı kurmuştur, Reform (n 115) 14.

itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyete konu ürünü yeniden yayımlar. Şikâyet ve itirazda; ilgililerin açık kimlik ve adres bilgileri, ihtilafla konu ürün hakkındaki bilgiler; ürünün yayımdan kaldırılması veya yayımlanmasının gerekliliğine dair gerekçeler ile yönetmelikle belirlenen diğer hususlar yer alır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakları saklıdır.”

Her ne kadar hükmün uygulanma alanı ETAHS’ler ile sınırlandırılmış olsa da, fikrî ve sınai haklar açısından özel bir uyar-kaldır usulünün kabul edilmiş olması Türk hukuku açısından oldukça olumlu bir gelişmedir. Zira gerek DSA gerekse DMCA’da yer sağlayıcılar özel bir uyar-kaldır sistemi kurma konusunda yükümlü tutulmaktadır.¹⁸⁰ İlgili düzenlemelere göre, bu usul aracılığıyla yer sağlayıcının haberdar edilmiş olması halinde yer sağlayıcılar içeriği yayımdan kaldırmalıdır. E-Ticaret Kanunu m 9/3, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle büyük ölçüde uyumlu olduğu gibi yer sağlayıcılar açısından daha önce bahsedilen hukuki belirsizliği de ortadan kaldırması açısından da önemli bir hükümdür. Zira, bu sistem sayesinde ETAHS’lerin hangi durumlarda haberdar edildiği konusundaki tereddüt de ortadan kalkmış olacaktır. E-Ticaret Kanunu m 9 hükmünün kaleme alınış şekli itibarıyla ETAHS’nin Yönetmelikle belirlenen usul dışındaki şekillerde haberdar edilmiş olması halinde, içeriği yayımdan kaldırma şeklinde bir davranış yükümlülüğünün ortaya çıkmadığı kabul edilmelidir.¹⁸¹

ETAHS’nin haberdar edilme usulüne ilişkin detaylar 29.12.2022 tarihli Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik¹⁸² (E-Ticaret Yönetmeliği) m 12 vd.’da düzenlenmiştir. Bu çerçevede E-Ticaret Kanunu’na uygun bir bildirim varlığı ve ETAHS’nin içeriği kaldırmakla yükümlü tutulabilmesi için gerçekleştirilmesi gereken bildirim usul ve içeriği bu Yönetmelik çerçevesinde kısaca incelenmelidir.

¹⁸⁰ Bkz DMCA, m 512(c), DSA m 16.

¹⁸¹ Yukarıda belirttiğimiz gibi yayımdan kaldırma yükümlülüğünün yalnızca haberdar edilme ile sınırlanmaması gerekmektedir. Yayımdan kaldırma yükümlülüğünün haberdar edilme ile sınırlanmadığı hallerde yer sağlayıcının uyar-kaldır usulü haricinde haberdar edilmiş olması halinde de hukuka aykırılıktan “haberdar olma” ya da “hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma” halinin gerçekleşebileceği ileri sürülebilir. ABAD’a göre içeriği yetersiz, başka bir deyişle, yeterince kesin ve temellendirilmiş olmayan bildirimler de yer sağlayıcının “içeriğin hukuka aykırılığını açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma” hali incelenirken dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, bildirim içeriği yetersiz olsa dahi basiretli bir ekonomik operatör somut olaydaki hukuka aykırılığı fark ederdi ve içeriği yayımdan kaldırdı sonucuna ulaşabilmekte ise bu bildirim üzerine içeriğin yayımdan kaldırılmaması da yer sağlayıcının sorumluluğuna yol açabilecektir. Bkz L’Oréal ve diğerleri, para 122. DSA m 16/3’te ise, yer sağlayıcının m 16 ile kabul edilen uyar-kaldır usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi, basiretli bir yer sağlayıcının detaylı bir hukuki inceleme yapmaksızın ilgili bilgi veya eylemin hukuka aykırılığını tespit edebildiği durumlarda, yer sağlayıcının, m 6 (güvenli liman düzenlemesi) anlamında güncel bir bilgi veya farkındalığa (*actual knowledge or awareness*) sahip olmasına yol açacaktır. Anılan maddede gerek güncel bir bilgiye sahip olma gerekse farkındalık hali bakımından “usulüne uygun olarak” yapılan bildirimlerden bahsedildiği için usulüne uygun olarak yapılmayan bildirimlerin yer sağlayıcının sorumluluğuna yol açıp açmayacağı kanaatimizce ABAD’ın içtihatlarına göre belirlenecektir. DMCA’da ise usulüne uygun olarak yapılmayan bildirimlerin yer sağlayıcının güncel bir bilgiye sahip olması ve içeriğin hukuka aykırılığını açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olmasını etkilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bkz DMCA m 512(c)(3)(B). Uyar-kaldır sisteminin kabul edildiği durumlarda usulüne aykırı olarak yapılan bildirimlerin yer sağlayıcının bilgi veya farkındalığına yol açtığının kabul edilmesinin sistemi anlamsız kılacağı ve yer sağlayıcıları, sorumluluk altında kalmamak için içerikleri rastgele yayımdan kaldırmaya teşvik edeceği konusunda Rosa Julia-Barceló ve Kamiel J. Koelman, ‘Intermediary Liability in the E-Commerce Directive: So Far So Good But It’s Not Enough’ (2000) 16(4) CLSR 231, 237.

¹⁸² RG 29.12.2022/32058.

Hemen belirtelim ki; E-Ticaret Kanunu m 9/3'te "hak sahibi" tarafından gerçekleştirilecek bir şikayetten başka bir deyişle, içeriğin fikri veya sınai bir hakkı ihlal ettiğine ilişkin bir bildirimden bahsedilmektedir. Dolayısıyla, üçüncü kişiler tarafından yapılacak olan bildirimler, Yönetmelik ile detaylandırılan uyar-kaldır usulüne tâbi olmayacaklardır. DSA'da ise uyar-kaldır usulünün kullanımı yalnızca hak sahibi ile sınırlandırılmamış, üçüncü kişi ve kuruluşlar tarafından yapılacak olan tüm bildirimler aynı usul kapsamında düzenlenmiştir.

E-Ticaret Kanunu m 9/3'te, hak sahibi tarafından yapılacak şikayetin "bilgi ve belgeye" dayanması gerektiği belirtilmektedir. Kanun ile uyumlu olarak E-Ticaret Yönetmeliği m 12/1 a-d fıkralarında şikayet başvurusunda yer alacak bilgi ve belgelerin ne olduğu açıkça sayılmıştır. Buna göre şikayet; hak sahipliğini gösterir belge, şikayette bulunanın kişisel bilgileri, şikayet konusu ürünün fikri ve sınai mülkiyet hakkını ihlal ettiğine dair gerekçe ve deliller, şikayete konu ürünün yer aldığı internet sitesinin adresi ve son olarak şikayet başvurusu kapsamında sunulan bilgi ve belgelerin gerçeğe aykırı olması durumunda başvuru sahibinin doğacak zararlardan sorumlu olduğuna dair bir beyan içermelidir. Şikayet başvurusu sahibi bu hususları içeren şikayetini dahili iletişim sistemi¹⁸³, noter veya KEP aracılığıyla ETAHS'ye iletmek zorundadır (m 12/1). Yönetmelik m 12/2'ye göre belirtilen hususları içermeyen şikayet başvurusu ETAHS tarafından işleme alınmayıp başvuru sahibi eksikler konusunda bilgilendirilecektir.

Yönetmelik m 12/1-a'da itiraz sahibinin şikayetinde yer vermesi gereken, hak sahipliğini gösterir belgelerin sınırlı bir şekilde sayıldığı görülmektedir. Buna göre, "Türk Patent ve Marka Kurumunca düzenlenen hak sahipliğini gösterir tescil belgesi veya Kültür ve Turizm Bakanlığınca düzenlenen bandrol formu ya da 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamındaki meslek birlikleri bakımından faaliyet belgesi" şikayet başvurusunda yer almalıdır. Bununla beraber, mahkeme kararı olmaksızın içeriğin kaldırılmasına yol açabilecek şikayetin içeriğinin kuvvetlendirilmesini ve ETAHS tarafından yapılacak incelemenin

¹⁸³ Yönetmelik m 4/1-ç'ye göre dahili iletişim sistemi; *elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarla elektronik ticaret pazar yerindeki her türlü iletişimini kolay ve ücretsiz sağlamak üzere oluşturduğu* sistemdir. Yönetmelik m 18'de ise ETHS ile olan iletişimin dahili iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirilmesi ETAHS'lerin yükümlülükleri arasında sayılmış, platform kullanıcıları için de sistemin aktifleştirilmesi konusunda ETAHS'ler açıkça yükümlü tutulmamıştır. Bu itibarla; her ne kadar fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlalleri bakımından noter veya KEP aracılığıyla da itiraz imkanı sağlanmış olsa da noter masrafları ve ortalama bir internet kullanıcısının KEP aracılığıyla iletişime geçme ihtimalinin oldukça düşük olduğu dikkate alındığında ETHS'lerin ETHS olmayan kullanıcılarına da dahili iletişim sistemini kullanma imkanı sunmak zorunda olduğu kabul edilmelidir. Zira, Elektronik Ticaret Kanunu m 9/3'ün gerekçesinde de "elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, bu fıkırdaki yer alan usul ve esaslara göre iletişim sistemini kurmak, erişime açık tutmak ve etkin bir şekilde işletmekle yükümlü olacaktır" ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca DSA'da da yer sağlayıcılar erişimi kolay ve kullanıcı dostu sistemler kurmaları konusunda yükümlü tutulmaktadır (m 16/1). ETHS'lerin kullanıcılarına kolay iletişim imkanı veren dahili iletişim sistemini sunmaları ve bu sistem aracılığıyla itirazların ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin site kullanım koşullarında talimatlara yer vermeleri platformların özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. ETAHS'nin bu yöndeki yükümlülüğüne aykırı davranması, başka bir ifadeyle, ilgili iletişim sistemini erişilebilir kılmaması ya da kullanım koşullarında gerekli bilgileri yer vermemesi halinde, ETAHS'nin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve fikri veya sınai hak ihlalinin yardım eden olarak müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Bu konuda bkz Ohly, The Broad Concept (n 88) 675.

“kolaylaştırılmasını” sağlasa bile hükmün sınırlayıcı bir şekilde kaleme alınması şu soruları da beraberinde getirmektedir: Tescilsiz bir hakkın, örneğin uzun yıllardır kullanılan tescilsiz bir marka veya SMK korumasını haiz tescilsiz bir tasarım hakkının ya da FSEK m 81/1¹⁸⁴ dışında kalan, hatta FSEK m 81/1 kapsamında dahi kalsa FSEK korumasının kazanılması için bandrol kullanımının zorunlu olmadığı eserlerin¹⁸⁵ varlığı halinde bu haklara ilişkin ispat ne şekilde gerçekleştirilecektir? Önceki tarihteki tescilsiz hakkın ya da eser korumasının varlığını tespit eden bir mahkeme kararının şikayette sunulması halinde şikayet işleme alınmayacak mıdır? Yine hükümde yer alan “meslek birlikleri bakımından faaliyet belgesi” ile şikayette bulunanın meslek birliği olması durumu mu kastedilmektedir, bu soru olumlu yanıtlanacak olursa münhasır esere ilişkin bilgileri içermeyen meslek birliğinin faaliyet belgesi hak sahiplerinin meslek birliklerini hak takibi konusunda yetkilendirdikleri yetki belgesi olarak mı anlaşılmalıdır¹⁸⁶? Bu gibi soruları bertaraf etmek amacıyla hükmün daha esnek bir şekilde kaleme alınması daha isabetli olurdu.

Yönetmelik’te şikayet başvurusunda şikayet konusu ürünün fikri ve sınai mülkiyet hakkını ihlal ettiğine dair gerekçe ve delillerin yer alması gerektiği belirtilmekle beraber bu gerekçe ve delillerin ispat kuvveti bakımından sahip olması gereken nitelikler maddede açıkça sayılmamıştır. Buna ek olarak, Yönetmelik m 12/3’te ise, gerekli içeriğe sahip şikayet kendisine ulaşan ETAHS’nin kırk sekiz saati geçmemek üzere içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu itibarla, şikayetin yeterince temellendirilmiş olup olmadığı konusunda Yönetmelik’te ETAHS’ye bir takdir hakkı verilmediği söylenebilir. Ancak, E-Ticaret Kanunu m 9/3’te açıkça belirtilen şikayetin “bilgi ve belgeye dayanması” şartı DSA m 16/2’deki “bildirimin yeterince kesin ve temellendirilmiş olması” şartı ile uyumlu bir içeriğe sahip olacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu açıdan bildirimlerin açıkça temelden yoksun ve soyut birtakım iddialardan ibaret olmaması gerekir. O halde, ETAHS’nin şikayetin temellendirilmiş olup olmadığının tespiti açısından belli ölçüde bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Bu takdir yetkisinin sınırları belirlenirken ETAHS’lerin hukuki inceleme mercii olmadığı unutulmamalıdır. Her şeyden önce ETAHS’nin ürünü yayımdan kaldırıp kaldırmama konusunda değil, ihlal iddiasının somut ve

¹⁸⁴ “Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayımlara bandrol yapılandırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapılandırılması zorunludur.”

¹⁸⁵ Eser korumasının tescil vb. bir koşula tâbi olmaksızın elde edildiği konusunda bkz Kılıçoğlu, Fikrî Haklar (n 26) 95.

¹⁸⁶ Tespit edebildiğimiz kadarıyla mevzuatımızda münhasıran meslek birliklerine özgü “faaliyet belgesi” adı altında bir belgeye rastlanmamaktadır. Bu belgenin, meslek birliklerinin faaliyete geçebilmeleri için gerekli makamlardan alınacak izinlere yönelik bir belge olduğu düşünülecek olsa bile söz konusu belgenin, E-Ticaret Yönetmeliği m 12/1-a bendinde sayılan diğer belgelerden farklı olarak paylaşım konu içerik üzerindeki hak sahipliğini gösterme fonksiyonunu icra etmesi zordur. Bu açıdan hükümde yer alan belgenin “yetki belgesi” olarak anlaşılması daha makul gözükmemektedir. Nitekim, Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği’ne (RG 07.04.2022/31802) göre yetki belgesi, *hak sahibinin belirli mali haklarının idaresi ve takibi, telif ücretlerinin tahsili ve bu ücretlerin dağıtımı için meslek birliğini yazılı olarak yetkilendirdiği, hak sahibi ile meslek birliği arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran belgeyi ifade etmektedir. Aynı Yönetmelik’in 53. maddesine göre de; “Meslek birliği; hak sahiplerince verilecek yetki belgesine konu hakları kendi adına kullanmaya, üçüncü kişilere kullanımdan men etmeye, kullanımlar karşılığında ödenen ücreti tahsil etmeye, bu hakların takibi ve tahsili için her türlü kazai, idari ve icrai yollara başvurmaya ve takip etmeye yetkili ve yükümlüdür.”*

makul ölçüde temellendirilip temellendirilmediği konusunda bir takdir yetkisinin olduğu vurgulanmalıdır. Eğer şikayet yeterince kesin ve temellendirilmişse ETAHS içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlüdür. Bunun dışında; gerçekten böyle bir hakkın olup olmadığı, somut olaydaki kullanımın tecavüz niteliğinde olup olmadığı, ihlale ilişkin iddiaların doğru olup olmadığı, içeriğin yayımdan kaldırılması gerekmediği konusunda bir takdir yetkisi olmaksızın, ETAHS, içeriği kırk sekiz saat geçmeden yayımdan kaldırmakla yükümlüdür.¹⁸⁷ Zira ortada gerçekten bir tecavüzün olup olmadığını belirlemek en nihayetinde mahkemelerin yetkisindedir.¹⁸⁸ Ürünün eser korumasını haiz olup olmadığı, somut olayda hakkın kapsamı dışında bırakılan bir eylemin mevcut olup olmadığı, ayırt edici ad ve işaretler bakımından karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı ancak mahkemeler tarafından belirlenebilir.

Bu incelemeyi akreditifte belgeler üzerinden yapılan incelemeye benzetmek yanlış olmayacak kanaatindeyiz. Orada olduğu gibi ETAHS sunulan belgeleri dış görünüş itibarıyla inceleyecek, Yönetmelik'te aranan belgelerin metinlerini esas alacaktır¹⁸⁹.

Öte yandan, bilgi ve belgeye dayanmanın tespiti açısından belli ölçüde bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilse de, kendisine bir bildirim ulaştırılması halinde, ETAHS'nin içeriği yayımdan kaldırmadığı takdirde sorumluluk tehdidi altında kalabilecek olması da, sağlayıcının bildirim içeriğinden bağımsız olarak şikayete konu ürünü yayımdan kaldırması ile sonuçlanabilecektir.¹⁹⁰ Bu itibarla, gerek uyar-kaldır usulünün kötü niyetli kullanımlara elverişli olması gerekse şikayetin içeriğinin “bilgi ve belgeye” dayanıp dayanmadığının muğlak bir şart olması nedeniyle içeriğin haksız yere yayımdan kaldırılması örnekleri ile karşılaşma ihtimali oldukça yüksektir.¹⁹¹ İşte bu gibi durumların önüne geçmek amacıyla, içerik sağlayıcının ifade özgürlüğünün korunmasındaki¹⁹² menfaati de dikkate alınarak geri bildirim (itiraz) yoluyla içeriğin yeniden yayımlanmasının sağlanması gerekmektedir.¹⁹³ Böylece esasında içerik yeniden yayımlanarak hak sahibi de iddialarında ciddiye hakkını

¹⁸⁷ DMCA'da kabul edilen uyar-kaldır sistemi bakımından yer sağlayıcının ihlal bildirimini geçerli olup olmadığını incelemek zorunda olmadığı, zira hükmün amacının uyumsuzluğu nihai anlamda ortadan kaldırmak değil yer sağlayıcının ihlal iddialarından korunması olduğu konusunda bkz Mitchell Zimmerman 'Your DMCA Safe Harbour Questions Answered' (Fenwick & West LLP 2017) 22, <<https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/DMCA-QA.pdf>> erişim tarihi: 03.12.2022. Yine bildirim sonucunda içerik haksız yere yayımdan kaldırılmış ve içerik sağlayıcı bir zarara uğramışsa içerik sağlayıcı bildirimde bulunan kişiye karşı genel hükümler uyarınca sorumlu olabilir. Nitekim Elektronik Ticaret Kanunu m 9/3'te de ilgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Şikayet başvurusunda yer alması gereken, sunulan bilgi ve belgelerin gerçeğe aykırı olması durumunda başvuru sahibinin doğacak zararlardan sorumlu olduğuna dair beyanın bu konuda bir uyarı niteliği taşıdığı da söylenebilir.

¹⁸⁸ Yusufoglu Bilgin, Fikri Mülkiyet (n 84) 507.

¹⁸⁹ Bu inceleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kaya Arslan, *Belgeli Akreditifte Lehlerin Hukuki Durumu* (Beta 1995) 100; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif* (Ayyıldız Matbaası 1995) 199.

¹⁹⁰ Ohly, Trade Mark (n 120) 425.

¹⁹¹ Uyar-kaldır sistemi, özellikle marka açısından olması gerekene ulaşma konusunda yetersiz olduğu için eleştirilmektedir. Bkz ibid 431.

¹⁹² İçerik sağlayıcının haberdar edilmeksizin içeriğin yayımdan kaldırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği konusunda bkz Julia-Barceló ve Koelman (n 181) 231.

¹⁹³ Geri bildirim sisteminin kabul edilmesinin önemi hakkında bkz Baistrocchi (n 79) 125; Julia-Barceló ve Koelman (n 181) 234 vd.

nihai karar mercii olan mahkemelerde aramaya teşvik edilmektedir. Bu çerçevede E-Ticaret Kanunu m 9/3'e göre, içerik sağlayıcının geri bildirim üzerine içeriğin yeniden yayımlanacağını kabul edilmesinin menfaatler arasındaki dengeyi de daha iyi şekilde sağladığı söylenebilir.¹⁹⁴

İçerik sağlayıcı tarafından yapılacak şikayetin aksini gösteren geri bildirim Yönetmelik m 13'te "şikayet başvurusuna itiraz" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre itirazda; (a) itirazda bulunan kişinin kişisel bilgileri, (b) itirazın gerekçeleri, yayımdan kaldırılan ürünün şikâyetle bulunanın fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal etmediğine dair belge ve deliller, (c) ürünün orijinal olduğunu ispatlamaya elverişli fatura veya fatura yerine geçen belgeler, kendisinden başlayarak geriye doğru fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahibini veya hak sahibinin verdiği yetkiyle ürünü piyasaya sunmuş kişileri gösterir sözleşme, sair belge ve delilleri¹⁹⁵ ve (ç), itiraz başvurusu kapsamında sunulan bilgi ve belgelerin gerçeğe aykırı olması durumunda doğacak zararlardan sorumluluğa dair bir beyan içermelidir. İçerik sağlayıcı tarafından yapılan itiraz da dahili iletişim sistemi, noter veya KEP aracılığıyla yapılacaktır.

Yönetmelik'te, şikayet başvurusundan ve içeriğin yayımdan kaldırılmasından farklı olarak içeriğin şikayet başvurusuna itirazını takiben yeniden yayımlanması için itirazın haklılığının "açıkça" anlaşılması şartı aranmıştır (m 14). Dolayısıyla, ETHAS itirazı takiben içeriği doğrudan yeniden yayımlayamayacak itirazın açıkça haklı olup olmadığını araştıracaktır. Örneğin, şikayete konu ürünün satın alındığını gösteren bir belge varsa itirazın açıkça haklı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bununla beraber, itiraz sahibi örneğin üründe, şikayet başvurusunda bulunan kişinin aksine markanın benzerinin kullanılmadığını iddia etmişse bu iddia kapsamında ETHAS'nin haklılık incelemesini ne şekilde gerçekleştireceği cevaplanması gereken önemli sorulardan birisidir.

Geri bildirim imkanı, hak sahibi ve içerik sağlayıcı arasında bir açıdan iş birliğini de sağlayarak istisnai hallerde zararın büyümesine de engel olabilir. Şöyle ki; elektronik ticaret faaliyeti yeterli uzmanlığı olmayan kişiler tarafından da yapılabilir. Bu kişiler, kimi durumlarda başkasının korunan bir hakkının varlığından dahi haberdar olmayabilir. Böyle bir durumda ETHAS'nin kendisine şikayete ilişkin bildirim ile bilgilendirilen kişi, fiilini sürdürmekten vazgeçebilecektir. Yine şikayete itirazda bulunan kişinin ciddi birtakım iddiaları da hak sahibinin ihlal iddialarını

¹⁹⁴ DSA'de yer sağlayıcılar geri bildirim usulü kurma konusunda yükümlü tutulmamaktadır. Ancak DMCA'da geri bildirim usulü kabul edilmiştir. Bununla beraber Türk hukukundaki düzenlemenin aksine DMCA'da yer sağlayıcı karşı bildirim, ilk bildirimde bulunan kişiye iletmeli ve bu kişinin dava açmamış olması halinde 10-14 iş günü içerisinde içeriği yeniden yayımlayacağını ilk bildirim sahibine bildirmelidir. Bkz DMCA m 512(g)(2)(C). İçeriğin, içerik sağlayıcının bildirim üzerine yayımlanmamasının ve mahkeme ile elde edilmesi gereken sonuca (tecavüzün önlenmesi, durdurulması) bildirim yoluyla ulaşılmasının eleştirisi için bkz Julia-Barceló ve Koelman (n 181) 236.

¹⁹⁵ Hükmün (b) bendinde zaten "fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal etmediğine dair belge ve delillerin" sunulması gerektiği kaleme alınmıştır. Dolayısıyla "sair belge ve deliller" ifadesi de dikkate alındığında (c) bendi (b) bendinde belirtilen belge ve delilleri örneklendirmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu çerçevede (c) bendinin (b) bendi altında kaleme alınması daha isabetli olabilirdi.

değerlendirmesi ve dava açıp açmama konusunda nihai kararını vermesine etki edebilir. Bu çerçevede kanaatimizce Yönetmelik ile, ETAHS tarafından, içerik sağlayıcının itirazının da şikayette bulunan hak sahibine iletilmesi gerektiğinin düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Son olarak, daha önce de belirtildiği gibi, yukarıda açıklanan olumlu sonuçları nedeniyle ETAHS'ler açısından kabul edilen uyar-kaldır usulünün tüm yer sağlayıcılar bakımından kabul edilmesi çok daha yerinde olurdu.

Sonuç

Çalışmada varılan sonuçları şöyle özetleyebiliriz:

1. ABAD özellikle umuma iletim eyleminin kapsamını genişleterek bazı durumlarda içerik sağlayıcıyla beraber yer sağlayıcıyı da umuma ileten olarak değerlendirmektedir. ABAD içtihatları ile kabul edilen bu yaklaşım daha sonra DSM Yönergesi m 17'de açıkça düzenleme altına alınmıştır. Ancak ABAD'ın bu içtihadının arkasında üye devletlerin iç hukukunun uyumlaştırılması ve umuma iletim eylemine, yer sağlayıcılık faaliyetini aşarak müdahil olan yer sağlayıcıların güvenli liman düzenlemesine dayanarak sorumsuz kabul edilmesinin önüne geçilmesi amacı vardır.
2. ABAD'ın genişletici yorumunun saikleri düşünüldüğünde bu içtihadın Türk hukukuna (açık bir düzenleme bulunmadığı sürece) olduğu gibi aktarılmaması gerekmektedir. Bu çerçevede umuma iletim eylemi de dahil olmak üzere, yer sağlayıcı olan dijital platformlar, aynı zamanda içerik sağlayıcı olmadığı ve içeriği editoryal anlamda seçmediği durumlarda mütecevaz olmamalı, katılan sıfatıyla sorumluluğu değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme gerçekleştirirken mevzuatta yer alan ilgili hükümler dikkate alınmalıdır.
3. Türk hukukunda yer sağlayıcıların katılan sıfatıyla sorumluluğu çerçevesinde dikkate alınması gereken hükümler parçalı ve birbiri ile çelişkili biçimde düzenlenmiştir. Bu hükümler dikkate alındığında somut olayın özelliğine göre dijital platformlar şu üç sığata sahip olabilir: AHS olmayan yer sağlayıcılar, AHS olan ETAHS olmayan yer sağlayıcılar, ETAHS olan yer sağlayıcılar. Oysa sorumluluk konusunda yer sağlayıcıların türü bakımından farklı düzenleme yapmanın hukuk politikası bakımından haklı görülecek bir sebebi yoktur. Bu düzenlemenin tüm yer sağlayıcılar bakımından, AB ve ABD hukukunda olduğu gibi, tek bir madde ile kaleme alınması gerekirdi. Özellik arz eden yer sağlayıcılar bakımından (örneğin, video paylaşım platformları) zorunlu ise farklı yükümlülükler öngörülebilir.
4. AHS olmayan yer sağlayıcıların sorumluluğu Yargıtay içtihatlarıyla şekillenmiştir. Doktrin ve Yargıtay tarafından 5651 sayılı Kanun m 5/1'de yer alan, araştırmakla yükümlü olunmadığına ilişkin hüküm muafiyet hükmü

olarak yorumlanmakta yer sağlayıcının yalnızca haberdar edilmiş ancak içeriği yayımdan kaldırmamış olması halinde sorumlu olabileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, yer sağlayıcının yalnızca olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğu söz konusudur.

5. Oysa yer sağlayıcının sorumluluğu yalnızca olumsuz fiilinden kaynaklanan hallerle sınırlandırılmamalıdır. Özellikle özen yükümlülüğü çerçevesinde AB hukuku ile uyum sağlama amacıyla olduğu görülen Türk hukukunda da yer sağlayıcıların fikrî ve sınai hak ihlallerini önlemek için gerekli tedbirleri almaları konusunda bir özen yükümlülüğü olduğu kabul edilebilir. Bu tedbirler, ilgili yer sağlayıcıdan ekonomik ve teknik olarak beklenebilir düzeyde olmalıdır. Yargıtay'ın yer sağlayıcıların sorumluluğunu sadece bildirim yapılmasına bağlayan içtihadı gözden geçirilmelidir.
6. Yer sağlayıcılar aleyhine ortadan kaldırma ve önleme kararı verilebilmesi için yer sağlayıcılar bakımından da haksız fiilin şartlarının gerçekleşmesi aranmalıdır. Bu talepler bakımından kusurun aranmaması sadece müteceviz bakımındandır. Kural olarak müteceviz sıfatı bulunmayan yer sağlayıcılar aleyhine ortadan kaldırma ve önleme kararının verilebilmesi için sağlayıcıların müteselsil sorumluluğunun tesis edilebilmesi gerekir.
7. 7416 sayılı Kanun ile E-Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklikle beraber, AHS'ler bakımından Yargıtay içtihatları ile kabul edilen muafiyet hali hüküm altına alınmıştır. Hükümdeki çelişkiler bir yana bırakılarak hüküm bütün halinde incelendiğinde bu hükmün DSA m 6'daki güvenli liman düzenlemesinin muadili olarak kaleme alındığı görülmektedir. Ancak hüküm AB hukukundaki mehz düzenleme ile de yeterince uyumlu değildir.
8. E-Ticaret Kanunu m 9 hükmünün de, AB hukukundaki düzenleme çerçevesinde olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlediği ve belli bir davranış yükümlülüğü öngördüğü kabul edilmelidir. Dolayısıyla açık muafiyet hükmü yer sağlayıcının olumlu fiilinden sorumlu olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.
9. E-Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklik özellikle, AHS olan yer sağlayıcının davranış yükümlülüğünün pozitif şekilde düzenlenmesi ve her ne kadar ETAHS'ler ile sınırlı bir düzenleme olsa da fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından özel bir uyar-kaldır usulünün öngörülmesi açısından olumlu bir gelişmedir. Bu düzenlemeyle, fikrî hak ihlallerinde özel bir kaldırma usulü öngören FSEK ek madde 4/3'ün ETAHS'ler bakımından ilga edildiği söylenebilir.
10. Olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin pozitif düzenlemeler AHS olmayan ve olan yer sağlayıcılar bakımından farklılık arz etse de Türk hukukunda 7416 sayılı Kanun ile E-Ticaret Kanunu m 9'a eklenen 2. ve 3. fıkranın tüm yer

sağlayıcılar bakımından uygulanacağı, Yargıtay'ın bugüne kadarki içtihadı göz önüne alındığında tahmin edilebilir.

11. ETAHS'ler bakımından uyar-kaldır sistemine göre yapılacak bildirim ve geri bildirim içeriği Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Geri bildirim özellikle, ihlal bildirimine dayanarak içeriğin kaldırılmasını takiben içerik sağlayıcıya da iddialarını ileri sürebilme ve içeriği yeniden yayımlatabilme imkanı verilmesi, ifade özgürlüğünün korunması ve ihlale ilişkin uyuşmazlıkların fiziksel dünyada olduğu gibi internette de nihai olarak mahkeme önünde çözümlenmesini sağlaması açısından önemlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: xx.; Veri Toplama: xx.; Veri Analizi /Yorumlama: xx.; Yazı Taslağı: xx.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: xx.; Son Onay ve Sorumluluk: xx

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: xx.; Data Acquisition: xx.; Data Analysis/ Interpretation: xx.; Drafting Manuscript: xx.; Critical Revision of Manuscript: x.; Final Approval and Accountability: xx.

Bibliyografya/Bibliography

Açıkgöz A, 'Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi' (2022) 24(4) Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 217-270.

Akçura Karaman T, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı' (2004) 3(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 554-583.

Angelopoulos C, 'On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market' (2017), <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947800>> erişim tarihi: 30.11.2022.

----- ve Smet S, 'Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability' (2016) 8(2) Journal of Media Law 266-301.

Arroyo Amayuelas E, 'E-Commerce Directive' in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds), *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020).

Arslan K, *Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukuki Durumu* (Beta 1995).

Atamer Y, *Haksız Fiil Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (Beta 1999).

Ateş M, 'Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları' in Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2013* (Yetkin 2015).

Baistrocchi P, 'Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce' (2003) 19(1) Santa Clara High Technology Law Journal 111-130.

Başpınar V ve Kocabay D, *İnternette Fikri Hakların Korunması* (Yetkin 2007).

- Bersem J. ‘Die Haftung von Intermediären für Markenverletzungen heute und morgen -Störerhaftung oder täterschaftliche Haftung nach dem Vorbild des Urheberrechts?’ (2023) 125(5) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 307-315.
- Bozbel S, ‘Fikrî Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?’ in Tekin Memiş (ed), *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009).
- *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, (On İki Levha 2015).
- Büyüksağış E ve Kahveci D, ‘‘Çiçeksepeti Kararı’ Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler’ (2022) 48(2) Yargıtay Dergisi 305-320.
- Çelik A, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarını İhlali - İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha 2018).
- Çolak U, *Türk Patent Hukuku*, (Adalet 2022).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021).
- Farano B M, ‘Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches’ (2012) TTLF Working Papers No 14 <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf> erişim tarihi: 30.11.2022.
- Geiger C, Frosio G ve Izyumenko E, ‘Intermediary Liability and Fundamental Rights’ in Giancarlo Frosio (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online* (Oxford 2020).
- Gezder Ü, *İçerik Sağlayıcı ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti* (Beta 2017).
- Grise K. ‘After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790’ (2019) 14(11) Journal of Intellectual Property Law & Practice 887-899.
- Güneş İ, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2015).
- Hoeren T ve Yankova S, ‘The Liability of Internet Intermediaries-The German Perspective’ (2012) IIC 501-531.
- Hoffman F. ‘Plattformhaftung für rechtswidrige Dritthalte im Marken- und Designrecht Zugleich Besprechung von EuGH “Louboutin”’ (2023) 125(4) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 238-242.
- Julia-Barcelò R ve Koelman K J, ‘Intermediary Liability in the E-Commerce Directive: So Far So Good But It’s Not Enough’ (2000) 16(4) Computer Law & Security Report 231-239.
- Karaaslan P, ‘Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklilik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması’ (2022) 8(1) TFM 29-49.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Turhan 2018).
- Kılıçoğlu A, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikrî Haklar* (7. Baskı, Turhan 2021).
- Koelman K ve Hugenholtz B, ‘Workshop on Service Provider Liability’ (1999) World Intellectual Property Organization <<https://www.ivir.nl/publicaties/download/wipo99.pdf>> erişim tarihi: 30.11.2022.
- Kurtulan G, ‘Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru’ (2017) 23(1) MÜHF-HAD 465-503.
- Lubasz D ve Namysłowska M, ‘E-Commerce Directive’ in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds), *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020).
- Memiş T, *Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, (Seçkin 2002).

- Miriam B C, 'The Digital Services Act from Intermediary Liability to Platform Regulation' (2021) 12(5) Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 361-380.
- Nordemann, J B, 'Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?' (2017) (In-Depth Analysis European Parliament – Directorate General for Internal Policies, European Union 2017) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf)> erişim tarihi: 30.11.2022.
- Oğuz S, 'Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-182.
- Ohly A, 'Die Verantwortlichkeit von Intermediären' (2015) ZUM 308-318.
- 'The Broad Concept of 'Communication to the Public' in recent CJEU Judgements and the Liability of Intermediaries: Primary, Secondary or Unitary Liability' (2018) 13(8) Journal of Intellectual Property Law & Practice 664-675.
- 'The Liability of Intermediaries for Trade Mark Infringement' in G.B. Dinwoodie ve M.D. Janis (eds) *Research Handbook on Trademark Law Reform* (Edgar Elgar Publishing 2021)
- 'Red soles, a marketplace and the categories of trade mark liability: Louboutin v Amazon before CJEU' (2022) 17(7) JIPLP 575-585.
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008).
- Rauer N ve Bibi, A, 'Die fortentwickelte Intermediärhaftung im Urhberrecht' (2021) ZUM 819-828.
- Reisoğlu S, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif* (Ayyıldız Matbaası 1995).
- Riefa C, 'The End of Internet Service Providers Liability as We Know It – Uncovering Consumer Interest in CJEU Case C-324/09 (L'Oréal/eBay)' (2012) 1(2) Journal of European Consumer and Market Law 104-112.
- Rosati E 'Why a reform on hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law' (2016) CREATE Working Paper 2016/11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830440 erişim tarihi: 30.11.2022.
- 'The Louboutin/Amazon cases (C-148/21 and C-184/21) and Primary Liability Under EU Trade Mark Law' (2022) 44(7) European Intellectual Property Review 435-440.
- Synodinou T-E 'Intermediaries' Liability for Online Copyright Infringement in the EU: Evolutions and Confusions' (2015) 31 Computer Law & Security Review 57-67.
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (İlk bası 1961, Tıpkı Bası Vedat 2010).
- Tekinalp Ü, *Fikrî Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012).
- Tüzüner Ö, 'Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı' in Tekin Memiş (ed) *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015).
- Välimäki M, 'Liability of Online Intermediary for Copyright Infringement' (Thesis for the Faculty of Law Helsinki 1999) <<https://core.ac.uk/download/pdf/14917033.pdf>> erişim tarihi: 3.12.2022.
- Wullschlegel M, *Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet* (Stämpfli 2015).
- Yasaman Z, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları' (2019) 27(2) MAAD 263-291.
- Yusufoğlu Bilgin F, 'Fikrî Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması' in *Fikrî Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2020) 463-528.
- *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022).
- Zimmerman, M, 'Your DMCA Safe Harbour Questions Answered' (Fenwick & West LLP 2017) <<https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/DMCA-QA.pdf>> erişim tarihi: 3.12.2022



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 10.05.2023
Revizyon Talebi: 22.04.2024
Son Revizyon Tarihi: 24.04.2024
Kabul: 25.04.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Haksız Rekabet Hukuku Açısından “Müşterinin Karar Verme Özgürlüğünü Özellikle Saldırgan Satış Yöntemleri İle Sınırlamak” (TTK m 55.1.A.8)

Burçak YILDIZ*

Öz

Türk Ticaret Kanunu 55.1.a.8, müşterinin karar verme özgürlüğünün saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandırılmasını haksız rekabet olarak nitelendirmiştir. Hüküm sadece özellik taşıyan saldırgan satış yöntemlerini kapsamakta; müşteri üzerinde mal/hizmeti satın alması için ağır bir baskının kurulduğu ve müşterinin söz konusu baskıdan kurtulma saiki ile hareket ettiği durumlara uygulanmaktadır. Müşteri üzerinde kurulan fiziksel veya psikolojik baskı, ancak taciz, cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemlerinden biri söz konusuysa saldırgan olarak nitelendirilebilmektedir. ABAD’ın Wind Tre SpA Kararı’nda, müşteriye, kendisine satılan SIM kartlarının içinde internete erişim ve sesli posta hizmetlerinin de bulunduğu ve bunların aktive edilmiş olduğu konusunda bilgi verilmemiş olması, müşterinin bu hizmetleri sonlandırma imkânı bulunmasına rağmen saldırgan bir yöntem olarak nitelendirilmiştir. ABAD’ın Orange Polska Kararı’na göre ise müşteriye kurye ile ulaştırılan ve kuryenin önünde müşterinin imzalamasının beklediği sözleşme metni söz konusu olduğunda, müşterinin sözleşmeyi ayrıntılı incelemek için yeterli zamanının olmaması tek başına haksız tesire yol açmamaktadır. TTK 55.1.a.8’de fiilin unsurlarının açıkça gösterilmemiş olması Kanun’un amaçlamadığı fiillere de bu hükmün uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin Yargıtay 11. HD’nin 4378/5762 sayı ve 24.09.2019 tarihli kararına konu olayda: davacıların üzerinde yayın tekeline sahip oldukları futbol karşılaşmalarının internet üzerinden ücretsiz şekilde nasıl izlenebileceğini, internet sitesinde bir link paylaşarak anlatan davalının fiili, TTK 55.1.a.8 hükmüne aykırı bulunmuştur. Ancak olayda potansiyel ya da mevcut müşteriler üzerinde ağır bir fiziksel veya psikolojik baskı kurulduğundan söz edilemeyeceğinden, ayrıca müşterilere yönelmiş taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemleri de söz konusu olmadığından, anılan karara katılabilmeye olanak bulunmamaktadır. Saldırgan reklamlar, “satış yöntemi” niteliği taşımadığından hükmün kapsamı dışında tutulmuştur. Bu nedenle saldırgan ticari elektronik iletiler de, müşteri adına kişiselleştirilmedikçe TTK 55.1.a.8 kapsamına girmemektedir. Saldırgan ticari uygulamalar, tüketici mevzuatında da düzenlenmiştir (Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği 31). Ancak özellikle davalının cezai sorumluluğunu öngördüğü ve tüketici örgütlerine dava açma hakkı tanıdığı için TTK 55.1.a.8 hükmü, tüketiciler açısından önemini korumaktadır.

Anahtar Kelimeler

Saldırgan satış yöntemi, Saldırgan reklam, Taciz, Cebir, Haksız tesir, Haksız rekabet

‘Limiting the Customer’s Freedom to Decide by Using Particularly Aggressive Sales Methods’ in Terms of Unfair Competition Law (TCC 55.1.a.8)

Abstract

According to Turkish Commercial Code (TCC) 55.1.a.8, affecting customers’ freedom to decide using aggressive sales methods causes unfair competition. The physical or psychological pressure exerted on a customer is considered aggressive only if harassment, coercion, or undue influence is considered. In the Wind Tre SpA Decision of the Court of Justice

* **Sorumlu Yazar:** Burçak Yıldız (Doç.Dr.), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: burcakyildiz@gmail.com ORCID: 0000-0002-8792-995X

Atf: Yıldız B, “Haksız Rekabet Hukuku Açısından “Müşterinin Karar Verme Özgürlüğünü Özellikle Saldırgan Satış Yöntemleri İle Sınırlamak” (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 751. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0003>



of the European Union (CJEU), selling SIM cards on which internet-browsing and voicemail services are pre-loaded and pre-activated, without informing customers of that pre-loading and pre-activation, is considered an aggressive commercial practise. According to the Orange Polska Decision of the CJEU, the fact that a customer takes the final transactional decision in the presence of a courier without being freely able to take cognisance of the content of that contract does not constitute an aggressive commercial practise in all circumstances. The fact that the elements of the provision are not clearly indicated in TCC 55.1.a.8 causes the application of this provision to actions that are not intended by the Code. The Turkish Court of Cassation found that sharing a link on the internet to show how football matches over which the plaintiffs have a broadcast monopoly can be watched free of charge violates this provision. We criticise this judgement since there is no harassment, coercion, or undue influence in this incident. Aggressive advertisements are excluded from the scope of the provision because they are not qualified as “sales method”. Persistent and unwanted solicitations are also not covered by TCC 55.1.a.8 unless they are personalised on behalf of the customer. Aggressive commercial practises are also regulated by consumer acquit (Commercial Advertising and Unfair Commercial Practises Regulation 31). However, TCC 55.1.a.8 maintains its importance for consumers because it brings the criminal liability of the defendant and gives consumer organisations the right to sue.

Keywords

Aggressive sales methods, Aggressive advertisements, Harassment, Coercion, Undue influence, Unfair competition

Extended Summary

According to Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 Art. 55.1.a.8, affecting a customer’s freedom to decide by using particularly aggressive sales methods is considered an unfair competition action. This article is based on the Swiss Federal Act On Unfair Competition art 3.1.h.

Distinctly from Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practises, the scope of the protection provided by TCC art 55.1.a.8 is not limited to consumers; the other market participants are also protected against aggressive sales methods. TCC does not designate per se aggressive commercial practises; therefore, a commercial practise can be regarded as aggressive by taking account of all its features and circumstances.

The Code does not define “aggression”. The sale methods shall be regarded as aggressive in the event of harassment, coercion, including the use of physical force or undue influence. The harassment, coercion, or undue influence must be significantly impairing or is likely to impair the average customer’s freedom of choice. TCC 55.1.a.8 can be applied to situations where physical or psychological pressure makes the customer feel obliged to buy the goods or service and the customer acts with the motive of getting rid of the situation.

In the Wind Tre SpA Decision of the Court of Justice of the European Union (CJEU), selling SIM cards on which internet-browsing and voicemail services are pre-loaded and pre-activated, without informing customers of that pre-loading and pre-activation, is considered an aggressive commercial practise. According to the Orange Polska Decision of the CJEU, the fact that a customer takes the final transactional

decision in the presence of a courier without being freely able to take cognisance of the content of that contract does not constitute an aggressive commercial practise in all circumstances.

Compatibly with Swiss Law, the Code’s preamble states that aggressive sale methods do not involve the aggressive advertisements; such advertisements can be prevented by the general clause of unfair competition (TCC art 54.2). Therefore, persistent and unwanted solicitations are not covered by the TCC art 55.1.a.8 unless they are personalised on behalf of the customer.

The fact that the elements of this unfair competition action are not clearly indicated in the text of the Code prevents legal certainty. The Turkish Court of Cassation found that sharing a link on the internet to show how football matches over which the plaintiffs have a broadcast monopoly can be watched free of charge violates this provision. We criticise this judgement since there is no harassment, coercion, or undue influence directed at customers in this incident.

Aggressive commercial practises are also regulated by consumer acquit in Turkish Law (Code no 6502 on Consumer Protection art 62 and Regulation on Commercial Advertisement and Unfair Commercial Practises art 31). Turkish consumer arrangements on aggressive commercial practises are derived from Directive 2005/29/EC of the European Parliament and the Council and therefore only regulates B2C practises. The main sanction for aggressive commercial practises under Regulation on Commercial Advertisements and Unfair Commercial Practises is administrative fine. If aggressive sale methods are applied to a consumer, the plaintiff may both file a complaint for the administrative fine and sue on the basis of TCC art 55.1.a.8. In case of aggressive sale methods, aside from the customer; chambers of commerce and industry, chambers of tradesmen, stock exchanges, and other professional and economic associations authorised to protect the economic interests of their members, non-governmental organisations that protect the economic interests of consumers, and public institutions have the capacity to sue for elimination and, in the event of the risk of recurrence, to cease and desist, in terms of TCC art.56. Additionally, since TCC regulates the criminal liability of the defendant (art 62), distinct from consumer acquit, the provision of TCC 55.1.a.8 maintains its importance for consumers as well.

Giriş

Bütün satış yöntemleri, niteliği gereği müşteriye ikna etmeye, onun sözleşme konusundaki fikrini etkilemeye yöneliktir. Satıcıların belli oranlarda psikolojik taktiklerden yararlanmaları, müşterinin sözleşme akdetmesi konusunda ısrarcı davranmaları, sözleşme kurma çabasının doğal gereğidir¹. Ancak bu konudaki etkili çaba ile saldırgan satış yöntemi arasına bir sınır çekilmesi zorunludur². Müşterilerin kişisel alanına tecavüz oluşturarak onları yoğun bir fiziksel ya da psikolojik baskı altında hissettiren satış yöntemleri, saldırgan olarak nitelendirilmektedir³. Saldırganlıktan söz edilebilmesi için ayrıca söz konusu baskının; taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yöntemleri ile gerçekleşmiş olması da şarttır.

Türk Ticaret Kanunu⁴ m 55.1.a.8, “müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak” fiilini haksız rekabet olarak nitelendirmiş ve bu fiile ilişkin olarak hukuki ve cezai yaptırımlar öngörmüştür. Ancak Kanun, söz konusu fiilin unsurlarını açıklamamış, bazı özelliklerini ise Gerekeççe’de belirtmiştir. Bu durum uygulamada belirsizliğe yol açmış ve müşteriye baskı kurmayı amaçlayan ancak saldırgan olarak nitelendirilemeyecek satış çabalarının da hükmün kapsamına girdiği yönünde bazı kararlar verilmiştir.

I. TTK 55.1.A.8 Hükmü İle Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği İlişkisi

A- Hukukumuzdaki İkili Yapının Sebebi

Hukukumuzda saldırgan satış yöntemlerine ilişkin temel olarak iki düzenleme bulunmaktadır: Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m 55.1.a.8 ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m 31.

TTK m 54.2 hükmüne göre: Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile *ticari uygulamalar* haksız ve hukuka aykırıdır. Haksız rekabet teşkil eden ticari uygulamalardan biri de, TTK m 55.1.a.8 hükmünde özel olarak düzenlenmiş olan: “müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak”tır. Söz konusu haksız rekabet fiili hukukumuzda 6102 sayılı TTK ile girmiştir. Kanun’da bu fiile hukuki (TTK m 56) ve cezai (TTK m 62) sonuçlar bağlanmıştır.

¹ Bu konuda bkz. Ahmet Gürbüz ve Evrim Erdoğan, ‘Satış Çabalarının İşletme İçin Önemi’ (2006) 6(22) ESOSDER 116.

² Reiner Schulze ve Hans Schulte-Nölke, ‘Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices’ (2003) 36 (<<https://lirias.kuleuven.be>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

³ Schulze ve Schulte-Nölke (n 2) 6, 37.

⁴ Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

Saldırgan “*ticari uygulamalar*”, ayrıca: “tüketicilerin korunması açısından” da 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁵ (“TKHK”) ve bu Kanun’a dayanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde⁶ (“Yönetmelik”) düzenlenmiştir. TKHK, tüketiciye yönelik saldırgan nitelikte olan uygulamaların haksız ticari uygulama olarak kabul edileceğini belirtmiş ve bunları yasaklamıştır (m 62). Hükümde sözü edilen “saldırgan ticari uygulama” kavramının kapsamı ise anılan Kanun’a dayanılarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde açıklanmış⁷; ayrıca Yönetmelik’in ekinde de bazı fiiller bu tür uygulamalara örnek olarak sayılmıştır⁸. Bir saldırgan satış yönteminin TKHK ve Yönetmelik’e aykırılık teşkil etmesinin temel sonucu ise, idari para cezası olarak düzenlenmiştir (TKHK m 77.13).

TTK’da ve tüketici mevzuatında yer alan söz konusu düzenlemeler, farklı mehazlara dayanmaktadır. Şöyle ki: TTK m 55.1.a.8 hükmüne 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu⁹ m 3.1.h hükmü mehz teşkil etmektedir¹⁰. Mehaz Kanun’da olduğu gibi TTK m 55.1.a.8’de de sadece saldırgan satış yönteminin müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmasının haksız rekabet teşkil ettiğinin belirtilmesi ile yetinilmiş; kavramın unsurlarına yer verilmemiştir¹¹.

2005 yılında ise Avrupa Birliği’nin (AB) 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi (“Yönerge”)¹² kabul edilmiştir. Yönerge tüketiciye yönelik saldırgan nitelikte olan uygulamaları da düzenlemektedir¹³ (m 8, 9, Ek I).

⁵ Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

⁶ RG 10.01.2015/29232.

⁷ Yönetmelik’te: Bir ticari uygulamanın; taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yoluyla ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozma veya bozma olasılığı taşıması ve tüketicinin bu sebeple normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması halinde saldırgan olduğunun kabul edileceği ifade edilmiştir (m 31.1).

⁸ Bkz. Yönetmelik Ek-B.

⁹ *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* vom 19. Dezember 1986 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/de> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023). Anılan hükme göre: “Özellikle saldırgan satış yöntemleri kullanarak müşterinin karar verme özgürlüğünü zedelemek... haksız rekabettir.”.

¹⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe no. 108, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No: 96 (<<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

¹¹ Mehazda hükmün kişi yönünden kapsamı tüketici ile sınırlandırılmamış, konu “müşteri”nin karar verme özgürlüğü açısından değerlendirilmiştir.

İsviçre hukukundaki düzenleme ile Avrupa Birliği’nin 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi’nin (bkz. aşa. dn. 12) karşılaştırılması için bkz. Peter Jung, ‘UCP-Directive and Swiss Law Against Unfair Competition’ (2016) 5(2) EuCML 102 vd.

¹² Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi [İç Pazarda İşletmeden Tüketicilere Haksız Ticari Uygulamalara ve 84/450, 97/7, 98/27 ve 2002/65 sayılı Yönergeler ile 2006/2004 sayılı Tüzük’ün Değiştirilmesine İlişkin 11 Mayıs 2005 tarih ve 2005/29 sayılı Yönerge: *Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market and Amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’: UCPD)], OJ L 49/22-39, 11.06.2005.*

¹³ Yönerge, saldırgan ticari uygulamayı düzenleyen ilk Birlik düzenlemesidir (Dibace no. 11). Yönerge’nin etkili çaba ile saldırgan satış arasındaki çizgiyi çekmede yeterli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Geraint Howells, Hans-W. Micklitz ve Thomas Wilhelmsson, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive* (Ashgate Pub. Company 2006) 168.

TTK Tasarısı aslında 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi yürürlüğe girdikten sonra hazırlanmıştır. Ancak AB üyesi devletlere söz konusu Yönergeyi iç hukuk sistemlerine uyarlamaları için 2007'ye kadar süre verilmiş; bu tarihten itibaren de altı yıllık bir uyum süresi tanınmıştı (m 3.5). Bu nedenle kanun koyucu, sadece 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m 3.1.h hükmünü TTK m 55.1.a.8 olarak iktibas etmekle yetinmiş, söz konusu hükme 2005/29 sayılı Yönerge çerçevesinde şekil vermeyi ertelemişti. Kanun'un gerekçesinde: Anılan Yönerge'nin -o tarih itibarıyla- “çok yeni” olduğu, bu nedenle TTK'ya henüz yansıtılmadığı ifade edilmiştir. Gerekçe'de, söz konusu Yönerge ile uyum sağlanabilmesi amacıyla “ilerde” TTK'da değişiklik yapılması gerekeceğinden söz edilmiştir¹⁴.

Olması gereken, 2005/29 sayılı Yönerge iç hukukumuza uyarlanacağı zaman, TTK Gerekçesi'nde de belirtildiği gibi, Yönerge'yi, temeli atılmış olan haksız rekabet düzenlemelerinde değişiklik yaparak ya da bu hükümlere dayanan ikincil mevzuat yayımlayarak uyarlamak olmalıydı. Nitekim Alman hukukunda da söz konusu Yönerge iç hukuk sistemine uyarlanırken, haksız rekabete ilişkin kanuna¹⁵ madde eklenmesi (UWG m 4a) şeklinde bir düzenleme yöntemi tercih edilmiştir.

Ancak Yönerge iç hukuka başka bir düzenleme aracılığıyla uyarlanmış; böylelikle konunun TTK'da düzenlenmesi yarıda kalmıştır. İlk 2013'te TKHK'da saldırgan uygulama kavramından söz edilmiş (m 62); 2015'te de Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde ayrıntılı düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu durum ise uygulamada, tüketici mevzuatı karşısında TTK m 55.1.a.8 hükmünün yerindeliğine ya da uygulama alanının kapsamına ilişkin tereddütler doğmasına yol açmıştır¹⁶.

B- Uygulanacak Kişi ve Konu Açısından Karşılaştırılması

TTK m 55.1.a.8 ile Yönetmelik m 31'in düzenledikleri hususlar büyük ölçüde kesişmekle beraber, anılan düzenlemelerin korumayı amaçladıkları menfaat farklılık göstermektedir. Bu durum söz konusu hükümlerin uygulanacağı kişi açısından kapsamlarında da bir farklılığa yol açmıştır. Şöyle ki: haksız rekabete ilişkin düzenlemeler, “bütün katılanların menfaatine, dürüst (hukuka uygun) ve bozulmamış rekabetin sağlanması”nı amaçlamaktadır. Haksız rekabet, tüketicilerin

¹⁴ “AET/AT de haksız rekabet hukuku ile yakından ilgilenmiştir. Önceleri sadece reklamlar bağlamında konuya yaklaşan Birlik 2005/29/AT sayılı, ‘Haksız İş Uygulamalarına İlişkin Yönerge’yi yayımlamıştır. Yönerge, tüketici merkez alınarak konuya yaklaşmakta ve geniş bir şekilde kaleme alınmış bir genel hüküm yanında, yarıltıcı ve agresif iş uygulamalarına ilişkin, örnekler temelinde özel hâllere ve otuzbir adet per se haksız rekabet kabul edilen uygulamalar listesine yer vermektedir. Söz konusu düzenleme 12/07/2007'ye kadar ulusal hukuklara alınacaktır. Yönerge ayrıca altı yıllık bir alışma dönemi öngörmüştür. Yönerge Alman sisteminden farklı olup, ileride TK'nun değiştirilmesini de gerektirecektir. Bu çok yeni ve sorunlar içeren düzenlemenin Tasarıya yansıtılması hem mümkün hem de doğru değildir.”, Bkz. TTK Gerekçesi, “54 ilâ 63 üncü Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar”.

¹⁵ Alman hukukunda haksız ticari uygulamalar ve bu kapsamda saldırgan satış yöntemleri, Haksız Rekabet Kanunu'nda düzenlenmiştir [Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (“UWG”) m 4a, https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/ Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023].

¹⁶ Bkz. a.şa. “III. B- Tüketici Mevzuatı Karşısındaki Durumu” başlığı altındaki açıklamalar ve dn. 139.

yanı sıra “işletmeler ve alıcılar”ın da dâhil olduğu “bütün katılanlar” kavramını temel almaktadır¹⁷. TTK tüketicileri de korumakla beraber kişi bakımından kapsamı bundan daha geniştir: TTK m 55.1.a.8 hükmünde tüketicilerden daha geniş bir kavram olan “müşteri” kavramı tercih edilmiştir¹⁸. Bu itibarla TTK m 55.1.a.8 hükmü, saldırgan satış yöntemlerinden zarar gören müşterinin tüketici olduğu durumların yanı sıra, esnaf veya tacir sıfatını taşıdığı durumlara da -şartları varsa- uygulanabilmektedir. Buna karşın TKHK m 62 ve Yönetmelik m 31 tüketicilerin ekonomik çıkarlarını korumayı amaçlamış ve sadece tüketicilere yönelik olan saldırgan ticari uygulamaları yaptırma bağlamıştır (TKHK m 1, Yönetmelik m 2).

İki düzenleme arasında konu açısından kapsama ilişkin temel farklılık ise, saldırgan reklamlara ilişkindir. Aşağıda ele alınacağı üzere bu tür reklamlar, TTK m 55.1.a.8 kapsamına girmemektedir¹⁹; ancak söz konusu türden reklamlar saldırgan ticari uygulama şartlarını sağlamakta ve Yönetmelik m 31 ile yaptırma bağlanmaktadır. Yönetmelik’te düzenlenmiş saldırgan ticari uygulamalardan, saldırgan reklamlar dışında kalan diğer uygulamalar, TTK m 55.1.a.8 kapsamında haksız rekabet teşkil edebilmektedir.

C- AB’nin 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi’nin, TTK m 55.1.a.8 Uygulaması İçin Kaynak Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu Hakkında

Hukukumuzda saldırgan satış yöntemlerine ilişkin olarak yukarıda sözü edilen ikili yapı oluşturulurken TTK m 55.1.a.8 ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği arasında açıkça bir bağ kurulmamıştır. AB’nin 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi’ni temel almış olan Yönetmelik sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a (m 61-63, 84’e) dayalı olarak çıkarılmış (m 3); TTK m 55.1.a.8 hükmüne ise atıf yapmamıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi TTK m 55.1.a.8 hükmünün gerekçesinde 2005/29 sayılı Yönerge’den söz edilmiş ve bu yönde TTK’da değişiklik yapılacağı belirtilmiştir. Üstelik Alman hukukunda da Yönerge’ye uyum süreci haksız rekabet mevzuatında değişiklik yapılması yoluyla gerçekleştirilmiş (UWG m 4a); saldırgan nitelik taşıyan haksız ticari uygulamaların ve Yönerge’de örnek olarak gösterilen fiillerin aynı zamanda haksız rekabet teşkil etmekte olduğu, tereddüde yer kalmayacak şekilde ortaya konmuştur. Dolayısıyla TTK m 55.1.a.8 hükmünde kullanılan kavramların,

¹⁷ Bkz. TTK m 54 gerekçesi.

¹⁸ Tüketici yerine müşteri kavramını temel almış olması sayesinde “Türk Ticaret Kanunu’nun yönerge hükümlerine nazaran çok daha ileri seviyede bir düzenlemeye sahip olduğu” görüşü için bkz. N. Füsün Nomer Ertan, ‘Haksız Ticari Uygulamalar’, iç Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paşlı, Şehriban İpek Aşıkoglu ve Elif Oğuz (edr), *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* (İstanbul Üniversitesi 2020) 1019.

¹⁹ Bkz. aşağıda “II. A- 2. ‘Satış Yöntemi’ Kavramına İlişkin Olarak” başlığı altındaki açıklamalar.

özellikle de saldırganlık unsurunun kapsamı değerlendirilirken Yönerge'deki unsurların göz önünde bulundurulması doğaldır. Nitekim öğretilerde de saldırgan satış yöntemi şeklindeki haksız rekabet fiili değerlendirilirken hem Yönerge'den hem de Yönerge'yi temel almış ilgili Yönetmelik hükümlerinden yararlanılmaktadır²⁰.

Bu itibarla çalışmamızda konunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde Yönerge'den ve Yönerge'ye uyumlu şekilde hazırlanmış olan Alman Haksız Rekabet Kanunu'ndaki düzenlemelerden de yararlanılacaktır.

II. TTK 55.1.A.8 Hükmündeki Haksız Rekabet Fiilinin Unsurları

TTK m 55.1.a.8 hükmünden, fiilin iki unsuru bulunduğu anlaşılmaktadır:

A- "Özellikle" saldırgan satış yöntemleri kullanılmış olması ve

B- Bunlar müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmış olmasıdır.

Yönerge'de bazı fiiller, hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla²¹ kendiliğinden (*per se*) saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmiş ve her bir somut olayda bunların unsurlarının mevcut olup olmadığının incelenmesine gerek duyulmadan saldırgan olarak nitelendirilecekleri ifade edilmiştir (Yönerge Ek I, no. 24-31)²². Bu fiillerin hemen hepsi, Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun ekinde de sayılmakta ve kendiliğinden saldırgan bir uygulama ve haksız rekabet fiili olarak nitelendirilmektedir²³. Söz konusu fiillerin pek çoğuna, Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin ekinde de yer verilmiştir²⁴. Ancak kendiliğinden hükmün kapsamına dâhil olma şeklindeki söz konusu özelliğin, TTK m 55.1.a.8 açısından uygulanabilmesi, TTK'da açık bir düzenleme bulunmadığından kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla her bir fiilin TTK m 55.1.a.8 kapsamına girip girmediği ve haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı somut olayın şartlarına göre ve TTK m 55.1.a.8 hükmünün unsurlarına göre değerlendirilmek durumundadır. Bununla birlikte söz konusu fiiller zaten uygulamada en sık karşılaşılan

²⁰ TTK m 55.1.a.8 hükmünde sözü edilen saldırgan satış yöntemleri açıklanırken Yönetmelik Eki'ndeki örneklerden yararlanabileceği hususunda bkz. N. Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2016) 245; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (28. Bası, BTHAE 2022) 359. Söz konusu haksız rekabet fiilini Yönerge ile bağlantı kurarak ele alan yazarlar için bkz. Remzi Tamer Pekdiğer, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet 2020) 167; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (14. Bası, Yetkin 2021) 382; Ufuk Tekin, *Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması* (On İki Levha 2022) 106; Ali Ozan Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2023) 172.

Üstelik hukukumuzda bu türden ikili yapı, sadece saldırgan satış yöntemlerine özgü değildir. Ağırıklı olarak tüketicilere karşı işlenen diğer bazı haksız rekabet fiillerine ilişkin olarak da benzer durumlar söz konusudur. Örneğin aldatıcı reklamlar da, haksız rekabet niteliği taşımasına rağmen (TTK m 55.1.a.2), unsurları ve örnekleri saptanırken Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'ndeki ayrıntılı düzenlemelerden (m 29 ve Yönetmelik'in Eki) yararlanılmaktadır. Benzer şekilde TTK 55.1.a.5'de düzenlenmiş olan gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak nitelikteki karşılaştırmalı reklam şeklindeki haksız rekabet fiili de, Yönetmelik (m 8) ile ilişkilendirilmektedir. Bkz. İfakat Balık, 'Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bağlamında Öngörülen Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı' (2019) 35(3) Batider 160.

²¹ Yönerge Dibace no. 17.

²² Ayrıca bkz. Yönetmelik m 28.4 ve Yönetmelik Eki.

²³ UWG m 3.3, Ek no. 25-30.

²⁴ Bkz. Yönetmelik Ek-B.

saldırgan satış yöntemleri olduğundan ve bunlarda saldırganlık ve kararı etkileyebilme unsuru çok açık olduğundan, anılan fiillerin aynı zamanda TTK m 55.1.a.8 hükmünün şartlarını taşıdığını ispatlamak da, diğer fiillere oranla daha kolay olmaktadır.

A- “Özellikle” Saldırgan Satış Yöntemleri Kullanılmış Olmalıdır

1. Sadece “Özellikli-Özellik Arz Eden” Saldırgan Satış Yöntemlerine Uygulandığı Hususunda

Kanun, müşterinin karar verme özgürlüğünün “*özellikle*” saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandırılmasını düzenlemektedir. Hükmün lafzından âdeta müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandıran tüm fiillerin anılan kapsama gireceği, saldırgan satış yöntemlerinin ise bu tür fiillerin başlıcalarından olduğu gibi bir anlam çıkabilmektedir. Ancak bu sonucu kabul etmeye olanak bulunmamaktadır; zira hükmün gerekçesi, bundan farklı bir duruma işaret etmektedir. Hükmün gerekçesine göre: “*Özellikle saldırgan*’ ibaresindeki ‘*özellikle*’ kelimesi hükmün uygulanabilmesinin şartıdır. Her saldırgan satış yöntemi, haksız rekabet oluşturmaz. Aksi halde, tüm işportacıların, kamyon veya minibüsten satış yapanların, otomobile el sallayıp sizi lokantasına davet edenlerin bu hükmün kapsamına girmesi gerekir. Oysa, amaç bu değildir.”

Gerekçe’de de açıkça ifade edildiği gibi, hüküm saldırgan satış yöntemi dışında kalan ve müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandıran diğer fiilleri kapsamamaktadır. Aksine saldırgan satış yöntemi kullanılan durumlardan sadece özellik gösterenler hükmün kapsamına alınmıştır²⁵. Bu itibarla hükmün kapsamı “*özellikle* saldırgan satış yöntemleri ile” değil de, âdeta “*özellikli-özellik arz eden*” saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandırılmıştır²⁶. Gerekçe’nin ifadesiyle: “Sadece özellik taşıyan ve muhatabını âdeta köşeye sıkıştırmakta olan fiiller”, kapsam dâhilindedir²⁷. Dolayısıyla satıcıların psikolojik taktiklerden yararlandıkları, potansiyel müşterinin sözleşme akdetmesi konusunda ısrarcı davrandıkları her duruma TTK m 55.1.a.8 uygulanmamaktadır.

2. “Satış Yöntemi” Kavramına İlişkin Olarak

Her ne kadar TTK m 55.1.a.8’deki ifade “*satış yöntemi*” ise de, söz konusu haksız rekabet fiili sadece “*satış sözleşmesi*” kurma çabası ile sınırlı değildir²⁸. Anılan ifade genel olarak pazarlama faaliyetini ve hukuki işlem kurma amacını ifade etmektedir²⁹.

²⁵ Urs Wickihalder, ‘Art 3. Abs.1 lit h’, iç Reto M. Hilty ve Reto Arpagaus (edr), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, *Basler Kommentar* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2013) 358.

²⁶ Saldırganlığın “ağır, nitelikli, yoğun, özellikli” olmasının şart olarak arandığı hususunda bkz. Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 20) 242; Argun Karamanlioğlu, ‘Tüketici Hukuku’nda Saldırgan Satış Yöntemleri’, iç Esra Hamamcıoğlu, Özge Uzun Kazmacı, M. Ertan Yardım, Argun Karamanlioğlu ve Zeliha Gizem Sayın (edr), *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım* (Seçkin 2016) 67.

²⁷ Bu durumun tercüme hatasından kaynaklandığı hususunda bkz. Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 20) 241.

²⁸ Bkz. Wickihalder (n 25) 355.

²⁹ Pekdincer (n 20) 167; Yıldız (n 20) 172.

Hüküm satış sözleşmelerinin yanı sıra, kullandırma amacı güden sözleşmeleri³⁰ (örneğin leasing sözleşmesini³¹) ya da abonelik sözleşmelerini³² de kapsamaktadır.

Hükümün kapsamının “satış yöntemleri” ile sınırlandırılması, saldırgan reklamların anılan hüküm kapsamında engellenip engellenemeyeceği sorusunu da beraberinde getirmiştir. Gerçekten de uygulamada müşterilerin hislerine hitap eden ve onlar üzerinde psikolojik baskı kuran saldırgan reklamlara sıklıkla rastlanmakta ve bunlara genellikle saldırgan satış yöntemleri eşlik etmektedir. Öğretide bir görüş, saldırgan reklamların da TTK m 55.1.a.8 kapsamına girdiğini savunmaktadır³³. Ancak Kanun’un Gereçesi bu tür reklamların hükümün kapsamı dışında bırakıldığını açıkça ifade etmektedir³⁴. Gerçekten de saldırgan reklamlar, bir satış yöntemi değil, “satışa yardımcı bir araç” niteliğindedir³⁵. TTK m 55.1.a.8 hükmü ise sadece sözleşmenin akdedilmesine doğrudan etki eden fiilleri kapsamaktadır³⁶. Bu nedenle saldırgan reklamların TTK m 55.1.a.8 kapsamına girdiğine ilişkin söz konusu görüşe katılabilmeye olanak bulunmamaktadır³⁷. Saldırgan reklamlar da haksız rekabete yol açmakla beraber, bunlar ancak genel hüküm niteliği taşıyan TTK m 54.2’deki haksız rekabet tanımı kapsamında değerlendirilebilmektedir³⁸.

3. Saldırganlık Kavramına İlişkin Olarak

a- Olayda Mutlaka Belirli Saldırganlık Yöntemlerinden Birinin Bulunması Gerektiği Hususu

Bir satış yönteminin saldırgan olması ile ne ifade edilmek istendiği, TTK’da açıklanmamıştır³⁹. Kanun’un gereçesinde ise fiilin bazı özelliklerine yer verilmiştir.

³⁰ Wickihalder (n 25) 355.

³¹ Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 20) 243. Her tür sözleşmenin bu kapsama girebileceği görüşü için bkz. Yıldız (n 20) 172.

³² Pekdiñer (n 20) 167.

³³ Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 20) 249-250; Firdevs Savaş, ‘Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar’ (2017) 18(2) CumhuriyetÜİİBFD 241; Ayhan, Özdamar ve Çağlar (n 20) 382-383.

³⁴ Kanun koyucunun söz konusu tercihi, uygulamada saldırgan reklam ile saldırgan satış yöntemi arasındaki sınırı her zaman kolay çizilemediği gereçesiyle öğretide eleştirilmektedir. Bkz. Pekdiñer (n 20) 166 vd.

³⁵ Bkz. TTK m 55.1.a.8 Gereçesi.

³⁶ Pekdiñer (n 20) 60.

³⁷ Buna karşın saldırgan reklamlar, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği kapsamında saldırgan ticari uygulamadır (m 31).

³⁸ Bkz. TTK m 55.1.a.8 Gereçesi. Bu konuda ayrıca bkz. Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (7. Baskı, BTHAE 2021) 250. Saldırgan reklamların hükümün kapsamı dışında tutuluyor olduğu hususuna Kanun metninde açıkça yer verilmemesi, anılan sonucun Gereçe’den yola çıkılarak kabul ediliyor olması, uygulamada bu tür reklamların konu olduğu haksız rekabet fiillerine de TTK m 55.1.a.8 hükmünün uygulanabileceği şeklinde yanlış yönele yol açabilmektedir. Örneğin İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, (243/200, 24.03.2021) kararında: “Her ne kadar ülkemizde piyasaya sunulan tıbbi ürünlerin ‘...’ onayına sahip olması gerektiğine ilişkin yasal düzenleme bulunsa da; bu düzenleme ile; ürünlerin sağlanması gerektiği asgari kalite standartlarının belirlendiği, ancak bunun yanında başka onaylara sahip olunamayacağına ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı, bu doğrultuda; ürünleri ‘...’ onaylı olan davalı şirketin, gerçek durumun tezahürü şeklinde yapılmış olduğu tanıtımlarla ‘...’ onaylı olmayan ürünleri kötülediği söylenemeyecektir ve bu noktada saldırgan bir satış yönteminden de bahsedilemeyecektir.” şeklinde karara varılmıştır (Bkz. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023). Ancak söz konusu uyuşmazlık davacı hastanenin yayımladığı reklamlardaki ifadelerden kaynaklandığı için, reklamların saldırgan olduğu kabul edilseydi bile, kanaatimizce bunların TTK m 55.1.a.8 kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün olmayacaktı.

³⁹ Mehaz İsviçre hukukunda da bu kavram tanımlanmamıştır. Nomer Ertan, bu konuda kesin bir ölçüt vermenin zor olduğunu, aldatmayı düzenleyen Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m 36 hükmünden kıyasen yararlanılabileceği görüşündedir. Bkz. Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 20) 243.

Gereğe’de; söz konusu haksız rekabet fiilinin, müşterinin makbul sayılmayacak derecede güç bir psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluğu altında bırakıldığı durumlarda uygulanacağı, önemli olanın saldırganlığın özellik taşıması ve muhatabını âdeta köşeye sıkıştırması olduğu belirtilmiştir. Aslında söz konusu özellikler, (potansiyel) müşteride sözleşme akdetme (ya da mevcut müşteride sözleşmeyi sona erdirmeme) zorunluluğu hissi yaratabilmek için ağır bir fiziksel veya psikolojik baskı kurulduğu durumları ifade etmektedir⁴⁰.

Kanaatimizce TTK m 55.1.a.8 uygulamasında söz konusu baskının saldırgan olarak nitelendirilebilmesi için: Taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemlerinden en az biri mevcut olmalıdır. Mehaz İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda açıkça yer verilmemiş olan bu saldırganlık yöntemleri, AB Yönergesi’nde (m 8) ve Yönerge’yi haksız rekabet hukukuna ilişkin hükümlerinde değişiklik yaparak iç hukukuna uyarlayan Alman Haksız Rekabet Kanunu’nda (UWG m 4a.1) fiilin zorunlu unsuru olarak sayılmıştır⁴¹. Böylelikle sözü edilen fiziksel ya da psikolojik baskının nasıl saptanacağı konusunda hukuki belirlilik sağlanmış olmaktadır. Çalışmamızda da Alman Haksız Rekabet Kanunu’ndaki (UWG m 4a) kıstaslar temel alarak sınıflandırma yapılmaktadır.

Somut olayda bu üç tür saldırganlık yönteminden (taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesirden) herhangi birinin varlığı, -diğer şartların da sağlanması halinde- saldırgan satış yönteminden söz edilebilmesi için yeterlidir; bununla birlikte bazı durumlarda anılan yöntemlerden birden çoğu da bir arada bulunabilmektedir.

Taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir içermeyen bir fiil ise, saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirilemez. Ancak böyle bir fiil buna rağmen müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlıyorsa, bu durumda -şartları varsa- genel hüküm niteliğindeki TTK m 54.2 hükmü ya da TTK m 55’in diğer alt bentleri (özellikle de iş şartlarına uymamak şeklindeki TTK m 55.1.e hükmü) gereği haksız rekabet fiiline yol açabilmektedir⁴².

⁴⁰ Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (19. Bası, Seçkin 2022) 422.

⁴¹ Aynı yönde bkz. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m 31.1.

⁴² Müşterinin karar verme özgürlüğü, taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yöntemleri dışındaki nedenlerle kısıtlanmışsa, saldırgan satış yönteminden söz edilemez. Bkz. European Commission, ‘Guidance on the Interpretation and Application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal market’, Commission Notice (2021/C 526/01), OJ C. 526/1-129, 29.12.2021, 60. Bununla birlikte taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir içermeyen bir fiil, “ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozması veya bozma olasılığı taşıması ve tüketicinin bu sebeple normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması” halinde, “mesleki özenin gereklerine uymama” gerekçesiyle haksız ticari uygulama sayılabilir (Yönetmelik m. 28.1). Taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir içeren fiillerin, her hâlikârda mesleki özenin gereklerine aykırılık taşımakta olduğu hususunda bkz. Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 172; Pablo Fernández Carballo-Calero, ‘Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States’ (2016) 5(6) EuCML 255.

b- Saldırganlık Yöntemlerinin Kanun'da Açıkça Sayılmamış Olmasının Hukuki Belirliliği Engellediği Hususu

Yukarıda da belirtildiği gibi⁴³, saldırgan satış yöntemi kavramı ile kastedilen saldırganlık yöntemleri, -AB Yönergesi'nde (m 8) ve Yönerge'yi temel almış- Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda (UWG m 4a) açıkça “taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir” şeklinde sayılmıştır. TTK'da ise sadece saldırgan satış yöntemi teriminin kullanılmasının yeterli görülüp, saldırganlık yöntemlerinin belirtilmemiş olması, fiilin özelliklerinden bazılarında da Kanun metni yerine Gerekeç'e yer verilmesi, uygulamada bu fiilin kapsamına ilişkin belirsizliğe yol açmıştır.

Gerçekten de TTK m 55.1.a.8 hükmünün uygulandığı bazı kararlarda “saldırganlık” kavramına ilişkin olarak yüzeysel bir değerlendirme yapıldığı, Gerekeç'e aranan (saldırganlığın özellik taşıması ve muhatabını âdeta köşeye sıkıştırması gibi) şartların dahi dikkate alınmadığı görülmektedir. Anılan durum ise aslında Kanun'un amaçlamadığı fiillere de bu hükmün uygulanması sonucunu doğurmuştur.

Örneğin Yargıtay 11. HD'nin E. 2018/4378, K. 2019/5762 sayı ve 24.09.2019 tarihli kararına konu olayda: Davacılar, ödemeli yayıncılık pazarında faaliyet gösteren dijital platformun (D-Smart) işletmecisi ve marka hakkı sahibi olup, 2012-2015 UEFA Şampiyonlar Ligi, UEFA Süper Kupa ve UEFA Avrupa Ligi Türkiye yayın haklarının sahibidirler. Davalı ise, internet üzerinden spor haberciliği yapan internet sitesi işletmektedir. Davalı, internet sitesinde, davacıların üzerinde yayın tekeli bulunan futbol karşılaşmalarını internet üzerinden ücretsiz şekilde izleyebilecekleri bir link paylaşmıştır; söz konusu linke tıkladığında ise maçların başka ülkelerdeki uydular üzerinden yayın yapan hangi tv kanallarında ve hangi frekanslarda şifresiz olarak izlenebileceğine ilişkin bilgiler sunulmaktadır. Davalının bu yolla kendi izlenme ve takip edilme oranını arttırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır⁴⁴.

Yargıtay: Söz konusu fiilin “6102 sayılı TTK'nın 54. maddesi uyarınca, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranış, 55/1-a-8 ve 55/1-b. maddeleri uyarınca da, davacıların potansiyel müşterilerinin karar verme özgürlüğünü engelleme ve var olan müşterileri de sözleşmeyi sona erdirmeye gibi haksız rekabet niteliğinde bir eylem niteliğinde olup olmadığı”nın değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir⁴⁵.

⁴³ Bkz. yuk. “II. A- 3. a- Olayda Mutlaka Belirli Saldırganlık Yöntemlerinden Birinin Bulunması Gerektiği Hususunda” başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁴ İlk derece mahkemesi: “... esasen davacının zararını oluşturan eylemde bulunanın bunu haber olarak duyuran davalı değil şifresiz bir şekilde yayın yapan kanallar yahut ücret karşılığı sunduğu hizmetteki sistemsel sıkıntılar olduğu, zarardan dolayı davalının doğrudan sorumluluğunun bulunduğu ve eyleminin haksız rekabet olarak kabulünün mümkün olmadığı gerekçesi ile” davanın reddine karar vermiştir. İstinaf başvurusunun da esasın reddi üzerine karar temyiz edilmiş ve Yargıtay tarafından bozulmuştur.

⁴⁵ Yargıtay, davalının maçların şifresiz izlenebileceğine ilişkin duyurusunun doğrudan davacı şirketlerin bağlantılı hakkını ihlal mahiyetinde olmadığını kabul etmiştir. Bkz. <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023.

Bozma kararına uyan ilk derece mahkemesi de: “... [D]avalının internet sitesinde gerçekleştirmiş olduğu eylemlerin TTK 55/1.a.8 (Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak) ve 55/1-b (Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltme) maddeleri uyarınca davacıların potansiyel müşterilerinin karar verme özgürlüğünü engelleme, var olan müşterileri de sözleşmeyi sona erdirmeye gibi haksız rekabet niteliğinde olduğu, davalı eyleminin haber niteliğini aştığı, 5 ayrı kanal ve uydu teknik ayar bilgilerini verdiği, bu eylemi ile reklam ve sosyal medya geliri elde etme imkanı sağladığı tespit edilmekle davalının eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin kabulü gerekmiştir” şeklinde karar vermiştir⁴⁶.

Ancak söz konusu fiilin kararda belirtildiği gibi TTK m 55.1.a.8 kapsamına girebileceği şeklindeki değerlendirmeye katılmaya olanak bulunmamaktadır. Gerçekten de dava konusu olayda potansiyel ya da mevcut müşteriler üzerinde ağır bir fiziksel veya psikolojik baskı kurulduğundan söz edilememektedir. Müşterilerin karar verme özgürlüğüne yönelik her fiil, TTK m 55.1.a.8 kapsamında değerlendirilemez. Üstelik dava konusu olayda müşterilere yönelmiş “taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir” şeklinde saldırganlık yöntemleri de söz konusu değildir.

c- TTK m 55.1.a.8’e Yol Açabilen Saldırganlık Yöntemleri

Bir fiilin saldırgan olarak nitelendirilebilmesi için: Taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemlerinden en az biri gerçekleşmiş olmalıdır.

aa- Taciz

aaa- Kavram

Saldırgan satış yöntemi kapsamında taciz kavramı, temel olarak müşterinin kişisel alanının işgal edilmesidir⁴⁷. Anılan kavram, satın alma kararını etkileme amacı ile müşteriyi talep, teklif bombardımanına tutmayı, müşterinin peşini bırakmamayı, müşteriyi bu yolla rahatsız etmeyi ifade etmektedir⁴⁸.

Bir hareketin taciz olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. Söz konusu değerlendirme yapılırken, fiilin zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığı da tespite yardımcı olmaktadır⁴⁹. Örneğin günün çok erken ya da çok geç saatlerinde telefonla müşterilerin aranması taciz olarak nitelendirilebilirken, makul saatlerde yapılan aramalar bu nitelikte sayılmayabilir⁵⁰.

⁴⁶ İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 37/364, 26.04.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023.

⁴⁷ Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 178.

⁴⁸ Carballo-Calero (n 41) 256.

⁴⁹ UWG 4a.2.1; aynı yönde bkz. Yönerge m 9.a; Yönetmelik m 31.2.a.

⁵⁰ Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 179; Eleni Kaprou, Protecting Vulnerable Consumers From Aggressive Commercial Practices, Phd Thesis, University of Nottingham (2017) 202 (<https://eprints.nottingham.ac.uk> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

Taciz şeklindeki saldırganlığın tipik örneği: müşterinin meskenini terk etme ve geri gelmeme yönündeki ikazlarına⁵¹ aldırmadan müşterinin evine ziyaretler yapılmasına devam edilmesidir⁵². Söz konusu durum özellikle müşterinin yaşlı tüketiciler olduğu durumlarda taciz niteliğine bürünmektedir⁵³.

Taciz niteliği taşıyan fiillerde genellikle fiilin ısrarla tekrar ediliyor olması, diğer bir deyişle devamlılığı söz konusu olmaktadır⁵⁴. Ancak bazı durumlarda, devamlılık ve tekrar söz konusu olmasa bile, müşterinin içinde bulunduğu durum nedeniyle tacizden söz edilebilmektedir. Özellikle müşterinin muhakeme yeteneğini bozduğu bilinen doğal afet gibi bir felaket ya da bu türden olumsuz başka bir durumun fail tarafından, müşterinin mal veya hizmete ilişkin kararını etkilemek için kötüye kullanıldığı durumlar da taciz edici nitelik taşıyabilmektedir⁵⁵. Örneğin vefat eden kişinin yakınlarına ölümün hemen ardından mezar taşı satma teklifini içeren bir sözleşme taslağı yollanması, taciz niteliği taşımaktadır⁵⁶. Anılan durumda devamlılık bulunmasa, tek bir kez öneride bulunulmuş olsa dahi, bunun yollanma zamanı, vefat eden kişinin yakınlarının acısından faydalanma amacına ve tacize işaret etmektedir⁵⁷.

bbb- Saldırgan Ticari Elektronik İletilerin Durumu

Müşterilere telefon, sms, eposta gibi elektronik iletişim yolları ile ısrarlı şekilde ulaşılması da, şartları varsa taciz olarak nitelendirilebilmektedir⁵⁸. Ancak dikkat edilmesi gereken husus: Bu türden ısrarlı aramaların veya mesaj ya da eposta gönderiminin pek çok durumda TTK m 55.1.a.8 hükmüne yol açmadığıdır.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, ticari elektronik iletilerin, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a tabi olduklarıdır⁵⁹. Kanun'da: -esnaf ve tacir olan kişiler dışındakilere- telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda ve ticari amaçlarla veri, ses ve görüntü içerikli iletilerin gönderilebilmesi, alıcılardan önceden onay alınması şartına

⁵¹ Söz konusu fiilin belirleyici unsuru: Müşterinin ikaz etmiş, istemediğine ilişkin olarak önceden itiraz etmiş olması unsurudur. Bir başka deyişle, müşteri önceden itiraz etmemişse, ziyaretler saldırgan olarak nitelendirilemeyecektir. Carballo-Calero (n 41) 256

⁵² UWG Ek no. 27; Yönerge Ek I, no. 25; Yönetmelik Ek-B.2. Müşterinin evine gizlice girilmesi halinde de, bu fiil gerçekleşmiş olmaktadır. Wickihalder (n 25) 359.

⁵³ Bu konuda bkz. Carballo-Calero (n 41) 256.

⁵⁴ Bkz. UWG m 4a.2.1; Yönerge m 9.a; Yönetmelik m 31.2.a.

⁵⁵ Bkz. UWG m 4a.2.3; Yönerge m 9.c; Yönetmelik m 31.2.c. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Hugh Collins, 'Harmonisation by Example: European Laws Against Unfair Commercial Practices' (2010) 73(1) ModLRev 109.

⁵⁶ Söz konusu olay Alman yargısına konu olmuştur (OLG Frankfurt, 29.01.2009- 6 U 90/08; <<https://e-justice.europa.eu/caseDetails.do?idTaxonomy=6466&idCountry=11&plang=en>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023). Anılan olayda ölümün ardından "iki hafta" geçtikten sonra yollanan sözleşme taslağının taciz niteliği taşımayacağı şeklinde karar verilmiştir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Carballo-Calero (n 41) 256.

⁵⁷ Kaprou (n 50) 206.

⁵⁸ Poroy ve Yasaman (n 40), 422.

⁵⁹ Kabul Tarihi: 23.10.2014, RG 05.11.2014/29166.

bağlanmışır (6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m 6). Bu itibarla -esnaf ve tacir olan kişiler dışındakilere- önceden onay alınmaksızın ticari elektronik ileti gönderilmesi, 6563 sayılı Kanun’a göre idari para cezası yaptırımına yol açabilmektedir (m 12.a). Ancak 6563 sayılı Kanun’daki söz konusu esaslar, fiilin haksız rekabet niteliği taşıyıp taşımadığından bağımsızdır. Dolayısıyla örneğin -esnaf ve tacir olan kişiler dışındakilere- önceden onay alınmaksızın bir ticari elektronik ileti gönderilmesi dahi 6563 sayılı Kanun’a aykırılık teşkil ederken, bu fiil, TTK m 55.1.a.8 kapsamında taciz teşkil etmeyebilecektir.

Söz konusu fiilin TTK m 55.1.a.8 kapsamında nitelenebilmesi için, öncelikle taciz şeklindeki bu aramanın ya da mesaj/eposta gönderiminin bir reklam değil, “satış yöntemi” niteliği taşıyor olması şarttır. Şöyle ki, potansiyel müşteri ile doğrudan doğruya ilişki kurulan, kişisel satışların ve kişiye özel görüşmelerin söz konusu olduğu durumlarda “satış yöntemi”; kamuoyuna ve ilgili çevrelere duyuru yapıldığı durumlarda ise “reklam” söz konusu olmaktadır⁶⁰. Buna göre TTK m 55.1.a.8’in uygulanabilmesi için öncelikli şart söz konusu mesaj, eposta ya da aramanın müşteri için kişiselleştirilmiş olması, en azından müşterinin adını içeriyor olmasıdır. Kişiselleştirilmeden, herkese aynı metnin yollandığı ya da herkese aynı ses kaydının dinletildiği durumlarda, satış yöntemi değil, reklam söz konusu olduğundan⁶¹ ve yukarıda da belirtildiği gibi⁶² saldırgan reklamlar hükmün kapsamı dışında bırakıldığından, bunlar TTK m 55.1.a.8 hükmü kapsamında engellenemeyecektir. Kişiselleştirilmeden yollanan iletiler, diğer deyişle reklamlar, önceden onay alınmadan yollanmışsa, 6563 sayılı Kanun’a aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla söz konusu reklamı, özellikle de taciz edici şekilde yapan kişilerin fiili, iş şartlarına uymamak şeklindeki TTK m 55.1.e hükmü kapsamında haksız rekabet de teşkil edebilecektir. Zira anılan hükme göre: “özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.” Bu itibarla, onay alınmadan anılan türden (kişiselleştirilmemiş ileti niteliğindeki) reklamların yollanması, 6563 sayılı Kanun’a ve dolayısıyla da TTK m 55.1.e (ve her hâlükârda TTK m 54.2) hükmüne aykırılık teşkil edecek; ancak TTK m 55.1.a.8 kapsamına girmeyecektir⁶³.

Ticari elektronik iletilerin TTK m 55.1.a.8 kapsamında değerlendirilebilmesi için müşteri adına kişiselleştirilmiş olmasından başka, taciz niteliği taşıyor olması da zorunludur. Özellikle aynı konulu mal ve hizmete ilişkin olarak müşterinin kısa süre

⁶⁰ Bu konuda bkz. Celal Göle, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması (BTHAE 1983) 36; İsmail Kırcı, ‘Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar’ iç Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan (BTHAE 1998) 338; Hamdi Pınar, ‘Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri’ (2012) 18(2) MÜHFHAD 141.

⁶¹ Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Murat Gürel, ‘İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler ve Haksız Rekabet’, iç AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı (Ankara Üniversitesi Yayınları 2017) 173-174.

⁶² Bkz. yuk. “II. A- 2. ‘Satış Yöntemi’ Kavramına İlişkin Olarak” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶³ Spam iletilerin ancak genel hüküm niteliğindeki TTK m 54 kapsamında haksız rekabet teşkil edebileceği görüşü için bkz. Neval Okan, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet (Seçkin 2011) 112.

içinde pek çok kez aranması, söz konusu aramaların uygunsuz saatlerde yapılarak müşterinin rahatsız edilmesi bu niteliktedir⁶⁴. Örneğin ABAD, otuz dört gün içinde müşteriye aynı içerikli üç eposta yollanmasının ısrarlı bir fiil olduğuna hükmetmiştir⁶⁵.

TTK m 55.1.a.8’ın uygulama alanı bulabilmesi için aranan bir diğer şart da, -aşağıda ele alınacağı üzere⁶⁶- kurulan baskının müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlayabilecek nitelikte olmasıdır. Her ne kadar önceden izin alınmaksızın ticari elektronik ileti yollanması 6563 sayılı Kanun’a aykırı ise ve ayrıca belli şartlarda taciz olarak nitelendirilebilir ise de, müşterilere yönelmiş her taciz müşterinin karar verme özgürlüğünü ortadan kaldırmamaktadır; bu itibarla sadece ileti sıklığının müşteriye rahatsız ediyor olması saldırgan satış yönteminden söz edilebilmesi için yeterli değildir⁶⁷. Örneğin kişiselleştirilmiş olsa ve devamlılık unsuru taşısa bile spam e-posta yollanması ya da sadece ses kaydı dinletilen otomatik aramalar yapılması genellikle müşterilerin kararını etkileyebilecek nitelikte değildir⁶⁸. Müşterilerin bu epostaları engelleyebilecekleri, sadece ses kaydı dinletilen telefon görüşmesini üzerlerinde büyük bir baskı hissetmeden de sonlandırabilecekleri dikkate alındığında, bunların karar verme özgürlüğünü sınırlandırmayacağı kabul edilmelidir⁶⁹. Ancak müşterinin itiraz etmesine⁷⁰ ve hatta arayan numarayı ya da eposta gönderen hesabı engellemesine rağmen aynı satıcının farklı numaralardan⁷¹, farklı eposta adreslerinden aynı konuda iletişim kurmaya devam ederek müşteriye taciz ettiği durumlarda, TTK m 55.1.a.8 kapsamında haksız rekabet fiilinden söz edilebilecektir.

bb- Cebir

Fiziksel ya da psikolojik şiddet uygulayarak müşteriye bir işlem yapmaya zorlayan satış teknikleri cebir şeklindeki saldırganlık yöntemi kapsamdadır⁷². Cebirin kapsamına fiilen şiddet kullanımının yanı sıra, şiddet kullanma tehdidi de girmektedir⁷³.

⁶⁴ Bu konuda bkz. Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 20) 248.

⁶⁵ Bkz. StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH v. eprimo GmbH - Interactive Media CCSP GmbH, Case C102/20, Judgment of the Court (Third Chamber), 25 November 2021, para. 73 (<<https://curia.europa.eu/> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

⁶⁶ Bkz. aşağıda. “II. B- Müşterinin Karar Verme Özgürlüğü Sınırlanmış Olmalıdır” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁷ Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 178.

⁶⁸ Collins (n 54) 109-110; Okan (n 63) 112; Pınar (n 60) 141; Kaprou (n 50) 203.

⁶⁹ Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Wickihalder (n 25) 359.

⁷⁰ Yönerge’de iletilerin devamlılığı saldırgan ticari uygulamadan söz edilebilmesi için yeterli görülmemektedir; bunların istenmeyen nitelikte olmaları, diğer bir deyişle “tüketicinin” ikaz etmiş olmasına rağmen yollanıyor olması şartı da aranmaktadır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. European Commission, Guidance (n 42) 69. Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifasını sağlamak amacıyla yapılan gönderimler kapsam dışında kalmaktadır. Bkz. Yönerge Ek I, no. 26.

⁷¹ Poroy ve Yasaman (n 40), 422.

⁷² Bkz. Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 183.

⁷³ Carballo-Calero (n 41) 257.

Bir fiilin cebir niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilirken: “Tehdit ya da hakaret içeren söz veya davranışlar içerip içermediği” göz önünde tutulmaktadır⁷⁴. Benzer şekilde “hukuka aykırı bir eylemde bulunulacağı tehdidinin olup olmadığı” da değerlendirmede dikkate alınmaktadır⁷⁵.

Fiziksel şiddet tehdidinin konu edildiği cebre, müşteri ile kurulması amaçlanan hukuki ilişki kurulana kadar müşterinin satıcının iş yerinden ayrılamayacağı izlenimini oluşturmak, örnek gösterilebilir⁷⁶. İş yerinin kapısının kilitlenmesi ve müşteri sözleşmeyi akdedene kadar kapının açılmayacağını belirtmesinde durum böyledir⁷⁷. Söz konusu fiilde, müşterinin sözleşme akdetme dışında başka bir seçim şansı olmadığı şeklinde bir izlenim yaratılmakta ve bu şekilde yoğun bir fiziksel baskı ya da fiziksel baskı tehdidi oluşturulmaktadır.

Müşterilere psikolojik olarak baskı yapmaya yönelik fiiller de cebir şeklindeki saldırganlık yöntemi kapsamına girmekte olup⁷⁸; hükmün uygulamasında bu tür fiillere daha sık rastlanmaktadır. Kanun’un gerekçesinde de⁷⁹, müşterinin “*güç psikolojik duruma* sokularak satın alma zorunluğu altında” hissettirilmesinden söz edilmektedir⁸⁰. Bunun tipik örneği, müşteriye mal veya hizmeti satın almaması

⁷⁴ Bkz. UWG m 4a.2.2; Yönerge m 9.b; Yönetmelik m 31.2.b. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Carballo-Calero (n 41) 257.

⁷⁵ Bkz. UWG m 4a.2.5; Yönerge m 9.e; Yönetmelik m 31.2.d.

⁷⁶ UWG Ek no. 25; Yönerge Ek I, no. 24; Yönetmelik Ek-B.1.

Müşterileri yerleşim yerinden uzaktaki ve toplu taşıma ile ulaşımı mümkün olmayan bir tatil kulübüne tanıtma götürmek ve müşterilere orada bir sözleşme imzalayana kadar geri dönemeyecekleri şeklinde zorlamada bulunmak hem cebir hem de haksız tesir kapsamına girmektedir. Office of Fair Trading, *Consumer Protection From Unfair Trading, Guidance on the UK Regulations (May 2008) Implementing the Unfair Commercial Practices Directive*, 43 (<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284442/ofit1008.pdf> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

⁷⁷ Kaprou (n 50) 188.

⁷⁸ Elisabet González Pons, ‘Addressing Aggressive Commercial Practices: Some Critical Aspects of Its Regime in the Unfair Commercial Practices Directive’ (2020) 6(1) *JournalFMV* 30.

⁷⁹ Bkz. TTK m 55.1.a.8 Gerekçesi.

⁸⁰ Cebir genellikle müşterinin olumsuz bir durumdan kaçınabilmesi için bir işlem yapması şeklindeki baskı olarak ortaya çıkmaktadır. Müşteriye olumsuz bir durumdan kaçınabilmesi için değil de, belirli bir faydaya ulaşabilmesi için bir işlem yapması gerektiği şeklinde baskının uygulandığı durumların hükmün kapsamına girip girmediği hususu da incelenmelidir. Özellikle müşteriye bir ödül veya benzeri bir menfaat elde ettiğimin belirtildiği, ancak müşterinin kazanmış olduğu ödülü kabul etmesi ve/veya içeriğini öğrenebilmesi için masrafta bulunması gerektiği haller bu kapsamdadır. Örneğin ABAD’ın c-428/11 sayılı **Purely Creative Kararı**’na konu olayda müşteriye sadece ödül kazandığı ifade edilmiş; müşteri ödülün ne olduğunu öğrenmek için yüklü bir telefon masrafı yapmak zorunda kalmıştır. Müşterinin söz konusu telefon görüşmesi için ve ardından da ödülün teslimatı için yaptığı masrafların toplamı, ödülün değerini fazlasıyla aşmıştır. ABAD, müşterinin, ödül olarak ne kazandığı konusunda bilgi almak için ya da ödüle sahip olmak için masraf yapmak zorunda kaldığı her durumda, eğer söz konusu masraf konusunda müşteriye bilgi verilmişse, hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Purely Creative Ltd, Strike Lucky Games Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre & Dodd Marketing Ltd, Dodd Marketing Ltd, Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henry v. Office of Fair Trading, Case C428/11, Judgment of the Court (Sixth Chamber), 18 October 2012, curia.europa.eu. Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Marios Koutsias ve Chris Willett, ‘The Unfair Commercial Practices Directive in the UK’ (2012) *ErasmusLawRev.* 5(4) 251; Mateja Đurović, *The Impact of the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC) on Contract Law*, EUI PhD thesis, 2014, 254 (<https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34559/Durovic_2014.pdf?sequence=2> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

Yönerge’de bu durum saldırgan ticari uygulamalar kapsamında sayılmıştır (Ek I, no. 31). Ancak anılan fiil, “yanlış izlenim oluşturmak” unsurunu içerdiğinden, aslında saldırgan satış yönteminden çok, aldatıcı ticari uygulamaya yakındır. Bu konuda bkz. Helmut Köhler, “‘Congratulations, You Have Won!’ New Standards Apply to Announcements of Wins: A Discussion of Purely Creative and Others’ (2013) 8 (5) *JIPLR* 399-402. Söz konusu fiilin Yönerge’de saldırgan uygulama olarak düzenlenmesinin tutarsızlığı yol açtığı görüşü için bkz. Köhler (n 65) 400. Nitekim bu türden fiiller Alman Haksız Rekabet Kanunu’nda saldırgan satış yöntemleri kapsamında değil, aldatıcı ticari uygulama kapsamında düzenlenmiştir. Anhag (zu § 3 Absatz 3) UWG Ek no.17. Kanaatimizce de anılan fiiller, saldırgan satış yöntemine yol açmamaktadır.

halinde satıcının iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğinin söylenmesidir⁸¹. Anılan fiilin müşteri üzerinde psikolojik olarak baskı kurması yeterli olup, söz konusu söylemin gerçek olup olmamasının sonuca etkisi yoktur⁸².

Psikolojik baskı ile oluşturulan cebir şeklindeki saldırganlık yöntemi, bir ilk derece mahkemesi kararına konu olmuştur. Kararda davalının: "...Yerli malı logolu ürünleri hem kolimize hem malımıza hem faturamıza nereye vuracaksak vuracağız. Bu ne demek biliyor musunuz? 'Ben ülkemi seviyorum. Ben ülkemi koruyorum. Ben bu ülke için varım.' demektir bu. *Eğer bunun dışındakileri alırsanız siz bize karşı top tüfek satan adamlara paye verip yardım ediyorsunuz anlamına gelir.*" şeklindeki ifadeleri değerlendirilmiştir. Mahkeme, beyanın "müşterilerin karar verme özgürlüğüne müdahale teşkil eden saldırgan bir satış yöntemi" teşkil ettiğine hükmetmiştir⁸³.

Müşteriler üzerinde manevi baskı kurmak amacıyla satış faaliyetinde engellilerin kullanılması da psikolojik baskı şeklindeki cebir kapsamındadır⁸⁴. Satıcıların konuşma ve duyma engelli oldukları ve müşteri belli bir dergiye abone olursa bundan kendi derneklerinin de yararlanacağını ifade ettikleri satış yöntemi buna örnek gösterilmektedir⁸⁵. Zira bu tür satış yönteminde satıcı olarak engellilerin kullanılması müşterileri kendilerine önerilen abonelik sözleşmesini akdetmeye zorunlu hissettirmektedir⁸⁶.

Benzer şekilde ürünün müşterinin sağlığı için önemli olduğu, söz konusu ürünü satın almaması durumunda sağlık sorunları yaşayabileceğine ilişkin beyanlarda bulunulması da, müşteri üzerinde psikolojik olarak baskı kurmaktadır⁸⁷.

Psikolojik baskı şeklindeki cebir kapsamına "ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi" de dâhil edilebilir⁸⁸. Müşteriye sipariş etmediği bir malın gönderilmesi ve müşteriden bunun bedelini ödemesinin ya da malı geri göndermesinin ya da saklamasının talep

⁸¹ UWG Ek no. 30; Yönerge Ek I, no. 30; Yönetmelik Ek-B.4. Bu konuda bkz. Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 185. Kapıdan satışlarda satıcının müşterilere "çok zor durumda olduğu, çocuk okuttuğu" şeklinde açıklamalar yaparak manevi baskı oluşturması bu kapsamdadır. Bkz. Nomer Ertan, 'Haksız Rekabet' (n 20) 244-245.

⁸² Kaprou (n 50) 193.

"Ürüne ilişkin kampanyanın çok kısa bir süre için geçerli olduğunu ve sınırlı sayıda kaldığını, bu nedenle hemen satın alınmazsa fırsatın kaçırılacağına" ilişkin beyanlar da saldırgan satış yöntemidir. Bkz. Neval Okan, 'Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması' (2016) 2(4) AndHD 78.

⁸³ İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi, 1167/560, 04.11.2020 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023). Mahkeme, olayda "gereksiz yere kötileyici karşılaştırma yapmak suretiyle" TTK m 55.1.a.5 hükmüne aykırılık bulunduğu da kanaat getirmiştir.

Kararda söz konusu beyanın hangi mecrada sunulmuş olduğu açık değildir; ancak belirtmek gerekir ki, hükme konu ifadelerin TTK m 55.1.a.8 kapsamına girebilmesi için ön şart, yukarıda da belirtildiği gibi, bu beyanların bir reklamın içeriği olmaması, müşteriye yönelmiş, kişiselleşmiş bir satış çabasının parçası olmasıdır.

⁸⁴ Nomer Ertan, 'Haksız Rekabet' (n 20) 244-245.

⁸⁵ Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı* (2. Bası, Seçkin 2020) 614.

⁸⁶ Şener (n 85) 614.

⁸⁷ Özbek, S, 'Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri', iç *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan* (Selçuk Üniversitesi Yayınları 1991) 425; Nomer Ertan, 'Haksız Rekabet' (n 20) 244-245.

⁸⁸ UWG Ek no. 29; Yönerge Ek I, no. 29.

edilmesi saldırgan satış yöntemidir⁸⁹. Zira anılan durumlarda ürün müşterilere, onların geri gönderme ya da saklama seçeneğini tercih etmeyecekleri, bunun yerine söz konusu ürünü satın almak zorunda hissedecekleri düşünülerek gönderilmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v **Wind Tre SpA** and **Vodafone Italia SpA Kararı**, içinde internete erişim ve sesli posta hizmetleri bulunan ve bu hizmetlerin aktive edilmiş olduğu SIM kartların satışı ile ilgilidir. Mahkeme, müşterilere ürünün gerek söz konusu hizmetlerin aktive edildiği hususunda gerekse söz konusu hizmetlerin ücretli olduğu konusunda yeterli bilgi verilmeden satılmasının saldırgan ticari uygulama kapsamında “ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi” olduğuna hükmetmiştir⁹⁰. Mahkeme, müşterilerin bu hizmetleri devre dışı bırakabilecek olmasının da fiilin saldırgan niteliğini değiştirmeyeceğini ifade etmiştir⁹¹.

ABAD'ın Stichting **Waternet** v **MG Kararı**na konu olayda ise, yeni taşındığı konuttaki mevcut su aboneliğini kullanmış ve su tüketmiş olan davacı, kendisine gönderilen su faturalarını ödemeyerek bunun “ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi” niteliği taşıdığını ve saldırgan ticari uygulama olduğunu ileri sürmüştür⁹². Yüksek Mahkeme konuta taşınan kiracının su şebeke sağlayıcısını seçme hakkının bulunmadığını, kullanıcıların su hizmetini ücret karşılığında aldıklarını biliyor olduklarını belirterek, saldırgan ticari uygulamanın varlığı iddiasını reddetmiştir.

cc- Haksız Tesir

aaa- Genel Olarak

Satıcının müşteri üzerinde sahip olduğu nüfuzu kullanarak onu işlem yapmaya (ya da işlem yapmaktan kaçınmaya) zorladığı hallerde haksız tesir söz konusudur⁹³. Anılan yöntem, müşteri üzerinde uygulanan baskının içeriği açısından cebir yöntemine benzerlik göstermektedir; ancak bu kavramın ayırt edici kısmı “nüfuz” unsurudur. Söz konusu saldırgan satış yönteminde satıcı, müşteri üzerinde güçlü bir konuma sahiptir, bu konum ekonomik ya da sosyal nedenlerden doğuyor olabilmektedir⁹⁴. Satıcı, müşteri üzerindeki güçlü konumunu, onun satın alma kararını etkileyecek şekilde kötüye kullanmaktadır⁹⁵. Satıcıya borçlu olan ve ödemelerini geciktirmiş olan

⁸⁹ Karş. TBK m 7: “İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.”

⁹⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v Wind Tre SpA and Vodafone Italia SpA, Joined Cases C-54/17 and C-55/17, Judgment of the Court (Second Chamber), 13.09.2018, (< curia.europa.eu> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

⁹¹ Bkz. Joined Cases C-54/17 and C-55/17, para. 50.

⁹² Stichting Waternet v MG, Judgment of the Court, C-922/19, Sixth Chamber, 03.02.2021 (< curia.europa.eu> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

⁹³ UWG Ek m 4.a, f. II; Yönerge m 2.j; aynı yönde bkz. Yönetmelik m 4.1.ç.

⁹⁴ Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 187.

⁹⁵ Carballo-Calero (n 41) 259.

müşteriye, satıcının, kendisinden başka bir ürün daha satın alırsa, ödeme planında yeniden yapılandırma yapabileceğini teklif etmesi, bu saldırganlık yöntemine örnektir⁹⁶.

Haksız tesir, sözleşmenin kurulması aşamasında olabileceği gibi, sözleşmenin sona erdirilmesi aşamasında da söz konusu olabilmektedir⁹⁷. Gerçekten de müşterinin, sözleşmeyi feshetme ya da başka bir mala, hizmete veya ticari uygulamada bulunana yönelme gibi haklarını kullanmak istemesi durumunda, ona ağır veya orantısız sözleşme dışı bir engelin getirilmiş olmasında durum böyledir⁹⁸. Aralarındaki sözleşmeyi sona erdirmek isteyen müşteriden talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz etmesini istemek ya da konuyla ilgili olarak onunla görüşmekten kaçınmak ve bu yollarla onu hukuki haklarını kullanmaktan caydırmaya çalışmak, bu türden bir haksız tesir örneğidir⁹⁹. Anılan tür haksız tesire özellikle telekomünikasyon ve iletişim alanındaki sözleşme fesih taleplerinde rastlanmaktadır¹⁰⁰. Örneğin telefon aboneliğini sona erdirmek isteyen müşteriden belirli bir formu doldurmasının talep edildiği, ancak bu forma müşterinin *online* ulaşabilmesinin mümkün olmadığı ve hizmet sağlayıcının da müşterinin telefonlarına ve epostalarına cevap vermediği durumlar buna örnektir¹⁰¹. Sözleşmeyi sona erdirebilmek için fesih beyanının günümüzde artık etkinliği kalmamış bir iletişim yöntemi olan faksla yollanmasının tek yol olarak müşteriye dayatılmasında da anılan yöntem söz konusudur¹⁰². Benzer şekilde mesafeli satış sonrasında cayma hakkını kullanmak isteyen müşteriye bedel iadesi yapılmayıp sadece değişim teklif edilmesi de buna örnek gösterilebilir.

Söz konusu saldırgan uygulamada müşterinin bilgi konusunda bir eksikliği bulunmamaktadır¹⁰³; müşteri karşı karşıya olduğu engeller, bu engelleri kaldırmak için yapabileceği işlemler hakkında bilgi sahibidir, ancak haklarına kavuşabilmek için zahmetli bir süreç yaşamak, zaman harcamak ve masraf yapmak zorunda kalacağını düşünmektedir. Diğer bir deyişle: Müşteri, haklarını kullanabilmek için zahmetli sürece katlanmak ya da haklarından vazgeçmek seçenekleri arasında bırakılmaktadır¹⁰⁴.

⁹⁶ Bkz. Peter Shears, 'Overviewing the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles' (2007) 18 EurBusLR 789; Office of Fair Trading (n 75) 41; Pons (n 78) 32.

⁹⁷ Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 188.

⁹⁸ UWG m 4.a/2.4; Yönerge m 9.d; Yönetmelik m 31.2.ç.

⁹⁹ Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 188.

UWG Ek no. 27 ve Yönerge Ek I, no. 27'de bu fiil, "sigorta poliçesinden doğan talep hakkı" ile sınırlı olarak düzenlenmiştir.

¹⁰⁰ European Commission, Guidance (n 42) 60.

¹⁰¹ European Commission, Guidance (n 42) 9.

¹⁰² Alper Çağlar Koyuncu, *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar* (Seçkin 2022) 126.

¹⁰³ Saldırgan satış yönteminin temelinde, tarafların pazarlık etme güçlerine ilişkin asimetri yatmaktadır. Oysa aldatıcı hareketlerin temelinde tarafların bilgi konusundaki asimetrisi yer almaktadır. Kaprou (n 50) 174, 181.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz. Chris Willett, 'Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive' (2010) 33(3) JConsum Policy 264.

bbb- ABAD’ın Orange Polska Kararı

Haksız tesir yöntemi, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v. **Orange Polska S.A. Kararına** konu olmuştur¹⁰⁵. Karar, müşteriye kurye ile ulaştırılan ve yine kuryenin önünde müşterinin imzalamasının beklendiği bir sözleşme metni söz konusu olduğunda, müşterinin karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmış sayılıp sayılmayacağı ve bunun haksız tesir teşkil edip etmeyeceği hususlarına ilişkindir.

Mahkeme, ıslak imzası için müşteriye kurye tarafından sunulan sözleşme metnine müşterinin daha önceden ulaşma imkânının bulunup bulunmadığına göre sonucun değişeceğini ifade etmiştir¹⁰⁶. Örneğin standart sözleşme metinleri müşteriye kuryenin ziyaretinden önce eposta ya da posta ile yollanmış ve böylece müşteri sözleşme akdedip akdetmeme kararını kuryenin gelmesinden önce verme imkânına kavuşmuş ise, metnin kuryenin önünde imzalanması, haksız tesir ve saldırgan bir uygulama olarak nitelendirilmemektedir¹⁰⁷.

Müşterinin önceden sözleşme metninin tamamına ulaşma imkânının bulunmadığı durumlarda ise, kuryenin tavrı belirleyici olmaktadır. Kuryenin baskı kurarak müşterinin seçim yapma özgürlüğünü zedelediği, bu yüzden müşterinin kendisini rahatsız hissettiği veya karar verme konusunda “kafa karışıklığı” yaşadığı durumlarda, haksız tesirden söz edilebilmektedir¹⁰⁸. Örneğin kuryenin müşteriye sözleşmeyi imzalamada gecikmesi ve daha sonra akdetmek istemesi halinde, mevcut avantajlardan yararlanma imkânının kalmayabileceği şekilde beyanda bulunması, müşteri üzerinde baskı yaratabilmektedir. Benzer şekilde müşterinin imzalamaktan kaçınması ya da imzalamayı ertelemesi durumunda işverenin kuryeye olumsuz bir değerlendirme notu vereceği şeklindeki sözler de psikolojik baskı niteliği taşımakta olup, haksız tesir kapsamında değerlendirilmiştir¹⁰⁹.

B- Müşterinin Karar Verme Özgürlüğü Sınırlandırılmış Olmalıdır

Müşterilerin satın alma kararlarını etkileme amacı taşıyan ve saldırgan nitelik taşıyan satış yöntemlerinin TTK m 55.1.a.8 hükmü kapsamına girebilmesi için, ayrıca müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmış olmaları da gerekir¹¹⁰. Müşteri üzerinde baskı kurmaya yönelik her satış çabası, müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmak için yeterli sayılamaz. Örneğin müşterilere şehir dışındaki satış mağazasına ulaşabilmeleri için ücretsiz servis imkânı sunulması ya da alışveriş

¹⁰⁵ Judgment of the Court (Fifth Chamber), 12 June 2019, C628/17 (<<https://curia.europa.eu>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

¹⁰⁶ C628/17, para. 38.

¹⁰⁷ C628/17, para. 39-40.

¹⁰⁸ C628/17, para. 49.

¹⁰⁹ C628/17, para. 48.

¹¹⁰ Müşterinin karar verme özgürlüğünün taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yöntemleri dışındaki nedenlerle kısıtlandığı durumlar hakkında bkz. yuk. dn. 42.

sırasında ikramda bulunulması, müşteride minnet hissi uyandırabilmektedir. Ancak söz konusu çabalar, müşterilere kendilerini mal/hizmeti satın alma zorunluluğunda hissettirmek ve böylelikle karar verme özgürlüğünün ortadan kalktığını kabul etmek için yeterli değildir¹¹¹.

1. Müşterinin İçinde Bulunduğu Durumdan Kurtulma Saiki ile Hareket Ediyor Olması Gerektiği Hakkında

Saldırgan satış yönteminde satıcının uyguladığı taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemleri müşterilerin hislerini etkilemek üzerine kuruludur. Müşterinin satıcıya karşı duyduğu minnet, nezaket, utanma ya da korku gibi hisler müşteriyi yıldırma, müşteri bu hislerin yol açtığı baskıya yenilmektedir¹¹². İçinde bulunduğu durum nedeniyle kendisini “rahatsız”¹¹³ hissetmekte olan müşteri, “makbul sayılamayacak güç psikolojik duruma” sokularak satın alma zorunluğunda bırakılmaktadır¹¹⁴.

Anılan durumlarda müşterinin önerilen hukuki işlemi yapmasındaki öncelikli sebep, önerilen mal/hizmeti fiyatı ya da niteliği açısından piyasadaki diğer mal/hizmetlere oranla daha avantajlı bulmuş olması ve bunun, ödeyeceği edimin karşılığı olduğunu düşünüyor olması değildir¹¹⁵. Müşterinin işlemi kabul etmekteki temel saiki, içinde bulunduğu bu baskı durumundan kurtulmaktır¹¹⁶. Müşteri, söz konusu kurtulma saiki olmasaydı aynı sözleşmeyi bu şartlarda ya da o anda akdetmeyecek idiyse, anılan şartın gerçekleştiği anlaşılmaktadır¹¹⁷. Bu şekilde “köşeye sıkıştırılan” ve “gafil avlanan”¹¹⁸ müşterinin karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmış olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹.

¹¹¹ Bkz. Commission of the European Communities, ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market and Amending Directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive)’, 18.06.2003, COM (2003) 356 final, 71 (<<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0356:FIN:EN:PDF>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023).

¹¹² Karamanlioğlu (n 26) 68.

¹¹³ Case C-628/17, para. 49.

¹¹⁴ Bkz. TTK m 55.1.a.8 hükmünün gerekçesi: “*Kastedilen, şaşırtan, beklenmedik evin kapısına gelerek yapılan (kapıdan), bir kamyondan veya yoldan zorla çevirek yapılan satışlardır.*”. Ayrıca bkz. Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı ve Alper Özboyacı, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Dora 2022) 466: “*Örneğin İzmir Kemeraltı’nda yoldan yürüten insanların koluna girerek kot pantolon satışı yapmaya çalışırlar, bu yöntemin gediklilerindedir.*”.

¹¹⁵ Şirin Güven, ‘Saldırgan Satış Yöntemleri ve Reklamlar’, iç Emel Badur (ed), *Erzurumluoğlu Armağanı* (Ankara Barosu 2012) 398. Müşteri sözleşmeyi akderse elde edeceği karşı edim hakkında bilgi sahibidir; ancak saldırgan bir yöntem kullanılarak kendisine sunulmuş olan sözleşmeyi akdederken önceliği, elde edeceği karşı edim şeklindeki menfaat değildir. Bu konuda bkz. Karamanlioğlu (n 26) 68.

¹¹⁶ Poroy ve Yasaman (n 40), 422; Koyuncu (n 102) 119; Tekin (n 20), 105.

¹¹⁷ Müşterinin, mevcut durumda sözleşmeyi akdederek “kurtulmak” istemesi saikinin ardında, sonradan TBK uyarınca sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabileceğine duyduğu güvenin yatıyor olması, fiilin TTK m 55.1.a.8 kapsamına girmesine engel değildir. Koyuncu (n 102) 119. Bu konuda ayrıca bkz. aşa. “*III. A- TBK Karşısındaki Durumu*” başlığı altındaki açıklamalar

¹¹⁸ Bkz. TTK m 55.1.a.8 Gerekçesi.

¹¹⁹ Bkz. Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 20) 244.

2. Müşterinin Karar Verme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Konu Kararın İçeriği

Müşterinin karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmasına konu kararın içeriği, genellikle müşterinin bir sözleşmeyi akdetmesi, önerilen mal/hizmeti satın alması şeklinde olmaktadır. Ancak bunun yanı sıra karar, müşterinin bir malı elde tutmaya devam mı edeceği yoksa elden mi çıkaracağı konusunda da olabilir. Özellikle ısmarlamadığı bir malın müşteriye gönderildiği durumlarda, müşteri malı geri göndermek yerine elinde tutup bedelini ödemek kararı da verebilir.

Benzer şekilde kararın konusu, zaten akdedilmiş olan bir sözleşmeden doğan bir hakkın kullanılması ya da kullanılmaması şeklinde de kendini gösterebilmektedir¹²⁰. Akdetmiş olduğu abonelik sözleşmesini sona erdirmek isteyen müşteriden talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz edilmesi ve böylelikle müşterinin hukuki haklarını kullanarak sözleşmeyi feshetmek yerine sözleşmeye devam etmeye zorlandığı durumlar böyledir¹²¹.

3. Özgürlüğün Sınırlandırılıp Sınırlandırılmadığı Konusundaki Ölçütün Saptanması

Müşterinin karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmış olması, hukuki işleme ilişkin olağan şartlar altında vermeyeceği bir karar vermiş olmasını ya da bu yönde bir karar verme olasılığının artmasını ifade etmektedir¹²².

Fiilin haksız rekabet sayılabilmesi için önerilen işlemin mutlaka yapılmış, örneğin önerilen sözleşmenin akdedilmiş olması zorunlu değildir¹²³. Müşterinin bu türden bir baskı ile karşılaşmış olması yeterlidir; müşteri baskıya direnmiş ve önerilen işlemi yapmamış, önerilen sözleşmeyi akdetmemiş olsa dahi TTK m 55.1.a.8’deki haksız rekabet fiili oluşabilmektedir¹²⁴. Anılan durumda münferit olarak davacı müşteri etkilenmemiş olsa bile, “ortalama bir müşteri” bundan etkilenebilecek seviyedeysen, söz konusu haksız rekabet fiilinin varlığı ileri sürülebilecektir¹²⁵.

Eğer müşteri tüketici ise, bu durumda karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmış olup olmadığı saptanırken ortalama tüketici ölçütü olarak alınmaktadır¹²⁶. Ölçüt alınan ortalama tüketici, makul derecede dikkatli ve bilgi sahibi olan bir tüketicidir¹²⁷. Ancak fiile konu mal/hizmetin “zihinsel veya fiziksel zaafı, yaşları ya da zor

¹²⁰ UWG m 2.1.9. Aynı yönde bkz. Yönerge m 2.k.

¹²¹ Bu konuda bkz. yuk. “II. A- 3. c- cc- aaa- Genel Olarak” başlığı altındaki açıklamalar.

¹²² UWG m 4.a/1. Aynı yönde bkz. Yönerge m 8; Yönetmelik m 31.1.

¹²³ Pekdiğer (n 20) 167.

¹²⁴ Wickihalder (n 25) 355.

¹²⁵ Howells, Micklitz ve Wilhelmsson (n 13) 175. 177.

¹²⁶ UWG m 3.4; Yönerge m 8; aynı yönde bkz. Yönetmelik m 28.1, c. 1.

¹²⁷ Dibace no. 18.

durumda kalmış olması veya düşüncesizliği ya da deneyimsizliği” nedeniyle özellikle korunması gereken tüketici gruplarına hitap ettiği durumlar söz konusu olabilir¹²⁸. Böyle durumlarda ekonomik davranış biçimlerinin önemli ölçüde etkilenme olasılığının olup olmadığı bu grubun ortalama bir üyesi esas alınarak belirlenmektedir¹²⁹. Örneğin cenaze hizmetleri ya da ağır durumdaki hastaların tedavisi ile ilgili hizmetlerde, müşterinin içinde bulunduğu özel durumun “muhakeme yeteneğini bozduğu” bilinmekte ve bu durum sıklıkla kötüye kullanılmaktadır¹³⁰.

Müşterinin tacir olduğu durumlarda da müşteriye taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir uygulanmış olabilir. Ancak bir tüketiciden veya esnaftan farklı olarak bu yöntemlerin, basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken (TTK m 18.2) tacirin karar verme özgürlüğünü kolaylıkla sınırlandırdığını kabul etmek güçtür. Bir tüketicinin sözleşme akdetmesi için etkili olabilecek psikolojik baskı düzeyi, bir tacire uygulandığında genellikle aynı sonuç doğmayacaktır. Diğer bir deyişle tüketicinin ya da esnaf niteliğini haiz kimsenin karar verme özgürlüğünü sınırlandırabilen bir psikolojik baskı düzeyi, TTK m 18.2 karşısında tacirin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmak için genellikle yeterli olmamaktadır. Dolayısıyla TTK m 55.1.a.8 hükmü teknik olarak tacirlere de uygulanabilmekle beraber, tacirlerin hükümde sözü edilen “karar verme özgürlüğünün sınırlanması” şartının gerçekleşmesine, tüketici veya esnaf erbabı müşteriler kadar sık rastlanmamaktadır. Ancak tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, TTK m 55.1.a.8 hükmünün tacirlere uygulanma olanağını tamamen ortadan kaldırmamaktadır¹³¹. Özellikle fiziksel şiddet ya da fiziksel şiddet tehdidi şeklindeki cebir yönteminin söz konusu olduğu durumlarda tacir müşterilerin de bu hükme dayanabileceği kabul edilmelidir.

III. TTK 55.1.a.8 HÜKMÜNÜN ETKİNLİĞİ HAKKINDA

A- TBK Karşısındaki Durumu

Taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir fiilleri, saldırgan satış yöntemi şeklindeki haksız rekabet fiili (TTK m 55.1.a.8 ve TTK m 62.1.a) niteliğinin yanı sıra, TBK’daki genel hükümler uyarınca da hukuki sonuçlar doğurabilmektedir.

Özellikle fiziksel şiddet dâhil cebir şeklindeki saldırganlık söz konusu olduğunda, TTK m 55.1.a.8 hükmünün yanı sıra, TBK m 37 vd’daki korkutma hükümleri de uygulama alanı bulabilmektedir. Ancak TBK m 37, korkutulanın, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı

¹²⁸ UWG m 4.a/II, m 3.4.

¹²⁹ UWG m 3.4; Yönerge m 5.3; ayrıca bkz. Yönetmelik m 28.3, m 31.2.c.

¹³⁰ Kaprou (n 50) 186. bkz. yuk. “II. A- 3. c- aa- aaa- Kavram” başlığı altındaki açıklamalar.

¹³¹ Bu konuda bkz. aşa. “III. B- Tüketici Mevzuatı Karşısındaki Durumu” başlığı altındaki açıklamalar.

olduğu durumlar ile sınırlıdır. Bu ölçüde ağır olmayan korkutma durumlarında, -diğer şartları da varsa- TTK m 55.1.a.8 uygulanabilirken; TBK m 37 vd. hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Üstelik TBK m 37, sadece sözleşmenin akdedilmiş olduğu durumlarda uygulanabilirken, TTK m 55.1.a.8’in uygulanabilmesi için sözleşmenin akdedilmiş olması zorunluluğu söz konusu değildir.

Müşterinin korkutma sonucu akdetmiş olduğu sözleşmeyle bağlı olmadığını TBK m 37 hükmüne dayanarak bildirmesi, anılan fiilin TTK m 55.1.a.8 kapsamında haksız rekabet sayılmasına ve TTK m 56’dan doğan hakların talep edilebilmesine engel değildir¹³². Benzer şekilde müşterinin korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmeyi onamış sayıldığı ve tazminat talep ettiği durumlarda da, TTK m 55.1.a.8 hükmü uygulanabilecektir. Ancak müşteri TBK m 39.2 hükmü uyarınca tazminat talep etmişse, haksız rekabet kapsamındaki haklarından tazminat dışındaki haklarını kullanabilecek, TTK m 56 uyarınca diğer davaları açabilmekle beraber, (mükerrrer) tazminat talep edemeyecektir.

Saldırgan satış yöntemi uygulanırken -tüketici veya esnaf niteliğindeki- müşterinin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlandığı durumlar da söz konusu olabilmektedir¹³³. Böyle durumlarda ayrıca karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık da bulunması halinde, TTK m 55.1.a.8 hükmünün yanı sıra, TBK m 28 uygulama alanı bulabilecektir. Anılan durumda müşterinin TBK m 28.1 kapsamında sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini talep etmiş olması, TTK m 55.1.a.8 hükmüne dayanmasını engellemeyecektir. Ancak müşteri, TBK m 28.1 uyarınca sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep etmişse, bu durumda TTK m 56 uyarınca tazminat talep edemeyeceğinin kabulü gereklidir.

Taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir fiilleri sonucu akdedilen sözleşmelerin yanılma (hata) kapsamında TBK m 30 vd. uyarınca geçersizliği ise söz konusu olmayacaktır. Zira saldırgan satış yönteminde müşteri, edimler hakkında yanılmış (ya da aldatılmış) değildir¹³⁴. Müşteri sözleşmeyi akdederse elde edeceği karşı edim hakkında bilgi sahibidir; ancak sözleşmeyi karşı edim ifasındaki menfaati elde etme saikinden çok, içinde bulunduğu durumdan kurtulmak saikiyle akdetmektedir¹³⁵. Bu nedenle TBK m 30’da aranan “sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşme” şartı anılan durumlarda gerçekleşmemektedir.

¹³² Metin Topçuoğlu, ‘Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar’ (2016) 7(24) TAAD 37.

¹³³ Müşterinin tacir olduğu durumlarda müşterinin düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanması söz konusu olmayacağından (TTK m 18.2), karar verme özgürlüğünün anılan gerçekleyle sınırlandırılmasından da bahsedilemeyecektir.

¹³⁴ Bu konuda bkz. Koyuncu (n 102) 118.

¹³⁵ Karamanlioğlu (n 26) 68.

B- Tüketici Mevzuatı Karşısındaki Durumu

Yukarıda belirtildiği gibi, tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, onların karar verme özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesine ilişkin ağır bir özen ölçütü oluşturduğundan, TTK m 55.1.a.8 hükmü büyük ölçüde tüketicilerin zarar gördüğü durumlar için uygulama alanı bulmaktadır¹³⁶.

Zarar görenin tüketici olduğu durumlarda, tüketici, öncelikle saldırgan satış yönteminin haksız ticari uygulama niteliği taşıdığını ileri sürerek failin Yönetmelik uyarınca idari para cezasına çarptırılması için şikâyette bulunabilecektir. Söz konusu idari para cezası şikâyetinde bulunulması, zarar gören tüketicilerin hukuki ve cezai yollara başvurmasını engellemektedir (TKHK m 77.20).

Tüketiciler, idari para cezası yaptırımının uygulanması için şikâyette bulunmanın yanı sıra, ayrıca failin hukuki sorumluluğu kapsamında çeşitli haklara da sahiptirler; bu kapsamda yarışan hükümlerden ister TKHK'dan doğan haklarını¹³⁷ ister TTK m 55.1.a.8'den doğan haklarını (TTK m 56 vd.)¹³⁸ kullanabileceklerdir¹³⁹.

Tüketici örgütlerinin dava açma hakkı açısından ise iki Kanun arasında önemli bir farklılık söz konusudur. TKHK m 73.6 hükmüne göre, haksız ticari uygulamalar konusunda tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlığın dava açma yetkisi bulunmamaktadır¹⁴⁰. Oysa TTK m 56.3, anılan durumlarda ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumların da TTK m 56/I, (a), (b)

¹³⁶ Bkz. yukarıda "II. B-3. Özgürlüğün Sınırlandırılıp Sınırlanmadığı Konusundaki Ölçütün Saptanması" başlığı altındaki açıklamalar. Ayrıca bkz. yukarıda "TTK 55.1.A.8 – Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği İlişkisi" başlığı altındaki açıklamalar.

¹³⁷ Saldırgan satış yönteminden etkilenen tüketicilerin TKHK kapsamında başvurabileceği hukuki yollar için bkz. Topçuoğlu (n 132) 49.

Tüketici mevzuatı, bazı açılardan tüketiciler açısından daha avantajlıdır. Şöyle ki: TKHK m 73.2 hükmüne göre, tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler tarafından açılan davalar 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda (Kabul Tarihi: 02.07.1964, RG 17.07.1964/11756) düzenlenen harçlardan muafır. Üstelik TKHK m 62.2 hükmü uyarınca, ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesinde, ispat yükü yer değiştirmektedir; anılan durumda ticari uygulamada bulunan, bu uygulamanın haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür (TKHK m 62.2).

¹³⁸ Tüketiciler tarafından haksız rekabete dayanarak açılan davalarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi mi yoksa tüketici mahkemesi mi olduğu hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. N. Fusun Nomer Ertan, 'Tüketiciler Tarafından Açılan Haksız Rekabet Davalarında Görevli Mahkeme', iç Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (On İki Levha 2017) 462 vd. Saldırgan ticari uygulamalarda uyumsuzluk tüketici işleminden değil, tüketici işleminin yapılmasına (ya da tüketici işleminin sona erdirilmesine) ilişkin baskı uygulanmasından doğmaktadır. Tüketiciler tarafından doğrudan haksız rekabete ilişkin hükümlere dayanarak açılan ve hukuki bir işleme dayanmayan davalarda tüketici mahkemesinin değil, asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Nomer Ertan, 'Görevli Mahkeme' (n 139) 463. Bu itibarla saldırgan satış yöntemleri nedeniyle TTK m 55.1.a.8 hükmüne dayalı olarak TTK m 56'daki davaları açan tüketiciler için de asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir. Aksi görüş için bkz. Topçuoğlu (n 132) 45.

¹³⁹ Topçuoğlu (n 132) s. 37.

Karş. tüketici mevzuatındaki düzenlemelerin ardından "TTK'daki saldırgan satış yöntemine ilişkin hükmün işlevsiz kalacağı kanaatinde" olan Pınar (n 60) 141; tüketicilerin TTK m 55.1.a.8 hükmünden yararlanamayacağı görüşünde olan Almıla Kepenek, *Türk Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri* (2021) 7(2) AndHD 405.

¹⁴⁰ Bu durumun "TKHK'yı (m 73/6) TTK'nın (m 56/3) gerisinde bırakmış" olduğu hususunda bkz. Topçuoğlu (n 132) 17.

ve (c) bentlerinde yazılı davaları (tespit, men ve ortadan kaldırma davalarını) açabileceklerini düzenlemektedir¹⁴¹.

Haksız rekabet mevzuatının tüketici mevzuatına göre sahip olduğu bir diğer üstünlük de, cezai sorumluluk konusundadır. TTK m 62.1.a hükmüne göre söz konusu fiili kasten işleyenler, hukuk davası açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine -fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde- iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar¹⁴².

Görüldüğü gibi TTK m 55.1.a.8, tüketici örgütlerinin dava açma imkânına sahip olması ve faile cezai sorumluluk yüklemesi açısından tüketiciler için de uygulamadaki önemini korumaktadır.

Sonuç

TTK m 55.1.a.8 hükmü, “müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak” fiilini haksız rekabet olarak nitelendirmiş; bu fiile ilişkin olarak hukuki ve cezai yaptırımlar öngörmüştür. Ancak Kanun, söz konusu fiilin unsurlarını açıklamamıştır. Gereke’de ise, söz konusu haksız rekabet fiilinin, müşterinin makbul sayılamayacak güç psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluğu altında bırakıldığı durumlarda uygulanacağı, önemli olanın saldırganlığın özellik taşıması ve muhatabını âdeta köşeye sıkıştırması olduğu belirtilmiştir. Buna göre hüküm, potansiyel müşteride sözleşme akdetme (ya da mevcut müşteride sözleşmeyi sona erdirmeme) zorunluluğu hissi yaratabilmek için ağır bir fiziksel veya psikolojik baskının kurulduğu durumlarda uygulama alanı bulmaktadır.

Söz konusu baskının saldırgan olarak nitelendirilebilmesi için ise: -TTK’da açıkça ifade edilmiş olmasa da- taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemlerinden en az biri mevcut olmalıdır. Mevzuatın Haksız Rekabet Kanunu’nda açıkça yer verilmemiş olan bu saldırganlık yöntemleri, AB Yönergesi’nde (m 8) ve Yönerge’yi temel alan Alman Haksız Rekabet Kanunu’nda (UWG m 4a.1) fiilin zorunlu unsurları olarak sayılmıştır. TTK m 55.1.a.8 hükmünün gerekçesinde sözü edilen fiziksel ya da psikolojik baskının varlığının nasıl saptanacağı konusunda hukuki belirliliğin sağlanabilmesi için, uygulamamızda taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemlerinin varlığının aranması yerinde olacaktır.

TTK’da sadece saldırgan satış yöntemi teriminin kullanılmasının yeterli görülüp, saldırganlık yöntemi türlerinin belirtilmemiş olması; fiilin bazı özelliklerinin ise Kanun metni yerine Gereke’de belirtilmiş olması, uygulamada belirsizliğe ve

¹⁴¹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Şirin Güven, “Saldırgan Ticari Uygulamaların Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi” iç *Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 92.

¹⁴² Karş. TKHK m 77.13.

aslında Kanun'un amaçlamadığı fiillerin de hükmün kapsamına dâhil edilmesine yol açmıştır.

Örneğin Yargıtay 11. HD'nin E. 2018/4378, K. 2019/5762 sayı ve 24.09.2019 tarihli kararına konu olayda: davacıların üzerinde yayın tekeline sahip oldukları futbol karşılaşmalarının internet üzerinden ücretsiz şekilde nasıl izlenebileceğini, internet sitesinde bir link paylaşarak anlatan davalının fiili, diğer hükümlerin yanı sıra, TTK m 55.1.a.8 hükmüne de aykırı bulunmuştur. Ancak dava konusu olayda potansiyel ya da mevcut müşteriler üzerinde ağır bir fiziksel veya psikolojik baskı kurulduğundan söz edilememektedir. Müşterilerin karar verme özgürlüğüne yönelik her fiil, TTK m 55.1.a.8 kapsamında değerlendirilemez. Üstelik dava konusu olayda müşterilere yönelmiş “taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir” şeklinde saldırganlık yöntemleri de söz konusu değildir.

Müşterilere telefon, sms, eposta gibi elektronik iletişim yolları ile ısrarlı şekilde ulaşıldığı durumlarda saldırganlık söz konusu olsa da, bunlar genellikle TTK m 55.1.a.8 kapsamında sonuç doğurmamaktadır; zira sadece satışa yardımcı bir araç niteliği taşıdığından saldırgan reklamlar hükmün kapsamına girmemektedir. Eposta ya da aramanın müşteri için kişiselleştirilmiş olması, en azından müşterinin adını içeriyor olması halinde ise, söz konusu tacizin müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırabilecek nitelikte olup olmadığı değerlendirilmelidir. Spam e-posta yollanması ya da sadece ses kaydı dinletilen otomatik aramalar yapılması genellikle TTK m 55.1.a.8 kapsamına girmektedir.

Taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir şeklindeki saldırganlık yöntemleri söz konusu olduğunda, şartları varsa TBK m 37 vd'daki korkutma hükümleri ve TBK m 28'deki aşırı yararlanma hükümleri de uygulama alanı bulabilmektedir; söz konusu hükümlerin uygulanması, fiilin TTK m 55.1.a.8 uyarınca haksız rekabete yol açmasını etkilememektedir.

Saldırgan “*ticari uygulamalar*”, ayrıca: “tüketicilerin korunması açısından” da 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m 62) ve bu Kanun'a dayanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde (m 31) düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde temel olarak idari para cezası şeklinde yaptırım öngörülmüştür.

Saldırgan satış yöntemlerinden zarar gören tüketiciler, idari para cezası yaptırımının uygulanması talebinin yanı sıra ayrıca, yarışan hükümlerden ister TKHK'dan doğan haklarını ister TTK m 55.1.a.8'den doğan haklarını (TTK m 56 vd.) kullanabileceklerdir. TTK m 55.1.a.8 hükmü, tüketici örgütlerine dava açma imkânı sağlaması ve faile cezai sorumluluk yüklemesi açısından, tüketiciler için de uygulamadaki önemini korumaktadır.

Tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, TTK m 55.1.a.8 hükmünün tacirlere uygulanma olanağını niteliği gereği azaltmakla birlikte tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Özellikle fiziksel şiddet ya da fiziksel şiddet tehdidi şeklindeki cebir yönteminin söz konusu olduğu durumlarda tacir müşterilerin de bu hükme dayanabilecekleri kabul edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (28. Bası, BTHAE 2022).

Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar Ö, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (14. Bası, Yetkin 2021).

Balık İ, 'Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bağlamında Öngörülen Doğrudan Karşılaştırmalı Reklam Yasağı' (2019) 35(3) *Batider* 151-183.

Bilgili F, Demirkapı E ve Özboyacı A: *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Dora 2022).

Bozer A ve Göle C, *Ticari İşletme Hukuku* (7. Baskı, BTHAE 2021).

Carballo-Calero PF, 'Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States' (2016) 5(6) *EuCML* 255-261.

Collins H, 'Harmonisation by Example: European Laws Against Unfair Commercial Practices' (2010) 73(1) *ModLRev* 89-118.

Commission of the European Communities, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market and Amending Directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive)', 18.6.2003, COM (2003) 356 final (< <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0356:FIN:EN:PDF>> Erişim Tarihi 14 Mart 2023).

Durović M, 'The Impact of the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC) on Contract Law', EU PhD thesis, 2014, (<https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/34559/Durovic_2014.pdf?sequence=2> Erişim Tarihi 14 Mart 2023).

European Commission, 'Guidance on the Interpretation and Application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market', Commission Notice, (2021/C 526/01), OJ C. 526/1-129, 29.12.2021.

Göle C, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması* (BTHAE 1983).

Gürbüz A ve Erdoğan E, 'Satış Çabalarının İşletme İçin Önemi' (2006) 6(22) *ESOSDER* 116-134.

Gürel M, 'İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler ve Haksız Rekabet', iç *AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2017) 149-182.

Güven Ş, 'Saldırgan Satış Yöntemleri ve Reklamlar', iç Emel Badur (ed), *Erzurumluoğlu Armağanı* (Ankara Barosu 2012) 395-408.

- Güven Ş, 'Saldırgan Ticari Uygulamaların Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi' iç *Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 85-94.
- Howells G, Micklitz HW ve Wilhelmsson T, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive* (Ashgate Pub. Company 2006).
- Jung P, 'UCP-Directive and Swiss Law Against Unfair Competition' (2016) 5(2) EuCML 102-106.
- Kaprou E, *Protecting Vulnerable Consumers From Aggressive Commercial Practices*, Phd Thesis, University of Nottingham (2017) (<<https://eprints.nottingham.ac.uk>> Erişim Tarihi 14 Mart 2023).
- Karamanlıoğlu A, 'Tüketici Hukuku'nda Saldırgan Satış Yöntemleri', iç Esra Hamamcıoğlu, Özge Uzun Kazmacı, M. Ertan Yardım, Argun Karamanlıoğlu ve Zeliha Gizem Sayın (edr), *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım* (Seçkin 2016) 65-72.
- Kepek A, 'Türk Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri' (2021) 7(2) AndHD 395-410.
- Kırca İ, 'Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar' iç *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan* (BTHAE 1998) 333-347.
- Koutsias M ve Willett C, 'The Unfair Commercial Practices Directive in the UK' (2012) 5(4) ErasmusLawRev. 237-251.
- Koyuncu AÇ, *Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar* (Seçkin 2022).
- Köhler H, "'Congratulations, You Have Won!' New Standards Apply to Announcements of Wins: A Discussion of Purely Creative and Others' (2013) 8(5) JIPLR 399-402.
- Nomer Ertan NF, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2016) ('Haksız Rekabet').
- Nomer Ertan NF, 'Tüketiciler Tarafından Açılan Haksız Rekabet Davalarında Görevli Mahkeme', iç *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 447-466 ('Görevli Mahkeme').
- Nomer Ertan NF, Haksız Ticari Uygulamalar, iç Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu ve Elif Oğuz (edr), *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk -Acquis Communautaire'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* (İstanbul Üniversitesi 2020) 997-1023.
- Office of Fair Trading, *Consumer Protection From Unfair Trading, Guidance on the UK Regulations (May 2008) Implementing the Unfair Commercial Practices Directive* (<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284442/of1008.pdf> Erişim Tarihi 14 Mart 2023).
- Okan N, *Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet* (Seçkin 2011).
- Okan N, 'Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması' (2016) 2(4) AndHD 73-85.
- Öztek S, 'Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri', iç *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan* (Selçuk Üniversitesi Yayınları 1991) 417-429.
- Pekdinçer RT, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet 2020).
- Pınar H, 'Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri' (2012) 18(2) MÜHFHAD 129-156.
- Pons EG, 'Addressing Aggressive Commercial Practices: Some Critical Aspects of its Regime in the Unfair Commercial Practices Directive' (2020) 6(1) JournalFMV 27-36.
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2022).
- Savaş F, 'Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar' (2017) 18(2) CumhuriyetÜİİBFD 227-248.

- Schulze R ve Schulte-Nölke H, ‘*Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*’ (2003) (<<https://lirias.kuleuven.be>> Erişim Tarihi 14 Mart 2023).
- Shears P, ‘Overviewing the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles’ (2007) 18 EurBusLRev 781-796.
- Şener OH, *Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı* (2. Bası, Seçkin 2020).
- Tekin U, *Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması* (On İki Levha 2022).
- Topçuoğlu, M, ‘Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar’ (2016) 7(24) TAAD 15-57.
- Wickihalder U, ‘Art 3. Abs.1 lit h’, iç Reto M. Hilty ve Reto Arpagaus (edr), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2013) 353-371.
- Willett C, ‘Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive’ (2010) 33(3) JConsumPolicy 247–273.
- Yıldız AO, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2023).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 22.05.2023
Revizyon Talebi: 23.07.2024
Son Revizyon Tarihi: 05.08.2024
Kabul: 05.08.2024
Online Yayın: 19.09.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türkiye’de Ayırt Etme Gücü Olmayan İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Mutilasyon Operasyonlarının Hukuka Aykırılığı

Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU^{ID}

Öz

İnterseks birey, biyolojik cinsiyet kategorisindeki erkek ya da dişi kategorilerine katı şekilde uymayan, her iki kategorideki cinsiyet özellikleri ile doğmuş olan bireydir. Katı biyolojik cinsiyet kuralları dişiyi XX kromozomlarına, yumurtalıklara ve yüksek östrojen hormonuna sahip birey olarak tanımlarken; erkeği XY kromozomlarına, testislere ve yüksek androjen hormonuna sahip birey olarak tanımlamaktadır. İnterseks birey ise doğumdan itibaren kromozomlar, genital organlar ve/veya hormonal yapı bakımından biyolojinin dişi veya erkek tanımlarına uymaz. İnterseks olma, temelde bir hastalık olmayıp insanın dişi ya da erkekten başka cinsiyet özellikleriyle de var olabileceği fiziksel gerçeğini ortaya koymaktadır. Buna rağmen 20. yüzyılın ortalarından itibaren interseksielüte hastalık olarak sınıflandırılmış ve tıp profesyonelleri tarafından tedavi edilmeye çalışılmıştır. 1990’lı yıllarda ise operasyona maruz kalan ve artık yetişkin olan interseks bireyler örgütlenmeye başlayarak, interseks küçüğe uygulanan operasyonların durdurulması ve interseks bireylerin maruz kaldığı ayrımcılığın önlenmesi amacıyla çalışmalar yapmaya başlamıştır. Bu örgütlenmenin büyük oranda olmasa da bir ölçüde başarılı olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu çalışmada ele alınacağı üzere, zaman içinde bazı ülkeler hukuk sistemlerinde değişiklik yaparak operasyonları yasaklamışlar, bazıları ise üçüncü bir cinsiyetin nüfus kayıtlarına tesciline imkân veren düzenlemeler yapmışlardır. Türkiye’de ise interseks küçüğün, tıp profesyonellerinin tavsiyesi, yasal temsilcilerin kaygıları ve toplumsal baskılar nedeniyle hukuka aykırı “düzeltici operasyon” adlı operasyonlara maruz bırakıldığı Yargıtay kararlarından anlaşılmaktadır. “Türkiye’de Ayırt Etme Gücü Olmayan İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Mutilasyon Operasyonlarının Hukuka Aykırılığı” başlıklı bu çalışma da tümdengelim yöntemi ile ve interseks küçüğe uygulanan operasyonlarının hukuka aykırı olduğu kabulünden hareketle kaleme alınmıştır. Zira çalışmada interseks küçüğe uygulanan operasyon ve devam eden tedavilerde hukuka aykırılığın hangi yönlerden ortaya çıktığı irdelenecek, olması gereken ideal hukuk üzerine karıştırmalı hukuktan yararlanarak akıl yürütülecektir.

Anahtar Kelimeler

İnterseks, İnterseksielüte, Rıza, Küçüğün menfaati, Tıbbî müdahale, Genital mutilasyon operasyonu

The Unlawfulness of Genital Mutilation Operations Performed On Intersex Minor Who Do Not Have The Capacity of Judgement In Turkey

Abstract

An intersex person is someone who is born with sex characteristics that do not strictly conform to the biological sex categories of male or female, but fall into both categories. Although strict biological gender rules define a female as having XX chromosomes, ovaries, and high levels of the hormone oestrogen, they define a male as having XY chromosomes, testes, and high levels of hormone androgen. An intersex person does not fit the biological definition of a male or female in terms of chromosomes, genital organs, and/or hormonal structure from birth. Being intersex is not, in fact, a disease, but the physical fact that a person can exist with sex characteristics other than male or female. Nevertheless, since the mid-20th century, intersexuality has been classified as a disease, and medical professionals have attempted to treat it. In the 1990s, intersex people who were subjected to the operation and who are now adults, started to organise themselves to work to stop the operations performed on intersex minors and to prevent discrimination against intersex people. It is possible to say that these efforts have been successful to some extent, although not to a great extent. As will be discussed

* Sorumlu Yazar: Gülşah Vardar Hamamcıoğlu (Doç. Dr.), İstanbul, Türkiye. E-posta: gulsahvardar@gmail.com
ORCID: 0000-0001-8589-6296

Atf: Vardar Hamamcıoğlu G, “Türkiye’de Ayırt Etme Gücü Olmayan İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Mutilasyon Operasyonlarının Hukuka Aykırılığı” (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 783. <https://doi.org/10.26650/mecmua-2024-82-3-0007>



in this study, some countries have made changes to their legal systems and banned operations, while others have made regulations allowing the registration of a third gender in the civil registry. As understood from the decisions of Court of Appeal, intersex minors in Turkey are also exposed to unlawful so-called “corrective operation” with the advice of medical professionals because of the concerns of legal representatives and social pressure. This study titled “*The Unlawfulness of Genital Mutilation Operation Performed On Intersex Minor Who Do Not Have The Capacity Of Judgement in Turkey*” was written deductively and based on the assumption that genital mutilation operations performed on intersex minors are unlawful. This is because the study will examine the unlawful aspects of the operations and ongoing treatments that are performed on intersex minors and will be argued de lege ferenda with comparative law.

Keywords

Intersex, Intersexuality, Consent, Superior interests of the minor, Medical intervention, Operation of genital mutilation

Extended Summary

In Turkey, as far as can be discerned from the decisions of the Court of Appeal, whether a minor is intersex or not is not recognised at the time of birth, it is only discovered later, than the (so-called) dominant gender of the minor is determined with the guidance of medical professionals, and the minor is subjected to an operation. After this medical operation, the legal representatives apply to the court with the demand to change the name of the minor and the gender stated on their identity card. Additionally, as has been seen in some decisions, local courts have rejected such demands on the grounds of Article 40 of the Turkish Civil Code. According to this provision, a person who wants to change their gender must reach the age of eighteen.

The decisions of the Court of Appeal may be considered correct from a limited and narrow perspective. In other words, if an intersex minor who has already been subjected to a medical operation, together with medical professionals and parents, and if the gender of the minor is defined as female or male, it will of course be necessary to correct the record in the civil registry. Naturally, it may be contrary to the interests of the minors if they identify as female but continue to have a male name and if they identify as male but continue to have a female name. The operations to which the minor is subjected are unjust and unlawful.

In Turkey, intersex minors are exposed to so-called “corrective operation” with the advice of medical professionals because of the concerns of legal representatives and social pressure. The genital mutilation operation and subsequent treatments performed on the intersex minor serve the interests of the parents rather than the interests of the minor. The pressure to make things legible to society and the possibility of future experiences almost force parents to consent to this operation, and the pressure to define a minor as female or male is exerted through the guidance of medical professionals. However, these reasons do not change the fact that the operation was unlawful.

In this study, the unlawfulness of this corrective operation and subsequent treatments performed on the intersex minors is analysed. This study draws attention to

reports of the European Union, the United Nations, and many intersex organisations, as well as to the laws of the countries that regulate this issue. However, the Swiss Civil Code, from which the Turkish Civil Code is derived and largely follows, has not been amended to prohibit operations on intersex minors. Additionally, The Swiss Civil Code does not yet permit the registration of a third gender. Neither legislative changes in German Civil Law nor legal regulations in other European countries will be considered guidelines for Turkish Civil Law. Of course, a lawsuit in the European Court of Human Rights by an intersex person who has been subjected to the operation and Turkey’s conviction in such a case could constitute a driving force for legislative change. However, no lawsuit has been filed yet.

What needs to be done is to prohibit operations that are carried out with the consent of the legal representatives. In addition, regulations should be established that the operation cannot be performed before the age of eighteen or before the age at which minors can express their will. Although it is very difficult to expect legislative changes in Turkey in the near future, there is always hope.

Giriş

Dünya Sağlık Örgütünün ICD-11 raporunda biyolojik cinsiyeti dişi, erkek, interseks ve tanımsız cinsiyet olarak sınıflandırmış olsa da¹ konservatif biyolojinin cinsiyet kurallarına göre dişi XX kromozomlarına, yumurtalıklara ve yüksek östrojen hormonuna sahip bireyken; erkek XY kromozomlarına, testislere ve yüksek androjen hormonuna sahip bireydir. İnterseks birey ise doğumda itibaren kromozomlar, genital organlar ve/veya hormonal yapı bakımından biyolojik olarak dişi veya erkek tanımına uymaz ya da her iki kategoriye de giren cinsiyet özellikleri ile doğar.

İnterseks bireyin katı cinsiyet kurallarına uymayan doğumsal özellikleri yaşamının farklı aşamalarında, -bebeklikte, çocuklukta, ergenlikte, yetişkinlikte- ortaya çıkabilir. Bu çalışma özellikle doğduğu anda ya da bundan kısa bir süre sonra interseks olduğu anlaşılan küçüklere ilişkindir. Zira katı cinsiyet kategorilerinden birine uymayan interseks küçük için tıp profesyonellerince cerrahi veya başkaca operasyonların yapılması, hormon tedavilerinin uygulanması tavsiye edilmekte, bu operasyonlar sonucu küçüğün bedeninin biyolojinin tanımladığı dişi veya erkek özelliklerine kavuşturulması hedeflenmektedir². Sözde baskın cinsiyeti tespit edilerek tıbben gereksiz operasyona maruz kalan küçük, büyüdükçe tedavilerin olumsuz etkileri ile karşılaşmaktadır³.

İnterseks doğum oranı günümüzde bazı kaynaklara göre %1,7 olup⁴, bazı çalışmalara göre kayıt dışı bireyler nazara alındığında bu oranın %1 ile %2 arasında değişkenlik gösterdiği belirtilmekte, daha yeni araştırmalara göre ise intersekslerin genel dünya nüfusuna oranının %0.5078 olduğu ileri sürülmektedir⁵. Bunun anlamı ise her 200 kişiden birinin interseks olarak dünyaya geliyor olmasıdır.

Dünyanın birçok yerinde ve Türkiye’de interseks küçük, tıp profesyonellerinin yönlendirmesi, yasal temsilcilerin kaygıları ve toplumsal baskılar nedeniyle ilk aşamada “düzeltici operasyon” adlı operasyonlara, operasyonlar sonrasında yoğun hormon tedavilerine ve ilaçlara maruz bırakılmaktadır. İşte bu çalışmada interseks

¹ <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fententy%2f1069182691>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

² Güney Afrika, Uganda, Kenya ve Çin’de interseks olarak doğan çocukların çeşitli batıl inançlar nedeniyle öldürüldüğü ya da öldürülmeye teşebbüs edildiği raporlanmıştır (Kevin G. Behrens, ‘A principled ethical approach to intersex paediatric surgeries’ (2020) (21:108) BMC Med Ethics 1, 2.

³ Operasyon ve devam eden tedavilerin bireyde ruhsal sarsıntı ve şiddetli fiziksel bozukluklara, ağırlı yara dokularına, fiziksel hissizleşmeye, kemik erimesine ya da idrar problemlerine sebep olduğu, çocukların kapalı düşünce yapıları ve patolojikleştirme nedeniyle mutsuz bir yaşama mahkûm olduğu, dışlanma nedeniyle eğitimlerini yarıda bırakmak zorunda kaldıkları yönünden bkz Dan Christian Ghattas, *İnterseks Bireylerin İnsan Haklarını Savunmak*, Belgin Günay (çev), (Ayrıntı 2016) 13.

⁴ Silvan Agius, *İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler, Avrupa Konseyi Tematik Raporu*, Işıl Demirkıran (çev), (Ayrıntı 2018) 16; En az 50 doğumsal ürogenital farklılaşma anomalisi ile karakterize bir durum olduğu ve yaklaşık 5000 doğumda 1 görüldüğü yönünde bkz Zeki Bayraktar, *İnterseks-Hermafrodit ve Eşcinsel Norm ve Norm Dışı Cinsellik Farklar, Nedenler, Öneriler* (Motto 2021) 14.

⁵ Ghattas, (n 3) 25; Agius, (n 4) 22-24; Kerstin Schumann, ‘Inter, Kindeswohl und die Kinder- und Jugendhilfe’ (2021) (2) Sozial Extra 99-99.

küçüğe uygulanan düzeltici operasyon ve devam eden diğer tedavilerin hukuka aykırılığı ortaya konulacak ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere yer verilerek olması gereken hukuka ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

I. Terim Sorunu

A. İnterseks Terimi

Çalışmada “interseks” teriminin özellikle tercih edildiğini belirtmek gerekir. İnterseks terimi yerine “çift cinsiyetli”, “hermafrodit”, tıp biliminde kullanılan “cinsiyet gelişim bozukluğu (disorder of sexual development; DSD)”⁶, “cinsiyet gelişim farklılığı (divergence of sex development)”, “kuşkulu genital yapı (ambiguous genitalia)”, “cinsiyet belirsizliği”, “genital yapı belirsizliği” gibi terimler özellikle kullanılmamıştır^{7/8}. Zira bu terimlerin bazıları küçüğü hasta ve iyileştirilmesi gereken bir birey olarak görerak patolojikleştirirken, diğer bazıları interseksüelitenin farklı ortaya çıkış şekillerini ifade etmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Keza son biyolojik çalışmalar, atıpk cinsiyet gelişimlerinin artık “bozukluk” olarak tanımlanmaması gerektiğine, bunların yargılayıcı olmayan cinsiyet gelişim çeşitliliği olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁹.

Kromozomlar, genital organlar ve/veya hormonal yapı bakımından biyolojik olarak dişi veya erkek tanımına girmeyen interseksüelinin tıp bilimi tarafından 20’nin üzerinde farklı ortaya çıkış şekli tespit edilmiş olduğundan çalışmada, sosyal bilimlerde çatı kavram olduğu kabul edilen ve “in between two sex” ifadesinden türetilen “interseks” terimi tercih edilmiřtir¹⁰.

⁶ Dünya Sağlık Örgütü’nün 1.1.2023 tarihinde güncellenmiş olan hastalıklar listesinde cinsiyet gelişim bozuklukları kategorisinde bazı türlerin yer aldığı özellikle “Gender incongruence of childhood” adlı kategorinin interseksüelüteye işaret ettiği söylenebilir. <<https://icd.who.int/browse11>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

⁷ Ayrıca bkz Ghattas, (n 3) 23; Dilek Okyar, ‘İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi’ (2022) (1) SÜHFD 161, 164; Tanım ve sınıflandırma yaparken “kusur, bozukluk ve interseks” terimlerinin kullanılmaması gerektiği, buna karşın “farklılık” teriminin kullanılması gerektiği yönünde bkz Hüseyin Özbey, ‘Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar’, iç Adem Az ve Hakan Ertin (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açıdan Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020) 55, 57-58; Uygun olmasa da tıp sınıflandırmasında DSD kullanıldığından bunun tercih edildiği yönünde bkz Hakan Ertin ve Adem Az, ‘DSD (Hermafroditizm Olguları Üzerine Etik Tartışmalar ve Cinsellik Etiği’ iç Adem Az ve Hakan Ertin (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açıdan Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020) 63, 64; Tıp çevrelerinde “DSD” teriminin kullanıldığı yönünde bkz Mine Doğan, *Tıbbi, Etik ve Fikhi Yönleriyle Cinsiyet Gelişim Bozuklukları (Hermafroditizm/İnterseksüalite/Hünsalık*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İşlam Bilimleri Anabilim Dalı İşlam Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2022, 23.

⁸ İşlam Hukukundan interseks bireyi ifade etmek üzere “hüсна” tabiri kullanılmakta olup bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz Doğan, (n 7) 88 vd; Ayrıca bkz Hilal Özyay, ‘Cinsiyet Değiştiriminin İşlam Hukukundaki Hükmü’, iç Adem Az ve Hakan Ertin (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açıdan Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020) 117 ff.

⁹ Fausto-Sterling, ‘The Five Sexes, Revisited – The Varieties of Sex Will Test Medical Values and Social Norms’, (July/August 2000) *The Sciences*, 17-23; Heinz-Jürgen Voß, ‘Intersexualität und Transsexualität in der Biologie’, in Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 1 (Berlin 2017) 20, 21.

¹⁰ <<https://isma.org/faq/conditions>> Erişim Tarihi 10 şubat 2023; Ortaya çıkış türleri için ayrıca bkz Christian Dahlmann ve Gerda Janssen-Schmidchen, ‘Operationsverbot bei Varianten der Geschlechtsentwicklung bis zur Einwilligungsfähigkeit’ (2019-167) *Monatsschr Kinderheilkd* 591-592; Biyolojide interseks terimi ilk defa 1915 yılında Richard Goldschmidt tarafından kullanılmıştır (Voß, (n 9) 20).

B. Genital Mutilasyon Operasyonu Terimi

Çalışmada interseks küçüğün maruz bırakıldığı operasyonu nitelendirmek için “genital mutilasyon” terimi kullanılmıştır. Yargıtay kararlarında interseks küçüğün maruz kaldığı bu operasyonun “düzeltici operasyon” olarak adlandırılmış olduğu görülmekle, bu operasyonun “kozmetik amaçlı operasyon” veya “genital normalleştirme operasyonu” ya da “genital rekonstrüktif operasyon” olarak adlandırıldığı bilinmektedir¹¹. Çalışmada hukuka aykırı olduğu kabulü ile hareket edilen bu operasyonu nitelendirmek için “mutilasyon” tabiri özellikle tercih edilmiştir. Çünkü bu operasyon ne düzelticidir ne normalleştiricidir ne yeniden yapılandırıcıdır. Bu operasyon sakatlayıcı ve zarar vericidir. Keza dünyadaki interseks örgütler tarafından küçüğe uygulanan söz konusu operasyonun hukuk sistemlerinde yasaklanması amacıyla sürdürülen kampanyalarda “mutilasyon” teriminin kullanılması bu terimin tercih edilmesi sebeplerindedir.

C. Küçük Terimi

Çalışmada çocuk değil “küçük” terimi özellikle kullanılmıştır. Zira Türk Medenî Kanununun¹² çeşitli hükümlerinde (m 12, 13, 14, 16, 126 vd) çocuk değil küçük terimi kullanılmıştır. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği’nde¹³ (m 4, 24, 29, 35), Biyotıp Sözleşmesi’nde¹⁴ (m 6) küçük teriminin kullanıldığı görülmektedir. Her ne kadar Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde¹⁵, Türk Ceza Kanunu’nda¹⁶, Çocuk Koruma Kanunu’nda¹⁷, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişiler “çocuk” olarak tanımlanmışsa da, çalışma Medenî Hukuk bakış açısı ile kaleme alınmış olduğundan “küçük” terimi tercih edilmiştir. Diğer yandan “çocuk” tabirinin daha çok ayırt etme gücüne sahip küçüğü tanımlamak için kullanıldığı düşünüldüğünde “küçük” terimi bu çalışma bakımından daha isabetlidir. Çünkü çalışma ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklere uygulanan operasyonların hukuka aykırılığına ilişkindir.

II. Sorunun Ortaya Konulması: Türkiye’deki Durum

Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere, Türkiye’de küçüğün doğumu anında interseks olup olmadığı anlaşılmamakta, bu durum doğumdan bir süre sonra anlaşılmakta, tıp profesyonellerinin yönlendirmesi ile küçüğün -sözde- baskın cinsiyeti tespit edilmekte,

¹¹ Hülya Türker, *İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden*, (Ayrıntı 2015) 17; Okyar, (n 7) 161 ff.

¹² Türk Medenî Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

¹³ Hasta Hakları Yönetmeliği, Kabul Tarihi: 01.08.1988, RG 1.8.1998/23420.

¹⁴ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 4.4.1997 tarihinde imzaya açılmış olup, Türkiye’de 1.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. RG 9.12.2003/25311 (Metin içinde ‘Biyotıp Sözleşmesi’ olarak kısaltılmıştır).

¹⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesini Türkiye tarafından 14.9.1990 tarihinde imzalamış ve 4.5.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. RG 11.12.1994/22138.

¹⁶ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

¹⁷ Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 3.7.2005, RG 15.7.2005/25876.

küçük operasyona maruz bırakılmakta, bu operasyon sonrasında yasal temsilciler küçüğün adının ve kimliğinde yazılı cinsiyetinin değiştirilmesi talebiyle mahkemeye başvurmaktadır. Yine bazı kararlardan anlaşıldığı üzere yerel mahkemeler bu tür talepleri TMK m 40 hükmünü gerekçe göstererek, -bu hükme göre cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin onsekiz yaşını doldurması zorunlu olduğundan- reddetmektedir^{18/19}.

Örneğin Yargıtay 18. HD, 80/4125 ve 19.4.2012 tarihli kararında aynen şu yönde hüküm kurmuştur: “*Davacılar vekili dava dilekçesinde, müvekkillerinin çocuğu Rıdvan’ın cinsiyetinin yanlış yazılmış olması nedeniyle nüfus kayıtlarında erkek olarak gözüken cinsiyetinin kız, adının da Aydeniz olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerin ve özellikle 21.09.2011 tarihli heyet raporunun incelenmesinde; Rıdvan’ın, çift cinsiyetli olması nedeniyle düzeltici operasyon kararı alınarak hastaya tıbbi müdahalede bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı Rıdvan’ın söz konusu ameliyatı geçirmeden önceki durumu nedeniyle erkek adı ile ve cinsiyeti erkek olarak nüfus kütüğüne kaydedildiğinden, ameliyattan sonraki durumu dikkate alınarak 5490 sayılı Yasa’nın hükümleri uyarınca adının ve cinsiyetinin değiştirilmesi istenmektedir. Mahkemece bu nedenle tarafların gösterecekleri tüm deliller toplanıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, maddi olaya uygulanacak Yasa’nın saptanmasında hataya düşülerek davanın reddi doğru görülmemiştir.*”. Yargıtay’ın bu yönde birden fazla kararına rastlanmaktadır²⁰.

¹⁸ TMK m 40 uyarınca “*Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.*” 20.3.2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.2017 tarihli ve 130/165 sayılı Kararı ile bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunduğunu...” ibaresi iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önce söz konusu hükümde yer alan ve cinsiyet değiştirmek için varlığı zorunlu tutulan “üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma” şartının hukuka aykırılığı akademik çalışmalarda irdelemiştir. Özellikle bkz Kocayusufpaşaoğlu Necip, *Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açılabilir mi?* (Filiz 1986); Gamze Turan Başara, ‘Türk Medeni Kanununun 40. Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları’ (2012:103) TBB Dergisi 245-266. İptal kararından sonra yayınlanan makale ve ayrıntılı bilgi için bkz Merve Alçık, ‘Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme’ (2019:21) DEÜHFD Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan 1875-1906.

¹⁹ Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere yerel mahkemeler cinsiyet değiştirme operasyonu ile intersekslerin maruz kaldığı operasyonları birbiri ile karıştırmaktadır. Oysa TMK m 40 anlamında cinsiyet değiştirmek isteyen kişi transseksüel yapıda olan kişi olup, bu durumda kişi doğuştan sahip olduğu anatomik yapıdan rahatsızlık duymakta, onunla çatışma halinde olmakta, var olan cinsiyetinden rahatsızlık duymaktadır. Ayrım için ayrıca bkz Laura Adamietz ve Juana Remus, ‘Begrifflichkeiten und Bedeutungswandel von Trans und Intergeschlechtlichkeit in der Rechtswissenschaft’, in Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band I (Berlin 2017) 13, 16.

²⁰ Örneğin Yargıtay 18. HD, 10794/2533, 23.2.2015 tarihli kararında; “...*Davacılar dilekçesinde, çocukları ...’in cinsiyetinin yanlış yazılmış olması nedeniyle nüfus kayıtlarında erkek olarak gözüken cinsiyetinin kız, adının da Miyyase olarak değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerin ve özellikle 24.03.2014 tarihli heyet raporunun incelenmesinde; ...’in, çift cinsiyetli olması nedeniyle düzeltici operasyon kararı alınarak hastaya tıbbi müdahalede bulunduğu anlaşılmaktadır. Küçük ...’in söz konusu ameliyatı geçirmeden önceki durumu nedeniyle erkek adı ile ve cinsiyeti erkek olarak nüfus kütüğüne kaydedildiğinden, ameliyattan sonraki durumu dikkate alınarak 5490 Sayılı Yasanın hükümleri uyarınca adının ve cinsiyetinin değiştirilmesi istenmektedir. Mahkemece bu nedenle tarafların gösterecekleri tüm deliller toplanıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, maddi olaya uygulanacak Yasanın saptanmasında hataya düşülerek davanın reddi doğru görülmemiştir.*...” şeklinde hüküm kurulmuştur. Benzer karar için bkz Yargıtay 18. HD, 80/4125, 19.04.2012; Yargıtay 18. HD, 11442/14371, 11.12.2012; Antalya BAM, 1. HD, 392/372, 8.6.2017 < www.karararama.yargitay.gov.tr > Erişim Tarihi 15 Mart 2023.

Şu hususu belirtmek gerekir ki Yargıtay kararları sınırlı ve dar bir bakış açısı ile isabetli addedilebilir. Zaten tıbbî müdahaleye maruz bırakılmış interseks küçük için anne ve babası tarafından ve tıp camiasının da katkısı ile bir cinsiyet tanımlaması yapılmış ise, küçük; dişi veya erkek olarak tanımlanmış ise, nüfus sicilindeki kaydın düzeltilmesi elbette gerekecektir. Dişi olarak tanımlanmış küçüğün erkek ismine, erkek olarak tanımlanmış küçüğün dişi ismine sahip olmaya devam etmesi küçüğün menfaatine aykırı bir durum ortaya çıkarabilir. İsabetsiz ve hukuka aykırı olan, bu kararlar vesilesi ile yapıldığını anladığımız küçüğün maruz bırakıldığı operasyonların kendisidir.

Yine dar bir bakış açısı ile isabetli olduğu söylenebilecek kararlar, kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesine erkek veya dişi cinsiyetinden birinin yazılması zorunluluğuna ilişkin yasal düzenlemenin sakatlığını ortaya koymaktadır²¹. Keza bazı hukuk sistemlerinde bu zorunluluk kaldırılmış veya cinsiyet hanesinin boş bırakılması hakkına ya da haneye “çeşitli” anlamına gelen ifadelerin yazılmasına izin verilmiştir²². Bu mesele de interseks bireyin katı ve ataerkil hukuk sistemleri nedeniyle yaşadığı başka bir hukuka aykırılık olarak ortaya çıkmakta olup kapsamlı bir çalışmaya konu olabilecek boyuttadır.

Özlüce, dünyada ve Türkiye’de interseks küçük henüz ayırt etme gücüne sahip olmadığı sırada operasyona maruz kalmakta, dişi veya erkek cinsiyetine kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Operasyon sonrasında interseks küçüğe ve birçok ihtimalde ayırt etme gücüne sahip olduktan sonra dahi uygulanan diğer tedavilerin de benzer şekilde hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Bu çalışmada interseks küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmadığı sırada maruz kaldığı operasyonların hukuku aykırılığı ele alınmış olsa da, interseksületin küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemlerde anlaşıldığı olaylarda, küçüğün aynı operasyona maruz bırakıldığı bilinmektedir. Bu durumda ise küçüğe operasyon hakkında bilgi verilmediği, tıp tıp profesyonellerinin de desteği ile yanlış bilgi verildiği²³, aydınlatılmış rızanın olmadığı, salt yasal temsilci rızası ile yetinildiği, yasal temsilcinin de yeter derecede aydınlatılmadığı, bu operasyonların da hukuka aykırı olduğu şüphesizdir.

İnterseks küçüğün ya da daha geniş yelpazede ele almak gerekirse interseks bireyin maruz kaldığı hukuka aykırılık elbette salt genital mutilasyon operasyonu ile sınırlı değildir. İnterseks birey hayatı boyunca sağlık, eğitim hizmetlerine erişmede sorunlar yaşamakta, istihdam edilmede ve sosyal hayatta ayrımcılığa maruz kalmakta, belki de en önemlisi hukuken tanımlanmayarak korumasız kalmaktadır²⁴.

²¹ Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 7. Maddesi uyarınca kişinin adı ve soyadı, cinsiyeti, baba ve ana adı ile soyadları, evli kadınların önceki soyadları aile kütüğünde bulunması gereken bilgilerdendir (Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153).

²² Konu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz İsmail Dede, ‘Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?’ iç Göktürk Öcal, Dolunay Çörek, Zeynep Özlem ve Engin Üskül (edr), Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt 2 (On iki Levha 2021) 239-274.

²³ Somut bir örnek için bkz <<https://t24.com.tr/yazarlar/yildiz-tar-insan-manzaralari/ailenin-ve-doktorlarin-parcaladiginin-birlestirmenin-hikayesi-bir-interseks-neler-yasar,37236>> Erişim Tarihi 2 Nisan 2023.

²⁴ Ghattas, (n 3)14 ff; Agius, (n 4) 32 ff; Ayrıca bkz Fae Garland ve Mitchell Travis, ‘Legislating intersex equality: building the resilience of intersex people through law’ (2018:38) Legal Studies 587–606.

III. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

İnterseks bireye yönelik tıbbî müdahalenin 20. Yüzyılında ortalarında başladığı bilinmektedir²⁵. Bu zaman kadar tıp bilimi aslında interseksüeliteyi anlamaya ve sınıflandırmaya çalışmıştır²⁶. Tıptaki ve özellikle cerrahi teknikteki gelişmelere cinsiyet hormonlarının keşfi de eklenince interseksüellik tedavi edilmesi gereken bir hastalık olarak değerlendirilmeye başlamıştır²⁷. 1990’lı yılların başında ise tıbbî müdahaleye maruz bırakılan ve tıbbın normal saydığı dişi veya erkek cinsiyetinden birine benzetilmeye çalışılan küçükler artık yetişkin olduklarında internetin de yardımıyla örgütlenmeye başlamışlardır²⁸. Nitekim 1993 yılında interseks hareket için önemli bir yere sahip olan Kuzey Amerika İnterseks Topluluğu (ISNA)²⁹ kurulmuş olup topluluk halen interseks küçüğe uygulanan operasyonların hukuk sistemlerinde yasaklanması, tıp profesyonellerinin konu hakkındaki görüşlerini değiştirmeleri için çalışmalarına devam etmektedir.

2005 yılında San Francisco İnsan Hakları Komisyonu’nun İnterseks Bireylerin Normalizasyonu ile İlgili İnsan Hakları Araştırma Raporu’nda³⁰ küçüğün sağlığına kavuşması için zorunlu olmadıkça tıbbî açıdan gereksiz, kozmetik kaygılarla, salt küçüğün ailesinin ve yakınlarının psikolojik refahına hizmet eden ve normalleştirme adıyla yapılan tıbbî müdahalenin hak ihlali oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

2006 yılında interseksüelite üzerine çalışan elli uzmandan oluşan kurul, İnterseks Sorunlarına İlişkin Konsensüs raporunu kaleme alarak, tıp biliminin interseks bireyi normalleştirmeye çalışma yaklaşımına eleştiri getirmiştir³¹.

²⁵ Tarihte için bkz Behrens, (n 2) 3, Ghattas, (n 3) 12 ff; Agius, (n 4) 19 ff; Türker, (n 11) 19 ff; Elizabeth Reis, ‘Did Bioethics Matter? History Of Autonomy, Consent, And Intersex Genital Surgery’ (2019:27) *Medical Law Review* 658- 670 ff; Doğan, (n 7) 25 ff; Melanie Newbould, ‘When Parents Choose Gender: Intersex, Children, And The Law (2017:24) *Medical Law Review* 474 481 ff; Kısıltılmış ve sistematik tarihi süreç hakkında bkz Dan Christian Ghattas, ‘Intergeschlechtlichkeit im Internationalen Menschenrechtsdiskurs’, in Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 1 (Berlin 2017) 76; Ayrıca bkz. İsmail Dede, ‘İnterseks Çocuklara Yönelik Cinsiyet Atama Operasyonlarında Rızanın Hukuka Uygunluğu Sorunu’ iç Emir Göka, Uğur Orhan ve Hüseyin Can Aksoy (edr), Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Genç Hukukçular Araştırma Sempozyumu “Ceren DAMAR ŞENEL’in Anısına” (On İki Levha 2022) 4, 2-27.

²⁶ Türker, (n 11) 37; Morgan Carpenter, ‘The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change’ (2016:24) *Reproductive Health Matters* 74, 74.

²⁷ Türker, (n 11) 37; Carpenter, (n 26) 77.

²⁸ Türker, (n 11) 59; Carpenter, (n 26) 77; Ayrıca bkz Serhat Özkan, ‘Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller’ (2017:1) *YÜHFD* 65 ff.

²⁹ Bu topluluk küçüklüğünde birden fazla operasyona maruz bırakılan ve bu operasyonları geçirmiş olduğunu 19 yaşında öğrenen Cheryl Chase tarafından kurulmuştur. Ayrıca bkz <<https://isna.org/about/chase>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2022.

³⁰ A Human Rights Investigation Into The Medical “Normalization Of Intersex People – A Report Of A Hearing Of The San Francisco Human Rights Commission, <http://www.isna.org/files/SFHRC_Intersex_Report.pdf> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. Buna karşın küçük yaşta rızası olmaksızın operasyona maruz kalan bireyin 2017 yılında ikame ettiği dava, Güney Carolina Tıp Üniversitesi, Güney Carolina Sosyal Hizmetler Departmanı veya herhangi bir hekim ve/veya çalışanın sorumlu ve kusurlu addedilmemesi nedeniyle reddedilmiştir (Reis, (n 25) 63); <<https://interactadvocates.org/intersex-in-the-courts>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2023; Diğer yandan interseks bireyler tarafından Amerika’da ayrımcılık temelli davaların kabul edildiği söylenebilir. <<https://interactadvocates.org/intersex-in-the-courts/>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2023.

³¹ Türker, (n 11) 75; Katrina Karkazis, ‘Early Genital Surgery to Remain Controversial’ (2016:118-2) *Pediatrics*, 814-815.

2013 yılında interseks örgütlerce Malta Deklarasyonu³² yayınlanmış ve interseks bireyler bu deklarasyonda taleplerini yayınlamışlardır. Bu deklarasyonu 2014 yılına Riga³³ ve 2017 yılında Viyana³⁴ deklarasyonları takip etmiştir. Bu metinlerde, interseks bireyin tıbbî müdahalelere zorlanmasına, tedavi adı altında çeşitli işlemlere tabi tutulmasına son verilmesi istenmiş, interseks küçüklerin kimliklerinden dişi veya erkek cinsiyetine ilişkin nitelendirmenin kaldırılması talep edilmiştir.

Nitekim Malta, 2015’te yaptığı hukukî düzenleme ile intersekslerin fiziksel bütünlüğü, bedensel özerkliği ve kendi kaderini tayin etme hakkını koruyan ilk Avrupa ülkesi olmuştur.

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı 2015 yılında interseks bireylere ilişkin yayınladığı raporda³⁵ üye ülkelerin interseks küçüğe özgür ve aydınlatılmış rızası olmaksızın uygulanan cinsiyet normalleştirme operasyonlarından kaçınmaları gerektiğine, geri dönüşü olmayan uygulamalar yoluyla interseks bireylerin temel haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Birleşmiş Milletler nezdinde yapılan birçok çalışmada tüm devletlerin zorla rıza dışı yapılmasına izin verdiği operasyonların yasaklanması için çağrılar yapılmış olup yapılan operasyonların interseks bireyin kendi kaderini tayin etme hakkını ve fiziksel bütünlüğünü ihlal ettiği ifade edilmiştir³⁶. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi 2015 tarihli raporunda İsviçre’deki ve İspanya’daki interseks küçüğe uygulanan operasyonların gereksiz ve geri dönülmez şekilde zararlı olduğunu rapor etmiştir³⁷.

Avrupa Konsey Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Komisyonu 2017 tarihli “*İnterseks Kişilere Karşı İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Raporunda*” yasal temsilciler tarafından rıza verilen tıbbî müdahalelerin interseks küçüğün hayatı için risk oluşturan durumlarla sınırlı olması gerektiği, interseks bireyin nüfusa kaydedilen cinsiyet tanımlamasını düzeltme işlemlerinin kolaylaştırılması gerektiği ve interseks bireye her türlü ayrımcılığın önlenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur³⁸.

³² <<https://www.oiiurope.org/malta-declaration/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2023.

³³ <<https://www.oiiurope.org/statement-of-riga/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2023.

³⁴ <<https://www.oiiurope.org/statement-1st-european-intersex-community-event-vienna-30st-31st-march-2017/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2023.

³⁵ FRA Focus 04/2015, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>> Erişim Tarihi 4 Mayıs 2023.

³⁶ Ghattas, (n 3) 34-36; Devam eden süreç hakkında bilgi için ayrıca bkz Schumann, (n 5) 102; Birleşmiş Milletler’in interseks küçüğe uygulanan operasyonlar nedeniyle kınadığı ülkeler ve kınanma sayıları şöyledir: Avrupa: İsviçre (4), Fransa (3), Almanya (3), İngiltere (3), İrlanda (2), Danimarka (2), Hollanda (2), İtalya (2), Belçika (2), Avusturya (2), Portekiz (2), İspanya (1), Lüksemburg (1), Lihtenştayn (1), Malta (1); Avrupa dışı: Şili (3), Meksika (2), Uruguay (1), Arjantin (1), Latin Amerika: Nepal (2), Hong Kong (1), Hindistan (1); Asya: Güney Afrika (1), Morokko (1); Afrika ve Avustralya (4), Yeni Zelanda (2). Bu ise çoğu Avrupa ülkesi olmak üzere toplam 26 devlete 50 kınama cezası verildiği anlamına gelmektedir. Bu konuda bkz Luísa Winter Pereira, ‘Intersex Legal Activism United Nations On the Human Rights Of Intersex People’ (2022:18) The Age of Human Rights Journal, 181-186.

³⁷ CRC/C/CHE/CO/2-4, <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/036/13/PDF/G1503613.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/036/13/PDF/G1503613.pdf?)> Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; Ayrıca bkz Winter Pereira, (n 36) 187.

³⁸ CE Report 2017-14404, <<https://pace.coe.int/en>> Erişim Tarihi 8 Nisan 2023.

Avrupa Parlamentosu interseks bireylere ilişkin yayınladığı 2019 tarihli önergesinde³⁹ interseks küçüğe uygulanan operasyonların üye devletlerce yasaklanması yolunda düzenlemeler yapılması, her türlü ayrımcılığın önlenmesi gerektiği yönünde çağırıda bulunmuştur.

Birleşmiş Milletler İşkenceyle Mücadele Komitesi 2019 tarihli raporunda İngiltere’deki gereksiz operasyon vakalarına ilişkin raporlardan, yine interseks küçüğün maruz kaldığı diğer tıbbi tedavilerden ve yasal hükümlerin eksikliğinden endişe duyulduğunu rapor etmiştir⁴⁰. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 2020 tarihli raporunda interseks küçüğün operasyonlarının ertelenmesi ve ancak rızayla yapılması gerektiği hususlarına dikkat çekmiştir⁴¹.

2017 yılının sonlarında, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin aldığı kararda kişilere dişi ve erkek cinsiyet seçeneklerinden birini seçme zorunluluğu getiren kanun hükmünün Anayasa aykırı olduğu sonucuna varmıştır⁴². Karar sonrası Alman Medenî Hal Kanunu’nda yapılan kanun değişikliği ile cinsiyeti atanamayan küçüğün cinsiyet hanesinin boş bırakılabileceği ya da cinsiyetin “çeşitli” anlamına gelen “diverse” şeklinde yazımı imkânı getirilmiştir⁴³.

Bu değişiklik sonrası Alman Medeni Kanunu’nda 22.5.2021 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik yapılmış olup, § 1631e hükmünde cinsiyet gelişim çeşitliliđi⁴⁴ bulunan ve tedaviye rıza gösteremeyecek küçüğu salt dişi veya erkek cinsiyeti ile eşleştirmek/benzetmek amacıyla tedavi edilmesinin yasak olduđu⁴⁵, yasal temsilci tarafından rıza verilmesinin mümkün olmadığı⁴⁶, rızanın velayetin kapsamı dışında kaldığı, operasyonun küçüğün kendi kararını vereceği yaşa kadar ertelenmesi gerektiği, bu mümkün değilse aile mahkemesinden disiplinler arası bir komisyonun

³⁹ B8-0101/2019, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2019-0101_EN.pdf> Erişim Tarihi 8 Nisan 2023.

⁴⁰ CAT/C/GBR/CO/6, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolid=CAT.C.HRC.CO.1.2023.1> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2023; Ayrıca bkz Winter Pereira, (n 36) 192.

⁴¹ CCPR/C/PRT/CO/5, <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/106/30/PDF/G2010630.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/106/30/PDF/G2010630.pdf?OpenDocument)> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2023; Ayrıca bkz Winter Pereira, (n 36) 194.

⁴² 1 BvR 2019/16, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 10 Ekim 2017 tarihli karar için bkz <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html> Erişim Tarihi 12 Aralık 2022; Süreç hakkında ayrıca bkz Konstanz Plett, ‘Intergeschlechtlichkeit aus juristischer Perspektive’, in Julia Koll, Jantine Nierop, Gerhard Schreiber (Hg), *Diverse Identität* (2018) Crea Media 67, 79.

⁴³ Plett, (n 42) 77; Dede, (n 23) 255 ff; Yapılan değişiklik sonrası Alman Medeni Hal Kanunu (Personenstandsgesetz) § 22 Absatz 3: “Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe „divers“ in das Geburtenregister eingetragen werden.” şeklindedir. Türk Hukukundan benzer bir düzenlemenin yapılması gerektiği yönünde Dede, (n 23) 273; Ayrıca bkz Dede, (n 25) 11 ff.

⁴⁴ Kanunda “Varianten der Geschlechtsentwicklung” terimi kullanılmıştır.

⁴⁵ Hükümde yer alan ve yasal temsilcinin rızasıyla yapılması yasaklanan tedavilerin hormonal, ilaç ve cerrahi tedavileri kapsadığı belirtilmektedir (Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann, *Beck-Online GrossKommentar BGB*, (Beck 2020) §1631e, N. 12); Peter Huber, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921* (Beck 2024) §1631e, N. 16.

⁴⁶ Hükümde yasal temsilci rızasının kapsamı dışına çıkarılan tedavinin çocuğun fiziksel görünümünün erkek veya dişiye benzetmek amacıyla yapılan tedaviyle sınırlandırılmıştır (Gsell, Krüger, Lorenz ve Reymann, (n 45) §1631e, N. 13; Huber, (n 45) §1631e, N. 2).

da görüşü alınarak izin alınması gerektiği, küçüğün yaşamı için tehlike oluşturacak durumlarda mahkeme izni olmadan operasyonun yapılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir⁴⁷.

2020 yılında İsviçre Ulusal Biyomedikal Etik Danışma Komisyonu, medenî statüde yeni cinsiyet kategorileri getirilmesi sorununun etik ve yasal sonuçları hakkında bir rapor yayınlamış ve Komisyon, mevcut yasal düzenlemenin cinsiyet kimliklerinin çeşitliliğini yansıtmakta başarısız olduğunu ve ikili olmayan cinsiyet kimliklerine sahip kişilerin, transseksüel ve interseks bireylerin temel çıkarlarını göz ardı ettiğini, ayırt etme gücü olmayan küçüğe cinsiyet atama operasyonlarının yapılmaması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸.

İsviçre’de 1.1.2022 tarihinde yürürlüğe giren Medenî Kanun m 30b uyarınca, nüfus kütüğünde kayıtlı olan cinsiyete ait olmadığına inanan kişinin nüfus memuruna bu kaydın değiştirilmesini istediğini beyan edebileceğine ilişkin yasal düzenleme yapılmıştır. Bu değişiklik sadece cinsiyete ilişkin değişikliğe izin vermekte olup henüz üçüncü bir cinsiyetin nüfus kütüğüne işlenmesi, cinsiyet hanesinin boş bırakılması mümkün değildir⁴⁹. Yine İsviçre’de henüz operasyonları yasaklayan bir düzenleme de yapılmış değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 19.5.2022, M C Fransa (42821/18) davasında başvuruyu usule ilişkin gerekçelerle reddetmiş olmasına rağmen interseks bireylere önceden özgür ve aydınlatılmış rızaları olmaksızın ve hayatî olmayan tıbbî müdahaleleri (interseks genital mutilasyonu-IGM) bir işkence biçimi olarak nitelendirmiştir⁵⁰.

19.7.2022’de kabul edilen değişiklikle Yunanistan’da 15 yaşın altındaki interseks küçüklere özgür ve aydınlatılmış rızaları olmaksızın cinsiyet özelliklerini kısmen veya tamamen değiştirmeyi amaçlayan tıbbî müdahalelerin (hormonal tedaviler ve operasyonlar dâhil) yapılması, yine İspanya’da Şubat 2023’te yapılan yasa değişikliği ile küçüğün sağlığını korumak için müdahalenin zorunlu olduğu haller dışında

⁴⁷ Bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce Alman Hukuku’nda yasal temsilci rızasıyla kız çocuklarının sünnet edilmesinin ya da sterilizasyonun yasak olduğu, buna rağmen interseks operasyonlarının yasaklanmamasının çelişki oluşturduğu belirtilmekteydi (Dahlmann ve Janssen-Schmidchen, (n 10) 596).

⁴⁸ NEK 2020/36, İsviçre Ulusal Biyomedikal Etik Danışma Komisyonu’nun raporu için bkz <https://www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Stellungnahmen/en/NEK-stellungnahme_Officially_recorded_gender_Final.pdf> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2023. 1945-1970 yılları arasında Zürih Hastanesinde operasyona maruz kalan küçüklere ilişkin yapılan araştırmada küçüğün iradesinin hiç nazara alınmadığı, ailenin rızasına göre işlem yapıldığı tespit edilmiş ve çalışmada bu alanda uluslararası gelişmelerin nazara alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Mirjam Janetti, Andrea Althaus, Marion Hulverscheidt, Rita Gobet, Jürg Streuli ve Flurin Condrau, ‘Doctors, families and the industry in the clinic: the management of ‘intersex’ children in Swiss paediatric medicine (1945–1970)’ (2021:65) Medical History 286-305.

⁴⁹ Einführung eines dritten Geschlechts oder Verzicht auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister – Voraussetzungen und Auswirkungen auf die Rechtsordnung- Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 17.4121 Arslan vom 13.12.2017 und 17.4185 Ruiz vom 14.12.2017. <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74661.pdf>> Erişim Tarihi 4 Mayıs 2023; Ayrıca bkz Dede, (n 25) 17.

⁵⁰ MC c France 42821/18<<https://www.oieurope.org/m-v-france-decision/>> Erişim Tarihi 4 Mayıs 2023.

12 yaşın altındaki interseks küçüklere rıza dışı düzeltici tıbbî müdahale yapılması yasaklanmıřtır⁵¹.

Nihayetinde bu çalışmanın yapıldığı sırada Malta, Portekiz, Almanya, İzlanda, Yunanistan ve İspanya olmak üzere çeşitli Avrupa⁵² ülkelerinde interseks küçüğün dişi veya erkek cinsiyetine benzetilmesini hedefleyen tıbbî müdahalelere maruz bırakılması yasaklanmıřtır⁵³.

IV. Ayırt Etme Gücü Olmayan Küçüklere Uygulanan Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Ayırt etme gücü olmayan küçüğe uygulanan genital mutilasyon operasyonunun hukuka aykırılığını irdelemeden önce küçüğe uygulanan bir tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için hangi unsurlara ihtiyaç olduğunun irdelenmesi gerekir.

Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı üzerinde sahip olduğu hak, kişilik hakkına dâhil, mutlak bir hak olup kural olarak kişinin rızası olmadan bunlara yapılan herhangi bir müdahale, kişinin menfaatine de olsa hukuka aykırıdır ve bu müdahale kişilik hakkına saldırı niteliğindedir⁵⁴. Ancak kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı üzerinde sahip olduğu bu tasarruf hakkının bir sınırı vardır, o da kişinin kendisine zarar vermemesidir. Dolayısıyla hangi amaçla olursa olsun bir kişinin öldürülmeye rıza göstermesi, bu rıza hayatına ilişkin olduğundan hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

Hayata yapılan müdahalelerden farklı olarak vücut bütünlüğüne yapılan tıbbî müdahalelerde rıza, bazı şartlarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Hekim tarafından yapılan müdahalenin amacının hayat, vücut tamlığı ve sağlığı koruma ve tedavi amacıyla tıp biliminin kurallarına uygun yapılıyor olması halinde, bu tür bir müdahaleye verilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.

⁵¹ <<https://intersexgreece.org.gr/en/2022/07/19/a-historic-day-for-the-protection-of-the-human-rights-of-intersex-children-in-greece/>> Kanun değişikliğinin resmi olmayan İngilizce çevirisi için bkz <<https://intersexgreece.org.gr/en/2022/07/25/3449/>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023; İspanya için bkz <<https://www.oieurope.org/spain-becomes-fifth-eu-country-to-ban-igm/>> Erişim Tarihi 28 Temmuz 2024.

⁵² Belçika ve İspanyada tasarılar olduğu yönünde bkz Yessica Mestre, ‘The Human Rights Situation of Intersex People: An Analysis of Europe and Latin America’ (2022:317) Social Sciences 1, 7.

⁵³ Macaristan, Litvanya, Slovenya, İsveç ve İngiltere gibi ülkeler ise yasal düzenleme yapma noktasında isteksiz görüldüğu yönünde bkz Mestre, (n 52) 8. Benzer şekilde Latin Amerika ülkelerinde de interseks küçüklere maruz kaldığı operasyonları yasaklayan düzenlemeler olmadığı yönünde bkz Mestre, (n 52) 13; İngiltere’de henüz bir yasal düzenle ya da mahkeme kararı olmadığı ve operasyonların uygulandığı hakkında bkz Newbould, (n 25) 489 ff.

⁵⁴ Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Kişiler Hukuku* (Filiz 2022) 522; Özge Yücel, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (Seçkin 2018) 38.

Tıbbî müdahale çok çeşitli şekillerde tanımlanmakla birlikte Badur'un⁵⁵ tanımını aynen aktarmak gerekirse; "...*tıbbî müdahale tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması veya arttırılması amaçlarına yönelmiş, tıp biliminin kural ve standartlarına uygun olarak ve tıbbin sınırları içinde uygulanan, fiziki ve ruhi tüm tıbbî hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu, raporlamayı veya bu kapsamdaki incelemeleri kapsar*".

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. maddesinde ise "tıbbî müdahale", tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim olarak tanımlanmıştır.

Tanımdan ve Yönetmelik hükmünden hareketle tıbbî müdahalenin taşınması gereken unsurlar; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, kişinin sağlık refahının sağlanması veya arttırılması amacına ve hukuken öngörülen amaçlara yönelik olması, tıp biliminin kural ve standartlarına uygun olması, hastanın aydınlatılmış olması ve hastanın aydınlatılmış rızasıdır.

Türk Hukuku'nda tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebilecek yetkili kişi hekimdir ve hekimin tıp fakültesi diplomasına sahip olması şarttır (TŞSTİDK m 1⁵⁶). Elbette tıp fakültesi diplomasına sahip olmak hekimin her türlü müdahaleyi gerçekleştirebileceği anlamına da gelmez, hekimin aynı zaman belirli uzmanlık derecelerine sahip olması gerekir (TŞSTİDK m 8).

Yine tıbbî müdahale tanımından anlaşıldığı üzere müdahale, kural olarak kişinin sağlık refahına sağlamaya yönelik daha geniş bir ifadeyle hukuken öngörülen amaçlara yönelik olmalıdır (Anayasa 17⁵⁷; Hasta Hakları Yönetmeliği m 12). Sağlık refahı kavramı, endikasyon kavramından farklı bir kavram olup endikasyon tıbbî müdahaleyi gerekli kılan gösterge olarak tanımlanmaktadır⁵⁸. Hatta bazı yazarlar endikasyonun, tıbbî müdahalenin unsuru olduğunu kabul ediyor olduğundan estetik müdahalede psikolojik endikasyonun, sünnette sosyal endikasyonun olduğu şeklinde görüşler ortaya atılmıştır⁵⁹. Aslında bazı tıbbî müdahalelerde ne sağlık refahının

⁵⁵ Emel Badur, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Seçkin 2017) 28; Ayrıca bkz Zarife Şenocak, 'Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası' (2001:4) AÜHF 65-66; Abdurrahim Altun, 'Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası' (2018:1) NEÜHF 37-39; Zafer Kahraman, 'Medeni Hukuk Bakımından Tıbbî Müdahaleye Hastanın Rızası' (2016:1) İnÜHF 480 ff; Ayrıca bkz Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku, Cilt I, Genel Hükmeler* (Seçkin 2022) 291 ff; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (Legal 2003) 24.

⁵⁶ Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 1219, Kabul Tarihi: 11.4.1923, RG 14.4.1928/863.

⁵⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863 (Mükerrer)

⁵⁸ Badur, (n 55) 40; Emine Dede, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları* (Seçkin 2017) 112.

⁵⁹ Badur, (n 55) 40; Hakeri, (n 55) 601; Ayrıca bkz Onur Koru, 'Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı' (2021:12) İnÜHF 491-500; Duygu Koçak Diker, 'Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları' (2023:14) İnÜHF 218-231.

sağlanması amacı ne de endikasyon vardır. Dolayısıyla sağlık refahının sağlanması, arttırılması, korunması amacıyla gerçekteştirilen tedavi amaçlı veya estetik amaçlı müdahaleler ya da her iki amacı da barındırmayan gebeliğin sonlandırılması, cinsiyetin değiştirilmesi şeklindeki müdahaleler, organ, doku, kan nakli, klinik araştırma, delil toplanması amacıyla yapılan müdahaleler, ortaya çıkmamış muhtemel hastalığın önlenmesi amacıyla yapılan müdahaleler, özlüce hukuken öngörülen amaçlara yönelik müdahaleler, tıbbî müdahale olarak nitelendirilmelidir.

Tıbbî müdahalenin aynı zamanda tıp biliminin kural ve standartlarına uygun yapılıyor olması gerekir. Elbette tıp biliminin, değişen ve yaşıyan kurallarının olduğu unutulmayarak bu unsur dar yorumlanmamalı, klasik tedavi yöntemleri dışında kalan ve hastaya fayda sağlayacağı ve zarar vermeyeceği bilinen yeni tedavi yöntemlerinin de hekim tarafından uygulanması mümkün kabul edilmelidir.

Tıbbî müdahalenin bir başka unsuru hastanın aydınlatılmasıdır. Tıbbî müdahalede kişinin yaşıam ve vücut bütünlüğü ile sağlık haklarının ihlal edilmesi muhtemel olduğundan hastanın müdahale konusunda aydınlatılması ve bunun sonucunda rıza vermesi oldukça önemlidir. Aydınlatma, hastaya konulan teşhise ilişkin aydınlatma, teşhis sonrası tedavi konusunda aydınlatma, tedavi sırasında ortaya çıkabilecek risklere ilişkin aydınlatma olmak üzere birden fazla aşamadan oluşmaktadır (TŞSTİDK m 70; Hasta Hakları Yönetmeliği, m 15)⁶⁰. Elbette hastanın ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük olduğu hallerde aydınlatmanın yasal temsilcilere yapılması gerekir. Ancak on sekiz yaşıını henüz doldurmamış olsa da küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu ihtimallerde küçüğün de aydınlatılması gerekeceği şüphesizdir.

Kişiyeye hekim tarafından, kişinin sağlık refahını sağlama amacına yönelik, tıp bilimin kuralları çerçevesinde uygulanan tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için son unsur hastanın tıbbî müdahaleye rıza vermiş olmasıdır (Anayasa m 17, TŞSTİDK m 70, Hasta Hakları Yönetmeliği, m 4; Biyotıp Sözleşmesi m 5).

Tıbbî müdahaleye rızanın doktrinde birden çok tanımı bulunmakta olup⁶¹, konumuz açısından önemli tarafıyla tıbbî müdahaleye rıza gösterilmesi kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğindedir⁶². Bilindiği üzere kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından yapılan ayırmalardan biri mutlak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı ve nisbî kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak ayırımıdır⁶³. Bu ayrıma göre, mutlak kişiyeye sıkı sıkıya bağlı

⁶⁰ Badur, (n 55) 58; Hakeri, (n 55) 329 ff; Yenerer Çakmut, (n 55) 224 ff; Altun, (n 55) 41; Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, (Oniki Levha 2010) 129; Amerikan Hukuku'nda 1957 tarihli Salgo-Leland Stanford Jr. University Board of Trustees kararında aydınlatılmış rıza kavramının hukukî çerçevesi ele alınmıştır. Bkz Reis, (n 25) 666.

⁶¹ Badur, (n 55) 51; Şenocak, (n 55) 68; Altun, (n 55) 43 ff; Ayrıca bkz Hakeri, (n 55) 431 ff; Yenerer Çakmut, 194 ff.

⁶² Fatma Tülay Karakaş, *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar* (Ankara 2015) 93; Badur, (n 55) 56, Hakeri, (n 55) 451. Altun, (n 55) 47; Koçak Diker, (n 59) 226; Kahraman, (n 55) 486.

⁶³ Bu konuda bkz Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, (Vedat 2017) 277 ff; Dural ve Öğüz, (n 54) 408; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (Filiz 2022) 321 ff; Karakaş, (n 62) 110 ff; Pelin Çavdar, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü" (2016:22 -3) MÜHFD-HAD Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 735, 758.

hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün değilken; nisbî kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkündür. Hatta tıbbî müdahale bakımından yapılan bir ayırma göre tanı ve tedavi amacı taşımayan -örneğin estetik, sterilizasyon, yapay döllenne, organ ve doku bağıışı- tıbbî müdahalelerde rıza mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinde olup⁶⁴, tanı ve tedavi amacı taşıyan tıbbî müdahalelerde rıza nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindedir⁶⁵.

Ayırt etme gücü olmayan küçük bakımından değerlendirme yapmak gerekirse; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/I, II uyarınca tıbbî müdahalede küçüğün yasal temsilcisinden izin alınması gerektiği, hastanın, yasal temsilcisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şartın aranmayacağı düzenlenmiş olup, yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanacağı düzenlenmiştir. Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinde de rıza gösterme yeteneği bulunmayan kişilerin ancak kendilerinin doğrudan yararına olması şartıyla tıbbî müdahaleye tabi tutulabilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde küçük, ayırt etme gücüne sahipse karar verme sürecinin tümüyle dışında değildir, hatta doktrinde ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbî müdahaleye rızasının yeterli olduğu da savunulmaktadır⁶⁶. Diğer yandan ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe yapılacak tıbbî müdahalelerde rızanın yasal temsilci tarafından verilebileceği hususunda doktrinde tartışma yok gibidir⁶⁷.

Elbette tıbbî müdahalenin yapılmaması hastanın hayatının tehlikeye girmesi anlamına geliyorsa ve bu durumda yasal temsilci rıza vermekten imtina ediyorsa hekim, hastanın üstün özel yararına dayanarak tıbbî müdahale yapabilecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği m 24/VII uyarınca hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Keza Biyotıp Sözleşmesinin 8. maddesine göre acil bir durum olması nedeniyle uygun rızanın alınmadığı hallerde ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahalenin derhal yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak hastanın içinde bulunduğu

⁶⁴ Serozan, (n 63) 284; Yücel, (n 54) 39; Şenocak, (n 55) 73.

⁶⁵ Dede, (n 58) 80; Burcu Özcan Büyüktanır, *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fillere Karşı Korunması* (Yetkin 2019) 74.

⁶⁶ Metin, (n 60) 425; Dural ve Ögüz, (n 54) 533; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (n 63), 321 ff; Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda sadece küçüğün rızasının yeterli olacağı yönünde Çiğdem Mine Yılmaz, *Ayırt Etme Gücüne Sahip küçüğün Bedenvarlığı Üzerindeki Tasarrufları* (Yetkin 2023) 93; Kahraman (n 55) 490; Koçak Diker (n 55) 228 (kural olarak); Nilay Şenol, 'Sünnet ve Çocuğun Menfaati' (2019:2) MÜFHAD Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 1346; Şenocak, (n 55) 80.

⁶⁷ Dural ve Ögüz, (n 54) 532; Yücel, (n 54) 60; Hakeri, (n 55) 485; Şenocak, (n 55) 80; Karakaş, (n 62) 101; Çavdar, (n 63) 758; Kahraman (n 55) 487; Canan Yılmaz, *Velayet Hukuku* (Seçkin 2023) 127; Koçak Diker, (n 59) 227; Özcan Büyüktanır, (n 65) 78.

durum acil değilse ve yasal temsilci rıza vermekten imtina ediyorsa, hâkimin müdahalesi talep edilebilecek ve hâkim çocuğun üstün yararına uygun önlemlerin alınmasına, somut tıbbî müdahalenin yapılması için yasal temsilcinin rızası yerine geçecek karar verebilecektir⁶⁸. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/IV uyarınca yasal temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; TMK m. 346 uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün sağlık refahına tekrar kavuşturulması amacıyla tıp bilimi kurallarına uygun yapılması gereken ve doğrudan küçüğün yararına hizmet eden tanı ve tedavi amaçlı tıbbî müdahaleye, küçüğün yasal temsilcisi tarafından rıza verilmesi mümkün ve geçerlidir. Ancak tıbbî müdahalenin “küçüğün yararına” olması kavramı oldukça soyut bir kavramdır⁶⁹. Özellikle doktrinde “Ashley Tedavisi”⁷⁰ olarak bilinen olayda, doğumdan itibaren hareket edemeyen, konuşamayan, oturamayan, beslenemeyen, mental gelişim sağlayamayan Ashley, yasal temsilcilerinin rızası ile büyüme engelleyici bir dizi tıbbî müdahaleye maruz bırakılmıştır. Bu tıbbî müdahalelerle küçüğün büyümesi ve menstrüal kanamaları engellenmiş, göğüsleri ve rahmi alınmış, bu yolla yasal temsilcilerin bakım vermeleri, örneğin küçüğü taşımaları kolaylaştırılmıştır. Bu tedavi bakımından tanı ve tedavi amacı gütmeyen tüm tıbbî müdahalelerin, rızanın mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması nedeniyle hukuka aykırı olduğu kabul edilebilecektir.

Özölçe, tıbbî müdahale ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün sağlık refahını sağlamaya hizmet etmiyorsa, tanı ve tedavi amacı taşımiyorsa, küçüğün menfaatinden çok başkaca amaç ve aktörlerin menfaatine hizmet ediyorsa yasal temsilci tarafından rıza verilmiş olması tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir.

⁶⁸ Yücel, (n 54) 60-61.

⁶⁹ Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün maruz bırakıldığı tıbbî müdahaleler daha çok, zorunlu aşı ve topuk kanı alınması, sünnet, kan nakli gibi işlemler bakımından değerlendirilmektedir. Türk Hukuku’nda Anayasa Mahkemesi zorunlu aşı uygulamasında Anayasa m 17 anlamında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği; topuk kanı alınması uygulamasının ise ihlal teşkil etmediği sonucuna varmıştır (AYM, 2014/4077, 29.06.2016). Sünnet bakımından Türk Hukukundaki genel kabul, bu tıbbî müdahalenin hukuka aykırı olmadığı yönündedir (Badur, (n 55) 137; Dede, (n 58) 147; Hakeri, (n 55) 604); Şenol (n 66) 1337-1357. Alman Medeni Kanunu § 1631d konuyu açıkça düzenlemiş ve velayet hakkı sahiplerinin tıbben zorunlu olmasa da erkek çocuk için sünnete rıza verebilecekleri, ancak sünnetin çocuğun yararına olmadığı durumlarda rızanın geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Kan nakli bakımından yapılan tartışmalar Yehova Şahitleri olarak bilinen ve kan nakline karşı çıkan inanç topluluğu bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu konuda AİHM, küçüklük bakımından hekimin hayatı tehlikenin varlığı halinde adli yargıya başvurmasının mümkün olduğu yönünde karar vermiştir (12875/87, 23.6.1993); Bu karar hakkında Metin, (n 60), 118.

⁷⁰ Metin, (n 60) 120 ff.

V. Ayırt Etme Gücü Olmayan Küçüğe Uygulanan Genital Mutilasyon Operasyonunun Hukuka Aykırılığı

A. Sağlık Refahına Sağlamaya Yönelik Değildir

Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olmasından bahsedebilmek için unsurlardan birinin müdahalenin kişinin sağlık refahını sağlamaya yönelik olması gerektiği, daha geniş bir ifadeyle hukuken öngörülen amaçlara yönelik olması gerektiği yukarıda irdelenmişti⁷¹. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan interseks küçüğün maruz kaldığı düzeltici operasyonun bu şekilde bir amacının olmadığı açıktır. Tutucu tıp profesyonelleri interseks bireyi doğduğu andan itibaren “hasta” kategorisine dâhil etmekte, küçüğün cinsel gelişimi tamamlanana kadar bu durumun tedavi edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir⁷². Hatta genel kabul, küçük iki yaşına⁷³ gelen kadar düzeltici operasyonun yapılması gerektiği yönündedir. Bu operasyon öncesinde, uzman kurul tarafından interseks küçüğün baskın cinsiyeti belirlenmekte ve sonrasında küçük, operasyona ve devam eden tedavilere maruz bırakılmaktadır⁷⁴. Bu operasyon sonrasında ise küçük ilk doğduğu anda örneğin dişi olarak tanımlanmış ve küçüğe dişi ismi verilmişse yasal temsilci kimlikte yazan ismin ve cinsiyetin değiştirilmesi için sicil düzeltilmesi davası ikame etmektedir.

Yakın tarihli bir makalede interseks küçüğe uygulanan cerrahi müdahalenin üç ana amacının olduğu, bunların “1) Cins özgü anatomik ve estetik görünümün sağlanması, 2) Enkontinans, enfeksiyon ve obstrüksiyonu olmayan genital ve üriner sistemin oluşturulması, 3) Erişkin dönemde iyi ve yeterli cinsel ve üreme fonksiyonlarının sağlanması⁷⁵” olduğu değerlendirilmesi yapılmış olup bu aşamalı değerlendirme dahi tek başına operasyonun hukuka aykırılığını ortaya koymaktadır.

Yapılan bu işlemlerin hiçbirinin küçüğün sağlık refahına sağlamayı amaçlamadığı, her şeyden önce üstün menfaatine hizmet etmediği açıktır. Çünkü tıp bilimiyle uğraşmayan bir hukukçu olarak bu makalenin yazarı dahi, küçüğün yetişkin olduğunda eğer operasyon yapılmasaydı, bunu hiç yaptırmamayı, tıp biliminin baskın olmayan cinsiyet nitelemesi ile ortadan kaldırdığı cinsiyeti tercih edebileceği kanısına rahatlıkla varabilmektedir.

⁷¹ Bkz yuk “IV. AYIRT ETME GÜCÜ OLMAYAN KÜÇÜKLERE UYGULANAN TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷² İnterseks olmanın doğuştan gelen bir hastalık olduğu yönünde bkz Bayraktar, (n 4) 45.

⁷³ Bayraktar, (n 4) 36; Kararın uzmanların yer aldığı heyet tarafından yıllarca süren bir izleme ile alınmasının mümkün olduğu, bunun için acele edilmemesi gerektiği, çocuğun yararına olacak kararın alınması gerektiği, geri dönüşümsüz cerrahi müdahale için sabırlı olunması gerektiği, hatta müdahalenin çocuğun kendi cinsel kimliğini oluşturana kadar ertelenmesinin gerekeceği yönünde bkz Bayraktar, (n 4) 26.

⁷⁴ Cinsiyet farklılaşmasının oldukça karmaşık bir konu olduğu, kararın içinde genetik uzmanı, pediatrik ürolog, pediatrik endokrinolog ve pediatrik psikiyatrist bulunan heyetlerin tarafından alınması gerektiği, hatta mümkünse heyete etik adli tıp, pediatrik radyolog, yeni doğan uzmanı ve sosyal hizmetler uzmanının dâhil edilmesi gerektiği yönünde bkz Bayraktar, (n 4) 25-26.

⁷⁵ Özbey, (n 7) 60.

Zaten çocuğun menfaati kavramı da çocuk yetişkin bir kişi olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda kendi yararı için nasıl bir karar verecek idiyse, çocukla ilgili karar verecek kişinin aynı yönde karar vermesi olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. Keza yanlış tanı-yanlış cerrahi işlemlerin yapıldığı, bunların birçoğunda doku ve organ kaybının söz konusu olduğu, geri dönüşün olası olmadığı, cinsiyetin yine değiştirilmesi ihtimali ve endokrin gelişiminin kısıtlandığı tıpcılar tarafından belirtilmektedir⁷⁷. Hakeza bireyin interseks olduğunun bazı ihtimallerde ergenlikte ya da yetişkinlikte ortaya çıktığı, bu yaşlara kadar bireyin hiçbir sağlık sorunu olmadan yaşamını devam ettirdiği düşünöldüğünde operasyonların sağlık refahını sağlama amacını taşımadığı sonucuna rahatlıkla varılabilecektir.

Hem tıp çevrelerinin hem de toplumun konservatif yapısı maalesef küçüklerin bu operasyonlara maruz kalmasına sebep olmakta, birçok alanda korunamayan küçük bir başka alanda da korumasız kalmakta, küçüğün menfaati kavramı salt soyut bir kavram olarak varlığını sürdürmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. maddesinde “hasta”, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse olarak; “tıbbî müdahale”, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlölükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi olarak tanımlanmışken; interseks küçüğün “hasta” kategorinde değilken bu operasyona maruz kaldığı söylenebilecektir.

Yine aynı Yönetmeliğin 12. maddesinde teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütönlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şeyin yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler nazara alındığında, interseks küçüğün salt interseks olması nedeniyle hasta olarak tanımlanamayacağı, interseks küçüğe uygulanan operasyonun da sağlık refahını koruma, hastalığı teşhis ve tedavi etme amaçlı olmadığı, yapılan müdahalenin tıbbî gereklilik şartı olmaksızın hukuka aykırı şekilde yapıldığı rahatlıkla söylenebilecektir.

Elbette interseks küçük için de tıbbî müdahalenin gerekli olduğu durumlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin Konjenital Adrenal Hiperplazi (KAH) ve kapalı idrar yolu durumları ölüm riskinin yüksek olduğu ve interseks küçüğe operasyon

⁷⁶ Serozan, (n 63) 65 ff; Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (Oniki Levha 2009) 60 ff; Ayrıca bkz Yargıtay 2. HD, 23862/7, 9.1.2017 tarihli kararında; “Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konudaki üstün yararı belirlenirken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verilebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır...” şeklinde hüküm kurmuştur < www.karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2024.

⁷⁷ Özbey, (n 7) 60; Ertin ve Az, (n 7) 71.

yapılmasının zorunlu olduğu hallerdir⁷⁸. Zaten, operasyonun sözde baskın cinsiyeti belirlemek amacıyla yapılmadığı, operasyonun küçüğün yararına olduğu, tıbben gerekli ve zorunlu olduğu hallerde yasal temsilci tarafından operasyona rıza verilmesinde ya da acil durumlarda yasal temsilcisi rızası olmaksızın derhal yapılmasında hukuka aykırılıktan bahsedilmeyecektir.

B. Yasal Temsilci Rızası Geçerli Değildir

İnterseks küçüğün maruz kaldığı operasyon, sağlık refahına sağlamaya hizmet etmediği gibi, bu operasyona yasal temsilci tarafından verilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Kişinin kendi cinsel kimliğini belirleme hakkının mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla bu hakkın ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük yerine yasal temsilci tarafından kullanılması da mümkün değildir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında bu şekilde bir ayırım yapılmasa dahi cinsel kimliği belirlemeye yönelik tıbbî müdahaleye verilen rızanın yasal temsilci tarafından verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna rahatlıkla varılabilecektir. Nasıl ki kişinin cinsiyet değiştirmesi onsekiz yaşını doldurmasına zorunlu olarak bağlı ise (TMK m 40)⁷⁹, eş söylemlerle cinsiyet değiştirmeye yönelik tıbbî müdahalenin yasal temsilci rızasıyla yapılması mümkün değilse, interseks küçük için de aynı sonuç kabul edilmelidir.

Diğer yandan istisnai birkaç durum dışında küçüğün yaşamını devam ettirmesi için bu operasyonun yapılması zorunlu da değildir. Sözde baskın cinsiyeti belirleme amaçlı yapılan bu operasyon, acil olmadığı için hekimin kendisinin işlemi derhal yapması hukuka aykırı olduğu gibi, acil olmayan bu işlem için yasal temsilcinin rıza vermediği hallerde hâkime başvurulmasının da mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Zira mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hak, yasal temsilci veya onun rızası yerine geçecek mahkeme kararı yoluyla sağlanamaz.

Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu haller de bu operasyonun yasal temsilci rızası ile yapılmasının mümkün olmadığını altını çizmek gerekir. Cinsel kimliği belirleme hakkı mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, bu konuda karar verip rıza verecek tek kişi, ayırt etme gücünün varlığı halinde küçüğün kendisidir.

Biyotıp Sözleşmesinin 2. maddesinde insanın menfaatinin ve refahının bilim ve toplum menfaatinin üstünde tutulması gereğine vurgu yapılmış olup bugün interseks küçüğün maruz kaldığı operasyon küçükten çok küçüğün yasal temsilcilerinin ya da toplumun tutucu tutumuna hizmet ettiğinden yasal temsilci tarafından verilen rıza

⁷⁸ Behrens, (n 2) 4.

⁷⁹ TMK m 40 hükmünde yer alan yaş sınırlamasının interseks küçük için uygulanmasının mümkün olmadığı, interseks küçük için gerçekleştirilecek operasyonda mahkeme kararına gerek olmadığı, bu durumda cinsiyet değiştirmenin değil cinsiyeti ortaya çıkarma/belirlemenin söz konusu olduğu yönündeki katılmadığım değerlendirme için bkz Sevtap Metin, ‘Türk Medeni Kanunun’da Madde: 40: Cinsiyet Değiştirir (mi)? İç Adem Az, Hakan Ertin (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açından Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020), 75, 113, 81.

hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla operasyona rıza veren yasal temsilci, operasyonu yapan hekim/hekimler ve operasyonun yapıldığı hastanenin hukuka aykırı operasyon nedeniyle sorumlu olacağı unutulmamalıdır.

Nitekim yukarıda irdelendiği üzere⁸⁰ sivil toplum örgütleri raporlarında, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanmış raporlarda operasyonların yasaklanması için çağrılar yapılmış, bazı yabancı hukuklarda örneğin Alman Hukuku’nda operasyonlar yasaklanmıştır. Dolayısıyla interseks küçük bakımından operasyonun küçüğün bu konuda karar vereceği yaşı kadar ertelenmesi gerektiđi⁸¹ ve küçüğün üstün menfaatine hizmet eden yaklaşımın Türk Medenî Kanunu tarafından da takip edilmesi gerektiği açıktır. Yasal düzenleme ile küçüğün bu konuda ayırt etme gücüne sahip olacağı yaşı kadar operasyon yasaklanmalı, cinsel kimliği belirleme hakkının mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu ve yasal temsilci rızasının bu konuda geçerli olmadığı açık düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

Sonuç

İnterseks küçüğe uygulanan genital mutilasyon operasyonu ve sonrasındaki tedaviler küçüğün menfaatinde çok ana babanın menfaatine hizmet etmektedir. Topluma karşı açıklama yapma zorunluluğu ve gelecekteki muhtemel yaşanacaklar velayet hakkı sahibini bu operasyonun yapılmasına rıza vermeye itmekte, tıp çevresinin yönlendirmesi ile küçüğün dişı veya erkek olarak tanımlanması zorunluluğu adeta dayatılmaktadır.

Jeffrey Eugenides tarafından kaleme alınan “Middlesex” adlı romanda (Solmaz Kamuran (çev), Domingo Yayınevi 2015), interseks küçük anlatılmakta olup ergenliğinde interseks olduğu anlaşılan küçük, yapılmak istenen operasyona karşı çıkmakta ve hayatını var olduğu şekli ile devam ettirmeyi tercih etmektedir. Bu çalışmada irdelenen unsurlardan bağımsız olarak bu kurgu metin ortaya koymaktadır ki interseks küçük, bir cinsiyeti seçme veya hiçbir cinsiyeti seçmeme haklarına sahiptir ve bu hakların rızası dışında elinden alınması hukuka aykırıdır.

Serozan, “Çocuk Hukuku” adlı eserinde tüm çocukları kapsayacak şekilde aynen şu ifadeyi kullanmıştır: “Çocuk hangi cinsiyette doğduysa o cinsiyette kalır.” (Serozan, (n 63) 111).

⁸⁰ Bkz yuk “III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁸¹ Behrens, (n 2) 5; Agius, (n 4) 26; Ertin ve Az, (n 7) 72-73; Okyar, (n 7) 189; Türker (n 11) 153 ff; Garland ve Travis, (n 24) 606; Reis, (n 25) 674; Carpenter, (n 26) 80; Mestre, (n 52) 18; Newbould, (n 25) 496; Dede, (n 25) 23; Bu operasyonda tıbbi bir endikasyondan bahsetmenin güç olacağı yönünde Şenol, (66) 1352; Koçak Diker, (n 59) 225; Yücel, (n 54) 273; Konuyu ele almakla birlikte görüş bildirmeyen yazar için bkz Yılmaz, (n 66) 85-86; Ömer Uğur Gençcan, *Çocuk Hukuku* (Yetkin 2021) 715 ff; Görüş bildirmeden çift organlı olup ameliyat olan çocuk için kişinin nüfus kaydının değiştirilmesinin talep edebileceği yönünde Ömer Uğur Gençcan, *Velâyet Hukuku* (Yetkin 2023) 350 ff.

Patricia Williams “On Being the Object of Property (In the Alchemy of Race and Right)” adlı makalesinde “farkında” olanların bile tahakküm biçimlerinin -homofobinin, sınıf sömürsünün, ırkçılığın, cinsiyetçiliğin, emperyalizmin- yol açtığı acıyı hissetmekte zorlandığını söyler (Bell Hooks, *Sınırları Aşmayı Öğrenmek Özgürlük Pratiği Olarak Eğitim*, Arzu Eylem (çev), (Notaben Yayınları 2021) 75).

Bu çalışma küçük yaşında operasyona maruz kalan, operasyona maruz kalmaktan kurtulmuş olsa da hayatı boyunca ayrımcılığı maruz kalan tüm intersekslerin acılarının farkına varılması amacıyla kaleme alınmıştır.

Yapılması gereken, kanunî düzenleme ile bu operasyonun yasal temsilci rızasıyla ve henüz interseks küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmadığı sırada gerçekleştirilmesinin yasaklanmasıdır. Diğer yandan operasyonun on sekiz yaşından önce yapılmasının mümkün olmadığı ya da küçüğün irade ortaya koyabileceği yaştan önce yapılmasının mümkün olmadığı yönünde yasal düzenleme Türk Medenî Kanunu’nda, örneğin kanuna TMK m 40a hükmünün eklenmesiyle, bununla uyumlu şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği’nde yapılmalıdır. Nitekim bu çalışmanın yazarı Türkiye’de interseks küçüklere ya da bireylere ilişkin yasal bir düzenlemenin yapıldığına tanık olmayı ümidini kaybetmeksizin beklemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Adamietz L ve Remus J, ‘Begrifflichkeiten und Bedeutungswandel von Transund Intergeschlechtlichkeit in der Rechtswissenschaft’, in Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinaire Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 1 (Berlin 2017) 13-20.
- Agius S, *İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler, Avrupa Konseyi Tematik Raporu*, Işıl Demirkıran (çev), (Ayrıntı 2018).
- Alçık M, ‘Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme’ (2019: 21) DEÜHFD Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 1875-1906.
- Altun, Abdurrahim ‘Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası’ (2018:1) NEÜHFD 37-52.
- Badur E, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Seçkin 2017).
- Bayraktar Z, *İnterseks-Hermafrodit ve Eşcinsel Norm ve Norm Dışı Cinsellik Farklar, Nedenler, Öneriler* (Motto 2021).
- Carpenter M, ‘The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change’ (2016: 24) Reproductive Health Matters 74-84.

- Çavdar P, ‘Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü’ (2016: 22 (3)) MÜHFD-HAD Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 735-764.
- Dahlman, C ve Janssen-Schmidchen G, ‘Operationsverbot bei Varianten der Geschlechtsentwicklung bis zur Einwilligungsfähigkeit’ (2019:167) Monatsschr Kinderheild 591-597.
- Dede E, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları* (Seçkin 2017).
- Dede İ, ‘Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?’, iç Öcal Göktürk, Çörek Dolunay, Özlem Zeynep ve Üskül Engin (edr), *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, Cilt 2, (Oniki Levha 2021) 239-274.
- Dede İ, ‘İnterseks Çocuklara Yönelik Cinsiyet Atama Operasyonlarında Rızanın Hukuka Uygunluğu Sorunu’ iç Göke Emir, Orhan Uğur, Aksoy Hüseyin Can (edr), Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Genç Hukukçular Araştırma Sempozyumu “Ceren DAMAR ŞENEL’in Anısına” (On İki Levha 2022) 2-27.
- Doğan M, Tıbbi, *Etik ve Fıkhi Yönleriyle Cinsiyet Gelişim Bozuklukları (Hermafroditizm/ İnterseksüalite/Hünsalık*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022.
- Dural M ve Öğüz T, *Kişiler Hukuku* (Filiz 2022).
- Elçin Grassinger G, *Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (Oniki Levha 2009).
- Ertin H ve Az A, ‘DSD (Hermafroditizm Olguları Üzerine Etik Tartışmalar ve Cinsellik Etiği’ iç Az Adem ve Ertin Hakan (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açıdan Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020), 63-73.
- Fausto-Sterling A., ‘The Five Sexes, Revisited – The Varieties of Sex Will Test Medical Values and Social Norms’ (July/August 2000) *The Sciences*, 17-23.
- Garland F ve Travis M, ‘Legislating intersex equality: building the resilience of intersex people through law’ (2018: 38) *Legal Studies* 587-606.
- Gençcan Ö U, *Velâyet Hukuku* (Yetkin 2023).
- Gençcan Ö U, *Çocuk Hukuku* (Yetkin 2021).
- Ghattas D, *İnterseks Bireylerin İnsan Haklarını Savunmak*, Belgin Günay (çev) (Ayrıntı 2016).
- Ghattas D, ‘Intergeschlechtlichkeit im Internationalen Menschenrechtsdiskurs’, in Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität- Band 1 (Berlin 2017) 76-110.
- Gsell B, Kruger W, Lorenz S ve Reymann C, *Beck-Online GrossKommentar BGB* (Becks 2020).
- Hakeri H, *Tıp Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler* (Seçkin 2022).
- Huber P, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921* (Beck 2024).
- Janetti M, Althaus A, Hulverscheidt M, Gobet R, Streuli J ve Condrau F, ‘Doctors, families and the industry in the clinic: the management of ‘intersex’ children in Swiss paediatric medicine (1945–1970)’ (2021: 65) *Medical History* 286–305.
- Kahraman Z, ‘Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası’ (2016:1) İnÜHFD 479-510.
- Karakaş, F, *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar* (Ankara 2015).
- Karkazis K, ‘Fixing Sex: Intersex, Medical Authority, and Lived Experience’ (2008) Duke University Press 814-815.

- Kocayusufpaşaoğlu N, *Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dâva Açabilir mi?* (Filiz 1986).
- Koçak Diker D, ‘Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları’ (2023:14) İNÜHFD 218-231.
- Koru O, ‘Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı’ (2021:12) İNÜHFD 491-500.
- Mestre Y, ‘The Human Rights Situation of Intersex People: An Analysis of Europe and Latin America’ (2022-11: 317) Social Sciences 1-18.
- Metin S, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, (Oniki Levha 2010).
- Metin S, ‘Türk Medeni Kanunun’da Madde: 40: Cinsiyet Değiştirir (mi)?’ iç Az Adem ve Ertin Hakan (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açından Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020) 75-116.
- Newbould M, ‘When Parents Choose Gender: Intersex, Children, And The Law (2017: 24) Medical Law Review 474-496.
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (Filiz 2022).
- Okyar D, ‘İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerahhi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi’ (2022:1) SÜHFD 161-193.
- Özay H, ‘Cinsiyet Değiştirmenin İslam Hukukundaki Hükmü’ iç Az Adem, Ertin Hakan (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açından Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020), 117-147.
- Özbey H, ‘Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar’, iç Az Adem, Ertin Hakan (edr), Tıbbi, Dini, Hukuki ve Etik Açından Bedene Yapılan Müdahaleler (İsar 2020), 55-62.
- Özcan Büyüktanır B, *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fillere Karşı Korunması* (Yetkin 2019).
- Özkan S, ‘Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller’ (2017:1) YÜHFD, 55-84.
- Plett K, ‘Intergeschlechtlichkeit aus juristischer Perspektive’ in Julia Koll, Jantine Nierop, Gerhard Schreiber (Hg), *Diverse Identität* (2018) Crea Media 67-79.
- Reis E, ‘Did Bioethics Matter? History Of Autonomy, Consent, And IntersexGenital Surgery’ (2019: 27) Medical Law Review, 658-674.
- Schumann K, ‘Inter, Kindeswohl und die Kinder- und Jugendhilfe’ (2021:2) Sozial Extra 99-102.
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Vedat 2017).
- Şenocak Z, ‘Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası’ (2001:4) AÜHFD 65-80.
- Şenol A, ‘Sünnet ve Çocuğun Menfaati’ (2019:2) MÜHFHAD Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 1337-1357.
- Turan Başara G, ‘Türk Medeni Kanununun 40. Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları’ (2012:103) TBB Dergisi 245-266.
- Türker H, *İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden* (Ayrıntı 2015).
- Vofß H, ‘Intersexualität und Transsexualität in der Biologie’, in Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinaire Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 1. (Berlin 2017) 20-25.
- Winter P, ‘Intersex Legal Activism United Nations On The Human Rights Of Intersex People’ (2022:18), The Age of Human Rights Journal 181-197.

- Yenerer Çakmut Ö, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (Legal 2003).
- Yılmaz C, *Velayet Hukuku* (Seçkin 2023).
- Yılmaz Ç M, *Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Bedenvarlığı Üzerindeki Tasarrufları* (Yetkin 2023).
- Yücel Ö, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları* (Seçkin 2018).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 14.02.2024
Revizyon Talebi: 01.07.2024
Son Revizyon Tarihi: 04.07.2024
Kabul: 26.08.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Anonim Şirketler ile Enerji Piyasası Özelinde Düzenlemeye Tabi Sektörlerde Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devir Sınırlamaları

Hayri BOZGEYİK^{*}, Beşir Fatih DOĞAN^{**}, Temel GÜNER^{***}

Öz

Ortakların kural olarak sadece pay devri yaparak şirketten ayrılabilirdiği anonim şirketlerde pay devrinin serbestliği ilkesi geçerlidir. Bu ilke gereği ortaklar herhangi bir kişi, organ veya kurumdan izin veya icazet almaya gerek olmaksızın istedikleri zaman istedikleri kişilere serbestçe paylarını devredebilir. Ancak bankacılık ve sigortacılık gibi düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren anonim şirketler açısından bu kurala bazı istisnalar getirilmiş, pay devri yapılabilmesi için piyasayı düzenleyen ve denetleyen ilgili otoritenin izni aranmıştır. Bu bağlamda pay devri ilgili otoritenin iznine tabi olan piyasalardan biri de enerji piyasasıdır. Enerji piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerde belirli durumlarda pay devri yapılabilmesi için Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (EPDK)'ndan izin alınması gerekmektedir. Çalışmamızda öncelikle anonim şirketlerde pay devrine ilişkin genel hususlar ardından enerji piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerde pay devir sınırlamaları ve pay devri için EPDK izni gereken haller incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Pay Devri, Pay Devir Sınırlaması, Enerji Piyasası, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun İzni

Share Transfer Limitations for Joint Stock Companies and Companies in Regulated Sectors With a Special Focus on the Energy Market

Abstract

There is a principal freedom of share transfer in joint stock companies where partners can leave the company only by transferring shares. According to this principle, partners can freely transfer their shares to anyone they want at any time without the need for permission or approval from any individual, organ, or institution. However, some exceptions have been made to this rule for joint stock companies operating in regulated markets, such as banking and insurance, and permission from the authority that regulates and supervises the market is required to transfer shares. In this context, the energy market is one of the markets whose share transfer is subject to the permission of the competent authority. To transfer shares in joint stock and limited companies operating in the energy market, permission from the Energy Market Regulatory Authority (EMRA) must be obtained. This paper examines the share transfer restrictions in companies operating in the energy market and the situations in which EMRA permission is required for share transfers.

Keywords

Joint Stock Company, Share Transfer, Share Transfer Restriction, Energy Market, Permission of the Energy Market Regulatory Authority

* **Sorumlu Yazar:** Hayri Bozgeyik (Prof. Dr.), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: hbozgeyik@aybu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9974-7459

** Beşir Fatih Doğan (Prof. Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: bfdogan@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0003-3683-7171

*** Temel Güner (Arş. Gör. Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: temelguner@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0002-0446-9856

Atf: Bozgeyik H, Dogan BF, Guner T, "Anonim Şirketler ile Enerji Piyasası Özelinde Düzenlemeye Tabi Sektörlerde Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devir Sınırlamaları" (2024). *İstanbul Hukuk Mecmuası* 809. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0001>



Extended Summary

Because the protection of capital is an important principle in joint stock companies, shareholders cannot leave the company at any time. For this reason, shareholders in joint stock companies can only leave the company through share transfers. In the case of share transfer, the principle of freedom applies.

In a joint stock company, shareholders may, as a rule, transfer their shares to whomever they wish at any time without authorisation or consent of another person. As a rule, the subject matter of a company's business does not have any effect on the transfer of shares.

However, both the law and the articles of association recognise some exceptions to this rule. Approval of the company is required for the transfer of shares that have not been fully paid for (legal binding), and transfer restrictions may be stipulated by the articles of association for some registered shares, even if they have been fully paid for (articles of association binding). These limitations are based on whether the shares are listed on the stock exchange or not, and whether the shares are registered in the share ledger or not in voluntary or legal transfers.

In particular, in companies engaged in public service, the need for supervision of the shareholding structure and company activities by competent authorities comes to the fore. In cases where the state outsources a service, which should be performed by the state itself, to legal entities through various means, such as licencing, the supervision of whether these services are duly performed becomes imperative.

However, some exceptions to this general regulation have been introduced for companies operating in regulated markets, such as banking and insurance, and the transfer of shares is subject to the authorisation and approval of the authorities regulating and supervising the relevant market. This regulation is based on the fact that these companies operate in various fields of public service within the scope of various licences or activity permits.

Legal entities wishing to operate in the energy market must be organised as joint stock or limited liability companies; therefore, the provisions of the Turkish Commercial Code regarding joint stock and limited liability companies are also applicable to companies operating in the energy market. However, since the activities carried out in the energy market have the characteristics of public service, the legislation regulating the energy market also includes some special regulations that differ from the provisions of the Turkish Commercial Code.

Controlling share transfers is also important for companies operating in the energy market where public service is provided; for this reason, permission from the Energy

Market Regulatory and Supervisory Board is required for transfers that may affect the functioning or structure of the licenced companies.

The Banking, Insurance and Capital Markets Laws clearly stipulate that share transfers made without obtaining the necessary authorisation are invalid. However, neither the Electricity Market Law nor the Natural Gas Market Licence Regulation stipulates that transfers made without the permission of the Energy Market Regulatory and Supervisory Board shall be invalid. In our opinion, transfers made without obtaining the authorisation of the Energy Market Regulatory and Supervisory Board should be deemed valid and the transferee should be registered in the share ledger provided that they are in compliance with the provisions of the Turkish Commercial Code. However, sanctions arising from electricity and natural gas market legislation should be applied to the company. In this context, first, the relevant company should be requested to correct its shareholding structure; if this is not done, the company's licence should be cancelled.

Giriş

Enerji piyasasında faaliyet göstermek isteyen tüzel kişilerin anonim veya limited şirket şeklinde örgütlenmesi gerekir [Elektrik Piyasası Kanunu (EPK)¹ m. 4/3]. Dolayısıyla anonim ve limited şirketler için Türk Ticaret Kanunu (TTK)²'nda öngörülen düzenlemeler enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından da uygulama alanı bulmaktadır.

Ancak enerji piyasasında yürütülen faaliyetler kamu hizmeti niteliği taşıdığından ve bu piyasa çok sayıda kanun ve ikincil mevzuatla düzenlenen bir piyasa olduğundan bu alanda faaliyet gösteren şirketler bakımından TTK hükümlerinden ayrılan bazı özel düzenlemelere de yer verilmektedir. Bu ayrık düzenlemelerden birisi pay devriyle ilgilidir. Şöyle ki, anonim şirket ortaklarına kural olarak sadece pay devri yaparak şirketten ayrılma hakkı tanındığından bu şirket türünde pay devrinin serbestliği ilkesi geçerlidir (TTK m. 490/1). Bu ilke gereği ortaklar herhangi bir makam, organ veya kişinin izni veya icazetine gerek olmaksızın paylarını istedikleri zaman istedikleri kişiye devrederek şirketten ayrılabilir. Ancak elektrik piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketler açısından bu kural tersine çevrilmiş, önlisans aşamasında pay devri -kural olarak- tamamen yasaklanmış (EPK m. 6/3), lisans aşamasında ise tarifesi düzenlemeye tabi şirketlerde belli oranın üzerindeki pay devirleri ile kontrol değişikliğine neden olacak nitelikteki pay devirleri Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (EPDK)'nın iznine tabi tutulmuştur (EPK m. 5/3-a). Benzer şekilde Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliği (DPLY)³ m. 42 hükmünde doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerde pay devri yapılabilmesi için bazı durumlarda EPDK'nin izni aranmıştır. Ancak gerek EPK gerekse DPLY'de zorunlu olmasına rağmen EPDK'den izin alınmadığı takdirde pay devrinin akıbetinin ne olacağı konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Çalışmamızda öncelikle TTK bağlamında anonim şirketlerde pay devrine ilişkin genel esaslar üzerinde durulmakta ardından enerji (elektrik ve doğalgaz) piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerde⁴ pay devrine ilişkin özellik arz eden hususlar incelenmektedir. Bu iki hususu takiben gerekli olduğu halde EPDK'nin izni alınmamakla birlikte TTK hükümlerine göre geçerli bir şekilde pay devri yapılmış ise pay devrinin akıbetinin ne olacağı sorusuna cevap aranmaktadır.

¹ Elektrik Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6446, Kabul Tarihi: 14/3/2013, RG 30.03.2013/28603.

² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13/1/2011, RG 14.02.2011/27846.

³ Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliği, RG 07.09.2002/24869.

⁴ Uygulamada enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin çoğu anonim şirket şeklinde örgütlendiğinden çalışmamızda anonim şirket esas alınmıştır. Ancak enerji piyasasında pay devrine ilişkin söylenenler limited şirketler için de geçerlidir.

I. Anonim Şirketlerde Pay Devri

A. Pay Devrinin Serbestliği İlkesi

Anonim şirketlerde sermayenin ortaklara geri iadesi sonucunu doğurduğu için kural olarak çıkma çıkarılmaya izin verilmemiştir. Pay sahipliği statüsünden ayrılmak isteyen kimseye bunun yerine, şirketteki payını üçüncü kişilere devrederek şirketten ayrılma imkânı tanınmıştır. Anonim şirketlerde pay devirleri kural olarak serbesttir. Böylece ortaklar, herhangi bir makam, organ veya kişiden izin veya icazet almaya gerek olmaksızın paylarını istedikleri zaman istedikleri kişilere devredebilirler⁵.

Anonim şirketlerde, -Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirim zorunluluğu bir taraftan (TTK m. 489/2)- hamiline yazılı pay senetleri bakımından mutlak olan bu ilkeye, nama yazılı pay senetleri bakımından “kanuni” ve “esas sözleşmesel bağlam” şeklinde iki önemli istisna öngörülmüş⁶, ayrıca, bankacılık, sigortacılık ve enerji piyasası gibi düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde pay devri bazı durumlarda izne tabi tutulmuştur⁷. Böylece ortakların paylarını serbestçe devredebilme hakkı ile şirketin ve kamunun pay devir sınırlamasındaki menfaati arasında bir denge kurulmuştur⁸.

⁵ Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları* (Vedat Kitapçılık 2012) 2; Ömer Teoman, ‘Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler’ iç Ömer Teoman (ed), *Tüm Makalelerim Cilt II* (2. Baskı, Onikilevha 2012) 53; Hasan Pulaşlı, *Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri* (Dayınlı Yayıncılık 1992) 111; Ercüment Erdem, ‘Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözümleri’ iç Banka ve Ticaret Enstitüsü (ed), *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* 25 (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları 2012) 98; Rauf Karasu, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması’ (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129; Anlam Sıtkı Altay, ‘Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşmesel Bağlam’ iç Hamdi Yasaman (ed), *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009) 571; Utku Ferah Türkoğlu, ‘Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Paylarda Anonim Şirketin Kaçış Klozu Kullanarak Pay Devri Onayı Talebini Reddetmesi’ (2016) 14(160) Legal Hukuk Dergisi 1933; Necdet Uzel, *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (Onikilevha 2013) 31 vd.; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli Verlag 1996) 568 Nr. 79-82; R.Pestalozzi Henggeler, *Die Namenaktie und ihre Vinkulierung* (H.R. Sauerländer 1948) 15, 89; Thomas Nagel, ‘Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien Revisionsbedarf der Ablehnungsgründe gemäss Art. 685b Abs. 2 OR’ (2015) 1 Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle 191; Matthias Hirschele ve Hans Caspar von der Crone, ‘Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsklagte)’ (2008) 1 Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 105; Peter Obrecht, *Bezugsrecht und Vinkulierung* (Juris 1984) 38.

⁶ Şafak Narbay, ‘6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri’ (2012) 18(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 214; Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması* (Onikilevha 2016) 14 vd.; Henggeler (n 5) 89-90; Nagel (n 5) 191 vd.

⁷ Bozkurt Tamer, ‘Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Resmi Bir Makamın İznine Bağlanması ve Bu İzin Hukuki Niteliği Sorunu’ (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 422 vd.; Özge Yücel, ‘5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Gereği İzne Bağlanan Pay Edinin ve Devirleri’ (2011) 2(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389.

⁸ Karasu, *Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması* (n 5) 129. Benzer yönde bkz. Sinan Yüksel, ‘Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)’ (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 166; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Baskı, Seçkin 2018) 270; Esra Cenkeci, ‘Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klozuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması’ (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 5; Türkoğlu Utku (n 5) 1944; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 571, Nr. 106; Hirschele ve von der Crone (n 5) 106; Henggeler (n 5) 21-22.

B. Pay Devir Sınırlamaları (Bağlam)

1. Kanuni Bağlam

Anonim şirketlerde hamiline veya nama yazılı pay senedi çıkarılması mümkündür (TTK m. 484/1)⁹. Ancak hamiline yazılı pay senetleri sadece zilyetliğin devriyle kolayca el değiştirdiğinden bu tür senetlerin kimin elinde olduğunu tespit etmek, dolayısıyla taahhüt edilen sermayeyi tahsil etmek oldukça zordur¹⁰. Bu nedenle karşılığı tamamen ödenmedikçe hamiline yazılı pay senedi çıkarılmasına izin verilmemiştir (TTK m. 484/2)¹¹.

Nama yazılı pay senetlerinde senedin sahibini pay defterindeki kayıtlardan tespit etmek, dolayısıyla taahhüt edilen sermayenin ödenmeyen kısmını tahsil etmek mümkün olduğundan, karşılığı tamamen ödenmese dahi nama yazılı pay senedi çıkarılmasına izin verilmiştir. Bununla birlikte, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra hariç olmak üzere, karşılığı tamamen ödenmeyen payların, ödeme gücü bulunmayan kişilere devredilmesini önlemek amacıyla, pay devri için şirketin onayı aranmış, devreden kişinin ödeme gücü şüpheliyse ve istenen teminat gösterilmemişse şirketin devre engel olabileceği öngörülmüştür (TTK m. 491)¹².

Karşılığı tamamen¹³ ödenmemiş payların devri için şirketten onay alınması gerekmekte (kanuni bağlam), onay konusunda yetkili olan yönetim kurulunun¹⁴ karar

⁹ Bu hususta bkz. Ömer Teoman, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Hisse Senetlerinin Bastırılmasına İlişkin Düzenlemesi' (2013) 29(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5 vd.; Yavuz Akbulak, 'TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri' (2016) 1 Ankara Barosu Dergisi 506 vd.; Narbay Ş., *Anonim Ortaklıkta Pay Defteri* (Seçkin Yayınları 2003) 55 vd.

¹⁰ Taahhüt edilen sermayenin ödenmesini güvence altına almak amacıyla olmamakla birlikte 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun'un [RG. 31.12.2020, S. 31351 (5. Mükerrer)] 32. maddesi ile TTK m. 489 hükmü değiştirilerek hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK)'na bildirilmesi zorunluluğu öngörülmüş, hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirmesi suretiyle payı devralan tarafından MKK'ye yapılacak bildirimle hüküm ifade edeceği, MKK'ye bildirimde bulunulmaması hâlinde senede sahip olanların, kanundan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapılmıyca kadar kullanamayacağı öngörülmüş (TTK m. 489/1), ayrıca TTK m. 486/2 hükmünde hamiline yazılı pay senedi sahipleri ile sahip oldukları paya ilişkin bilgilerin, senetler pay sahiplerine dağıtılmadan önce Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Bu hususta bkz. Muharrem Tütüncü, 'Anonim Şirketin Sonu: Hamile Yazılı Pay Senetlerinin Devri İçin Öngörülen Yeni Düzenlemeler' (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 750 vd.; Deniz Baytemür, '7262 Sayılı Kanunla Hamiline Yazılı Pay Senetlerine İlişkin Yapılan Değişiklikler' (2021) 16(176) Terazi Hukuk Dergisi 711 vd.

¹¹ Narbay, *Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri* (n 6) 210 vd.; Sevi (n 8) 206-207.

¹² Erdem (n 5) 101; Karasu, *Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması* (n 5) 131; Narbay, *Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri* (n 6) 217; Türkoğlu Utku (n 5) 1940; Henggeler (n 5) 94-95; Nihat Taşdelen, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3356.

¹³ Payların karşılığının çoğu ödenese dahi karşılığı tamamen ödenmedikçe devir için şirketin onayı aranmalıdır. Örneğin karşılığının %97'si ödenen bir pay söz konusu olduğundan ödenmeyen kısım çok düşük olmasına rağmen pay devri için yine de şirketin onayı aranmalıdır. Bkz. Türkoğlu Utku (n 5) 1938.

¹⁴ Limited şirketlerde pay devrine onay konusunda açıkça genel kurulun yetkili olduğu öngörülmüş (TTK m. 595/2), anonim şirketlerde ise pay devrine onay konusunda hangi organın yetkili olduğuna ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak TTK m. 408 hükmü gereği genel kurul sadece kanun veya esas sözleşmede kendisine tahsis edilen konularda karar alabileceğinden açıkça genel kurulun yetkisine bırakılmayan konularda genel yetkili organ yönetim kurulu olduğundan (TTK m. 365), açıkça genel kurulun yetkisine bırakılmayan pay devrine onay yetkisinin de yönetim kuruluna ait olduğuna kabul etmek gerekmektedir.

verirken özenle hareket ederek, payın devredildiği kişinin ödeme gücü şüpheliyse devralandan teminat talep etmesi, ödeme gücü konusunda bir tereddüt yoksa teminat istemeksizin devre onay vermesi gerekmektedir¹⁵. Aksi takdirde TTK m. 553 kapsamında yönetim kurulunun sorumluluğu gündeme gelebilmektedir¹⁶.

2. Esas Sözleşmesel Bağlam

a. Genel Olarak

Kanuni bağlam sadece karşılığı tamamen ödenmemiş nama yazılı pay senetleri bakımından söz konusudur. Karşılığı ödenen hamile ve nama yazılı pay senetleri ise serbestçe devredilebilir¹⁷. Bu kural hamile yazılı pay senetleri bakımından mutlak iken¹⁸, nama yazılı pay senetleri bakımından esas sözleşme ile devir sınırlaması öngörülmesi mümkündür¹⁹. Anonim şirketlerde her ne kadar ortakların kişiliğinden ziyade sermaye ön planda olsa da özellikle az ortaklı aile tipi şirketlerde ve hatta bazen halka açık şirketlerde ortakların kişiliği önem arz edebilmektedir²⁰. Bu tür şirketlerde şirketin başlangıçta belirlenen özgün yapısını korumak, yabancılaşmayı engellemek, özellikle ortaklık paylarının belirli menfaat gruplarının elinde toplanmasının ve gücün merkezleşmesinin önüne geçebilmek için esas sözleşme ile pay devrini sınırlamaya yönelik düzenleme yapılması mümkündür (TTK m. 492/1)²¹.

¹⁵ Erdem (n 6) 101, 118; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 131; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 217; Taşdelen (n 12) 3357; Türkoğlu Utku (n 5) 1939.

¹⁶ Murat Yusuf Akın, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (Vedat Kitapçılık 2014) 174; Türkoğlu Utku (n 5) 1939.

¹⁷ Öğretide Tekinalp, karşılığı ödenmiş olsa dahi nama yazılı payı devralan kişinin ödeme gücü yoksa şirketin devre engel olabileceğini nitekim sermaye artırım durumunda devralan kişinin ödeme yapamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Tekinalp (n 5) 29-31. Kanaatimizce karşılığı ödendiği takdirde nama yazılı paylar bakımından kanuni bağlam uygulanmamalıdır. Bkz. Rauf Karasu, *Emredici Hükümler İlkesi* (2. Baskı, Yekin Yayınları 2015) 135; Türkoğlu Utku (n 5) 1940; Akın (n 16) 173.

¹⁸ Bu sebeple hamiline yazılı pay senetlerinin devri bakımından devir serbestliği geçerli olup, gerek kanun gerekse esas sözleşmeyle pay devrinin sınırlanması mümkün değildir. Bu yönde yapılacak düzenlemeler şirketler hukuku bağlamında hükümsüz olup ancak taraflar arasında borçlar hukuku anlamında bir anlam ifade edecektir. Tekinalp (n 5) 5; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 130; Karasu, Emredici Hükümler İlkesi (n 17) 133; Sevi (n 8) 221, 276; Altay (n 5) 565, dn. 2; Henggeler (n 5) 89-90; Obrecht (n 5) 39.

¹⁹ Dolayısıyla bir anonim şirkette pay senetlerinin devri yasaklanmak isteniyor ise bunun tek yolu pay senetlerinin nama yazılı şekilde düzenlenmesidir. Nitekim öğretilde, emredici hükümler ilkesi gereği, nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlanamayacağı yönünde esas sözleşmeye hüküm konamayacağı, ancak nama yazılı senet yerine hamiline yazılı senet düzenlemek suretiyle bu amaca ulaşılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Sevi (n 8) 277.

²⁰ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 571, Nr. 103-105; Nagel (n 5) 190; Hirschle ve von der Crone (n 5) 105; Erdem (n 6) 101; Sevi (n 8) 270; Cencki (n 8) 4.

²¹ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 571, Nr. 103-105; Nagel (n 5) 190; Hirschle ve von der Crone (n 5) 105; Henggeler (n 5) 91-93; Obrecht (n 5) 41; Teoman, Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi (n 5) 53; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 129-130; Hayri Bozgeyik, 'Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar' (2009) 25(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 212; Lerzan Yılmaz, 'İsviçre Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu' (2007) 81(4) İstanbul Barosu Dergisi 1573; Uzel (n 5) 94; Yüksel (n 8) 161; Sevi (n 8) 272-276; Bozkurt, Bağlam (n 6) 20 vd.; Pulaşlı (n 5) 115-120.

b. Bağlamın Öngörülme Zamanı

Pay devir sınırlamaları şirketin kuruluş aşamasında veya esas sözleşme değişikliğiyle sonradan yapılabilir²². Başlangıçta serbestçe devredilebilen paylar bakımından sonradan devir sınırlaması öngörülmesi veya mevcut sınırlamaların ağırlaştırılması, özellikle azınlık pay sahiplerinin haklarına bir müdahale oluşturabildiğinden²³, nitelikli çoğunluk (en az sermayenin yüzde yetmiş beşinin onayı) gerektirmektedir (TTK m. 421/3-c)²⁴.

Bir esas sözleşmede yer alan bağlam hükümlerini kaldırmak için ise herhangi bir özel nisap gerekmemekte, TTK m. 421/1 hükmünde öngörülen adi nisap sağlanarak bu sınırlamalar kaldırılabilir²⁵. Dolayısıyla, daha ağır nisap öngörülmedikçe, bağlam hükümleri sadece azınlıkta kalan ortaklar açısından bir anlam ifade edecek, esas sözleşmeyi değiştirme gücüne sahip olan ortaklar esas sözleşmede öngörülen bağlam hükümlerini kaldırarak kolayca pay devri yapabilecektir²⁶.

c. Nama Yazılı Pay Senetlerinin Borsaya Kote Edilip Edilmemesine Göre Pay Devir Sınırlaması

aa. Genel Olarak

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda pay devir sınırlamaları payların borsaya kote edilip edilmemesine göre farklı düzenlenmiştir.

Borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetleri bakımından şirketin devri aşağıdaki iki gerekçeye dayanarak reddedebileceği kabul edilmiştir:

- *Payın iradi devrinde, devrin esas sözleşmede öngörülen önemli bir sebebe dayanılarak reddedilmesi (TTK m. 493/1)*²⁷.

- *Gerek iradi gerekse kanuni devirlerde, pay devrinin, devre konu payları başvurma anındaki gerçek değeriyle satın alınması önerilerek (kaçış klozu/escape clause) reddedilmesi (TTK m. 493/1, 4)*²⁸.

²² Henggeler (n 5) 111-112; Sevi (n 8) 277-278.

²³ Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 136; Hirschle ve von der Crone (n 5) 110; Henggeler (n 5) 111-115; Dieter Gericke ve Valentin Jentsch, 'Vinkulierung an der Bruchstelle zwischen kotierter Gesellschaft und nicht kotierten Aktionären' (2017) 5 Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 625.

²⁴ Nagel (n 5) 194; Hirschle ve von der Crone (n 5) 110; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 219.

²⁵ Pulaşlı (n 5) 156; Sevi (n 8) 279; Henggeler (n 5) 115.

²⁶ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (Schulthess Verlag 2009) 736, Nr. 280; Nagel (n 5) 193; Hirschle ve von der Crone (n 5) 108.

²⁷ Peter Forstmoser, 'Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionärbindungs verträge?' iç Roland von Büren (ed), *Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär* (Stämpfli Verlag 1997) 93; Dominique Müller ve Flavio Delli Colli, 'Aspekte der Vinkulierung von nicht börsenkotierten Namenaktien Besprechung von BGE 145 III 351 (Urteil 4A_623/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Juli 2019)' (2020) 1, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* 141.

²⁸ Hirschle ve von der Crone (n 5) 105; Müller ve Colli (n 27) 141; Sevi (n 8) 283.

Pay devrinin iradi olmayan; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gibi kanuni devir hallerde yine esas sözleşmede öngörülen önemli sebebe dayanılarak reddine imkân tanınmamış, bu halde şirketin ancak, payları edinen kişiye, sadece paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebileceği düzenlenmiştir (TTK m. 493/4).

Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri bakımından ise şirkete, payın iradi olarak yapılan devirleri bakımından olmak üzere, iki türlü red imkânı tanınmıştır:

- *Esas sözleşmede öngörülen oransal sınır gerekçe gösterilerek reddedilmesi (TTK m. 495/1).*

- *Şirket tarafından istemde bulunulmasına rağmen, devralanın, payları kendi ad ve hesabına aldığı açıkça beyan etmemesi nedeniyle reddedilmesi (TTK m. 495/2).*

Yukarıda zikredilen her iki imkân da sadece iradi devir durumunda uygulanır. Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmeleri hâlinde, devralanın pay defterine kaydı reddedilemez.

bb. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Pay Senetlerinin İradi Devrinde Önemli Sebebe Dayanarak Red

Yönetim kurulu esas sözleşmede öngörülen önemli bir sebebe dayanarak borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrine engel olabilir (TTK m. 493/1)²⁹. Esas sözleşmede düzenleme olmadığı hallerde yönetim kurulu kendi inisiyatifiyle önemli sebep belirleyip pay devrini reddedemez³⁰. Esas sözleşme dışındaki, örneğin pay defteri veya pay üzerine yazılı devir sınırlamaları önemli nitelik taşısa dahi pay devrinin reddi için yeterli değildir³¹.

Esas sözleşmede öngörülen önemli sebebe dayanılarak red imkânı sadece iradi devir için geçerlidir. Miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği payların devri, esas sözleşmede öngörülen önemli sebebe dayanılarak engellenemez. Bu durumda şirket, devreden kişiye, sadece paylarını gerçek değeri ile satın almayı önerdiği takdirde (*escape-clause*) onay vermeyi reddedebilir (TTK m. 493/4).

Esas sözleşmede pay devrine engel olarak öngörülen sebeplerin devreden ile devralanın söz konusu şirkette bir devrin reddedilip reddedilemeyeceğini önceden fark edebileceği

²⁹ Erdem (n 6) 119; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 575, Nr. 133; Böckli (n 26) 728, Nr. 247; Nagel (n 5) 192, 196; Hirschle ve von der Crone (n 5) 105.

³⁰ Erdem (n 6) 101; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 133; Yüksel (n 8) 162; Sevi (n 8) 277.

³¹ Erdem (n 6) 101; Sevi (n 8) 277.

şekilde açık olması gerekir³². Yönetim kurulu sadece esas sözleşmede öngörülen açık bir sebebe dayanarak pay devrini reddedebilir. Bu konuda esas sözleşmede sadece bağlama ilişkin TTK m. 492 hükmüne atıf yapılması yeterli olmadığı gibi, yönetim kurulunun red konusunda yetkili olduğunun belirtilmiş olması da yeterli değildir³³.

Anonim şirketlerde pay devri kural olarak serbest olduğundan, esas sözleşmede öngörülen her sebep pay devrinin reddi için yeterli olmayacak, bu sebeplerin “önemli”³⁴ olması gerekecektir³⁵.

Esas sözleşmede öngörülen sebebin önemli olarak kabul edilebilmesi için ya şirketin işletme konusunun ya da ekonomik bağımsızlığının korunması amacına hizmet edecek nitelik taşıması gerekir (TTK m. 493/2)³⁶.

İşletme konusunun korunması bağlamında; ortakları doktor, avukat, yeminli mali müşavir veya mühendis gibi belirli meslek grubuna dâhil olan kişilerden oluşan şirketlerde payın devredileceği kişinin de aynı mesleğe mensup olmasını şart koşan esas sözleşme hükümleri red için önemli sebep teşkil edecektir³⁷. Bununla beraber mobilya imalatıyla iştigal eden bir şirketin ortaklarının örneğin eczacı olmasını şart koşan³⁸ esas sözleşme hükmü işletme konusunun korunması ile ilgili olmadığından red için önemli sebep teşkil etmeyeceği gibi, şirketin amacının gerçekleşmesi açısından önem arz etmeyen kişisel sebepler de kural olarak önemli sebep olarak nitelendirilmeyecektir³⁹.

Ekonomik bağımsızlığın korunması bağlamında, rakiplere veya rakiplerle yakın ilişki içerisinde bulunan kişilere pay devrini yasaklayan esas sözleşme hükümleri ile⁴⁰ kontrol değişikliğine sebep olacak nitelikteki pay devirlerini yasaklayan esas sözleşme hükümleri⁴¹ pay devrinin reddi açısından önemli sebep sayılacaktır.

³² Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 136; Sevi (n 8) 284; Altay (n 5) 571-572; Yüksel (n 8) 164; Cencki (n 8) 7; Hirschle ve von der Crone (n 5) 106; Forstmoser (n 27) 98; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 578, Nr. 156-159.

³³ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 578, Nr. 159; Böckli (n 26) 728, Nr. 247; Nagel (n 5) 196; Hirschle ve von der Crone (n 5) 106; Forstmoser (n 27) 98; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 133-136; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 220, 223; Yüksel (n 8) 163; Sevi (n 8) 284-285; Bozkurt, Bağlam (n 6) 68 vd; Cencki (n 8) 7.

³⁴ Öğretide haklı sebep ile önemli sebep kavramları genellikle aynı anlamda kullanılmakla birlikte, burada önemli sebep yerine haklı sebebin kullanılmasının daha uygun olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Akın (n 16) 38; Uzel (n 5) 231, dn. 1.

³⁵ Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 222; Altay (n 5) 600; Uzel (n 5) 231 vd.; Bozkurt, Bağlam (n 6) 73.

³⁶ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 575, Nr. 139; Böckli (n 26) 728, Nr. 248; Nagel (n 5) 196; Hirschle ve von der Crone (n 5) 106; Müller ve Colli (n 27) 143; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 136; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 223; Altay (n 5) 600; Sevi (n 8) 285; Türkoğlu Utku (n 5) 1943.

³⁷ Nagel (n 5) 197; Tekinalp (n 5) 45; Teoman, Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi (n 5) 56; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 136; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 223; Akın (n 16) 52; Sevi (n 8) 286, 288; Cencki (n 8) 6.

³⁸ Uzel (n 5) 253; Cencki (n 8) 6.

³⁹ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 575, Nr. 139; Nagel (n 5) 198.

⁴⁰ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 576, Nr. 146; Böckli (n 26) 733, Nr. 267; Nagel (n 5) 196; Forstmoser, s. 96; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 136; Akın (n 16) 58; Uzel (n 5) 256; Sevi (n 8) 286, 290; Cencki (n 8) 6.

⁴¹ Böckli (n 26) 734, Nr. 268; Nagel (n 5) 197; Gericke ve Jentsch (n 23) 626; Hirschle ve von der Crone (n 5) 107 vd.; Uzel (n 5) 268; Bozkurt, Bağlam (n 6) 108; Cencki (n 8) 6.

Payların tamamının tek bir kişiye devrini yasaklayan esas sözleşme hükmünün önemli sebep teşkil edip etmeyeceği sorusunun cevabı ise şirketin ekonomik bağımsızlığı kavramının nasıl yorumlandığına göre değişecektir⁴². Eğer ekonomik bağımsızlık geniş yorumlanırsa tek bir pay sahibinin hâkimiyeti de şirketin bağımsızlığının tehlikeye girmesi anlamına geleceğinden payların tamamının tek bir kişiye devrini yasaklayan hükümler pay devrinin reddi açısından önemli sebep oluşturabilecektir⁴³. Ekonomik bağımsızlık dar yorumlandığı takdirde ise tek bir hissedar tarafından kontrol edilen ancak ekonomik olarak dışarıdan özerk olan bir şirket bağımsız kabul edileceğinden payların tamamının tek bir kişiye devrini yasaklayan hükümler pay devrinin reddi açısından önemli sebep sayılacaktır⁴⁴.

Pay devrinin serbestliği ilkesinin geçerli olduğu borsaya kote edilmiş paylar bakımından oransal sınır öngörülebileceği Kanunda açıkça düzenlendiği için (TTK m. 495/1) borsaya kote edilmemiş paylar bakımından da evleviyetle oransal sınır öngörülmesi mümkündür⁴⁵. Ancak borsaya kote edilen paylar bakımından oran serbestçe belirlenebilirken borsaya kote edilmemiş paylar bakımından öngörülecek oranın şirketin ekonomik bağımsızlığını korumak için gerekli düzeyde olması gerekir⁴⁶. Bu noktada alt sınırın ne olması gerektiğine ilişkin öğretide %3 ila %20 arasında çeşitli görüşler dile getirilmekle birlikte genel olarak azınlık haklarının kullanılmasına imkân veren %10 ve üzeri oranın önemli sebep sayılacağı kabul edilmektedir⁴⁷. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında şirketin ekonomik bağımsızlığını korumak için %9,5lik bir oranın “önemli sebep” teşkil ettiğine karar vermiştir⁴⁸.

Şirketin ekonomik bağımsızlığının korunması amacıyla oransal sınır öngörülebilmesi için mevcut durumda şirketin ekonomik olarak bağımsız olması gerekir. Bu nedenle bir şirketin hâkim ortağı varsa şirket zaten bağımsız olmadığından, azınlığı korumak adına, özellikle hâkim ortağın sahip olduğu pay miktarının altında oransal sınırın öngörülebilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹. Zira mevcut pay sahiplerinin konumunu korumak şirketin ekonomik bağımsızlığı açısından gerekli olmadıkça meşru bir amaç değildir⁵⁰.

⁴² Nagel (n 5) 196; Hirschle ve von der Crone (n 5) 106.

⁴³ Böckli (n 26) 734, Nr. 269; Nagel (n 5) 197; Hirschle ve von der Crone (n 5) 107.

⁴⁴ Hirschle ve von der Crone (n 5) 107.

⁴⁵ Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 577, Nr. 151; Böckli (n 26) 734, Nr. 271; Hirschle ve von der Crone (n 5) 108; Akin (n 16) 60; Sevi (n 8) 291; Gericke ve Jentsch (n 23) 621.

⁴⁶ Böckli (n 26) 734, Nr. 272; Nagel (n 5) 197; Hirschle ve von der Crone (n 5) 106; Gericke ve Jentsch (n 23) 621; Sevi (n 8) 291-292; Urteil des BGer 4C.35/2007 vom 18.4.2007. Karar için bkz. Nagel (n 5) 199.

⁴⁷ Böckli (n 26) 734, Nr. 272; Nagel (n 5) 199; Hirschle ve von der Crone (n 5) 107 vd.

⁴⁸ Urteil des BGer 4C.35/2007 vom 18.4.2007, E. 3.4. Karar için bkz. Nagel (n 5) 199.

⁴⁹ Böckli (n 26) 735, Nr. 275, 276; Nagel (n 5) 194; Hirschle ve von der Crone (n 5) 110; Sevi (n 8) 292.

⁵⁰ Gericke ve Jentsch (n 23) 621.

Payın devredileceği kişilerin belirli bir aileye mensup olmasına ilişkin şartın önemli sebep teşkil edip etmeyeceği konusunda öğretide farklı görüşler dile getirilmektedir⁵¹. Hâkim görüş, her ne kadar ilk bakışta akrabalık ilişkileriyle, şirketin işletme konusunun veya ekonomik bağımsızlığının devamı arasında bağlantı kurulamıyor gibi gözükse de özellikle aile tipi şirketlerde ortakların belirli bir aileye mensup olmasının işletmenin ekonomik bağımsızlığını sürdürebilmesi açısından önemli olduğu, dolayısıyla bu yöndeki esas sözleşme hükümlerinin pay devrinin reddi için önemli sebep teşkil edeceği yönündedir⁵². Ancak bazı yazarların, aile tipi şirket olsa dahi payın devredileceği kişinin belli bir aileye mensup olmasını öngören esas sözleşme hükümlerinin tek başına önemli sebep oluşturmayacağını, zira belirli bir aileye mensubiyet ile şirketin ekonomik bağımsızlığı ve işletme konusunun devamı arasında bağlantı kurmanın her zaman mümkün olmadığını, ortakların belirli bir aileye mensup olmasını şart kılan esas sözleşme hükümlerinin, her zaman değil, bu hükümle şirketin işletme konusu arasında bağlantı kurulabiliyorsa önemli sebep oluşturacağını savunmaktadır⁵³.

Dini, felsefi veya politik sebeplerin önemli sebep teşkil edip etmeyeceği konusunda da öğretide farklı görüşler dile getirilmektedir. Bir görüş, belli yönde haber yapan bir şirketin payının farklı görüşteki kişilere devrinin işletme konusunun gerçekleşmesi bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceğini, dolayısıyla bu konuda öngörülen yasakların pay devrinin reddi için önemli sebep teşkil edeceğini savunurken⁵⁴, diğer görüş ise bu yöndeki düzenlemelerin Türk Ceza Kanunu⁵⁵ m. 122 kapsamında ayrımcılık suçuna sebep olacağını belirtmektedir⁵⁶.

Payların tüzel kişiye devredilmesini yasaklayan hükümler⁵⁷ ile vatandaşlığa ilişkin hükümler⁵⁸ de işletme konusu ve şirketin bağımsızlığı ile bağlantılı olmadığından kural olarak önemli sebep olarak kabul edilmeyecektir. Ancak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası bakımından olduğu gibi⁵⁹, ülke ekonomisi için önemli bazı kurum ve kuruluşlar açısından kanunlarda vatandaşlığa ilişkin hükümler öngörülebilir. Bu nedenle esas sözleşmeye de bu yönde kayıtlar konulabileceği⁶⁰, hatta yabancılara pay devri yasaklanırken herhangi bir oransal sınır öngörülmesine gerek olmadığı da ifade edilmektedir⁶¹.

⁵¹ İsviçre öğretisinde konu hakkında ileri sürülen görüşler için bkz. Böckli (n 26) 736, Nr. 278; Nagel (n 5) 197.

⁵² Forstmoser (n 27) 93; Tekinalp (n 5) 45; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 136; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 223; Akın (n 16) 54-55; Sevi (n 8) 289.

⁵³ Uzel (n 5) 260 vd. Yazar, işletme konusu ve işletmenin ekonomik bağımsızlığı açısından gerekmedikçe bu tür esas sözleşmesel sınırlamaların önemli bir sebep teşkil etmeyeceğini, bu tür sebeplere başvurulmak isteniyor ise limited şirket kurulması gerektiğini ifade etmektedir.

⁵⁴ Uzel (n 5) 255. Bu hususta ayrıca bkz. Teoman, Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi (n 5) 56.

⁵⁵ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kanun Kabul Tarihi: 26/9/2004, RG. 12.10.2004/25611.

⁵⁶ Sevi (n 8) 287-288.

⁵⁷ Uzel (n 5) 271, 272.

⁵⁸ Tekinalp (n 5) 44; Uzel (n 5) 263 vd.

⁵⁹ Sevi (n 8) 274-275. Bkz. 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, m. 8-11 (RG. 26.01.1970, S. 13409)

⁶⁰ Akın (n 16) 68; Sevi (n 8) 289-290; Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 576, Nr. 145; Böckli (n 26) 737, Nr. 282; Nagel (n 5) 197-198.

⁶¹ Nagel (n 5) 200.

cc. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Pay Senetlerinin İradi ve Kanuni Devrinde Kaçış Klotuna (Escape-Clause) Başvurularak Red İşlemi

Esas sözleşmede red için önemli sebep öngörülmediği veya öngörülmekle birlikte somut olay açısından uygulama alanı bulmadığı takdirde yönetim kurulunun kendi inisiyatifıyla önemli sebep belirleyip pay devrine engel olması mümkün değildir⁶². Ayrıca esas sözleşmede somut olay açısından redde gerekçe oluşturabilecek nitelikte uygun önemli sebep bulunsa dahi, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşen devirlerde esas sözleşmede öngörülen önemli sebebe dayanılarak pay devri reddedilemeyecektir. Bu halde yönetim kurulu, herhangi bir gerekçe ileri sürmeden payları başvurma anındaki gerçek değeriyle, şirket, diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına satın almayı önererek pay devrine engel olabilir (TTK m. 493)⁶³. Ancak bu hak kullanılırken dürüstlük kuralına ve eşitlik ilkesine riayet edilmelidir⁶⁴.

Kaçış klotu (*escape-clause*) olarak nitelendirilen bu imkândan yararlanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekip gerekmediği konusunda kanunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. TTK m. 493 hükmünün gerekçesinde "... *escape clause (kaçış, kurtuluş klotu) diye anılan imkânın kişisel unsurları öne çıkan anonim şirketlerde, (aile anonim şirketi, tek kişilik anonim şirket, iki gruptan oluşan anonim şirket ve genel olarak kapalı anonim şirket gibi) şirketin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önleyen etkin bir araç olduğu, bu aracın kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekmediği*" ifade edilmiştir. Öğretide ise, anonim şirketlerde pay devri serbest olduğundan kaçış klotuna başvurulabilmesi için mutlaka esas sözleşme ile payların bağlı/bağlamalı hale getirilmesi gerektiği, aksi takdirde bu imkândan yararlanılamayacağı ifade edilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla esas sözleşme ile paylar bağlı/bağlamalı hale getirilmediği takdirde payların satın alınması teklifinde bulunularak devre engel olunması mümkün olmayacaktır. Ancak bu noktada şu hususa dikkat çekmek gerekir. Kaçış klotuna başvurulabilmesi için gerekli olan tek şey payların esas sözleşme ile bağlı/bağlamalı hale getirilmesidir. Paylar bağlı hale getirilmişse esas sözleşmede kaçış klotunun kullanılabilmesine ilişkin bir yetki hükmü öngörülmesine gerek yoktur.

⁶² Yüksel (n 8) 164-165.

⁶³ Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 136-137; Sevi (n 8) 320; Yüksel (n 8) 159 vd.; Cenkeci (n 8) 7; Türkoğlu Utku (n 5) 1953; Nagel (n 5) 192; Ralph Malacrida, 'Aktienkauf: Vorkaufsrecht vs. Escape Clause' (2020) 2 Zeitschrift für Gesellschafts-und Kapitalmarktrecht 264.

⁶⁴ Cenkeci (n 8) 7 vd.; Malacrida (n 63) 267. Şirketin devre konu payları hiçbir gerekçe ileri sürmeksizin satın almasında bir hukuka aykırılık olmadığı yönünde bkz. Akın (n 16) 80.

⁶⁵ Böckli (n 26) 710, Nr. 195; Tekinalp (n 5) 48; Akın (n 16) 77; Sevi (n 8) 295; Yüksel (n 8) 166-167; Türkoğlu Utku (n 5) 1948; Altay (n 5) 602-603. Esas sözleşmede önemli sebep öngörülmesi dahi kaçış klotuna başvurulabileceğine ilişkin farklı yönde görüş için bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz ve Nobel (n 5) 574, Nr. 124.

dd. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Paylarda Bağlam

1) Oransal Sınır

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından devir serbestliği kural, sınırlama ise istisna niteliği taşıdığından⁶⁶, bu tür payların devrine ilişkin esas sözleşmeyle sadece oransal sınır öngörülmesine izin verilmiştir (TTK m. 495/1). Dolayısıyla borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından şirketin ekonomik bağımsızlığının veya işletme konusunun korunması açısından gerekli olsa dahi -oransal sınır dışında- red için önemli sebep öngörülemeyecektir.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından oran sınırlamasının uygulanabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması yeterli olup, -borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların aksine- şirketin ekonomik bağımsızlığının devamlılığı açısından gerekli olma şartı aranmayacak, dolayısıyla pay devrini tamamen sınırlayacak düzeyde düşük olmamak kaydıyla oran serbestçe belirlenebilecektir⁶⁷.

2) Payları Kendi Ad ve Hesabına Aldığını Açıkça Beyan Etmeme

Devralan, kendisinden istemde bulunduğu halde, payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse, şirket, devrin pay defterine kaydını reddedebilir (TTK m. 495/2). Bu imkân oransal sınıra ilişkin kısıtlamaların dolanılmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür⁶⁸.

d. Şirketin Devre Onay Vermemesinin Sonuçları

Borsaya kote edilmemiş paylar bakımından iradi devir durumunda birlik teorisi benimsenmiş, şirket devre onay vermediği takdirde gerek mali gerekse idari hakların devredende kalacağı öngörülmüş (TTK m. 494/1)⁶⁹, böylece şirket istenmeyen müdahalelere karşı korunmuştur⁷⁰. Miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap hâllerinde ise bölünme teorisi kabul edilerek malvarlığına ilişkin hakların derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy haklarının ise ancak şirketin onayı ile devralana geçeceği düzenlenmiştir (TTK m. 494/2)⁷¹.

⁶⁶ Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 140 vd. Nitekim borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri bakımından devir sınırlaması öngörülmesinin kabul edilemez olduğu yönünde bkz. Uzel (n 5) 21, dn. 47.

⁶⁷ Sevi (n 8) 304; Bilginoğlu Nurettin Emre, 'Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri', (2017) 12(132) Terazi Hukuk Dergisi 66.

⁶⁸ Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 141; Sevi (n 8) 304; Altay (n 5) 605-606; Bilginoğlu (n 67) 66.

⁶⁹ Erdem (n 6) 123; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 139; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 230; Sevi (n 8) 308; Nagel (n 5) 193.

⁷⁰ Nagel (n 5) 193.

⁷¹ Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 139; Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri (n 6) 230; Sevi (n 8) 311-312; Bozkurt, Bağlam (n 6) 202 vd.

Borsaya kote edilmiş paylar bakımından iktisabın borsa içinde gerçekleşip gerçekleşmemesine göre ayırım yapılmıştır. Borsaya kote nama yazılı paylar borsa içinde iktisap edildikleri takdirde, birlik teorisi benimsenerek hakların tamamının devralana devirle birlikte geçeceği öngörülmüştür (TTK m. 497/1). Ayrıca SPK m. 137 hükmünde halka açık şirketlerin borsadaki işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden kaçınılamayacağı yinelenmiştir⁷².

Borsaya kote edilmiş payların borsa dışından iktisap edilmeleri hâlinde ise bölünme teorisine benzer bir durum benimsenmiş, devralanın, şirket tarafından tanınmaya kadar, paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkını ve oy hakkına bağlı hakları kullanamayacağı, diğer pay sahipliği haklarının, özellikle rüçhan hakkının ise herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı düzenlenmiş, ayrıca şirket tarafından henüz tanınmamış bulunan devralanın, hakların geçmesinden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydedileceği öngörülmüştür (TTK m. 497/2)⁷³.

e. Bağlamın Etkisini Kaybettiği Durumlar

TTK m. 421/6 hükmünde şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay çıkarılması durumunda olumsuz oy kullanan pay sahipleri bakımından kararın ilanı tarihinden itibaren altı ay süreyle bağlam hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiş, ancak bağlamın sonradan öngörülmesi durumunda ortaklara aynı imkân tanınmamıştır⁷⁴.

Yine TTK m. 492/3 hükmünde şirket tasfiyeye girmişse devredilebilirliğe ilişkin sınırlamaların etkisini kaybedeceği düzenlenmiş, doktrinde ise bu durumda şirketin amacı tasfiyeye özgülüneceğinden pay devir sınırlaması ile güdülen menfaatin ortadan kalkacağı⁷⁵, ancak tasfiyeden dönme söz konusu ise devir sınırlamalarının tekrar işlevsel hale geleceği⁷⁶ dile getirilmiştir.

Mirasın paylaşımı ve cebri icra yoluyla devir durumlarında⁷⁷ esas sözleşmesel bağlam etkisizleşmekte, bu gibi durumlarda yönetim kurulu ancak kaçış klotuna başvurarak onay talebini reddedebilmektedir⁷⁸.

⁷² Sevi (n 8) 301.

⁷³ Erdem (n 6) 126-127; Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 140; Sevi, s. 313-314.

⁷⁴ Sevi (n 8) 314-315; Bozkurt, Bağlam (n 6) 42 vd.

⁷⁵ Karasu, Emredici Hükümler İlkesi (n 17) 136; Sevi (n 8) 316; Yüksel (n 8) 175; Türkoğlu Utku (n 5) 1942; Uzel (n 5) 144.

⁷⁶ Yüksel (n 8) 176.

⁷⁷ Bu hallerin sınırlı olmadığı yönünde bkz. Sevi (n 8) 317; Yüksel (n 8) 181. Kanunda sayılan hallerin sınırlı olduğu dolayısıyla benzer durumlara kıyasen uygulanamayacağı yönünde bkz. Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 133; Karasu, Emredici Hükümler İlkesi (n 17) 135.

⁷⁸ Karasu, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması (n 5) 132; Bozgeyik (n 21) 213.

II. Düzenlemeye Tabi Şirketlerde Pay Devir Sınırlamaları

Türk Ticaret Kanunu, ortakların kişiliğinden ziyade sermayenin ön planda olduğu anonim şirketlerde karşılığı tamamen ödenmek kaydıyla hamile yazılı pay senedi çıkartılmasına ve bu senetlerin sağladığı tedavül kolaylığı sayesinde payların anonim bir şekilde el değiştirmesine izin vermiştir (TTK m. 484/2)⁷⁹. Buna karşın, düzenlemeye tabi piyasalarda kamu hizmeti niteliğinde faaliyet yürüten anonim şirketler açısından ortakların kimliğini tespit edebilmek adına kural olarak hamiline yazılı senet çıkarılması yasaklanmış, payların nama yazılı olması öngörülmüştür⁸⁰. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BanK)⁸¹ m. 7/b hükmünde banka anonim şirketlerin sadece nama yazılı pay senedi çıkarabileceği; Sigortacılık Kanunu (SK)⁸² m. 3/2-b hükmünde sigorta anonim şirketlerin halka açık olan kısım hariç, paylarının tamamının nama yazılı olması gerektiği öngörülmüştür⁸³.

Ayrıca bununla da yetinilmemiş, düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde bazı durumlarda pay devri için ilgili otoritenin izni aranmış, izin alınmadan yapılan devirlerin geçersiz olacağı öngörülmüştür. Böylece anonim şirketlerde geçerli olan pay devri serbestliği, düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren anonim şirketlerde tersine çevrilmiştir⁸⁴.

Örneğin BanK m. 18/1 hükmünde “*bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuz üç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinin BDDK'nin iznine tabi olacağı, izin alınmadan pay defterine yapılan kayıtların geçersiz olacağı*” öngörülmüştür (BanK m. 18/4).

SK m. 9'da ise; “*doğrudan veya dolaylı olarak bir sigorta veya reasürans şirketinin sermayesinin yüzde onunu, yüzde yirmisini, yüzde otuz üçünü veya yüzde ellisini bulacak ya da aşacak şekildeki hisse edinimleri ile bir ortağa ait hisselerin söz konusu oranları bulması veya bu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran hisse devirlerinin Müsteşarlığı'nın iznine tabi olduğu, izin alınmaksızın yapılan hisse devirlerinin pay defterine kaydedilmeyeceği öngörülmüştür”.*

⁷⁹ Yapılan değişikliklerle, hamiline yazılı pay devirlerinde devralanın kimliğini tespit edebilmek için MKK'ye bildirim yükümlülüğü getirilmiştir (TTK m. 489/1).

⁸⁰ TTK m. 489 hükmünde yapılan değişikliklerle birlikte, hamile yazılı pay sahiplerinin kimliğini MKK nezdinde tespit etmek mümkün hale geldiğinden düzenlemeye tabi piyasalarda payların nama yazılı olması zorunluluğu bir nevi gereksiz hale gelmiştir.

⁸¹ Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411, Kanun Kabul Tarihi: 19/10/2005, RG. 01.11.2005/25983.

⁸² Sigortacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5684, Kanun Kabul Tarihi: 3/6/2007, RG. 14.06.2007/26552.

⁸³ Sadece nama yazılı senet düzenlenebileceğini öngörmek yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Zira her ne kadar nama yazılı senetlerin devrine ilişkin daha şekli şartlar aransa da bağlam öngörülmedikçe nama yazılı senetler de tıpkı hamiline yazılı senetler gibi kolayca el değiştirmektedir. Bkz. Tekinalp (n 5) 35; Türkoğlu Utku (n 5) 1941, dn. 27. Nitekim bu nedenle düzenlemeye tabi piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde pay devri için ilgili otoritenin izni aranmıştır.

⁸⁴ Tekinalp (n 5) 44; Uzel (n 5) 95.

SPK m. 44/3 hükmünde; “aracı kurumların pay devirleri SPK'nin iznine tabi tutulmuş, izin alınmadığı takdirde gerçekleştirilen devirlerin pay defterine kaydolunamayacağı, pay defterine kayıt yapılmışsa kaydın hükümsüz olacağı” öngörülmüştür.

Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ⁸⁵ m. 7 hükmünde; “işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulundan izin alınması” zorunlu tutulmuştur.

4362 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu⁸⁶ m. 13 hükmünde; “bir gerçek veya tüzel kişinin, şirketin sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya fazlasını temsil eden payları edinmesi ile bir ortağa ait payların şirket sermayesinin yüzde onunu, yüzde yirmisini, yüzde otuzüçünü ya da yüzde ellisini aşması sonucunu doğuran hisse edinimleri ile bir ortağa ait payların söz konusu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran hisse devirleri Kurumun iznine tâbi tutulmuştur”.

EPK m. 4/3 hükmünde elektrik piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerde, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki payların nama yazılı olması şart kılınmış, ayrıca önlisans aşamasında kural olarak pay devri tamamen yasaklandığı gibi (EPK m. 6/3) lisans aşamasında da *tarifesi düzenlemeye tabi* şirketlerin pay devirleri bazı durumlarda EPDK'nin iznine tabi tutulmuştur (EPK m. 5/3-a).⁸⁷ Benzer şekilde Doğal Gaz Piyasası Kanunu (DPK)⁸⁸ m. 4/3 hükmünde doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren anonim ve limited şirketlerde⁸⁹ payların nama yazılı olması şart kılınmış ayrıca DPLY m. 42 hükmünde pay devri için bazı durumlarda EPDK'nin izni aranmıştır. Ancak gerek EPK gerekse DPLY'de, -pay devrinde ilgili otoritenin iznini arayan diğer düzenlemelerden (Bank m. 18/1, SK m. 9, SPK m. 44/3) farklı olarak- ilgili otoritenin (EPDK'nin) izni alınmadan yapılan pay devrinin geçersiz olacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş, EPDK

⁸⁵ Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, RG. 07.10.2010/27722.

⁸⁶ Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, Kanun Numarası: 4632, Kabul Tarihi: 28/3/2001, RG. 07.04.2001/24366.

⁸⁷ Örnekler için bkz. Sevi (n 8) 156 vd.; Bozkurt, Pay Devrinin İzne Bağlanması (n 7) 422 vd.; Kılıç Harun, ‘Türk Hukuku’nda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri’ (2010) 14(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79 vd.

⁸⁸ Doğal Gaz Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 4646, Kabul Tarihi: 18/4/2001, RG. 02.05.2001/24390.

⁸⁹ Elektrik piyasasında sadece anonim şirketler bakımından payların nama yazılı olması şartı öngörülmüşken (EPK m. 4/3) doğalgaz piyasasında hem anonim hem de limited şirketlerde payların nama yazılı olması şartı öngörülmüştür (DPK m. 4/3). TTK m. 489 hükmüyle hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin MKK'ye bildirim yükümlülüğü öngörüldüğünden artık payların nama yazılı olması şartının eskisi kadar bir önemi kalmamıştır.

izninin pay devri açısından kurucu nitelikte bir işlem olup olmadığı sorusunun cevabı açık bırakılmıştır.

III. Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devir Sınırlamaları

A. Özel Düzenlemeyi Gerektiren Nedenler

Enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketlerde borsaya kote olanlar dışında sadece nama yazılı pay çıkartılmasına izin verilmesinin ve bazı durumlarda pay devrinin EPDK'nin iznine tabi tutulmasının temel nedeni denetimi sağlamaktır. Şöyle ki, enerji piyasasında yürütülen faaliyetler kamu hizmeti niteliği taşıdığından bu hizmetlerin kural olarak devlet tarafından yürütülmesi gerekir. Ancak bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk tüzel kişileri aracılığıyla yürütülmesi de mümkündür. Devletin yürütmesi gereken bu tür kamu hizmetleri özel hukuk tüzel kişilerine devredildiği takdirde, kamu hizmetinin aksamaması adına hizmeti yürütecek kişinin özenle seçilmesi ve seçilen kişinin kamu hizmetinin ifası sürecinde sıkı şekilde denetimi gerekir. Devlet kamu hizmetini devrettiği kişilerin seçimini ve denetimini lisans yoluyla gerçekleştirmektedir.⁹⁰ Nitekim EPK m. 3/1-t, m. 5 ve DPLY m. 5/1 hükmünde lisans; tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için verilen izni ifade ettiği belirtilmiştir. Yine EPK m. 5/2-d hükmünde lisans sahibi tüzel kişilerin; tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurum denetimine hazır bulundurmak, Kurum tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında, tam ve doğru olarak Kuruma vermek zorunda olduğu, EPK m. 5/2-e hükmünde de tüzel kişilerin lisans almanın yanı sıra faaliyet alanlarına göre mevzuatın gereklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Bu kapsamda enerji piyasasında faaliyet gösterebilmek için kural olarak her bir faaliyet için ve söz konusu faaliyetlerin birden fazla tesiste yürütülecek olması hâlinde her bir tesis için ayrı ayrı lisans almak zorunludur (EPLY m. 5; DPLY m. 5/1).⁹¹ Lisans, EPDK gözetiminde sadece kamu hizmetinin gereklerini yerine getirilebilecek kişilere verildiğinden, enerji (elektrik ve doğal gaz) piyasasında kural olarak lisans devri yasaktır (EPLY m. 5/3; DPLY m. 5/2). Ancak lisans devri yasak olsa da pay devri yapılarak lisans alması mümkün olmayan kişiler lisans almış gibi faaliyet yürütebilir. Bu nedenle enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketlerde lisans devri sonucunu doğuran pay devri belli durumlarda EPDK'nin iznine tabi tutulmuştur. EPDK izniyle

⁹⁰ Mehmet Özdamar, 'Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri' (2014) 1 Enerji Hukuku Dergisi 119. Düzenlemeye tabi piyasalarda pay devrinin ilgili otoritelerin iznine tabi tutulmasına ilişkin benzer yönde bkz. Bozkurt, Pay Devrinin İzne Bağlanması (n 7) 422 vd., Kılıç (n 87) 79.

⁹¹ EPK m. 4 hükmünde elektrik piyasasında üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat, ihracat ve toplayıcılık faaliyetinin lisans alınarak yürütülebileceği öngörülmüştür.

enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin ortaklık yapısı denetlenerek lisans alması mümkün olmayan yasaklı şirketlerin ve yasaklı gerçek kişilerin lisans sahibi şirketlerde ortak olması engellenmeye çalışılmaktadır. Nitekim EPK m. 5/8 hükmü gereği lisansı iptal edilen tüzel kişi, bu tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip ortaklar ile lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar dâhil, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans alamaz, lisans başvurusunda bulunamaz, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde *doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamaz*, yönetim kurullarında görev alamaz. Bu yasağa uyulup uyulmadığı EPDK'nin izin süreciyle kontrol edilmektedir.

B. Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri

1. Lisansla Faaliyet Yürüten Şirketlerde

a. Önlisans Aşamasında Pay Devri

Elektrik piyasasında lisansla faaliyet yürüten şirketlerde pay devri önlisans ve lisans aşaması esas alınarak farklı düzenlenmiştir. EPK m. 3/1-z hükmünde üretim faaliyetinde bulunmak isteyen tüzel kişilere, üretim tesisi yatırımlarına başlamaları için gerekli onay, izin, ruhsat ve benzerlerinin alınabilmesi için belirli süreli verilen izin önlisans olarak tanımlanmıştır. Nitekim EPK m. 6/1 hükmünde de üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiye öncelikle, üretim tesisi yatırımına başlaması için mevzuattan kaynaklanan izin, onay, ruhsat ve benzeri belgeleri edinebilmesi ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde edebilmesi için Kurum tarafından belirli süreli önlisans verileceği öngörülmüştür.

Önlisans aşamasında şirketlerin sadece elektrik enerjisi yatırım işine odaklanmasını sağlamak⁹², lisans alan kişilerin üretim tesislerini kurmadan yüksek bedellerle lisans sahibi şirketin paylarını devretmesinin (çantacılık olarak nitelendirilen uygulamanın) önüne geçebilmek adına bu aşamada kural olarak pay devri tamamen yasaklanmış, gerek EPK m. 6/3⁹³ gerekse EPLY m. 57/1⁹⁴ hükmünde bu aşamada pay devri yapan şirketlerin başvurularının reddedileceği veya önlisans verilmişse önlisansın iptal edileceği öngörülmüştür. Bu iki düzenlemeye paralel olarak EPLY m. 12/4-

⁹² Özdamar (n 90) 121. Nitekim EPK m. 6/2 hükmünde de önlisans süresinde; gerekli izin, onay, ruhsat veya benzeri belgeleri alamayan, üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde ettiğini tevsik edemeyen, Kurum tarafından belirlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen tüzel kişiye lisans verilmeyeceği öngörülmüştür.

⁹³ “Lisans alınıncaya kadar, Kurul tarafından yönetmelikle belirlenen istisnalar dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, hisselerinin devri veya hisselerin devri sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması veya Kurum tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda önlisans iptal edilir”.

⁹⁴ “Lisans alınıncaya kadar veraset ve iflas nedenleri dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, paylarının devri veya payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemler yapılamaz”.

ç-2 hükmünde⁹⁵, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmak adına önlisans başvurusunda bulunan şirketlerin esas sözleşmesinde; lisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağı belirtilmesi zorunlu tutulmuştur.

Ayrıca önlisans aşamasında sadece pay devri veya pay devri sonucunu doğuran işlemler değil veraset ve iflas nedenleri dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi sonucunu doğuran bütün işlemler yasaklanmıştır. Bu nedenle her ne kadar kuruluş aşamasında ortaklık yapısının değişmesine neden olmasa da pay üzerinde rehin hakkı tesisi de yasak kapsamındadır. Zira rehinin paraya çevrilmesi yoluyla payın üçüncü kişilere devri şirketin ortaklık yapısının değişmesine neden olacaktır. Benzer şekilde pay üzerinde intifa hakkı tesisi de bu kapsamda değerlendirilecektir. Yine dış kaynaklardan sermaye artırımını yapılması ve mevcut ortakların rüçhan haklarını kullanmaması sonucu şirkete üçüncü kişilerin alınması da yasak kapsamında yer alacaktır⁹⁶. Son olarak birleşme sonucu devrolunan şirket ortaklarına devralan şirkette ortaklık hakkı tanınması durumunda, devralan şirketin ortaklık yapısı değişeceğinden birleşme işlemi de yasak kapsamına girecektir.

Uygulamada bu yasak önlisans sahibi şirketler ile payları devralmak isteyen kişiler arasında yapılan anlaşmalar aracılığıyla dolanılmaktadır. Tarafların yaptıkları anlaşma gereğince, payları devralmak isteyen kişi önlisans yükümlülüklerini önlisans sahibi şirket adına yerine getirecek ve önlisans aşamasından lisans aşamasına geçince de önlisans sahibi şirketin payları, payları devralmak isteyen kişiye devredilecektir. Bu sözleşme aslında pay devrini yasaklayan düzenlemedeki pay devri sonucunu doğuran işlemler kapsamında değerlendirilebilir. Bu durumda EPDK'nin sözleşmeden önlisans aşamasında haberdar olması halinde yasağın ihlal edilmesinin yaptırımı olarak EPLY m. 19/4-a hükmü gereğince önlisansı iptal etmesi gerekir. Bu noktada EPDK'nin böyle bir sözleşmeden lisans aşamasında ya da tesisin kurulumunun belli bir aşamaya gelmesinden sonra hatta tesis geçici kabulü yapılmasından sonra haberdar olması halinde ne karar vereceği önemlidir. EPK m. 16/f hükmüne göre, *“lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığı veya bu şartların baştan mevcut olmadığı saptanması hâlinde lisans iptal edilir”*, “g” hükmüne göre ise, *“bu Kanuna göre yapılan talep ve işlemlerde kanuna karşı hile veya gerçek dışı beyanda bulunulduğunun tespiti hâlinde lisans iptal edilir”*. Önlisansın sonlandırılmasını gerektiren ve dolayısıyla lisans verilmesine esas olan şartların baştan beri mevcut olmaması sonucunu doğuran bu tür bir sözleşmenin varlığının tespiti EPK m. 16/f hükmü gereğince lisansın sona erdirilmesini gerektirdiği gibi, “g” hükmü gereğince de söz konusu sözleşme pay devri yasağını dolanmaya yönelik kanuna karşı hileli bir işlem olduğu için hangi aşamada olursa olsun lisansın iptal edilmesi gerekir.

⁹⁵ “Başvuru sahibi tüzel kişinin esas sözleşmesinde; önlisans süresince şirketin ortaklık yapısında değişiklik yapılamayacağına ilişkin bu Yönetmelikte öngörülen hükme, yer verilmesi zorunludur”.

⁹⁶ Özdamar (n 90) 122.

b. Önlisans Aşamasında Pay Devri Yasağının İstisnaları

EPLY m. 57/1 hükmü kapsamında lisans alınıncaya kadar veraset ve iflas nedenleri dışında önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, paylarının devri veya payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemler yasak olmakla birlikte aşağıdaki durumlarda bu yasaklar uygulama alanı bulmamaktadır:

- a. Halka açık olan payları ile sınırlı olmak üzere, halka açık tüzel kişilere ve halka açık tüzel kişi ortağı bulunan tüzel kişinin, söz konusu ortağının halka açık olan paylarından kaynaklanan ortaklık yapısı değişikliklerinde,
- b. Uluslararası antlaşmalar kapsamında kurulması öngörülen tesisler için önlisans verilen tüzel kişilerde,
- c. Önlisans sahibi bir tüzel kişinin ortaklık yapısında, yurt dışında kurulmuş olan ortakların ortaklık yapılarında oluşan değişiklikler sebebiyle gerçekleşen dolaylı pay sahipliği değişikliklerinde,
- d. Önlisans sahibi tüzel kişi ile bu tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı tüzel kişi ortaklarının paylarının halka arz edilmesi kapsamında, söz konusu önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında oluşacak doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişikliklerinde,
- e. Pay sahiplerinin rüçhan haklarının kullanımına bağlı olarak önlisans sahibi tüzel kişinin mevcut ortakları arasında oluşan pay değişiklikleri sebebiyle, söz konusu önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında gerçekleşen doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişikliklerinde,
- f. Önlisans sahibi tüzel kişinin önlisansına derç edilmiş tüm dolaylı pay sahiplerinin pay oranları değişmeksizin doğrudan ortak haline gelmesi sonucunu doğuran değişiklikler ile tüm doğrudan pay sahiplerinin pay oranları değişmeksizin dolaylı pay sahibi haline gelmesi sonucunu doğuran değişikliklerde,
- g. Özelleştirme programında yer alan önlisans sahibi tüzel kişinin kamu uhdesindeki paylarının satış veya devri nedeniyle ilgili önlisans sahibi tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısında oluşan değişikliklerde,
- h. Önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında kontrol değişikliği oluşturmayacak şekilde yapılan doğrudan veya dolaylı pay değişikliklerinde,
- i. Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan veya dolaylı olarak kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan önlisans sahibi tüzel kişilerin ortaklık yapısında, kamu kurum ve kuruluşu niteliğini haiz ortak dışında yeni ortak alınmamak kaydıyla, sermaye artışı ve/veya ortakların değişmesinden kaynaklanan doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısı değişikliklerinde

c. Lisans Aşamasında Pay Devri

Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği⁹⁷ m. 4/1-hh hükmüne göre; EPİAŞ, EÜAŞ, TEİAŞ, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler ile görevli tedarik şirketlerinin tarifesi⁹⁸ düzenlemeye tabiyken diğer piyasa faaliyetlerini yürüten şirketlerin, özellikle üretim şirketlerinin tarifesi düzenlemeye tabi değildir.

Tüzel kişilerin tarifesinin düzenlemeye tabi olup olmaması pay devri açısından önem arz etmektedir. Şöyle ki, EPK’de 25.11.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce elektrik piyasasında lisansla faaliyet gösteren tüm şirketlerin belli oranı aşan pay devirleri EPDK’nin iznine tabi tutulurken, değişiklikle birlikte⁹⁹ izin şartının kapsamı daraltılarak sadece tarifesi düzenlemeye tabi şirketler bakımından pay devri izne tabi tutulmuştur. Tarifesi düzenlemeye tabi olmayan (rekabetçi faaliyet yürüten) şirketlerde ise pay devri bakımından izin yerine bildirim şartı öngörülmüştür (EPLY m. 57/2). 09.05.2021 tarihinde yapılan değişiklikle¹⁰⁰ EPLY hükümleri de EPK ile uyumlu hale getirilmiştir.

aa. Tarifesi Düzenlemeye Tabi Şirketlerde

Tarifesi düzenlemeye tabi şirketlerde lisans aşamasında belli koşullar altında pay devri EPDK’nin iznine tabi tutulmuştur. Ancak bütün pay devirleri değil miktarı belli oranı aşan devirler ile kontrol değişikliğine ve tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesine neden olan devirler izne tabi tutulmuştur.

1) Belli Oranı Aşan Devirler

Kanun koyucu, elektrik piyasasında faaliyet yürüten şirketlerde belli oranı aşan pay devirlerini EPDK’nin iznine tabi tutmuştur. EPK m. 5/3-a hükmü gereği tarifesi düzenlemeye tabi tüzel kişiler için; halka açık şirketlerde %5, diğerlerinde %10 ve üzerindeki sermaye payı değişiklikleri EPDK’nin iznine tabidir¹⁰¹. Piyasa işletim lisansı sahibi şirketler (EPİAŞ) bakımından oran daha da düşürülmüş %4 ve üzeri devirlerde EPDK’nin izni aranmıştır (EPLY m. 57/2). Bu oranların tespitinde sadece doğrudan sahip olunan paylar değil, dolaylı olarak sahip olunan paylar da dikkate alınmaktadır.

⁹⁷ Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, RG. 19.06.2020/31160.

⁹⁸ EPK m. 3/1-ff hükmünde elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin iletimi, dağıtımı ve satışı ile bunlara dair hizmetlere ilişkin fiyat, hüküm ve şartları içeren düzenlemeler tarife olarak tanımlanmıştır.

⁹⁹ Bkz. Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 02.12.2020/31322) m. 32.

¹⁰⁰ Bkz. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (RG. 09.05.2021/31479), m. 18/2.

¹⁰¹ “*Tarifesi düzenlemeye tabi olan tüzel kişiler için; halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı değişiklikleri ile kontrol değişikliği sonucunu doğuracak her türlü işlem Kurul’un iznine tabidir*”

2) Kontrol Değişikliğine Yol Açan Devirler

Devre konu pay miktarı halka açık şirketlerde %5 halka kapalı şirketlerde %10 ve üzerine tekabül etmese dahi, kontrol değişikliğine sebep olacak her türlü devir de EPDK iznine tabi tutulmuştur (EPK m. 5/3-a). Bu kapsamda sadece pay devirleri değil kontrol değişikliğine neden olan bütün devirler onaya tabidir. Dolayısıyla pay üzerinde intifa hakkı kurulması payın rehnedilmesi veya paya imtiyaz tanınması da izne tabidir¹⁰². Nitekim EPLY m. 57/2 hükmünde rehin hakkı tesisinin de izne tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir¹⁰³. Çünkü pay rehni de kurulma anında olmasa bile, rehinin paraya çevrilmesi süreci sonunda ortaklık yapısının değişmesine neden olabilir.

bb. Tarifesi Düzenlemeye Tabi Olmayan Şirketlerde

EPK'de 25.11.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce, elektrik piyasasında pay devir sınırlamalarına ilişkin düzenlemeler lisans sahibi tüm şirketleri kapsamaktaydı¹⁰⁴. Ancak bahsi geçen değişiklikte birlikte izin alma yükümlülüğü tarifesi düzenlemeye tabi şirketler ile sınırlandırılmış, rekabetçi faaliyet yürüten şirketler kapsam dışında tutulmuştur.

Bu nedenle tarifesi düzenlemeye tabi olmayan üretim şirketleri ve diğer tedarik şirketleri bakımından pay devri izne tabi değildir. Yine rüçhan hakkının kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan ve kontrol yapısını değiştirmeyen doğrudan veya dolaylı pay değişiklikleri izne tabi değildir (EPLY m. 57/2). Ancak tarifesi düzenlemeye tabi olmayan lisans sahibi tüzel kişilerde gerçekleşen pay devirlerinin devir tarihinden itibaren altı ay içerisinde EPDK Başvuru Sistemi üzerinden Kuruma bildirilmesi zorunludur (EPLY m. 57/2). Dolayısıyla bildirim yoluyla dahi olsa EPDK pay devirlerini sıkı şekilde takip etmektedir. Nitekim arz güvenliğini sağlamak adına bir üretim şirketi veya grubunun bir önceki yıl Türkiye'de üretilen elektriğin %20'sinden fazlasını üretmesine izin verilmemiştir (EPK m.7/5). Eski Kanun döneminde bu miktarın aşılmayıp aşılmadığı EPK'nin izin süreciyle denetlenmekteydi. Yeni düzenleme ile birlikte rekabetçi faaliyet yürüten üretim şirketlerinin pay devri izne tabi olmadığından bu miktarın aşılmayıp aşılmadığının kontrolü pay devirlerinin bildirim yoluyla sağlanmaktadır.

¹⁰² Özdamar (n 90) 123-124.

¹⁰³ Özdamar (n 90) 124.

¹⁰⁴ Hükmün eski hali şu şekildedir: "Piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin aşağıda belirtilen işlemleri Kurul iznine tabidir. Kurul izni alınmasına dair usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir. a) Halka açık şirketlerde yüzde beş, diğerlerinde yüzde on ve üzerindeki sermaye payı değişiklikleri b) Kontrol değişikliği sonucunu doğuracak her türlü işlem c) Tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesi sonucunu doğuran iş ve işlemler."

2. Lisanssız Faaliyet Yürüten Şirketlerde

Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği (LEÜY)¹⁰⁵ m. 37/9 hükmü gereği, aynı yönetmeliğin beşinci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olan rüzgâr veya güneş enerjisine dayalı enerji üretim tesisleri için başvuru tarihinden, başvuruya konu üretim tesislerinin tamamının geçici kabulü yapılanaya kadar, veraset dışında kural olarak pay devri yapılamaz. Kısım kısım devreye alınacak tesislerin söz konusu olması durumunda tesislerin tamamının geçici kabulü yapılanaya dek yasak devam edecektir. Bu durum uygulamada yatırımcılar açısından bazı olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Zira tesisin belli kısımlarının devreye alınması yıllar alabilmektedir. Ancak bu zaman zarfında yıllar önce devreye alınmış tesis bakımından yasak geçerliliğini sürdürmektedir. Bu durum çağrı mektubuna konu tesisin bir bütün teşkil etmesinden ve tesisin tamamının tek bir çağrı mektubuna konu olmasından kaynaklanmaktadır.

Yasağın devam ettiği zamanda pay devri yapılması halinde tüzel kişiye ait ilgisine göre bağlantı anlaşmasına çağrı mektubu veya bağlantı anlaşması iptal edilir. İlgili şebeke işletmecileri, bağlantı anlaşması imzalanması ve kabule hazır tutanağının hazırlanması aşamasında pay devri yapıp yapılmadığına ilişkin gerekli kontrolleri yapmakla yükümlüdür. Önlisans aşamasında pay devri yasağının izah edildiği kısımda yapılan değerlendirmeler, çağrı mektubu sahibi kişi ile çağrı mektubu sahibi şirketin paylarını devralmak isteyen kişi arasında tesisin geçici kabulünün yapılacağı aşamaya kadarki tüm işlemlerin yatırımların payları devralacak kişi tarafından gerçekleştirilmesine yönelik yapılacak sözleşme bakımından da geçerlidir. Böyle bir sözleşme yapılmış olması halinde her aşamada çağrı mektubunun iptal edilmesi gerekir.

C. Doğalgaz Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri

DPK m. 4/3 hükmünde doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin anonim veya limited şirket olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı olmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür. Her ne kadar söz konusu hükmün lafzı, doğal gaz piyasasında anonim ve limited şirket dışında farklı bir şirket türünün de faaliyet gösterebileceği izlenimi uyandırsa da DPK ve DPLY'deki sermaye ile ilgili hükümlerden doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek şirketlerin de anonim veya limited şirket şeklinde örgütlenmesinin şart olduğu sonucu çıkmaktadır.

Elektrik piyasasında olduğu gibi doğal gaz piyasasında da bazı durumlarda pay devri için EPDK'nin izni aranmıştır. Ancak doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren şirketlerde pay devir kısıtlamaları, elektrik piyasasının aksine kanun ile değil

¹⁰⁵ RG. 12.05.2019, S. 30772.

yönetmelikle düzenlenmiştir. DPLY'nin "Hisse Devri" başlıklı 42. maddesinde pay devir sınırlamaları şu şekilde düzenlenmiştir:

- a. Lisans sahibi bir tüzel kişinin sermayesinin yüzde on (halka açık şirketlerde yüzde beş) veya daha fazlasını temsil eden payların, doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek veya tüzel kişi tarafından edinilmesi ile bir ortağa ait payların tüzel kişilik sermayesinin yüzde onunu aşması sonucunu veren pay edinimleri ve/veya bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri her defasında Kurul onayına tabidir.

Dağıtım şirketinde belediye veya belediye şirketine yapılacak pay devirleri ile lisans sahibi tüzel kişide dolaylı pay sahibi tüzel kişinin sermaye artırım işlemleri sonucunda meydana gelen sermaye payı değişimlerinde EPDK izni aranmaz. Ancak lisans sahibi bu değişimleri Kuruma bildirmekle ve belediye veya belediye şirketine yapılan hisse devri sonucunda lisans tadil talebinde bulunmakla yükümlüdür.

Lisans sahibi tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı olarak yüzde onun üzerinde hisse sahibi olan gerçek kişilerin ölümü nedeniyle mirasçılarının ilgili tüzel kişilerde hissedar olmaları Kurul onayına tabi değildir. Mirasçılara yapılacak devir işleminin tamamlanmasını müteakip lisans sahibi tüzel kişi otuz gün içerisinde Kuruma bildirimde bulunur.

Lisans sahibi tüzel kişinin ve/veya lisans sahibi tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı tüzel kişi ortaklarının hisselerinin halka arz edilmesi ya da borsada işlem görmesi, lisans sahibi tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı ortaklık yapısındaki herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin pay oranını yüzde onun altına düşürmediği sürece Kurul onayına tabi değildir. İlk halka arz işlemi veya halka arz edilmiş hisselerin oranının artırılması işlemi sonucunda herhangi bir ortağın lisans sahibi tüzel kişilikteki doğrudan veya dolaylı pay oranının yüzde onun altına düşecek olması halinde Kurul onayı alınması gereklidir

- b. Doğal gaz depolama lisansı sahibi tüzel kişilerin ortaklık yapısında herhangi bir nedenle meydana gelecek yüzde on veya daha fazla orandaki (halka açık şirketlerde yüzde beş) her türlü sermaye payı değişimi, bir ortağa ait payların tüzel kişilik sermayesinin yüzde onunu aşması veya bu oranın altına düşmesi sonucunu vermese dahi Kurul onayına tabidir. Bu hüküm, oy hakkı edinilmesi ile hisselerin rehedilmesi hallerinde de geçerlidir.
- c. Herhangi bir hisse devri söz konusu olmasa dahi, mevcut hisseler üzerinde imtiyaz tesisi, imtiyazın kaldırılması veya intifa senedi çıkarılması ile lisans sahibi tüzel kişiliğin doğrudan ortaklık yapısında mevcut imtiyazlı hisselerin devri birinci fıkrada belirtilen oransal sınırlara bakılmaksızın Kurul onayına tabidir.

Lisans sahibi şirkette doğrudan imtiyazlı hisseye sahip gerçek ve/veya tüzel kişinin; imtiyazlı hissesini, şirket ortaklık yapısından ayrılması sonucunu verecek devirler hariç olmak üzere hisse oranına bakılmaksızın şirkette hâlihazırda imtiyazlı hisseye sahip bir başka gerçek veya tüzel kişiye devretmesi ve

Lisans sahibi şirkette doğrudan/dolaylı hisse sahibi olan tüzel kişilerin bünyesinde, bu maddenin birinci fıkrası hükümleri kapsamına giren hisse devirleri hariç imtiyazlı hisselerinin devri, Kurul onayına tabi değildir. Ancak Lisans sahibi hisse devrinin gerçekleşmesini müteakip altmış gün içerisinde Kuruma bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

D. Gerekli İzinler Alınmadan Yapılan Pay Devirlerinin Geçerliliği

Elektrik piyasasında faaliyet gösteren tarifesi düzenlemeye tabi şirketlerde lisans aşamasında belli durumlarda pay devri yapılabilmesi için öncelikle EPDK'den izin alınması¹⁰⁶ ve iznin alındığı tarihten itibaren 6 ay içerisinde TTK hükümleri kapsamında pay devrinin tamamlanması gerekir. İzin alınmakla¹⁰⁷ birlikte altı ay içerisinde pay devri tamamlanmadığı takdirde verilen izin geçersiz hale gelir (EPLY 57/2). Bu noktada EPDK'den izin alınmadan TTK kapsamında pay devri yapılmışsa veya izin alınmakla birlikte pay devri altı aylık süre geçtikten sonra tamamlanmışsa (alınan izin geçersiz hale gelmişse) pay devrinin geçerli olup olmayacağı konusunda açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Oysa BanK m. 18/1, SK m. 9 ve SPK m. 44/3 hükümlerinde açıkça, ilgili otoriteden izin alınmadan yapılan devirlerin açıkça geçersiz olacağı öngörülmüştür¹⁰⁸. Bu nedenle, EPDK izni alınmadan yapılan pay devirlerinin geçerli olup olmayacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Kanaatimizce EPDK'nin izin süreci EPDK'nin düzenleyici ve denetleyici nitelikte bir kurum olmasından kaynaklanmaktadır. Bu uygulamanın amacı BanK, SK ve SPK'de öngörülen aksine pay devirlerinin geçerliliğini sağlamak değil sadece enerji piyasası mevzuatında öngörülen kanuni düzenlemelere uygun davranılıp davranılmadığının kontrolünü sağlamak, aksine hareket eden şirketlere enerji piyasası mevzuatından kaynaklanan yaptırımları uygulamaktır. Nitekim EPLY m. 57/3 hükmünde pay devrine izin, payı devralan gerçek veya tüzel kişinin, lisans başvurusu sırasında tüzel kişinin ortakları için aranan şartları taşıması kaydıyla verilir

¹⁰⁶ Özdamar (n 90) 125.

¹⁰⁷ EPK'de izinden bahsedilirken EPLY'de onaydan bahsedilmektedir. Ancak kanuna üstünlük tanıyıp izin olarak kabullemek daha doğrudur. Bkz. Özdamar (n 90) 124-125. Zira şirketin izni alındıktan sonraki 6 ay içerisinde pay devrinin tamamlanmaması halinde iznin geçersiz olacağını öngören hüküm de buna bir işaretidir.

¹⁰⁸ Nitekim daha önce incelendiği üzere BanK m. 18/4 hükmünde ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile izin alınmadan yapılan pay devirlerinin pay defterine kaydolunamayacağı, bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtların hükümsüz olacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla BDDK onayı pay devri açısından bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. Yine SK m. 3/2-b hükmünde de Müsteşarlık izni alınmadan yapılan devirlerin geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Oysa ne EPK ve EPLY'de ne de DPK ve DPLY'de EPKDK izni açısından böyle bir sonuç öngörülmüştür. Bkz. Özdamar (n 90) 126. Bu hususta ayrıca bkz. Bozkurt, Pay Devrinin İzne Bağlanması (n 7) 422 vd.; Yücel (n 7) 389 vd.; Kılıç (n 87) 92.

denmek suretiyle izin süreciyle amaçlananın mevzuat hükümlerine uygun davranılıp davranılmadığını kontrol etmek olduğu açıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler bakımından da pay devrinin geçerliliği TTK’de öngörülen düzenlemelere tabidir. Bu nedenle EPDK’dan izin alınmadan veya izin alınmakla birlikte altı aylık süre geçtikten sonra yapılan devirler TTK’de pay devri için öngörülen şartlara uyulduğu takdirde hukuken geçerli kabul edilmeli, devir taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğurmalı, pay devralan kişi pay defterine kaydedilmelidir. Ancak pay devri geçerli olmakla birlikte ilgili şirkete enerji piyasası mevzuatından kaynaklanan yaptırımlar uygulanmalıdır¹⁰⁹.

Bu kapsamda her ne amaçla olursa olsun pay devrinin tamamen yasaklandığı önlisans aşamasında devir yapılmışsa şirketin lisans başvurusu reddedilmeli, önlisans verilmişse lisans iptal edilmelidir (EPK m. 6/3). Ayrıca ilgili şirkete aykırılık sebebiyle EPK m. 16-b hükmü¹¹⁰ kapsamında idari para cezası da uygulanabilir. Kanaatimizce önlisans aşamasında pay devri yapıldığı takdirde lisansın iptal edileceği EPK m. 6/3 hükmünde açıkça öngörüldüğü için artık EPK m. 16-b kapsamında 30/90 gün süre verilip ortaklık yapısının eski hale getirilmesi talep edilmemeli doğrudan önlisans iptal edilmelidir¹¹¹. Dolayısıyla önlisans aşamasında yapılan devirle şirketin ortaklık yapısı hukuken geçerli bir şekilde değişmekle birlikte artık söz konusu şirket enerji piyasasında faaliyet göstermemeli yeni ortaklık yapısıyla diğer alanlarda faaliyetlerine devam etmelidir.¹¹²

Lisans aşamasında ise gerekli olduğu halde Kurul’dan izin alınmadan gerçekleşen pay devri geçerli kabul edilmeli, ancak ilgili şirkete EPK m. 16 hükmünde öngörülen para cezasından lisans iptaline kadar uzanan idari yaptırımlar uygulanmalıdır. EPK m. 16-b hükmü kapsamında öncelikle ortaklık yapısının 30 veya 90¹¹³ gün içinde eski hale döndürülmesi talep edilmeli, döndürülmez ise lisans iptal edilmelidir. Ancak kanaatimizce dağıtım ve tedarik şirketleri bakımından lisans iptalinden önce *Elektrik Piyasasında Dağıtım ve Tedarik Lisanslarına İlişkin Tedbirler Yönetmeliği* (TY)¹¹⁴

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Özdamar (n 90) 128; Kılıç (n 87) 92-93. Lisans sahibi şirketin izin alınmaksızın yapılan pay devirlerinin geçersiz olacağı ancak lisans sahibi şirkette ortak olan tüzel kişilerde izin alınmaksızın yapılan devirler bakımından ilgili yaptırımların uygulanacağı yönünde görüş için bkz. Sevi (n 8) 188-189.

¹¹⁰ İlgili hüküm şu şekildedir: “*Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın niteliğine göre aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi veya tekrarlanmaması ihtar edilir ve yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettiren veya tekrar edenlere beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.*”

¹¹¹ Kanaatimizce benzer sonuç lisansız elektrik üreten şirketler için de geçerlidir. Dolayısıyla lisansız elektrik başvuru tarihinden, başvuruya konu üretim tesislerinin tamamının kabulü yapılmaya kadar yasak olmasına rağmen pay devri yapılmışsa devir geçerli kabul edilmeli, devralan pay defterine kaydedilmelidir. Ancak ilgili tüzel kişiye ait bağlantı anlaşmasına çağrı mektubu veya bağlantı anlaşması iptal edilmelidir (LEÜY m. 37/9).

¹¹² Aynı yönde bkz. Özdamar (n 90) 128.

¹¹³ Bu noktada süre konusunda bir çelişki olduğuna dikkat çekmek isteriz. Şöyle ki, EPK m. 16 hükmünde genel düzeltme süresi 30 gün olarak belirlenirken EPLY m. 27/3 hükmünde yasaklı kişinin ortak olması durumunda durumun düzeltilmesi için 90 gün süre tanınmıştır. Kanaatimizce yasaklı kişi için 90 günlük süre tanındığına göre yasaklı olmamakla birlikte EPDK izni alınmadan ortak olan kişiler bakımından da 30 günlük genel süre değil 90 günlük özel süre uygulanmalıdır.

¹¹⁴ Elektrik Piyasasında Dağıtım ve Tedarik Lisanslarına İlişkin Tedbirler Yönetmeliği, RG. 02.07.2023/28726.

devreye girmeli, TY m. 5-c kapsamında dağıtım veya görevli tedarik şirketi durumu düzeltmeyerek mevzuata aykırılığı itiyat edinmesi halinde TY m. 8-a kapsamında ilgili şirketin yönetim kuruluna el konularak yeni üyelerin atanmasına ilişkin yaptırım uygulanmalıdır. Ancak yönetim değişikliğine rağmen de şirketin ortaklık yapısı eski haline getirilmiyorsa o takdirde TY m. 8-c kapsamında şirketin lisansı iptal edilebilir.

EPK ile paralel şekilde DPK’de de izin alınmaksızın gerçekleştirilen pay devirlerinin sonucuna ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce elektrik piyasasında olduğu gibi doğal gaz piyasasında da gerekli olduğu halde EPDK’dan izin alınmaması pay devrinin geçerliliğini etkilememeli, TTK’de öngörülen şartlar sağlandığı takdirde pay devri geçerli sayılmalıdır. Bu durumda EPDK izni olmaksızın pay devri yapan şirkete DPK m. 9 hükmünde öngörülen idari para cezası uygulanarak 30 gün içerisinde durumun düzeltilmesi talep edilmelidir. Ancak durumun düzeltilmemesi ve bunun üzerine artırılarak uygulanan idarî para cezasının tutarı cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki malî yılına ilişkin bilançosundaki safî satış hasılatının yüzde yirmisini aştığı takdirde şirketin lisansı iptal edilmelidir¹¹⁵.

Sonuç

Anonim şirketlerde sermayenin korunması esas olduğundan pay sahiplerinin şirketten istedikleri zaman çıkmaları söz konusu değildir. Bu şirketlerde ortakların şirketten ayrılmasının yolu kural olarak pay devri olup bu konuda serbesti ilkesi geçerlidir. Anonim şirket pay sahipleri, yine kural olarak, paylarını başka birisinin izin veya icazeti olmadan istedikleri zaman istedikleri kişiye serbestçe devredebilir. Şirketin işteğal mevzu pay devrini yine kural olarak etkilemez.

Bununla birlikte gerek kanun gerekse esas sözleşmeyle bu kurala bazı istisnalar tanınmıştır. Bu kapsamda örneğin, karşılığı tamamen ödenmemiş payların devri için şirketten onay alınması gerekmekte (kanuni bağlam) veya karşılığı tamamen ödenmiş olsa bile bazı nama yazılı paylar bakımından esas sözleşmede devir sınırlamaları öngörülebilmektedir (esas sözleşmesel bağlam). Bu sınırlamalar, payların borsaya kote edilmiş olup olmadığına, payın iradi veya kanuni devrine göre pay defterine kayıt veya kayıttan kaçınma konusunda özellik arz etmektedir.

Diğer taraftan, işletme konusunun kamu hizmeti niteliği taşıdığı durumlarda, şirketlerin ortaklık yapısı ile faaliyetlerinin yetkili makamlarca denetlenmesi ihtiyacı gündeme gelmektedir. Zira devletin kendisinin yapması gereken bir hizmeti lisans vermek suretiyle tüzel kişilere yaptırdığı durumlarda bu hizmetlerin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin denetimi son derece önem taşımaktadır. Bu kapsamda, genel düzenlemeye, bankacılık ve sigortacılık gibi düzenlemeye tabi konular ve

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Kılıç (n 87) 93.

piyasalarda faaliyet gösteren şirketler açısından bazı istisnalar getirilmiş, pay devri, ilgili piyasayı düzenleyen ve denetleyen otoritenin izin ve onayına tabi kılınmıştır. Bu düzenlemenin temelinde, söz konusu şirketlerin, faaliyet konuları itibariyle, çeşitli lisanslar veya faaliyet izinleri kapsamında kamu hizmeti niteliği taşıyan birtakım konularda faaliyet göstermeleri yatmaktadır.

Kamu hizmetinin yürütüldüğü enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketler bakımından da pay devirlerinin kontrolü önem arz etmekte, bu nedenle lisans sahibi şirketlerin işleyişini veya yapısını etkileyecek nitelikteki devirler bakımından Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurulunun izni aranmaktadır. Ancak, Bankacılık, Sigortacılık ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda ilgili otoriteden izin alınmadan yapılan pay devirlerinin geçersiz olacağı açıkça düzenlenmiş iken gerek Elektrik Piyasası Kanunu gerekse Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun izni alınmadan yapılan devirlerin geçersiz olacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Kanaatimizce gerekli olduğu halde Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun izni alınmadan yapılan devirler Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olduğu takdirde geçerli kabul edilmeli, devralan kişi pay defterine kaydedilmeli, ancak belirli şartların varlığı halinde şirkete elektrik ve doğal gaz piyasası mevzuatından kaynaklanan yaptırımlar uygulanabilmelidir. Bu kapsamda öncelikle ilgili şirketten ortaklık yapısının düzeltilmesinin talep edilmesi, eğer bu yapılmıyor ise şirketin lisansının iptal edilmesi bir çözüm olabilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: xx.; Veri Toplama: xx.; Veri Analizi /Yorumlama: xx.; Yazı Taslağı: xx.; İçeriğın Eleştirel İncelemesi: xx.; Son Onay ve Sorumluluk: xx

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: xx.; Data Acquisition: xx.; Data Analysis/ Interpretation: xx.; Drafting Manuscript: xx.; Critical Revision of Manuscript: x.; Final Approval and Accountability: xx.

Bibliyografya/Bibliography

- Akbulak Y, 'TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri' (2016) 1 Ankara Barosu Dergisi 505-523.
- Akın M. Y, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (Vedat Kitapçılık 2014).
- Altay A. S, 'Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşmesel Bağlam' iç Hamdi Yasaman (ed), İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri (Vedat Kitapçılık 2009) 563-622.
- Baytemür D, '7262 Sayılı Kanunla Hamiline Yazılı Pay Senetlerine İlişkin Yapılan Değişiklikler' (2021) 16(176) Terazi Hukuk Dergisi 711-720.

- Bilginoğlu N. E, ‘Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri’, (2017) 12(132) Terazi Hukuk Dergisi 62-69.
- Bozgeyik H, ‘Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar’ (2009) 25(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 211-226.
- Bozkurt T, ‘Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Resmi Bir Makamın İznine Bağlanması ve Bu İznin Hukuki Niteliği Sorunu’ (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421-451 (Pay Devrinin İzne Bağlanması).
- Bozkurt T, Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması* (Onikilevha 2016) (Bağlam).
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht* (Schulthess Verlag 2009).
- Cenkci E, ‘Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Kızuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması’ (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 1-30.
- Erdem E, ‘Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK’nın Çözümleri’ iç Banka ve Ticaret Enstitüsü (ed), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 25 (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları 2012) 97-127.
- Forstmoser P, ‘Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionärsbindungs verträge?’ iç Roland von Büren (ed), Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär (Stämpfli Verlag 1997) 89-106.
- Forstmoser P, Meier-Hayoz A ve Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (Stämpfli Verlag 1996).
- Gericke D ve Jentsch V, ‘Vinkulierung an der Bruchstelle zwischen kotierter Gesellschaft und nicht kotierten Aktionären’ (2017) 5 Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 618-634.
- Hirschle M ve von der Crone H. C, ‘Vinkulierung und Stimmrechtsvertretung bei nicht börsenkotierten Gesellschaften Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.35/2007 vom 18. April 2007 i.S. A. GmbH (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen D. Holding AG (Beklagte und Berufungsbeklagte)’ (2008) 1 Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 103-114.
- Karasu R, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması’ (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127-147 (Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması).
- Karasu R, *Emredici Hükümler İlkesi* (2. Baskı, Yekin Yayınları 2015) (Emredici Hükümler İlkesi).
- Kılıç H, ‘Türk Hukuku’nda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri’ (2010) 14(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71-101.
- Müller D ve Colli F. D, ‘Aspekte der Vinkulierung von nicht börsenkotierten Namenaktien Besprechung von BGE 145 III 351 (Urteil 4A_623/2018 des schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Juli 2019)’ (2020) 1, Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 140-145.
- Nagel T, ‘Die statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien Revisionsbedarf der Ablehnungsgründe gemäss Art. 685b Abs. 2 OR’ (2015) 1 Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle 190-202.
- Narbay Ş, *Anonim Ortaklıkta Pay Defteri* (Seçkin Yayınları 2003).
- Narbay Ş, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri’ (2012) 18(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201-251 (Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri).
- Obrecht P, *Bezugsrecht und Vinkulierung* (Juris 1984).

- Özdamar M, 'Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri' (2014) 1 Enerji Hukuku Dergisi 115-131.
- Pulaşlı H, *Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri* (Dayınlarlı Yayıncılık 1992).
- R.Pestalozzi H, *Die Namenaktie und ihre Vinkulierung* (H.R. Sauerländer 1948)
- Ralph M, "'Aktienkauf: Vorkaufsrecht vs. Escape Clause' (2020) 2 Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 262-270.
- Sevi A. M, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Baskı, Seçkin 2018).
- Taşdelen N, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3351-3387.
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları* (Vedat Kitapçılık 2012).
- Teoman Ö, 'Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler' iç Ömer Teoman (ed), *Tüm Makalelerim Cilt II* (2. Baskı, Onikilevha 2012) 51-64 (Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi).
- Teoman Ö, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Hisse Senetlerinin Bastırılmasına İlişkin Düzenlemesi' (2013) 29(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5-15.
- Türkoğlu U. F, 'Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Paylarda Anonim Şirketin Kaçış Klozu Kullanarak Pay Devri Onayı Talebini Reddetmesi' (2016) 14(160) Legal Hukuk Dergisi 1931-1969.
- Tütüncü M, 'Anonim Şirketin Sonu: Hamile Yazılı Pay Senetlerinin Devri İçin Öngörülen Yeni Düzenlemeler' (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 749-780.
- Uzel N, *Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (Onikilevha, İstanbul) 2013.
- Yılmaz L, 'İsviçre Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu' (2007) 81(4) İstanbul Barosu Dergisi 1571-1595.
- Yücel Ö, '5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Gereği İzne Bağlanan Pay Edinim ve Devirleri' (2011) 2(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387-416.
- Yüksel S, 'Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)' (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-217.



İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 27.03.2024
Revision Requested: 14.06.2024
Last Revision Received: 01.08.2024
Accepted: 02.09.2024
Online Published: 20.09.2024

A Proposal to Ease the Heavy Burden of Domestic Labour

Murat Aybars TUNCA*

Abstract

Domestic labour, a well-known form of unpaid labour, is widespread throughout many countries. Most domestic labour is performed mostly by housewives. Housewives often face uncertainty about their future because of a lack of adequate social security, regular income, and retirement plans. As a functional tool for transforming society, law plays a role in changing such social inequalities. In this article, we discuss how law can offer remedies to fix domestic labour problems. Drawing on feminist standpoint theory, this article explores how scientific methods can contribute to understanding and redressing domestic labour problems with to-the-point regulations. Feminist Standpoint Theory asserts that knowledge is socially situated. It contends that marginalised groups, such as women, are uniquely aware of social and political issues because of their lived experiences. According to this theory, research should begin from the standpoint of these marginalised individuals. By doing so, biases can be addressed, and a more just society can be achieved. In essence, it challenges the traditional objectivity of scientific research and emphasises the importance of diverse perspectives. In this context, this article discusses the significance of evidence-influenced policies in addressing women's problems. While doing so, we will present the progress of Türkiye with examples of its efforts to tackle gender inequalities. The article acknowledges opposition from the men's right movement, which seeks to reverse advancements in women's rights in Türkiye. However, it argues that their arguments are ideological rather than based on evidence, particularly regarding property division laws. In this article, we focus on the matrimonial property regime, which is one of the many negative contributors to the problems of the performers of domestic labour. As a remedy, we propose amendments to the Civil Code.

Keywords

Domestic Labour, Unpaid Labour, Housewives, Gender Inequalities, and the Matrimonial Property Regime

Ev İçi Emeğin Ağır Yükünü Azaltmak İçin Bir Öneri

Öz

Ücretsiz emeğin yaygın görünümü olan ev içi emek birçok ülkede yaygındır. Ev içi emeğin büyük bir kısmı ev hanımları tarafından gerçekleştirilmektedir. Ev hanımlarının gereğine uygun bir sosyal güvenceden, düzenli bir gelirden ve emeklilik planlarından yoksun yaşamları gelecekleri açısından belirsizlik yaratmaktadır. Toplumu dönüştürmek için işlevsel bir araç olan hukuk, bu tür toplumsal eşitsizlikleri değiştirecek bir işleve sahiptir. Bu makalede, hukukun ev içi emek sorunlarını çözmek için nasıl çözümler sunabileceğini tartışacağız. Feminist duruş kuramına dayanan bu makale, bilimsel yöntemlerin ev içi emek sorunlarının anlaşılmasına ve yerinde düzenlemelerle giderilmesine nasıl katkıda bulunabileceğini araştırmaktadır. Feminist duruş kuramı, bilginin sosyal olarak konumlandırıldığını ileri sürer. Kadınlar gibi marjinalleştirilmiş grupların, yaşadıkları deneyimler nedeniyle sosyal ve siyasi meselelerin benzersiz bir şekilde farkında olduklarını iddia eder. Bu teoriye göre, araştırma bu marjinalleştirilmiş bireylerin bakış açısından başlamalıdır. Bu sayede önyargılar ele alınabilir ve daha adil bir topluma ulaşılabilir. Özünde, bilimsel araştırmanın geleneksel nesnelliklerine meydan okur ve farklı perspektiflerin önemini vurgular. Bu bağlamda makalede, kadınların sorunlarının ele alınmasında kanıtlardan etkilenen politikaların önemini vurgulamaktadır. Konuya ilişkin incelemeler yaparken Türkiye'nin toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri ile mücadelede kaydettiği ilerlemeyi örneklerle paylaşacağız. Makalede, Türkiye'de kadın hakları alanında kaydedilen ilerlemeleri geriletmek isteyen erkek hakları hareketinin muhalefeti de değerlendirilmektedir. Ancak,

* **Corresponding author:** Murat Aybars Tunca (Res. Asst.) İ. D. Bilkent University, Faculty of Law, Department of Private Law, Ankara, Türkiye. E-mail: murataybarstunca@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7398-5881

To cite this article: Tunca MA, "A Proposal to Ease the Heavy Burden of Domestic Labour" (TTK m 55.1.A.8)" (2024). *İstanbul Hukuk Mecmuası* 841. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0008>



özellikle mal paylaşımı düzenlemelerine ilişkin argümanlarının kanıta dayanmaktan ziyade ideolojik olduğunu savunmaktadır. Makalemizde, ev içi emekçilerin sorunlarına olumsuz etkisi olan birçok unsurdan biri olan yasal mal rejimine odaklanacağız. Çözüm olarak da Medeni Kanun'da bazı değişiklikler önereceğiz.

Anahtar Kelimeler

Ev İçi Emek, Ücretsiz Emek, Ev Hanımları, Cinsiyet Eşitsizlikleri, Yasal Mal Rejimleri

Extended Summary

This paper addresses the persistent problems faced by women in domestic labour due to inherited inequalities. As a well-known form of unpaid and undervalued labour, domestic labour is common in many countries. A significant proportion of domestic labour is performed by housewives. This is the substance of uncertainty experienced by housewives who grapple with uncertainty throughout their lives without proper social security, stable income and retirement plans. Law plays a predominant role in changing such social inequalities as a functional tool for improving society.

In this article, we discuss how law can provide remedies to rectify domestic labour problems. This paper argues that legal reforms are needed to address this problem and focuses on changing matrimonial property regime articles within the Turkish Civil Code. The pervasive nature of unpaid domestic labour, predominantly carried out by women, is underscored, along with its adverse impact on women's safety and dignity.

Drawing on feminist theory, this article explores how scientific methods can contribute to understanding and redressing domestic labour problems. This thesis critiques the concept of objective research, firmly arguing that science has historically neglected women's experiences and perspectives. It strongly advocates for the inclusion of the perspectives of oppressed groups, particularly women, in research to provide a more nuanced understanding of social issues such as domestic labour.

This article discusses the paramount significance of evidence-influenced policies in addressing women's problems, emphasising the need for qualitative research to capture the complexities of these issues. This acknowledges the pivotal role of the women's movement in generating evidence and influencing policy changes, citing compelling examples from Türkiye, where progress has been made on women's rights.

This paper proposes critical amendments to the Turkish Civil Code to alleviate the burden of domestic labour on women, especially in cases of divorce. The evaluation evaluates the effectiveness of the current property division regime. The article also notes the opposition of the men's rights movement, which seeks to roll back the progress made in the field of women's rights in Turkey. However, the study argues that their arguments, particularly in relation to property division laws, are primarily ideological rather than evidence-influenced.

The women's movement criticised the former legal regime's division of property rights, advocating that women should claim property acquired during marriage due to their unpaid domestic labour. While this change is an improvement, we question whether it truly achieves the intended goal. For instance, grant a claim on marital property to a spouse who devotes significant time to household matters align with the desired outcome? An illustrative example can shed light on this issue. Although it is not a scientifically proven phenomenon, in practise, there is a widespread example of men acquiring property before marriage with bank loans not in their name to avoid any legal claims because the debt was paid during the marriage; thus, the property was acquired during the marriage.

The proposed amendments to the Turkish Civil Code aim to prevent men from exploiting legal loopholes, such as acquiring property shortly before marriage, to avoid equitable distribution during divorce proceedings. In addressing legal loopholes that benefit men by amending relevant laws, such as Turkish Civil Code article 220/1.2, we can regulate presumptions like "...Properties that belonged to one of the spouses at the beginning of the property regime can be accepted as personal properties as per law only if they are not deliberately acquired right before the beginning of the property regime. In case of paying the debts of such acquisitions during marriage, it shall be accepted as an indicator of such deliberate actions." regarding deliberate acquisitions of men made before marriage with loans not in their names to prevent any legal claim.

Issues experienced by women due to legal loopholes can constitute a basis for amendments only if they are detected in scientific research. Therefore, evidence-influenced policies are crucial for improving the quality and number of such presumptions. We emphasise the critical importance of evidence-influenced policies in developing effective legal solutions to women's problems and advocate for data collection from divorced women to inform policy decisions.

Overall, this study comprehensively analyzes the challenges that women face in domestic labour and property division. It strongly advocates for legal reforms in the Turkish Civil Code, informed by feminist standpoint theory and evidence-influenced policies to address these issues and promote gender equality.

Introduction

Exclusion from the welfare system because of inherited inequalities for women in the form of domestic work affects a general sense of security and a life that befits human dignity¹. In this essay, the issue is examined, and possible legal solutions are sought with the help of science. Specifically, we will argue for an amendment to the matrimonial property division article to solve one of the many problems caused by the long-ignored burden of domestic labour for women.

Domestic labour, a well-known form of unpaid labour, is widespread in many countries. Traditionally, household chores are performed by housewives without any compensation. Our misperception leads to an underestimation of the actual value of domestic labour derived from the widespread acceptance that women should perform most household tasks².

No matter what country or how developed they are, one thing is certain: most domestic labour is performed by women³. As mentioned above, women can be housewives or have paid jobs, but most of their active hours are spent on household tasks⁴. In the example of Ghanaian women, even if they are working, only one-third of their time is devoted to their paid job, almost the same portion of the time they spend cooking and caring for children⁵. The rest of their time is still spent on household matters, like cleaning the house and washing clothes and dishes. The same applies to Turkey. Women cover all household matters except paying bills and small repair jobs⁶.

Although many argue that domestic labour can be beneficial for the economy and contribute to society, it is quite a challenging form of life for women⁷. Statistical data show that most domestic labour is performed without payment or is far below the minimum wage⁸.

¹ Adelle Blackett, 'The Decent Work for Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189) and Recommendation (No. 201), Introductory Note' (2014) 53(1) International Legal Materials 250, 266 <<http://www.jstor.org/stable/10.5305/intelegamate.53.1.0250>> Date of Access 21 Nov. 2023.

² Martin Oelz, 'Remuneration in domestic work' (Domestic Labor Policy Brief No.1, International Labour Organization) <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_155654.pdf> Date of Access 21 Nov. 2023.

³ José Maria Ramirez-Machado, *Domestic work, work conditions, and employment: A legal perspective*, 1st ed. ILO 2003) 44.

⁴ Gimenez-Nadal, J. I. & Molina, 'The gender gap in time allocation' (2022) IZA World of Labor 497 <<https://doi.org/10.15185/izawol.497>> Date of Access 29 Nov. 2023.

⁵ Ghana, Ghana Living Standards Survey 6 (With a Labour Force Module) 2012-2013, Round Six <<https://www2.statsghana.gov.gh/nada/index.php/ddibrowser/72/export?format=pdf&generate=yes>> Date of Access 21 Nov. 2023.

⁶ TÜİK, 'Türkiye Aile Yapısı Araştırması' (01.04.2022) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Turkiye-Aile-Yapisi-Arastirmasi-2021-45813&dil=1>> Date of Access 30 Nov. 2023.

⁷ According to the OECD report, the economic value of unpaid domestic work is around 15% of the member states' GDP. OECD, 'Bringing Household Services Out of the Shadows: Formalising Non-Care Work in and Around the House' in Gender Equality at Work (OECD Publishing, Paris, 2021) <<https://doi.org/10.1787/fbea8f6e-en>> Date of Access 21 Nov. 2023.

⁸ Gaëlle Ferrant, Luca Maria Pesando, and Keiko Nowacka, "Unpaid Care Work: The Missing Link in the Analysis of Gender Gaps in Labour Outcomes" (2014) <https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf> Date of Access 21 Nov. 2023.; Mustafa Gültekin, 'Türkiye'de Ücretli ve Ücretsiz Emek Ekleninde Kadınlarla Erkeklerin Hem Kendi İçlerindeki Hem de Kendi Aralarındaki Eşitsizlikler' (2022) 14 Fe Dergi 33-55 <http://federgi.ankara.edu.tr/2022/12/12/28_3/> Date of Access 30 Nov. 2023, 33 49,50.

Living without adequate social security, regular income, and retirement plans creates an uncertain life. This uncertainty is also a result of the division of marital property, which should be better described to overcome the problems faced by women. Law, as a functional tool for transforming society, has the function of changing social inequalities.

I. In Search of To-the-point Legal Remedies: Harnessing the Critical Insights of Feminist Standpoint Theory

To what extent can law offer remedies to fix domestic labour problems, and how can scientific methods contribute to it so we can make to-the-point regulations? In this case, acquiring relevant data is necessary for conducting proper research.

By proper research, we mean objective research. The objectivity of scientific research is understood by scientists differently. As Weber and many other social scientists have argued, values should not be a part of research after deciding on a topic⁹. For them, it is necessary to preserve the objectivity of scientific research by excluding subjective elements.

Feminist social scientists argue that in the name of retaining objectivity, science is blind to the many problems experienced by women¹⁰. According to feminist standpoint theory, due to the androcentric structure of science, women are not included in scientific research as researchers or the focus of such studies¹¹. Because science aims to achieve knowledge by using scientific methods objectively, the white male dominant nature that alters the objectivity of science should not be ignored and accepted as a fact¹². As a remedy, feminist standpoint theory features three theses aimed at correcting the uneven situation. The situated knowledge thesis offers relativity as a widening perspective to notice what is invisible to people in a social location of “non-others”¹³. The epistemic privilege thesis emphasises the importance of perceiving the functioning of social structures by the oppressed and noting that becoming an oppressed person is not automatic but rather involves sharing common sense with oppressed people¹⁴. Being able to share common sense allows us to achieve the thesis. The achievement thesis suggests that a weaker position in a given

⁹ Julian Reiss and Jan Sprenger, ‘Scientific Objectivity’ The Stanford Encyclopaedia of Philosophy (Winter 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/scientific-objectivity/>> Date of Access 1 Dec. 2023.; Elenora Montuschi, ‘Scientific Objectivity’ in Nancy Cartwright & Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014), 129.

¹⁰ Crasnow, Sharon. 2014. “Feminist Standpoint Theory.” In Nancy Cartwright & Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014). 3, 147, 155.

¹¹ Crasnow (n 10) 146-147.

¹² Crasnow (n 10) 146.

¹³ Donna Haraway. “Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective” (1988) 14 *Feminist Studies* 575–99 <<https://doi.org/10.2307/3178066>> Date of Access 27 Mar. 2024 575 580, 589.; Crasnow (n 10) 147.

¹⁴ Simandan, Dragos. 2019. “Revisiting positionality and the thesis of situated knowledge’ (2019) 9(2) *Dialogues in Human Geography* 129-149 <<https://doi.org/10.1177/2043820619850013>> Date of Access 27 Mar. 2024.; Haraway (n 12) 576, 586.; Crasnow (n 10) 149.

situation makes a person more inclined to comprehend power relations more easily¹⁵. Thus, during scientific research, researchers become more capable of criticising and understanding the limitations or advantages of a given situation.

Domestic labour is a remarkable example of the importance of feminist standpoint theory. It was ignored by the scientists investigating labour, but it was not invisible. In fact, domestic labour was explicitly excluded from the scope of labour codes due to the acceptance that it was considered natural because of social gender roles. The actual remarks on its importance began to be stated in court decisions and, for instance, began to be considered an economic value in the division of matrimonial property. This change happened because of the efforts of feminist standpoint theory. This approach provides knowledge that serves the interests of not only women but, like any other scientific advancement, also serves the common good. Perhaps stretching but still valid, we can say that acceptance of domestic labour also serves men when deciding on the future of their marriage without the concern of social pressure. A fair divorce regime might prevent people from saying, “How can you live when someone serves only you and who has no work, etc.”

Feminist social scientists point out that the problems inherited over generations by women allow us to conduct unbiased research by presenting the fact that a godlike point to provide objective information is not possible. Therefore, the information provided by a group of people defined by their shared values, which is formed because systematic discrimination is meaningful, can be considered objective.

One inherited injustice by women is that women’s voices mostly stay unheard due to testimonial inequalities caused by Weber and other scientists’ understanding of objectivity, as mentioned earlier. In this case, not listening to or ignoring women’s voices regarding their problems would constitute a form of testimonial injustice¹⁶. Testimonial injustice and feminist standpoint theory intersect in this sense.

To define problems experienced mostly by housewives, which form in terms of methodological collectivism, we need objective insiders from the epistemically privileged ones offered by feminist standpoint theory¹⁷. We will defend the necessity of using this information to develop evidence-influenced policies for the issue.

Accepting the superiority of the information produced based on the source of insiders can raise doubts about the objectivity of the ranking values of the sources. This is one of the main critiques for the feminist approach.

¹⁵ Crasnow (n 10) 149, 159.

¹⁶ Miranda Fricker, ‘Testimonial Injustice’, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing* (Oxford, 2007; online edn, Oxford Academic, 1 Sept. 2007), <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198237907.003.0002>> Date of Access 18 Dec. 2023.

¹⁷ Crasnow (n 10) 148-149.

Although it sounds very reasonable to raise such a concern, it does not remedy the need for such an insider. To give equal importance to different sources, we must accept a male equally valid and reliable source as a female on matters like domestic labour. This would mean that what that person is saying, “Living a life under the circumstances in discussion,” must be equally important to a male who has never experienced that way of life in person.

Another way to discuss the objectivity of the information produced by epistemically privileged individuals is to ask the question of to what extent objectivity can be preserved. The influence of our values is so significant that it is possible to transform a subjective claim into a scientific one¹⁸. However, peer review can be a solution to this problem.

Different scientists can always check with each other if they follow the leading scientific research principles, such as clearly describing the methodology and source of data and how it is collected. Thus, it is possible to overcome this possible problem.

II. Evidence-Influenced Policies for Women’s Domestic Labour Problems

To make to-the-point legal changes, we need evidence-influenced policies. I avoid using the common phrase ‘evidence-based policy’ because it can be misleading. For the purpose of this paper, I will not discuss this matter extensively. However, briefly, I want to share the main reason. Evidence-influenced policies express our ideal of rational governance decision-making processes. It prevents ideologically driven policies. However, policies are based on political decisions because we do not aim for the total elimination of ideologies in our policy-making process. For instance, we still have political parties separated mainly by ideology, racing to rule the country by claiming that their ideologies are superior. Because of this fact, policymaking processes are usually only partially based on evidence.

We must conduct well-designed research to generate evidence on women’s problems, which we aim to use to influence the policies that eventually result in legislation that is aligned with the outcomes. This research must be qualitative rather than quantitative because quantitative data can be misleading¹⁹. Additionally, as we have argued above, the need for data from epistemically privileged entities, which emphasise the importance of quantitative data, is crucial for the objectives of our to-the-point legal remedies. For years, the women’s movement has contributed to

¹⁸ Douglas, Heather. 2014. “Values in Social Science” in Nancy Cartwright & Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014) 170.

¹⁹ Munro, E. 2014. ‘Evidence-Based Policy’ in Nancy Cartwright and Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014), pp. 58-60.

the escalation of research on women's issues, especially conducting qualitative research²⁰.

Similar to the number of problems experienced by women, evidence for policymaking for domestic labour problems is plentiful thanks to the strong women's movement. The problem is how we use them. It is possible to argue that the evidence-influenced policymaking process is changing things and favouring women in Türkiye.

Türkiye has witnessed remarkable progress in women's rights in the last 30 years. To achieve gender equality and create the same opportunities for women as men, Türkiye abolished several legal barriers for women from being involved in work life and regulated positive discriminative opportunities for women.

As an example of removing legal barriers that allow women to work, the annulment of husbands' approval to work for women was remarkable. In the early 1990s, mass demonstrations against the former civil code article, which mandated husbands' approval for women to work, succeeded in this outstanding achievement. The code was annulled by the decision of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye for breaching the Constitution of the Republic of Türkiye article 10, equality before the law, article 17, personal inviolability, corporeal and spiritual existence of the individual, and Article 49 right and duty to work²¹.

A recent example of this progress is the Council of Higher Education of Türkiye's announcement of a special quota for university admissions for women over 34²². As we know, getting a higher education gives you a higher chance of finding a paid job. This positive discrimination creates educational opportunities for women.

These examples illustrate a positive trend to overcome inherited inequalities by women in Türkiye. A wide range of women's problems can be addressed by identifying possible solutions. However, in this paper, I will focus on the problems experienced by women because of divorce.

III. A Modest Proposal to Ease the Heavy Burden of Domestic Labour: Amendments Proposed for the Turkish Civil Code

Because of women's unpaid labour, while husbands earn money by devoting time to their paid work, women's time spent on household matters finds no remuneration. Due to this fact, in divorce, property division is likely to result in favour of the

²⁰ Duygu Alptekin, 'From Street to Academy: Institutionalism Process of Woman's Movement' (2011) 26 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 33, 38.

²¹ Anayasa Mahkemesi, 1990/30, 29.11.1990.

²² YÖK, 'Yükseköğretim Kurulundan 34 yaş üstü kadınlara devlet üniversitelerinde özel kontenjan' (08.03.2023) <<https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2023/34-yas-ustu-kadinlara-devlet-universitelerinde-ozel-kontenjan.aspx>> Date of Access 30 Nov. 2023.

spouse²³. To prevent this, in 2002, the Turkish Civil Code changed the legal regime to participation in acquired properties, which meant that spouses would receive half of the properties acquired during marriage in cases of divorce. Before 2002, the legal regime was property division. In divorce, if the property division regime is enforced, each spouse retains their property regardless of when it is acquired.

As mentioned, the current legal matrimonial property regime is participation in acquired properties. However, to what extent did it achieve the objectives of the change? It is still under discussion. First, we will present the arguments of the side that claims that this regime is giving more than women deserve.

Then, we will share the arguments favouring the current legal regime and defend their arguments. In addition, we will try to find an answer to the question of to what extent evidence-influenced policies can be used to improve the current situation.

Türkiye's withdrawal from the Istanbul Convention was the breaking point of the men's right movement in Türkiye. They began to raise their voices against gender equality and the achievements of women's rights. Claiming that all is a setback to traditional Turkish family life. Furthermore, they have started to strike every achievement for women in the last few decades. Their emphasis on traditional Turkish family life points to Sharia. In Sharia, the matrimonial property regime is closer to property division. Because their main reason for policymaking push is purely ideological, it is difficult to find a reasonable point to accept their arguments.

The women's movement criticised the former legal regime's "property division." Because women's unpaid domestic labour made it possible for their husbands to make money and acquire more property, they argued that women should also claim the property acquired during their marriage. Because their arguments are based on evidence, we agree with them. However, we would like to challenge the success of the new legal regime.

Although the change in the legal matrimonial property regime is an improvement for women, who often devote a significant portion of their time to household matters, it remains uncertain whether this change fully achieves its intended goals. To explore this, we examine a real-life phenomenon that has been the subject of many disputes.

Typically, many men purchase houses and cars shortly before marriage and continue to pay off their debts after marriage. Under Article 220 of the Turkish Civil Code, property acquired before marriage is deemed personal property. If the payments for such property are made from assets acquired during marriage, as outlined in Article

²³ Şükran Şıpka, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci ile Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar' in Şükran Şıpka & A. Barış Özbilen & Ebru Şensöz (eds), *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, 17-18 Kasım 2006 (İstanbul Üniversitesi Yayınları 2007), 5-6, 12.

219 of the Turkish Civil Code, women may have a legal basis to claim participation receivable on the portion of the debt paid during marriage. This situation places a significant burden on women in terms of proving their claims for a portion of the debt paid during their marriage, as they must prove that their husband was responsible for paying the debt during the marriage.

The well-reasoned judgments of the Supreme Court of Cassation of the Republic of Türkiye (the Court of Cassation) resolved such cases in favour of women, ruling that the paid portion of bank loans paid during marriage should be considered as the amount to be divided into two when calculating the participation receivable for women²⁴.

The Court of Cassation's judgments have led men to seek legal loopholes. As a result, to avoid any legal claim, men refrained from taking bank loans in their own names, instead declaring them on paper as debts paid by people close to them, such as their parents. This tactic has proven advantageous to men. The Court of Cassation ruled that the amount the defendant's father paid for the sale price should be deducted from the house's value when calculating women's participation receivables²⁵.

How can we prevent men from benefiting from such legal loopholes? It is possible to argue that we should switch to a joint property regime as the legal matrimonial property regime, which can be a remedy for this because it can offer an equal division of all properties. However, we suggest a different solution.

²⁴ Yargıtay 8 HD, 6921/3949, 05.07.2011 "The disputed residence was acquired on 08.05.2007, before the parties' marriages on 09.09.2007. It is observed that the long-term bank loan taken out by defendant H. Ü. with a credit agreement dated 03.05.2007 was used to purchase the house. In this respect, it must be accepted that the loan instalments paid between the marriage date of 09.09.2007 and the date the divorce case was filed, 22.01.2008, constitute a contribution from the acquired property of the defendant's husband to his personal property. Therefore, the amount transferred from the acquired property to personal property during the specified period should be determined, the ratio of this amount to the market value of the property as of 22.01.2008 should be detected, and the value increase created by this amount in the house should be considered. The determined ratio should then be multiplied by the actual value of the house, to be determined near the date of the court decision, and the resulting amount should be awarded to the plaintiff as half of the participation receivable in the acquired property, in accordance with Articles 231 and 236 of the Turkish Civil Code."; Yargıtay 8 HD, 9786/7968, 24.04.2014 "The plaintiff's attorney stated that some of the loan payments related to the property acquired by the defendant before marriage were made within the marital union, ... and requested that 4.000 TL be collected from the defendant for these loan payments. The defendant's attorney argued that the disputed house was purchased with a bank loan long before the marriage date, that the loan payments were made by their client, and that the property was a personal asset, ... and requested the dismissal of the case. The court dismissed the case regarding the alleged contribution to the property because it could not be proved. As for the appeal of the plaintiff's attorney regarding the bank loan payments for the property acquired in the defendant's name before marriage... The property in question was purchased and registered in the defendant's name before the marriage date. A bank loan covered part of the sale price, and the loan payments were continued within the marital union. The task of the court is to evaluate the bank loan statements and documents related to the payment process for the purchase of the disputed property, to properly determine the amount of loan repayments made during the marital union, to detect the plaintiff's participation receivable arising from the loan payments in the disputed property, and to render a judgement accordingly. For the reasons explained above, the appeal objections of the plaintiff's attorney are accepted..."

²⁵ Yargıtay HGK, 8-192/629, 26.09.2012; It should be noted that in the absence of proof that the defendant's parents made the payments, the Court of Cassation will assume that the payments were made by the spouses themselves. Yargıtay 8 HD, 16903/9216, 13.03.2018 "... the property was acquired through membership in a cooperative, with payments made both before and during the marriage. Given that there is no evidence that the defendant's father made the payments, it should be accepted that the plaintiff has a participation receivable due to the payments made during the marital union."

Legal remedies can be created for problems experienced by women in participation in the acquired property regime. Conducting scientific research to create a foundation for developing evidence-influenced policies, like collecting data from divorced women on the issue, can be achieved. However, we should not disregard the myriad of factors possibly affecting the responses of divorced women²⁶.

After collecting relevant data, we should classify them to regulate extensive presumptions on accepting acquisitions that benefit from legal loopholes in the scope of the regulations, like amending the Turkish Civil Code article 220/1.2, which states that “*The following shall constitute personal properties as per law: ... 2. Properties that belonged to one of the spouses at the beginning of the property regime, properties that one of the spouses inherited subsequently, or properties acquired in an unrequited manner...*”. We think that if we add a clause like “...Properties that belonged to one of the spouses at the beginning of the property regime can be accepted as personal properties as per law only if they are not deliberately acquired right before the beginning of the property regime. In case of paying the debts of such acquisitions during marriage, it shall be accepted as an indicator of such deliberate actions.” as a following sentence, we would be able to solve the issue in our example of men buying properties right before marriage if it is a widespread problem experienced by women according to scientific data. The presumptions’ number and quality can only improve if they derive from evidence-influenced policies.

Conclusion

In conclusion, the issue of domestic labour and its impact on women’s welfare and rights is a multifaceted problem that requires careful consideration and targeted legal solutions. Throughout this review, we have focused on the complexity of domestic labour, feminist standpoint theory, evidence-informed policymaking, and proposed amendments to the Turkish Civil Code as potential remedies.

Amendments to the Turkish Civil Code suggested in this article aim to prevent men from benefiting from legal loopholes. In practise, such actions occur, for example, acquiring assets just before marriage to avoid equitable distribution in divorce. The article emphasises the importance of evidence-influenced policies in crafting effective legal remedies for women’s issues and advocates for collecting data from divorced women to inform policy decisions.

Evidence-informed policymaking is essential for meaningful change in addressing women’s domestic labour issues. Policymakers can better understand women’s lived experiences and develop targeted interventions by conducting qualitative research and collecting data from epistemically privileged individuals. However,

²⁶ Munro (n 18) 60.

it is crucial to recognise that policymaking is inherently political and ideological. Evidence-influenced policies cannot completely eliminate the influence of different perspectives and interests. However, it can provide ground for better lawmaking by prioritising scientific research.

Overall, addressing the challenges posed by women's domestic labour requires a holistic approach that combines legal reforms, evidence-influenced policymaking, and a commitment to gender equality. By centring on women's experiences, challenging entrenched prejudices, and enacting targeted legislative solutions, societies can achieve greater equality and dignity for all individuals, regardless of gender.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography

- Alptekin D, 'From Street to Academy: Institutionalism Process of Woman's Movement' (2011) 26 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 33-43.
- Anayasa Mahkemesi, 1990/30, 29.11.1990.
- Blackett A, 'The Decent Work for Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189) and Recommendation (No. 201), Introductory Note' (2014) 53(1) International Legal Materials 250, 266 < <http://www.jstor.org/stable/10.5305/intelegamate.53.1.0250> > Date of Access 21 Nov. 2023.
- Crasnow S, 'Feminist Standpoint Theory' in Nancy Cartwright & Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014).
- Douglas H, 'Values in Social Science' in Nancy Cartwright & Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014).
- Ferrant G, Pesando LM, and Nowacka K, 'Unpaid Care Work: The Missing Link in the Analysis of Gender Gaps in Labour Outcomes' (2014) <https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf> Date of Access 21 Nov. 2023.
- Fricker M, 'Testimonial Injustice', *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing* (Oxford, 2007; online edn, Oxford Academic, 1 Sept. 2007), <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198237907.003.0002>> Date of Access 18 Dec. 2023.
- Ghana, Ghana Living Standards Survey 6 (With a Labour Force Module) 2012-2013, Round Six <<https://www2.statsghana.gov.gh/nada/index.php/ddibrowser/72/export/?format=pdf&generate=yes>> Date of Access 21 Nov. 2023.
- Gimenez-Nadal JI and Molina JA, 'The gender gap in time allocation' (2022) IZA World of Labor 497 <<https://doi.org/10.15185/izawol.497>> Date of Access 29 Nov. 2023.
- Gültekin M, 'Türkiye'de Ücretli ve Ücretsiz Emek Ekseninde Kadınlarla Erkeklerin Hem Kendi İçerisindeki Hem de Kendi Aralarındaki Eşitsizlikler' (2022) 14 Fe Dergi 33-55 <http://federgi.ankara.edu.tr/2022/12/12/28_3/> Access 27 Mar. 2024.
- Haraway D, 'Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective' (1988) 14 Feminist Studies 575-99 <<https://doi.org/10.2307/3178066>> Date of Access 27 Mar. 2024.

- Montuschi E, 'Scientific Objectivity' in Nancy Cartwright & Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014).
- Munro E, 'Evidence-Based Policy' in Nancy Cartwright & Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction* (Oxford University Press 2014).
- OECD, 'Bringing Household Services Out of the Shadows: Formalising Non-Care Work in and Around the House' in *Gender Equality at Work* (OECD Publishing, Paris, 2021) <<https://doi.org/10.1787/fbea8f6e-en>> Date of Access 21 Nov. 2023.
- Oelz M, 'Remuneration in domestic work' (Domestic Labor Policy Brief No.1, International Labour Organization) <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_155654.pdf> Date of Access 21 Nov. 2023.
- Ramírez-Machado JM, *Domestic work, work conditions, and employment: A legal perspective*, (1st edn. ILO 2003).
- Reiss J and Sprenger J, 'Scientific Objectivity' *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/scientific-objectivity/>>. Date of Access 1 Dec. 2023.
- Simandan D, 'Revisiting positionality and the thesis of situated knowledge' (2019) 9(2) *Dialogues in Human Geography* 129-149 <<https://doi.org/10.1177/2043820619850013>> Date of Access 27 Mar. 2024.
- Şıpka Ş, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci ile Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar' in Şükran Şıpka & A. Barış Özbilen & Ebru Şensöz (eds), *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, 17-18 Kasım 2006 (İstanbul Üniversitesi Yayınları 2007).
- TÜİK, 'Türkiye Aile Yapısı Araştırması' (01.04.2022) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Turkiye-Aile-Yapisi-Arastirmasi-2021-45813&dil=1>> Date of Access 30 Nov. 2023.
- Yargıtay 8 HD, 6921/3949, 05.07.2011.
- Yargıtay 8 HD, 9786/7968, 24.04.2014.
- Yargıtay HGK, 8-192/629, 26.09.2012.
- YÖK, 'Yükseköğretim Kurulundan 34 yaş üstü kadınlara devlet üniversitelerinde özel kontenjan' (08.03.2023) <<https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2023/34-yas-ustu-kadinlara-devlet-universitelerinde-ozel-kontenjan.aspx>> Date of Access 30 Nov. 2023.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 02.05.2024
Revizyon Talebi: 24.06.2024
Son Revizyon Tarihi: 02.07.2024
Kabul: 08.08.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Güvencesiz Çalışmaya Karşı Sendika Özgürlüğü Güvencesini Geliştirme İhtiyacı: 6356 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinin Yeniden Düzenlenmesi Üzerine Öneriler*

Naim GÖKTAŞ** , Orhan Ertuğrul ONUR*** 

Öz

Neo-liberal dönüşüm süreciyle birlikte çalışma ilişkilerinde güvencesizlik norm hâline gelmiştir. Bu dönemde güvencesizliğe yol açan standart-dışı istihdam biçimleri ülkelerin hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Türkiye'de de 4857 sayılı İş Kanunu ile esnek çalışma türlerinin önü açılmış ve güvencesiz çalışmaya hukuki dayanak sağlanmıştır. Güvencesizliğin yaygınlaşmasıyla birlikte işçilerin işverenler karşısındaki gücü zayıflamış ve sendikaların örgütlenme koşulları daralmıştır. Sendikalar güç kaybettiğinde işçiler eğreti koşullarda çalışmaya daha fazla mecbur olmuştur. Bu yüzden, temel uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş olan ve Türkiye'de anayasal bir hak niteliği bulunan sendika hakkına erişim, günümüz şartlarında daha önemli bir ihtiyaç hâline gelmiştir. Fakat 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (STİSK) 25. maddesinde düzenlenmiş olan sendika özgürlüğü güvencesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Tek Gıda-İş Sendikası'nın başvurusu üzerine verdiği kararda belirtildiği üzere amacını karşılamaktan oldukça uzaktır. Bu çalışmada Türkiye'de sendika özgürlüğü güvencesinin geliştirilmesine katkı sağlamak amaçlanmıştır. Söz konusu amaç doğrultusunda doküman analizi yöntemi benimsenerek konuya ilişkin belgeler incelenmiş, maddenin sendika özgürlüğü güvencesini kısıtlayan yönleri açıklanmıştır. AİHM kararına da uyumlu olarak çalışmada iki ayrı öneri yapılmıştır. Kanun'un 24. maddesinde işyeri sendika temsilcileri için hüküm altına alınmış olan mutlak işe iade hakkının, 25. maddeye uyarlanması çalışmanın temel önerisidir. Bu düzeyde güvence sağlansa da işverenin, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçiyi işe başlatmadığı durumda işçiyi iş güvencesi tazminatı ödemesi gerekliliği çalışmanın ikincil önerisidir. Son yıllarda sendikalar giderek zayıflamakta ve işçiler güvencesiz koşullara artan oranda maruz kalmaktadır. Bu bağlamda bireysel sendika özgürlüğünü ve dolayısıyla kolektif sendika özgürlüğünü genişletmeye yönelik öneriler getirmesi bu çalışmanın önemini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler

Güvencesiz Çalışma, İş Güvencesi, Sendikalaşma, Sendika Özgürlüğü Güvencesi, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

Need to Improve the Guarantee of Freedom of Association against Precarious Work: Suggestions on the Revision of Article 25 of Law No. 6356

Abstract

The norm of precarity in labour relations is set off by the neoliberal transformation process, where non-standard forms of employment that foster precariousness take place in the legal systems of some countries. Turkish Law No. 4857 paves the way for flexible working hours and provides a legal basis for precarious work. In parallel with this pervading of precariousness, the labour power is weakened, and the conditions for union organising are contradicted. As unions

* Bu makale, 26-27 Ekim 2023 tarihlerinde Kamu Yönetimi Derneği tarafından düzenlenen ve ODTÜ Mezunları Derneği Vişnelik Tesis'i'nde gerçekleştirilen Cumhuriyet'in 100. Yılında Nasıl Bir Kamu Yönetimi temalı Uluslararası Kamu Yönetimi Kongresi'nin Hukuk ve Demokrasi oturumunda sunulan "Sendika Özgürlüğü Güvencesinin Geliştirilmesi Üzerine Öneriler: 6356 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinin Yeniden Değerlendirilmesi" başlıklı bildirinin genişletilmesi ve güncellenmesi ile oluşturulmuştur.

** Sorumlu Yazar: Naim Göktaş (Arş. Gör.), İstanbul Gelişim Üniversitesi, Uygulamalı Bilimler Fakültesi, Elektronik Ticaret ve Yönetimi Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: ngoktas@gelisim.edu.tr ORCID: 0000-0002-5378-3147

*** Orhan Ertuğrul Onur (Öğr. Gör.), Hitit Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Mülkiyet Koruma ve Güvenlik Bölümü, Çorum, Türkiye. E-posta: orhanertugrulonur@hitit.edu.tr ORCID: 0000-0001-9453-3980

Atfı: Goktas N, Onur OE, "Güvencesiz Çalışmaya Karşı Sendika Özgürlüğü Güvencesini Geliştirme İhtiyacı: 6356 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinin Yeniden Düzenlenmesi Üzerine Öneriler" (2024) 82(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 855. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0010>



lose power and labourer is more and more condemned to poor working conditions, the right to join a union, which is regulated in key international conventions and is a constitutional right in Türkiye, has become a more important need in today's conditions. As stated in the ECtHR's judgement on the application of Tek Gıda-İş Trade Union, Article 25 of Turkish Law No. 6356 on the freedom of union is far from fulfilling its purpose. In this context, this study contributes to improving the guarantee of freedom of union in Türkiye. Adopting document analysis as its methodology and explaining the aspects of the article in question that constrict the freedom of union, this study suggests two separate standpoints in line with the ECtHR's judgement. The main suggestion of this study is to adapt the right to absolute reinstatement provided for workplace union representatives in Article 24 of Law No. 6356 to Article 25 of the same law. Although it does not provide this level of security, the secondary recommendation of this study is that employers should pay job security compensation to employees if the employer does not reinstate an employee whose employment contract has been terminated for union reasons. As trade unions have become weaker in recent years and workers face more precarious situations, the importance of this study lies in the fact that it makes suggestions for expanding individual freedom of unions and thus collective freedom of unions.

Keywords

Precarious Work, Job Security, Unionisation, Guarantee of Freedom of Association, Law No. 6356 (On Trade Unions and Collective Bargaining Agreements)

Extended Summary

Neoliberal policies have created major socioeconomic transformations. The norm of precarity in labour relations is set off by the neoliberal transformation process. Accordingly, during this period, legislation on working life was also shaped in line with the needs of capital. Non-standard forms of employment that foster precarity have rapidly taken their place in the legal systems of states. In Türkiye, for example, Turkish Labour Law No. 4857 provides a legal basis for precarious work and regulates the types of contracts and practises that give way to flexible work, such as part-time work, fixed-term work, temporary work, on-call work and equalisation of working hours. The construction of the precariousness law weakened the power of labour against capital, thus the conditions for unions to organise narrowed. In Türkiye, 15% of workers are unionised. Moreover, the rate of workers covered by collective bargaining agreements is approximately 8%, which drops to a very low level of 5% in the private sector. The gradual loss of trade union power is condemning workers to poor working conditions. For the realisation of decent working conditions, freedom of unionisation must be effectively guaranteed.

While freedom of unionisation is a fundamental right with a universal dimension regulated in the most fundamental international conventions, it is also a constitutional right in Turkey, where Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Bargaining Agreements regulates the guarantee of freedom of unionisation. Article 25 of Law No. 6356 stipulates that an employer cannot discriminate on trade union grounds in recruitment, continuation of the employment relationship, or termination of employment, and that if an employer acts against the law, the employee who is subjected to trade union discrimination will be entitled to trade union compensation

in the amount of at least one year's wages. In addition, it is also stated in the article that an employee whose contract is terminated for union reasons may file a lawsuit for reinstatement in accordance with the provisions of job security and that an employee whose contract is finalised by the court to have been terminated for union reasons shall be entitled to a maximum of four months of idle time wages, provided that he/she applies for reinstatement, together with union compensation. In the same article, it is emphasised that in the event that an employer does not reinstate an employee, no job insecurity compensation can be awarded, and no application to the job is required for trade union indemnity.

The ECtHR delivered an important judgement on the inadequacy of the guarantee of freedom of union in Türkiye upon the application of Tek Gıda-İş Trade Union in 2017. According to a decision examining Tek Gıda-İş's organising process at the TUKAŞ Gıda enterprise, the failure to reinstate dismissed workers or to pay deterrent compensation for union-busting behaviour by the employer discouraged workers from joining the union. Thus, the union failed to reach the numerical majority required to conclude a collective bargaining agreement. The judgement also found that lengthy court proceedings were effective in the process of unionisation. For all these reasons, the ECtHR concluded that Article 11 of the European Convention on Human Rights was violated.

As emphasised in the ECtHR judgement, Article 25 of Law No. 6356 does not guarantee individual freedom of union. There are two problematic aspects to the current regulation. The first is that it is at the employer's discretion whether or not to reinstate an employee whose dismissal for union reasons is finalised by the court. Another problematic aspect of Article 25 of the Law is that an employer is not obliged to pay a job security compensation to an employee who applies for re-employment. The first step to amend the article is to make the right to reinstatement absolute for an employee whose contract was terminated on union grounds. The protection of workplace union representatives as regulated by Article 24 of the Law can serve as an example in this regard. If the rights regulated for the security of workplace union representatives are adapted to Article 25, which regulates the guarantee of freedom of association, the problem of the lack of an absolute right to reinstatement for employees dismissed for union reasons, which is also criticised in the ECtHR judgement, can be radically eliminated. Although it does not provide as much assurance as this proposal, which guarantees termination on union grounds, it can be presented as a secondary proposal in which the employer should pay job security compensation to the employee if the employee is not reinstated. In order for this to be realised, it would be sufficient to remove the sentence "However, in the event that the employee is not reinstated, the compensation specified in the first paragraph of Article 21 of Law No. 4857 shall not be awarded" in paragraph 5 of Article 25 from

the law. This amendment may also be a relative solution to the problem of setting compensation at a lower amount without considering factors such as the economic power of the employers and the low wages of the workers, which are also criticised in the ECtHR judgement.

Giriş

Neo-liberal politikalara geçilmesiyle birlikte sosyo-ekonomik alanda büyük dönüşümler yaşanmıştır. Bu dönüşüm süreci beraberinde devlet mekanizmasının işlevinde de önemli değişimler gerçekleşmiştir. Devletlerin kamusal hizmet sunma, piyasaya müdahale etme, geliri yeniden dağıtma gibi sosyal refah sağlayan uygulamaları giderek daralmıştır. Bunun yerine özelleştirme, finansallaştırma, kuralsızlaştırma gibi sermaye birikimini hızlandıran uygulamalar yaygınlaşmıştır. Söz konusu dönüşümler, hukukun sermaye yanlı olarak yeniden düzenlenmesi yoluyla hayata geçmiştir. Nitekim çalışma yaşamına ilişkin mevzuatlar da daha ziyade sermaye sahiplerinin ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmiştir¹.

Son yıllarda giderek yaygınlaşan güvencesiz istihdam biçimlerine karşılık gelen yeni sözleşme türleri, ülkelerin çalışma yaşamıyla ilgili mevzuatlarında düzenlenmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), standart-dışı istihdam biçimleri olarak tanımladığı söz konusu çalışma pratiklerini ve bunlara dönük yasal düzenlemeleri ülke örnekleriyle düzenli olarak takip etmekte, sorunları belirleyip öneriler sunmaktadır². Türkiye özelinde de bilhassa 4857 sayılı İş Kanunu ile yeni sözleşme ve uygulama düzenlemeleri yapılarak bu türdeki istihdam biçimlerine yasal dayanak sağlanmış³, bunun sonucunda güvencesiz çalışma ilişkileri giderek artmıştır. Dolayısıyla son yıllarda çalışma yaşamına yönelik yapılan düzenlemelerle bir anlamda “güvencesizliğin hukuku” inşa edilmiştir⁴.

Güvencesizliğin hukukunun inşa edilmesiyle birlikte emeğin sermaye karşısındaki bireysel gücü zayıflatılmış ve bunun ötesinde işçiler için güvence, istikrar, refah gibi kazanımlar sağlayabilen kolektif kurumlar niteliğindeki sendikaların örgütlenme koşulları da daraltılmıştır⁵. Bu nedenle, gelinen noktada insan onuruna yaraşır çalışma koşullarına zemin hazırlayacak politikaların benimsenmesi ve düzenlemelerin yapılması gereksinimi daha fazla ortaya çıkmıştır.

Türkiye’de söz konusu dönüşüm süreçlerinin yaşanmasıyla birlikte hâlihazırda sendikali ve toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işçilerin oranının oldukça düşük olduğu dikkat çekmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın Ocak 2024

¹ Thomas I. Palley, ‘From Keynesianism to Neoliberalism: Shifting Paradigms in Economics’ in Alfredo Saad-Filho and Deborah Johnston (eds), *Neoliberalism: A Critical Reader* (Pluto Press 2005) 23

² International Labour Organization (ILO), ‘Publications on Non-Standard Forms of Employment’ (ilo.org n.d.) < <https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/publications/lang--en/nextRow--0/index.htm> > Erişim Tarihi 15 Şubat 2024

³ Aziz Çelik, ‘Yeni İş Yasasının Anlamı’ (2003/Eylül-Ekim) (48) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 41, 56-57; İnci Kuzgun, ‘Türkiye’de Esnek İstihdam Biçimlerinin Düzenlenmesi’ (2004) 22 (2) Hacettepe Üniversitesi İİBF Dergisi 20; Muzaffer Koç, ‘4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri’ (2016) 5 (7) İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi 2171

⁴ Murat Özveri, ‘Güvencesiz Çalışmanın Hukuki Dayanakları’ (2012) 2 (33) Çalışma ve Toplum Dergisi 147, 156

⁵ Aziz Çelik, ‘Eğreti Emek-Parçalanmış Sınıf’ (2007/Mayıs) (217) Birikim Dergisi 122, 130; Hasan Ejder Temiz, ‘Eğreti İstihdam: İşgücü Piyasasında Güvencesizliğin ve İstikrarsızlığın Yeni Yapılanması’ (2004) 2 (2) Çalışma ve Toplum Dergisi 61, 64; Aysen Tokol, ‘Yeni Standart Dışı Çalışma Şekilleri’ (2021) 23 (1) İş, GÜÇ Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi 7, 22

verilerine bakıldığında işçilerin %15'inin sendikalı olduğu görülmektedir⁶. Çalışma hayatında yaygın olan kayıt dışılık da hesaba katıldığında sendikalı işçi oranının esasen daha düşük olduğu bilinmektedir. Dahası, toplu iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin oranı ise yaklaşık %8 seviyesindeyken bu oran özel sektörde %5 gibi oldukça düşük bir düzeye kadar inmektedir⁷. Tüm bu olgulardan hareketle, Türkiye'de sendikalaşmanın önünü açacak yasal düzenlemelerin yapılmasına ziyadesiyle ihtiyaç olduğu net bir şekilde görülmektedir.

Bu çalışmada, ülkemizde sendika özgürlüğü güvencesinin geliştirilmesine katkı sağlamak amaçlanmıştır. Söz konusu amaç doğrultusunda doküman analizi yöntemi benimsenmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (STİSK) sendika özgürlüğü güvencesini düzenleyen 25. maddesinin eksikliği ortaya koyulmuş ve bu eksikliği gidermek üzere önerilerde bulunulmuştur. Çalışmada öncelikle güvencesiz çalışma olgusu ele alınmış, sonra sendika özgürlüğü güvencesi ile ilgili kavramsal çerçeve çizilmiş ve bu husustaki uluslararası sözleşmelere değinilmiştir. Ardından Kanun'un ilgili maddesinin fıkraları aktarılmış ve madde daha anlaşılır kılınmıştır. Sonrasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Tek Gıda-İş Sendikası'nın başvurusu üzerine vermiş olduğu karar önemli bir emsal olarak incelenmiştir. Son olarak ise ilgili maddeye yönelik sorunlar açıklanmış ve etkili bir sendika özgürlüğü güvencesi için maddenin değiştirilmesine dönük çözüm önerileri sunulmuştur.

I. Güvencesiz Çalışma

Neo-liberal yeniden yapılanma süreci çalışma ilişkilerinde güvencesizliği giderek norm hâline getirmiştir. Bu dönemde benimsenen birikim rejimi, sermayeyi ulusal ve/veya küresel düzeyde hızla genişletmek üzerine kurulmuştur. Bu bağlamda işgücünün hem mümkün olduğunca düşük maliyetle kullanılması hem de sürekli değişen piyasa koşullarına olabildiğince uyumlu kılınması sermaye için büyük önem arz etmiştir. Bundan dolayı 1970'li yıllardan itibaren çalışma yaşamında tipik, düzenli, standart istihdam biçimleri yerine atipik, eğreti, standart-dışı denilen istihdam biçimlerine yönelim olmuştur. Diğer bir ifadeyle emek piyasasında görece refah sağlayan, tam zamanlı, sürekli işler azalırken düşük ücretli, kısmi zamanlı, geçici işler yaygınlaşmıştır⁸.

İşverenlerin işçileri istedikleri zamanda, miktarda ve tarzda çalıştırabilmelerini sağlayan bu yeni istihdam biçimleri "esneklik" kavramı altında farklılaşan fakat "güvencesizlik" kavramı ekseninde aynılaştan yönleriyle açıklanmaktadır⁹. Öyle ki

⁶ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB), 'İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayıları Hakkında Tebliğler (2024 Ocak Ayı İstatistiği)' (cs.gb.gov.tr t.y.) < <https://www.cs.gb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler/> > Erişim Tarihi 16 Şubat 2024

⁷ DİSK Araştırma Merkezi (DİSK-AR), *AKP Döneminde ve Başkanlık Rejiminde İşçiler Neler Kaybetti? (2002-2023)* (DİSK Yayınları Mayıs 2023) 35-36

⁸ Guy Standing, *The Precariat: The New Dangerous Class* (Bloomsbury Academic 2011) 27, 31, 32

⁹ Metin Özügürlü, 'TEKEL Direnişi: Sınıflar Mücadelesi Üzerine Anımsamalar' iç Gökhan Bulut (ed) *Tekel Direnişinin İşğinde Gelenekselden Yeniye İşçi Sınıfı Hareketi* (Nota Bene Yayınları 2010) 46-47

her bir işyerinde bu istihdam biçimlerinin kurulu organizasyon yapısına uygun olanı tercih edilmekte fakat genele bakıldığında bunların hangisi tercih edilirse edilsin emek gücü için değişmeyen olgunun güvencesizlik olduğu görülmektedir.

Güvencesizlik kavramı, en genel ifadesiyle, iş güvencesi ve sosyal koruma mekanizmalarından yoksun olmak ve bu sebeple çalışma ve hayat koşulları açısından sürekli belirsizlik içerisinde yaşamak anlamına gelmektedir¹⁰. Boyutlarına bakıldığında ise kavram daha geniş çerçevede anlaşılır olmaktadır. Güvencesizliğin boyutları arasında işin kaybedilme riskinin yüksek olması, bireysel ve toplu pazarlık imkânının düşük olması, sosyal güvenlik haklarından iş sağlığı önlemlerine dek birçok koruma mekanizmasının kısıtlanması ve ücretlerin oldukça düşük tutulması gibi durumlar sıralanmaktadır¹¹.

Neo-liberal dönemde güvencesiz istihdam biçimleri yaygınlaşırken bunun hukuktaki karşılığı olan yeni sözleşme ve uygulama tipleri de ülkelerin çalışma mevzuatlarında hızla yerini almıştır. Geline nokta güvencesiz çalışma pratikleri, küresel düzeyde yükselen bir olgu hâline gelmiştir. Öyle ki ILO, kilit çalışanlar olarak tanımladığı sağlık, gıda, güvenlik, ulaştırma gibi sektörlerdeki çalışanlar arasında dâhi geçici sözleşme türlerinin, düzensiz mesai saatlerinin, düşük ücretlerin ve sendikasızlığın dünya genelinde oldukça yaygın olduğunu raporlamıştır. Raporu bu kesimlerin üçte birinin geçici sözleşmeyle çalıştığı, yine yaklaşık üçte birinin düşük ücret kazandığı ve yalnızca %16'sının sendikalı olduğu belirtilmiştir¹².

Türkiye'de de neo-liberal politikalara geçilmesiyle birlikte benzer olgular görülmüştür. Güvencesiz çalışma biçimleri 1980'li yıllardan itibaren görünürlüğünü artırmış, 2000'li yıllarda ise ivme kazanmıştır. Zira 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile kısmi süreli çalışma, belirli süreli çalışma, ödünç iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışma, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi gibi esnek çalışmanın önünü açan sözleşme ve uygulama tipleri düzenlenerek çalışma yaşamında güvencesizliğin meşruiyeti sağlanmıştır¹³. Örneğin son yıllarda giderek yaygınlaşan belirli süreli iş sözleşmeleri işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemektedir¹⁴.

¹⁰ Hans De Witte, 'Job Insecurity and Psychological Well-Being: Review of the Literature and Exploration Fo Some Unresolved Issues' (1999) 8 (2) European Journal of Work and Organizational Psychology 156; Şebnem Oğuz, 'Tekel Direnişinin Işığında Güvencesiz Çalışma/Yaşama: Proletaryadan "Prekarya"ya mı?' (2011) 35 (271) Mülkiye Dergisi 7, 9

¹¹ Gerry Rodgers, 'Precarious Work in Western Europe: The State of The Debate' in Gerry Rodgers and Janine Rodgers (eds), *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe* (ILO Publications 1989) 3

¹² ILO, *World Employment and Social Outlook: The Value of Essential Work* (ILO Publications 2023) xx-xxi, 75

¹³ Çelik (n 3) 58-62

¹⁴ Kanun'un 18. maddesinde yer alan "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kademi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren... geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır" hükmünden anlaşılacağı üzere iş güvencesinden yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bahsi geçen diğer şartları da sağlamak suretiyle yararlanabilmekte, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ise güvenceden yoksun bırakılmaktadır. Bu konuda bkz İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134.

Anlatılan çerçevede, DİSK Araştırma Merkezi (DİSK-AR) tarafından yapılan “Türkiye İşçi Sınıfının Görünümü” başlıklı saha araştırması Türkiye’de çalışma yaşamının güvencesizliğine dair önemli bulgular sunmaktadır. Araştırma kapsamında örneklemedeki işçilere ‘çalışma hayatının en önemli sorunları’ çok cevaplı soru olarak yöneltilmiştir. Verilen cevaplarda “düşük ücret” (%77,4), “işsizlik” (%75,4), “sigortasız çalışma” (%46,7), “uzun çalışma saatleri” (%43,7) ve “iş kaybetme endişesi” (%39,1) ilk sıralarda yer almıştır¹⁵. İşçilerin bilhassa işsizlik, sigortasız çalışma ve iş kaybetme endişesine yaptıkları vurgu birlikte ele alındığında güvencesizliği çok yüksek düzeyde deneyimledikleri anlaşılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında söylenebilir ki günümüzde güvencesizliği bizzat deneyimleyen, güvencesizlik riskiyle her an karşı karşıya olan geniş bir işçi kitlesi mevcuttur. İşsizler ile güvencesiz çalışanların varlığı, işçiler ile görece güvenceli çalışanların ücretlerini baskılamakta ve güvencelerini sarsmaktadır. Böylelikle, hukukun bir anlamda güvencesizliğin hukuku olarak yeniden inşa edilmesinin yansımaları olarak “akışkan bir güvencesizlik” olgusu çalışma yaşamında hüküm sürmektedir¹⁶.

Çalışma yaşamında güvencesizlik arttıkça işçilerin işverenler karşısındaki bireysel pazarlık güçleri de hızla azalmaktadır. Buradan hareketle, kolektif sendikal hakların daha fazla yaygınlaşmasının işçilerin güvencelerini önemli ölçüde arttıracakını söylemek olanaklıdır. Dolayısıyla çalışma yaşamında güvence düzeyini yükseltmek için sendikaların güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu yüzden sendika özgürlüğü güvencesinin geliştirilmesi büyük önem arz etmektedir.

II. Sendika Özgürlüğü Güvencesi

Sendikalar, işçilerin haklarını korumak ve çalışma koşullarını iyileştirmek amacıyla kurdukları birliklerdir¹⁷. İşçilerin çalışma ilişkileri içerisindeki oranı dikkate alındığında, sendikalar geniş toplum kesimlerinin potansiyel temsilcileri hâline gelmektedir¹⁸. Sendikaların hukuki meşruiyeti, sendika özgürlüğü kavramıyla karşılık

¹⁵ DİSK-AR, *Türkiye İşçi Sınıfının Görünümü: İşçilerin Çalışma ve Yaşam Koşulları ile Kanaat, Deneyim ve Tutumları Alan Araştırması* (DİSK Yayınları 2020) 67

¹⁶ Bauman, modern çağın güncel durumunu analiz ederken “akışkanlık” kavramını özellikle kullanır. Zira akışkanların katıların aksine belirli şekillerinin olmaması, mekânsal ve zamansal açıdan sabit konularının bulunmaması ve temas ettiklerinde katıların değişime uğratması ile modernitenin ulaştığı aşamada yaşamın birçok alanında belirsiz, geçici, esnek ilişkileri yaygınlaştırması arasında benzerlik kurar. Bu hususta bkz Zygmunt Bauman, *Akışkan Modernite*, (Çev. Sinan Okan Çavuş), (1. Baskı, Can Yayınları 2017) 25-26. Bauman, çalışma yaşamındaki güvencesizliği de bu minvalde yorumlar: “hiç kimse, bir sonraki ‘küçülme’, ‘yeniden yapılanma’ ya da ‘verim yükseltme’ dalgasından, pazarın sürekli ve düzensiz şekilde değişen taleplerinden ve ‘rekabet gücünü artırma’, ‘üretkenlik’ ve ‘verimlilik’ gibi hedeflerin tuhaf ama aynı zamanda karşı konulamaz, başa çıkması neredeyse imkansız baskısından muaf olacağını düşünmez (...) Dolayısıyla, zaten işten çıkarılmış olanlardan tutun, başkalarını işten çıkaranlara kadar herkes vazgeçilmez olmadığının, her an kapı önüne konulabilecek kadar değerlessiz olduğunun farkındadır. En prestijli pozisyonların bile geçici ve ‘bir sonraki bildirime kadar’ olduğunun anlaşılması ana meselesidir.” Alıntı için bkz Bauman (n 16) 236

¹⁷ Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku II – Toplu İş İlişkileri Hukuku*, (1. Baskı, Gazi Kitabevi 2022) 4; Ahmet Nizamettin Aktay ve Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku*, (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 25-27

¹⁸ Cahit Talas, *Sosyal Ekonomi* (6. Baskı, S Yayınları 1983) 171-172

bulmaktadır¹⁹. Sendika özgürlüğü; işçilerin sendika kurabilmelerini, sendikaya üye olabilmelerini, sendikal faaliyette bulunabilmelerini ve istedikleri zaman sendika üyeliklerine son verebilmelerini ifade etmektedir. Bu bağlamda sendika kurabilmek, sendikaya üye olabilmek ve sendikal faaliyette bulunabilmek pozitif sendika özgürlüğü kavramını; sendikaya üye olmamak veya var olan üyeliği sona erdirebilmek ise negatif sendika özgürlüğü kavramını açıklamaktadır. Birey temelli şekillenen bu haklar bireysel sendika özgürlüğü diye tanımlanır iken sendikaların tüzel kişilik olarak kurulabilmeleri, varlıklarını koruyabilmeleri, kendilerine özgü faaliyetlerde bulunabilmeleri ise kolektif sendika özgürlüğü diye tanımlanmaktadır²⁰. Hemen belirtmek gerekir ki bireysel ve kolektif sendika özgürlükleri, toplumsal koşullara göre birlikte gelişme ya da gerileme gösteren ayrılmaz olgulardır.

Sendika özgürlüğü; en önemli uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş, evrensel boyutu olan temel bir hak niteliğindedir. ILO'nun 87 No'lu Sözleşmesi'nde sendika özgürlüğü ve sendikalaşma hakkı, 98 No'lu Sözleşmesi'nde ise örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı belirlenmiştir²¹. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesinde sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı tanınmıştır²². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 11. maddesinde dernek kurma hakkının sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarını da içerdiği belirtilmiştir²³. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. bölümünün 5. ve 6. maddelerinde ise çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarları doğrultusunda örgütlenme özgürlüğüne ve toplu pazarlık hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır²⁴. Sendika özgürlüğü, bu temel sözleşmelerin dışındaki pek çok uluslararası belgede de düzenlenmiş ve beraberinde ulusal mevzuatlarda da yer edinmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 51. maddesinde çalışanların ve işverenlerin serbestçe sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendika üyeliğinden ayrılma haklarının olduğu ifade edilerek sendika özgürlüğü güvencesi tanımlanmıştır.

Uluslararası sözleşmelerde ve Anayasada düzenlenmiş olması çok önemli bir kazanım olmakla birlikte sendika özgürlüğü güvencesinin uygulanması ancak ilgili

¹⁹ Sayım Yorğün, 'Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi' (2016) 3 (50) Çalışma ve Toplum Dergisi 1171, 1173

²⁰ Metin Kutsal, 'Sendika Hürriyeti' (1962) (13) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 99, 105-110; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (6. Baskı, Beta Yayınları 2004) 169; Tankut Centel ve A. Murat Demircioğlu, *İş Hukuku* (17. Baskı, Beta Yayınları 2013) 211-213; Nuri Çelik, Nurşen Canıklıoğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (35. Baskı, Beta Yayınları 2022) 826-827; Erçan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 38-40; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (15. Baskı, Beta Yayınları 2024) 160

²¹ ILO, 'Conventions and Recommendations' (ilo.org n.d.) < <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024

²² Birleşmiş Milletler/United Nations (UN) 'Universal Declaration of Human Rights' (un.org n.d.) < <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024

²³ Council of Europe, 'European Convention on Human Rights' (echr.coe.int n.d.) < <https://www.echr.coe.int/european-convention-on-human-rights> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024

²⁴ Council of Europe, 'European Social Charter (Revised)' (coe.int n.d.) < <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=163> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024

kanun çerçevesinde somutlaştırılabilir. Ulusal hukuk düzeninin uluslararası hukuk kaideleriyle çelişmemesi gerektiği teoride kabul edilse dahi kimi zaman pratikte çelişkiler görülebilmekte, uluslararası düzeyde tanınmış olan bir hak ulusal düzeyde kullanılamaz hâle gelebilmektedir. Bu bağlamda Anayasanın 90. maddesinde milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda milletlerarası antlaşmalar ile kanunlar çeliştiğinde ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlık hâllerinde milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. bölümünün 5. ve 6. maddelerine çekince koymakla birlikte yukarıda vurgu yapılan uluslararası belgelere taraftır²⁵. Buna karşın sendika özgürlüğü güvencesinin etkin kullanımına ilişkin kanundan kaynaklı sorunlar yaşanmaktadır. Bu nedenle 6356 sayılı Kanun'un sendika özgürlüğü güvencesini düzenleyen ilgili maddesinin değerlendirilmesi büyük önem arz etmektedir.

III. 6356 Sayılı Kanun'da Sendika Özgürlüğü Güvencesi ve 25. Maddeye İlişkin Sorunlar

A. Kanun'da Sendika Özgürlüğü Güvencesi

Sendika özgürlüğü güvencesi Kanun'un 25. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde "sendika özgürlüğünün güvencesi" başlığını taşımakta ve dokuz fıkradan oluşmaktadır.

Maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında; işe alım, iş ilişkisinin devamı ve işin sona ermesi aşamalarında işçilerin pozitif ve negatif sendika özgürlükleri tanımlanmış ve işverenlerin sendikal nedenle ayrımcılık yapmaları ve iş sözleşmesini feshetmeleri yasaklanmıştır. Nitekim, işverenlerin bu hükümlere aykırı davranmaları hâlinde sendikal tazminat ödemek zorunda oldukları da dördüncü fıkrada ifade edilmiştir²⁶.

Beşinci fıkrada, olası bir sendikal fesih durumunda fesih sonrasındaki sürece ilişkin hükümler ortaya koyulmuştur. Buna göre, iş sözleşmesi sendikal nedenle

²⁵ Bu hususta bkz RG 09.04.2007/26488.

²⁶ Yargıtay'ın, sendikal tazminat talebini fesihle sınırlayan yerel mahkeme hükmünü bozduğu ve iş ilişkisi devam ederken sendikal tazminat istenebileceğini ifade ettiği kararı için bkz Yargıtay 9 HD, E. 2016/9512 K. 2019/17896 10.10.2019.

feshedilen işçi işe iade davası açabilir²⁷. Sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği mahkeme tarafından tespit edilen işçi, sendikal tazminata²⁸ ve bunun yanı sıra işe başlama başvurusu yapmak şartıyla en çok dört aya kadar olan boşta geçen sürelerle ilişkin ücrete hak kazanır. Sendikal tazminat için işe başlama başvurusu yapma koşulu yoktur²⁹. Ayrıca, işe başlama başvurusu yapan işçiye işverenin olumsuz tutumunda iş güvencesi tazminatına hükmedilemez.

Maddenin altıncı ve yedinci fıkralarında sendikal nedenle ayrımcılık davalarında tarafların ispat yükümlülükleri belirlenmiştir. İşçi iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla dava açtığında işveren feshin nedenini ispat etmek zorundadır. Fakat, işverenin ileri sürdüğü nedenin gerçeği yansıtmadığını iddia eden işçi bu defa feshin sendikal nedene dayandığını kendisi ispat etmekle mükelleftir³⁰. İşçi fesih dışında sendikal nedenle ayrımcılık yapıldığı iddiasında ise öncelikle bunu ispatla yükümlüdür. Ancak, işçinin sendikal nedenle ayrımcılık yapıldığına dair kuvvetli göstergeler sunmasının akabinde bu defa işveren davranışının nedenini ispat etmek mecburiyetindedir.

Sevizinci fıkrada bu maddedeki hükümlere aykırı olan sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu belirtilerek madde hükümlerinin mutlak emredici niteliği ortaya

²⁷ 6356 sayılı Kanun'un meclis görüşmeleri sırasında, meclise verilen değişiklik önergesiyle sendikal tazminat talepli dava hakkından iş güvencesi kapsamında olmayan çalışanların faydalanmasını önüne geçilmiştir. Kanun'un yürürlüğe girmesi sonrasında ise Yargıtay, önemli bir karar vererek, sendika özgürlüğünün Anayasa ile güvence altına alındığını ve sendika özgürlüğü güvencesinden tüm çalışanların yararlanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Bu konuda bkz Yargıtay 9 HD, E.2013/13993 K. 2014/10049 25.03.2014; Yargıtay 9 HD, E.2014/31309 K.2014/30175 20.10.2014. Ayrıca bkz Murat Özveri, Türkiye İşçi Hukuku – Cilt 2 (E. Ceren Özveri Eğitim ve Dayanışma Vakfı 2023) 1367-1369. Yargıtay'ın görüşleriyle uyumlu olarak Anayasa Mahkemesi, 22 Ekim 2014 tarihinde verdiği kararla, 25. maddenin 4. fıkrasında yer alan “fesih dışında” ifadesini ve 5. fıkradaki “18. madde” ibaresini iptal etmiştir. Bu kararla, sendikal tazminat gerektiren hâllere sendikal fesih de dâhil edilmiş ve sendikal tazminat talepli davanın iş güvencesine sahip işçilerle sınırlanması engellenmiştir. Bu hususta bkz Anayasa Mahkemesi (AYM), E.2013/1 K.2014/161, 22.10.2014, RG. 11.11.2015/29529. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı; iş güvencesine sahip olmayan işçilere, yalnızca sendikal nedenle işe iade davası açma hakkının yolunu açmıştır. Bu konudaki değerlendirme için bkz Ömer Ekmekçi, ‘Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar’, (Mayıs 2016) 30 (3), Çimento İşveren Dergisi, 8-21.

²⁸ Sendikal ayrımcılığa maruz kalan bir işçi, sendikal tazminata ek olarak mevzuatta düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatı veya kötüniyet tazminatını talep edemez. Bu konuda bkz Ercan Akyiğit, ‘Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi’ (2013) 2 (37) Çalışma ve Toplum Dergisi 41, 80-81.

²⁹ Aslı Naneci Arıcı, ‘İşçi Sendika Özgürlüğünün Korunması’ (2023) 18 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 544; Şerife Çirçir Öztöpoğlu, ‘Sendika Özgürlüğü Güvencesi’ (2022) 3 (1) Toplum, Ekonomi ve Yönetim Dergisi 51

³⁰ Yargıtay içtihatlarına göre işverenin geçerli veya haklı nedeni ispat edememesi, tek başına işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği anlamına gelmez. Yargıtay kararlarında, sözleşmenin feshinde sendikal fesih karnelerinin varlığı ayrıca araştırılmaktadır. Bu hususta bkz Yargıtay 9 HD, E.2016/34331 K.2018/780 22.01.2018. Bu nedenle sendikal fesih iddiasındaki uyumsuzluk davası, somut olaya göre geçersiz veya haksız feshin sonuçlarını doğurabilirken sendikal fesih sonuçlarını yaratmayabilir.

koyulmuştur³¹. Dokuzuncu ve son fıkrada ise işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu haklarının korunduğu vurgulanmıştır.

B. AİHM'nin Türkiye'deki Sendika Özgürlüğü Güvencesi Düzenlemesi ile İlgili Kararı

AİHM, Türkiye'de sendika özgürlüğü güvencesi düzenlemesinin yetersizliğine dair önemli bir karar vermiştir³². Söz konusu karar, Tek Gıda-İş Sendikası'nın başvurusu üzerine verilmiştir. Sendika başvurusunda, Türkiye'deki kanunların ve mahkemelerin; sendikal nedenle işçilerin işten çıkarılmasına ve bunun sonucunda işyerlerinin sendikasızlaştırılmasına engel olmadığını ileri sürmüştür.

Başvuruya konu olan olay ise TUKAŞ Gıda'ya ait üç fabrikada 2003 yılında başlayan sendikal örgütlenmedir. Bu işletmede, toplu iş sözleşmesi bağlatmak için gereken sendika üye sayısının sağlandığı gerekçesiyle sendika tarafından Şubat 2004'te yetki tespiti başvurusu yapılmıştır. Daha sonra bakanlık 3 ay sonra olumlu yetki tespiti gerçekleştirmiştir. İşveren ise olumlu yetki tespitine itiraz etmiş ve kanun gereği yetki süreci durmuştur. Mahkemede, merkez ofis çalışanlarının sendikal örgütlenme için gereken sayının hesaplanmasına dahil edilip edilmeyeceği sorunu ihtilaf konusu olmuştur. Merkez ofis çalışanlarının ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolu kapsamında olmasına, bu nedenle gıda sanayii işkolunda faaliyet gösteren sendikanın bu çalışanları üye yapamamasına rağmen mahkeme, merkez ofisi işyerine bağlı eklenti olarak tanımlamış ve buna uygun olarak bu çalışanların da yetki tespiti için şart olan hesaplamada değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir³³. Sendikanın temyiz başvurusu üzerine Yargıtay ilk derece mahkemenin kararını onaylamış ve böylece yetki tespiti iptal edilmiştir.

³¹ Kanun'un 25. maddesinin sekizinci fıkrasında madde hükümlerinin değiştirilemeyeceğine yönelik bir cümle bulunmamaktadır. Yine bu fıkrada sadece ilk yedi fıkradaki hükümlerin aksine düzenlemeler yapılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu maddenin dördüncü fıkrasında sendikal tazminat miktarı ifade edilirken "bir yıldan az olmamak üzere" ibaresi vurgulanmıştır. Bu nedenlerden kaynaklı olarak kanunda öngörülmesi olan sendikal tazminat miktarının taraflarca artırılması olanaklıdır. Bu konuda bkz Ercüment Özkaraca, '6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler' (2013) 3 (38) Çalışma ve Toplum Dergisi 173, 210. Bu konuda Yargıtay ise işe başlatmama tazminatında uygulanan kıdem sürelerinin sendikal tazminatta da uygulanmasının, yani 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 1 yıllık, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 1 yıl 1 aylık, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 1 yıl 2 aylık ücreti tutarında sendikal tazminatın belirlenmesinin hakkaniyete uygun bir çözüm olduğunu belirtmektedir. Bkz Yargıtay 7 HD E.2015/9209 K.2015/5525 25.03.2015. Yargıtay'ın üst sınır belirlemesi ayrı bir tartışma konusunu teşkil etmekle birlikte yargı kararlarında sendikal tazminat tutarının ekseriyetle alt sınırdan belirlendiği görülmektedir. Bu konuda bkz Seda Özgül Ekiz, 'Bireysel Sendika Özgürlüğünün Güvencesi ve Yargıtay Kararları Işığında Özgürlüğe Aykırılığın Tespiti' (Nisan 2024) 15 (58) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 338-340

³² *Tek Gıda İş Sendikası v Turkey* App no. 35009/05 (ECHR, 4 April 2017).

³³ Ergin ve Ertan karar incelemesinde, yetki tespitinde ve yetki tespitine itiraz davalarında merkez ofisin durumunu ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştir. Bu incelemede; merkez ofis çalışanlarının 10 nolu işkolunda olmadığı gerekçesiyle işçi sendikasının olumlu yetki tespit yazısına itiraz eden işverenin, sendikanın yetki yazısı gelmeden önce bu çalışanların girdiği işkolunun tespiti talebinde bulunmamasının açık bir şekilde dürüstlük kuralının ihlali olduğuna, işçi sendikalarının ilgili bakanlık ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre örgütlenme çalışmaları yürüttüğüne, işkolu tespiti davasının toplu iş sözleşmesi yetkisi sürecinde bekletici neden sayılmadığı hukuk düzeninde işkolu tespitine bile konu olmamış merkez ofis çalışanlarının durumunun yetki sürecini durdurmasının çelişmesine, Yargıtay kararları doğrultusunda merkez ofisin işyerine bağlı eklenti sayılması için amaçta ve yönetimde birlik ilkelerine ek olarak coğrafi uzaklık ölçütünün de dikkate alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Değerlendirme için bkz Hediye Ergin ve Emre Ertan, 'Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde ve Yetki Tespitine İtiraz Davasında Merkez Ofisin Durumu' (2023) 3 (78) Çalışma ve Toplum Dergisi 2043-2068.

Yetki tespiti ile ilgili mahkeme süreçleri yukarıda açıklandığı gibi ilerlerken, 2004 yılı başından itibaren işveren sendikalı işçilere baskı yaparak işçileri sendika üyeliğinden ayrılmaya zorlamıştır. İşverenin bu hukuk tanımaz tutumuna boyun eğmeyen işçiler ise ekonomik nedenler ya da düşük performans gerekçeleriyle işten çıkartılmıştır. İşten çıkarılan işçilerin işe iade talepli dava açması üzerine mahkeme, sözleşme feshinin sendikal nedenlerle yapıldığına hükmetmiş ve işverenin işten çıkartılan işçilere sendikal tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay da ilk derece mahkemelerinin kararlarını onamıştır. TUKAŞ, mahkemenin hükmettiği sendikal tazminatı davacı işçilere ödemiş ve işçileri işe geri almamıştır.

Sendikanın örgütlenme süreci ve bu süreç içerisinde açığa çıkan ihtilafın iş hukukta ele alınışı yukarıda ifade edildiği gibi gelişmiştir. AİHM ise dosyayı iki başlıkta ele almıştır. Bunlardan biri, merkez ofis çalışanlarının çoğunluk tespitine dahil edilmesi sonucu sendikaya yetki belgesinin tanınmaması konusudur. Diğeri ise bu çalışmanın da temasını oluşturan işçilerin işten çıkartılması sonucu işyerlerinin sendikasızlaştırılması konusudur. Çalışmamızla ilgisi olan konu başlığında; AİHM, Türkiye'deki mevzuatın sendika hakkını güvence altına almada yetersiz olduğunu ortaya koyan bir karar vermiştir. Bu karara göre; işten çıkartılan işçilerin işe geri alınmaması veya işverenin sendika kırıcı davranışı nedeniyle caydırıcı tazminat ödememesi işçilerin sendikaya üye olmasında cesaret kırıcı bir tutuma neden olmuş ve böylece sendika toplu iş sözleşmesi bağlatmak için gereken sayısal çoğunluğa ulaşamamıştır. Ayrıca kararda uzun dava süreçlerinin de sendikasızlaşma sürecinde etkili olduğu tespit edilmiştir³⁴. AİHM, tüm bu nedenlerden kaynaklı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

C. Kanun'un 25. Maddesine İlişkin Sorunlar

AİHM kararında da vurgulandığı üzere, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesi bireysel sendika özgürlüğünü güvence altına almaktan uzaktır. Mevcut düzenlemenin temelde iki sorunlu yanı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sendikal nedenle işten çıkarıldığı mahkemece kesinleşen işçinin işe yeniden başlayıp başlamamasının işverenin inisiyatifinde olmasıdır. Yani anayasal hakkı işverence gasp edilen işçinin mutlak işe iade hakkının olmamasıdır³⁵. Kanun'un 25. maddesinin diğer problemleri yanı sıra sendikal sebeple sözleşmesi feshedilen çalışanların iş güvencesi hükümlerinden tam anlamıyla yararlanamamasıdır. Bu olgu; işe yeniden başlamak için başvuru yapan işçiyi, işverenin işe almadığında iş güvencesi tazminatı ödemek zorunda olmaması

³⁴ Uzun dava süreçleri, işçilerin anayasal sendika hakkını kullanılamaz hâle getirmektedir. Bu konuda sendikaların başvuruları üzerine Anayasa Mahkemesi farklı tarihlerde kararlar vermiştir. Bu kararların ortak yanı; yetki tespitine itiraz davalarının makul sürede sonuçlandırılmamasının, Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınmış sendika hakkının ihlali anlamına geldiği üzerinedir. Kararlar için bkz Anayasa Mahkemesi (AYM), B. 2016/13531, 15.12.2020; Anayasa Mahkemesi (AYM), B. 2016/13328, 19.11.2020, RG. 17/02/2021/31398; Anayasa Mahkemesi (AYM), B. 2020/34550, 15.02.2024, RG. 13.06.2024/32575.

³⁵ Murat Özveri, *Sendikal Haklar: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası* (Birleşik Metal-İş Yayınları 2012) 93.

nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Böylece kanun nedeniyle işe başlatmama tazminatına hükmedilemediğinden işveren için haksız yere sözleşmesini feshettiği işçiyi işe başlatması ya da başlatmaması arasında hiçbir farklılık bulunmamakta ve işveren adeta işçiyi geri almamaya teşvik edilmektedir³⁶.

Bireysel sendika özgürlüğünün güvence altına alınması yani işçinin anayasal hakkını kullanırken endişe duymaması, kolektif sendikal hakların kullanımının önünü de açacaktır. Böylece kolektif sendika özgürlüğü de güçlenecek ve ülkemiz çalışma ilişkilerinin bir gerçekliği haline gelen sendikasız ve toplu iş sözleşmesiz çalışma olgusu da tersine çevrilmeye başlayabilecektir. Bu nedenle 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin yeniden ele alınması ve sorun doğuran yanlarının çalışanların çıkarlarına uygun olarak değiştirilmesi güncel bir ihtiyaçtır ve aynı zamanda zaruretler.

IV. Etkili Bir Sendika Özgürlüğü Güvencesi İçin Kanun'un 25. Maddesine İlişkin Düzenleme Önerileri

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin bireysel sendika özgürlüğünü etkin bir biçimde güvence altına alabilmesi için atılması gereken ilk adım, sendikal nedenle sözleşmesi feshedilen işçinin işe iade hakkının mutlak hâle getirilmesidir. Bu şekilde yapılacak bir değişiklikle, çalışanın işe yeniden başlayıp başlamaması işverenin takdirinde olmaktan çıkacak ve sendika özgürlüğü hakkı etkin bir şekilde korunabilecektir. Kanun'un 24. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi bu konuda örnek teşkil edebilir. Bu maddeye göre; sözleşmesi haksız yere sonlandırılan işyeri sendika temsilcisinin mahkemece işe iadesine karar verilirse, temsilcilik süresini aşmamak kaydı ile fesih tarihi ile kesin karar tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir ve işe başlamak için başvuru yapan işçiyi işveren işe geri almak zorundadır. İşveren temsilciyi işe başlatmazsa kanunen iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilir ve temsilcilik süresince ücret ve diğer hakları ödenmeye devam eder³⁷. İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesi için düzenlenmiş bu haklar, sendika özgürlüğü güvencesini düzenleyen 25. maddeye de uyarlanırsa, AİHM kararında da eleştirilen sendikal nedenle işten atılan çalışanın mutlak işe iade hakkı olmaması sorunu kökten ortadan kaldırılabilecektir. Bu yönde bir değişiklik olursa, sendikal sebeple sözleşmesi sonlandırılan ve işe geri dönmek istemeyen işçi de 25. maddenin 4. fıkrasındaki hükme göre işe iade talebi olmadan sendikal tazminat isteminde bulunabilir. Böylece işe iade talebi de gerçek anlamına kavuşacak ve işe iade davası,

³⁶ Muhittin Astarlı, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sendika Hakkının Etkili Korunmasına İlişkin Tek Gıda-İş Sendikası/ Türkiye Kararı ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar' (2019) 2 (61) Çalışma ve Toplum Dergisi, 1237, 1248-1249.

³⁷ İşyeri sendika temsilcisinin güvencesinin eksikliğine dair öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. İşyeri sendika temsilcilerinin temsilcilik süresi biter bitmez bu güvenceden yararlanamaması ve bu nedenle işverenlerin uzlaşmazlık içerisinde olduğu temsilciyi görev süresi sonrasında hemen işten çıkarabilmesi bu maddeye yönelik eleştirilerin başında gelmektedir. Bu nedenle temsilcilik süresi sonrası makul bir süre daha temsilcinin güvenceden faydalanmaya devam edebilmesi, işyeri sendika temsilcisinin güvencesini daha fazla artıracaktır. Bu hususta bkz Nazlı Çoban 'İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı Korunması' (2020) 78 (1) Ankara Barosu Dergisi 93, 112-113.

işten çıkartıldığı işyerinde işine sendikalı bir şekilde çalışmaya devam etmek isteyen işçilerin tercihi olacaktır.

Yukarıda ifade edilen çözüm önerisi, sendikal nedenli fesihlere karşı gerçek bir güvence niteliğindedir. Bu düzeyde bir güvence sağlamasa da işverenin işçiyi işe başlatmadığı durumda iş güvencesi tazminatı ödemesi gerekliliği ikincil bir öneri olarak sunulabilir. Bu durumun gerçekleşmesi için, 25. maddenin 5. fıkrasında yer alan “Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanun’un 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez” cümlesinin kanundan çıkarılması yeterli olacaktır. Kanun metninde yer alan bu ifadenin gerekçesi olarak işverenin bir fiilinden kaynaklı iki ayrı yaptırıma maruz kalmaması gösterilmektedir³⁸. Bu gerekçe, sendikal olduğu için bir işçinin işten çıkarılması ile mahkemece haklılığı kesinleşen işçinin işe iade talebinin kabul edilmemesini aynı fiil olarak tanımlamaktadır. Bu bakış açısı iki nedenden kaynaklı hatalıdır. İlk neden, sendikal tazminatın iş ilişkisinin sona ermesi ile sınırlanamayacağına dayanmaktadır. Teoride, iş ilişkisi devam ederken sendikal ayrımcılığa maruz kalan bir işçinin de işvereninden sendikal tazminat alabilme ihtimali bulunmaktadır. Ya da işe sendikal olduğu için alınmayan bir işçi de kanuna dayanarak sendikal tazminat isteminde bulunabilir. Kapsamı bu şekilde geniş olan sendikal tazminat, 4857 sayılı Kanun’un 21. maddesinde düzenlenmiş iş sözleşmesinin haksız ya da geçersiz nedenle feshedilmesi karşısında iş güvencesi hükümlerinden faydalanan işçinin işe başlatılmaması tazminatı ile eşdeğer nitelikte görülemez. İkinci neden ise sendikal ayrımcılığın ceza hukuku açısından da suç teşkil etmesi ile ilgilidir. Türk Ceza Kanunu’nun 118. maddesine göre bir kimsenin sendikal haklarını kullanmasını ya da sendikal kuruluşun faaliyetlerde bulunmasını engelleyen kişiler hapis cezası ile cezalandırılır. Ceza hukukunda suç olan bir davranışın gerçekleştirilmesi ile işe başlatmamasının bedeli olarak işverenin tazminat ödemesini aynı fiil olarak görmek akla yatkın bir olgu değildir. Bu iki nedenin de belirgin bir şekilde gösterdiği üzere, daha etkin bir güvence getirilmese bile kanundaki bir cümlenin çıkartılması ile sendikal ayrımcılığa maruz kalmış işçilerin işe başlatılmadığı durumda; İş Kanunu’nun ilgili maddesine göre tazminat alabilmesi akla ve hukuka uygun olandır. Bu değişiklik; AİHM kararında da eleştirilen işverenlerin ekonomik gücü, işçilerin ücretlerinin düşüklüğü gibi faktörler dikkate alınmadan tazminatın alt tutarda belirlenmesi sorununa da nispeten çözüm olabilir.

Sonuç

Sendika özgürlüğü kavramı; işçilerin sendika kurabilmeleri, sendikaya üye olabilmeleri, sendikal faaliyette bulunabilmeleri ve diledikleri zaman sendika

³⁸ M. Engin Sanal, ‘Bireysel Sendika Özgürlüğünün Türkiye’de 2821 ve 6356 Sayılı Yasalarda Sendikal Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi Bağlamında Güvencesi’ (2015) 2 (69) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 99, 117.

üyeliklerine son verebilmeleri gibi faaliyetleri içermektedir. Evrensel ve anayasal bir hak niteliğinde olan sendika özgürlüğü güvencesinden ülkemizde 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin sorunlu yapısından dolayı tam anlamıyla yararlanılamamaktadır. Hak ve özgürlüklerin ancak mevzuat kapsamındaki tüm yasal düzenlemelerin uyumlu olması hâlinde anlamlı ve işlevsel olabileceği dikkate alındığında söz konusu sorunlu yapının düzeltilmesi gerekmektedir. Nitekim bu çalışmada bahsi geçen kanunun ilgili maddesinin bu bağlamda yeniden değerlendirilmesi konu edinilmiştir.

Çalışmada, kanunun ilgili maddesindeki iki temel problem görünür kılınmıştır. Bunlardan biri, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedildiği mahkemece kesinleşen işçinin işe tekrar alınıp alınmamasının işverenin inisiyatifine bırakılmasıdır. Kısacası işçinin mutlak işe iade hakkından mahrum kalmasıdır. Diğeri ise iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedildiği anlaşılıp işe tekrar başlamak için başvuru yapan işçinin işe başlatılmaması durumunda, işverenin işe başlatmama tazminatı ödemek zorunda olmamasıdır. Başka bir ifadeyle işçinin iş güvencesi hükümlerinden yoksun bırakılmasıdır. Sendikal fesihlerde işçiyi tekrar işe almak ile almamak arasında bir fark gözetilmediğinden, yasal düzenleme işverenin işçiyi işe almamasının önünü açmaktadır.

Bu problemleri gidermek ve dolayısıyla işçinin sendika özgürlüğü güvencesini geliştirmek için çalışmada iki öneri sunulmuştur. Birincil öneri, kanunun ilgili maddesinin yine Kanun'un 24. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilcisinin güvencesi örnek alınarak değiştirilmesidir. Böylelikle iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, işyeri sendika temsilcisine benzer olarak, işe tekrar alınıp alınmaması hususunun işverenin inisiyatifinden çıkartılması sayesinde eğer isterse işe başlayabilecektir. Akabinde fesih tarihi ile işe başlama tarihi arasındaki süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını alabilecektir. İşe başlatılmazsa iş ilişkisi sürüyor kabul edilerek ücret ve diğer haklara sahip olmaya devam edecektir. Öte yandan, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi eğer istemezse işe başlamayacak ve işe iade talebinde bulunmaksızın sendikal tazminata hak kazanabilecektir.

Yukarıda ifade edilen çözüm önerisi, sendikal nedene dayalı fesihlere karşı gerçek bir güvence sağlayacaktır. Aynı düzeyde bir güvence sağlamasa dahi iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçiyi işe tekrar almayan işverenin işe başlatmama tazminatı ödemesi ikincil bir öneri olarak sunulabilir. Neticede her iki önerinin de AİHM'nin Tek Gıda-İş Sendikası'nın başvurusu üzerine vermiş olduğu kararda yer alan iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçinin mutlak işe iade hakkı olmaması ve işçi karşısında sermaye gücüne sahip olan işverenin en alt tutarda tazminat ödüyör olması yönündeki eleştirilerini dikkate alan nitelikte olduğu çalışmada vurgulanmıştır.

Bu çalışmaya benzer şekilde sendikal güvencelerin geliştirilmesi için çözüm önerileri sunan bilimsel çalışmaların artması, iş hukuku mevzuatının emek yanlı

olarak yeniden düzenlenmesine yol açabilir. Bu tür düzenlemelerin hayata geçmesiyle birlikte bireysel ve kolektif sendika özgürlükleri güçlenebilecek ve güvenceli, sendikalı ve toplu iş sözleşmeli çalışma ilişkileri yaygınlaşabilecektir. Böylelikle, toplum içerisinde işçilerin oranı düşünüldüğünde sosyal refah düzeyinin yükseleceği net bir şekilde söylenebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: xx.; Veri Toplama: xx.; Veri Analizi /Yorumlama: xx.; Yazı Taslağı: xx.; İçerigin Eleştirel İncelemesi: xx.; Son Onay ve Sorumluluk: xx

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: xx.; Data Acquisition: xx.; Data Analysis/ Interpretation: xx.; Drafting Manuscript: xx.; Critical Revision of Manuscript: x.; Final Approval and Accountability: xx.

Bibliyografya/Bibliography

- Aktay A N ve Özdemir Ertürk O, *Toplu İş Hukuku*, (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Akyiğit E, *Toplu İş Hukuku*, (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Akyiğit E, 'Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi' (2013) 2 (37) *Çalışma ve Toplum Dergisi* 41-90.
- Arıcı K, *Türk İş Hukuku II – Toplu İş İlişkileri Hukuku*, (1. Baskı, Gazi Kitabevi 2022).
- Astarlı M, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sendika Hakkının Etkili Korunmasına İlişkin Tek Gıda-İş Sendikası/Türkiye Kararı ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar' (2019) 2 (61) *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 1237-1258.
- AYM, E.2013/1 K.2014/161, 22.10.2014.
- AYM, B. 2016/13531, 15.12.2020.
- AYM, B. 2016/13328, 19.11.2020.
- AYM, B. 2020/34550, 15.02.2024.
- Bauman Z, *Akışkan Modernite*, (Çev. Sinan Okan Çavuş), (1. Baskı, Can Yayınları 2017).
- Centel T ve Demircioğlu A M, *İş Hukuku* (17. Baskı, Beta Yayınları 2013)
- Council of Europe, 'European Convention on Human Rights' (echr.coe.int n.d.) < <https://www.echr.coe.int/european-convention-on-human-rights> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Council of Europe, 'European Social Charter (Revised)' (coe.int n.d.) < <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=163> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Çelik A 'Eğreti Emek-Parçalanmış Sınıf' (2007/Mayıs) (217) *Birikim Dergisi* 122-133.
- Çelik A 'Yeni İş Yasasının Anlamı' (2003/Eylül-Ekim) (48) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 41-71.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (35. Baskı, Beta Yayınları 2022).
- Çırçır Öztöpcüoğlu Ş, 'Sendika Özgürlüğü Güvencesi' (2022) 3 (1) *Toplum, Ekonomi ve Yönetim Dergisi* 40-57.

- Çoban N, 'İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı Korunması' (2020) 78 (1) Ankara Barosu Dergisi 93-153.
- ÇSGB, 'İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayıları Hakkında Tebliğler (2024 Ocak Ayı İstatistiği)' (csqb.gov.tr t.y.) < <https://www.csqb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler/> > Erişim Tarihi 16 Şubat 2024.
- De Witte H, 'Job Insecurity and Psychological Well-Being: Review of the Literature and Exploration Fo Some Unresolved Issues' (1999) 8 (2) European Journal of Work and Organizational Psychology 155-177.
- DİSK-AR, *AKP Döneminde ve Başkanlık Rejiminde İşçiler Neler Kaybetti? (2002-2023)* (DİSK Yayınları Mayıs 2023).
- DİSK-AR, *Türkiye İşçi Sınıfının Görünümü: İşçilerin Çalışma ve Yaşam Koşulları ile Kanaat, Deneyim ve Tutumları Alan Araştırması* (DİSK Yayınları 2020).
- Ekmeççi Ö, 'Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar' (Mayıs 2016) 30 (3) Çimento İşveren Dergisi 8-21.
- Ergin H ve Ertan E, 'Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Tespitinde ve Yetki Tespitine İtiraz Davasında Merkez Ofisin Durumu' (2023) 3 (78) Çalışma ve Toplum Dergisi 2043-2068.
- ILO, 'Conventions and Recommendations' (ilo.org n.d.) < <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- ILO, 'Publications on Non-Standard Forms of Employment' (ilo.org n.d.) < <https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/publications/lang--en/nextRow--0/index.htm> > Erişim Tarihi 15 Şubat 2024.
- ILO, *World Employment and Social Outlook: The Value of Essential Work* (ILO Publications 2023).
- İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134.
- Koç M, '4857 Sayılı İş Kanunundaki Esneklik Düzenlemeleri ve Uygulama Problemleri' (2016) 5 (7) İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi 2169-2192.
- Kutal M, 'Sendika Hürriyeti' (1962) (13) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 99-116.
- Kuzgun İ, 'Türkiye'de Esnek İstihdam Biçimlerinin Düzenlenmesi' (2004) 22 (2) Hacettepe Üniversitesi İİBF Dergisi 17-31.
- Naneci Arıcı A, 'İşçi Sendika Özgürlüğünün Korunması' (2023) 18 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511-572.
- Oğuz Ş, 'Tekel Direnişinin Işığında Güvencesiz Çalışma/Yaşama: Proletaryadan "Prekarya"ya mı?' (2011) 35 (271) Mülkiye Dergisi 7-24.
- Özgül Ekiz S, 'Bireysel Sendika Özgürlüğünün Güvencesi ve Yargıtay Kararları Işığında Özgürlüğe Aykırılığın Tespiti' (Nisan 2024) 15 (58) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 327-354.
- Özkaraca E, '6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler' (2013) 3 (38) Çalışma ve Toplum Dergisi 173-216.
- Özğurlu M, 'TEKEL Direnişi: Sınıflar Mücadelesi Üzerine Anımsamalar' iç Gökhan Bulut (ed) *Tekel Direnişinin Işığında Gelenekselden Yeniye İşçi Sınıfı Hareketi* (Nota Bene Yayınları 2010) 45-62.
- Özveri M, 'Güvencesiz Çalışmanın Hukuki Dayanakları' (2012) 2 (33) Çalışma ve Toplum Dergisi 147-172.

- Özveri M, *Sendikal Haklar: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası* (Birleşik Metal-İş Yayınları 2012)
- Özveri M, *Türkiye İşçi Hukuku – Cilt 2* (E. Ceren Özveri Eğitim ve Dayanışma Vakfı 2023).
- Palley TI ‘From Keynesianism to Neoliberalism: Shifting Paradigms in Economics’ in Alfredo Saad-Filho and Deborah Johnston (eds), *Neoliberalism: A Critical Reader* (Pluto Press 2005).
- RG Milletlerarası Andlaşma 09.04.2007/26488.
- Rodgers G, ‘Precarious Work in Western Europe: The State of The Debate’ in Gerry Rodgers and Janine Rodgers (eds), *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe* (ILO Publications 1989) 1-16.
- Sanal ME, ‘Bireysel Sendika Özgürlüğünün Türkiye’de 2821 ve 6356 Sayılı Yasalarda Sendikal Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi Bağlamında Güvencesi’ (2015) 2 (69) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 99-133.
- Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 7.11.2012/28460.
- Standing G, *The Precariat: The New Dangerous Class* (Bloomsbury Academic 2011).
- Şakar M, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (15. Baskı, Beta Yayınları 2024).
- Talas C, *Sosyal Ekonomi* (6. Baskı, S Yayınları 1983).
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (6. Baskı, Beta Yayınları 2004).
- Tek Gıda İş Sendikası v Turkey App no. 35009/05 (ECHR, 4 April 2017).
- Temiz H E, ‘Eğreti İstihdam: İşgücü Piyasasında Güvencesizliğin ve İstikrarsızlığın Yeni Yapılanması’ (2004) 2 (2) Çalışma ve Toplum Dergisi 55-80.
- Tokol A, ‘Yeni Standart Dışı Çalışma Şekilleri’ (2021) 23 (1) İŞ, GÜÇ Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi 5-24.
- UN, ‘Universal Declaration of Human Rights’ (un.org n.d.) < <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> > Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Yargıtay 9 HD, E.2013/13993 K. 2014/10049 25.03.2014.
- Yargıtay 9 HD, E.2014/31309 K.2014/30175 20.10.2014.
- Yargıtay 7 HD, E.2015/9209 K.2015/5525 25.03.2015.
- Yargıtay 9 HD, E.2016/34331 K.2018/780 22.01.2018.
- Yargıtay 9 HD, E. 2016/9512 K. 2019/17896 10.10.2019.
- Yorğun S, ‘Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi’ (2016) 3 (50) Çalışma ve Toplum Dergisi 1171-1202.



Konkordato Borçlusunun Rehinle Yüklü Mevduatı Üzerindeki Blokenin İİK m 287 Uyarınca Verilecek Bir Mahkeme Kararı İle Kaldırılmasının Mümkün Olup Olmadığı Üzerine Değerlendirmeler

Zeynep Damla Taşkın*

Öz

İcra ve İflas Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca, vadesi geldiği halde borçlarını ödeyemeyen veya bu yönde bir tehlike olan herhangi bir borçlu, vade verilmek ve/veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflastan kurtulmak için konkordato talep edebilecektir. Bu yönde bir taleple karşılaşan mahkeme, borçluya geçici mühlet verecek ve borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli bütün tedbirleri alabilecektir (İİK m 287). Kanun koyucu mahkemelerce alınabilecek tedbirleri saymamışsa da, uygulamada sıklıkla talep edilenlerden biri, konkordato borçlusunun bankadaki mevduatı üzerinde mevcut blokelerin kaldırılması yönündeki tedbirlerdir. Bu tür bir tedbir talebinin mahkemece kabul edilmesinin konkordato borçlusunu olumlu sonuçları olduğu tartışmasızdır. Zira halihazırda borçlarını ödemekte güçlük çeken bir kişinin, bankadaki mevduatını kullanması engellendiğinde bu ekonomik güçlüğü geride bırakmasının pek kolay olmayacağı aşikardır. Öte yandan bu yönde bir tedbirden etkilenen tek kişi kuşkusuz konkordato borçlusudur. Borçlunun hesabındaki mevduatı alacağına bloke eden bankaların amacı, çoğunlukla, üzerinde rehin hakkına sahip oldukları bu alacağın sona ermesine engel olmak ve sonuç itibarıyla, konkordato borçlusunun üstlendiği edimi yerine getiremezse, bu mevduat sayesinde alacaklarını karşılamaktır. Buradan hareketle mevcut blokelerin kaldırılmasının, rehinli alacaklı banka açısından ne derece büyük bir tehlike arz ettiği kolaylıkla anlaşılabilir. Mahkemelerin İİK m 287 uyarınca sahip olduğu yetkiye dayanarak bu yönde tedbirler verip veremeyeceği konusunda henüz bir görüş birliği oluşmuş değildir. Bu kapsamda uyumsuzluklarla karşılaşan Bölge Adliye Mahkemeleri'nin çelişen kararları da bu durumu gözler önüne sermektedir. Bu çalışma ile amaçlanan ise mevduatın bloke edilmesine engel olmaya yönelik tedbirler hakkında verilen kararları ve bu kararlarda ortaya konan gerekçeleri inceleyerek, bu tedbirlerin İİK m 287 kapsamında verilmesinin yerindeliğini tartışmaktır.

Anahtar Kelimeler

Mevduat Rehni, Muhafaza Tedbiri, Müstakbel Alacakların Rehni, Müstakbel Alacakların Teminat Altına Alınması, Nispi Hükümsüzlük

Evaluation on Whether the Blockage of Pledged Receivables Credited to the Concordat Debtor's Bank Account Can Be Lifted by a Court Decision under Art.287 DEBL

Abstract

As per Art.285 of the Debt Enforcement and Bankruptcy Law, any debtor who fails to perform his or her due obligations or who is under such a threat may request concordat to perform his or her obligations by way of postponement and/or reduction; or to avoid a possible bankruptcy situation. The court would then grant a provisional period and be entitled to take the conservatory measures necessary to preserve the debtor's assets (Art 285 DEBL). Although the lawmaker has abstained from listing possible measures, unblocking a blocked bank account is frequently requested in practise. If accepted, the debtor would clearly benefit from this measure. The debtor, who has already had a hard time performing his/her duties, may not overcome this financial setback without access to his/her account. However, debtors are not

* **Sorumlu Yazar:** Zeynep Damla Taşkın (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: damla.taskin@bilgi.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3069-6753

Atf: Taşkın ZD, "Konkordato Borçlusunun Rehinle Yüklü Mevduatı Üzerindeki Blokenin İİK m 287 Uyarınca Verilecek Bir Mahkeme Kararı İle Kaldırılmasının Mümkün Olup Olmadığı Üzerine Değerlendirmeler" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 875. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0002>



the only people affected by such a measure. The bank, which blocks the debtor's account, usually intends to preserve the receivable credited to that account so that it can enjoy its pledge on that receivable in case the debtor fails to fulfil its obligations. The severity of consequences that the pledgee will have to bear if the blockage is lifted is self-explanatory. Nevertheless, no unanimous opinion has been reached on whether the courts may grant this measure relying on Art.287 DEBL. The contradictory court rulings also prove this. This article aims to discuss whether Art. 287 DEBL could be the legal basis for such measures by focusing on the legal grounds presented in rulings where they are sought.

Keywords

Receivables Credited to the Bank Account; Conservatory Measures, Pledge on Future Receivables; Collateralization of Future Receivables, Relative Invalidity

Extended Summary

When a debtor requests concordat, he or she receives a provisional period and, as per Art.287 DEBL, the courts are then entitled to take any conservatory measure they see fit to preserve the debtor's assets. The receivables credited to the debtor's bank account also constitute a part of these assets. However, this receivable may also be used as collateral for a loan granted to the debtor by the bank, and when this is the case, the bank may choose to block the account in question. This way, the bank secures the right to foreclose this pledge, provided that the debtor fails to fulfil the secured obligation that it has undertaken. A very vivid discussion today is whether the bank's blockage may be lifted by a court order, relying on Art.287 DEBL. In some cases, courts consider this measure a conservatory measure that they are entitled to take; whereas in others, this measure is found to contradict the general principle that allows the pledgees to commence an execution proceeding for the foreclosure of the pledge. In this article, the author evaluates the legal grounds presented in these court decisions and seeks to determine whether such measures can be considered under Art.287 DEBL.

One of the arguments that the courts rely on while giving such orders is that the legal nature of the blockage of a bank account is a conservatory measure that, as per Art.295 DEBL, cannot be taken during the process of foreclosure of a pledge against a debtor who is granted a concordat period. However, blocking an account may not be seen as a conservatory measure because the blockage does not serve to preserve the receivable during the foreclosure of the pledge. Instead, the bank is already entitled to block the account following the establishment of the pledge. This derives from Art 961 TCC (Turkish Civil Code) which requires a third-party debtor to only perform its obligation against the obligee upon the pledgee's consent. The bank may also enjoy its right to block the account when the pledge right secures a future receivable, provided that the receivable in question is factually concretised.

Another argument on which the courts rely while taking such measures is that the concordat procedure is designed to occasionally interfere with the rights of third parties as opposed to what could have been said regarding the postponement of

bankruptcy. Although conservatory measures affecting third parties' rights were not allowed back when the postponement of bankruptcy provisions were in force, in some decisions, courts tend to emphasise how the concordat provisions differ from those regulating the postponement of bankruptcy. The list of provisions under the DEBL that the courts find to interfere with third parties' rights is as follows: Art. 294 (1), 294 (3), 294 (4), 294 (6), 296 (1), and 296 (2) DEBL. It is suggested that banning a measure that lifts the blockage on a bank account just because it would take a toll on the bank's pledge right would not comply with the listed concordat provisions, pursuant to which third parties' rights are occasionally compromised.

However, it is questionable to what extent the listed provisions affect third parties' rights. First, Art. 294 (1) and (4) DEBL cannot justify a change of heart about the scope of the conservatory measures to be taken because the prevention of execution proceedings against the debtor and the restrictions regarding the use of the right to setoff were executed in the same manner under the postponement of bankruptcy as well. Art. 294 (6), on the other hand, cannot be seen as an interference with third parties' rights because the article focuses on the assignment of future receivables. As the concordat debtor is no longer able to gratuitously assign receivables, the same restriction should apply to the assignment of future receivables. However, this cannot be seen as an interference with the assignee's right because the assignee would not be able to fully enjoy its rights under the receivable before it is born. Art. 296 (1) prohibits contract provisions that allow one of the parties to terminate certain contracts once the other requests a concordat or the ones that stipulate that the request of the concordat would deem a breach of contract or would lead to maturity of the debt. This imposes a restriction on the freedom of contract but cannot be seen as an interference with the third parties' rights; because a contract provision that is invalid in light of Art.296 (1) cannot give rise to any rights.

Nevertheless, it may be argued that Art.294 (3) regarding the restriction on interests and 296 (2) that regulates the concordat debtor's right to terminate certain contracts interfere with third parties' rights. However, in these cases, the interference is very limited, considering that it is possible to compensate for the damage it would cause; whereas the consequences of a measure consisting of lifting an existing blockage cannot be compensated or taken back. Hence, this kind of a measure cannot be justified with the help of Art 294 (3) and 296 (2). Lifting the blockage provides the debtor with the tools to destroy the subject of the pledge (i.e. spend the money that is deposited in the bank account) and deprives the pledgee of its means to protect the subject of the pledge (i.e. the blockage of the account) that it may eventually resort to. It is safe to say that this approach does not add up with the provisions allowing an execution proceeding for the foreclosure of a pledge against the debtor. Yet again, it should be noted that if the pledge also covers the receivables that would

later be credited to the bank account, and this occurs only after the debtor is granted the concordat period, then the act of disposition that establishes the pledge on these receivables would be invalid, and the bank would not be able to block the receivables that are credited to the account following the grant of the concordat period.

Giriş

Bu çalışmanın konusunu oluşturan husus, konkordato talebinde bulunan borçlunun bankadaki mevduat alacağıının hem borçlusu hem de bu alacak üzerinde rehin hakkı sahibi olan bankanın rehinli mevduatı bloke etmesinin, İİK m 287 uyarınca verilecek mahkeme kararı ile engellenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu konu, konkordato başvurularındaki artışın doğal bir sonucu olarak uygulamada da büyük bir öneme sahiptir. Ancak bu öneme rağmen konuya açık bir çözüm getirilemediği yargı kararlarından anlaşılmaktadır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi'nin biri 2019 diğeri 2022 yılında verdiği, birbirine zıt yönde iki karar da bu durumu ortaya koymaktadır. 2019 yılında verilen kararında¹ İstanbul 17 BAM, konkordato talep eden borçlunun ticari faaliyetini sürdürmek için kullandığı hesaplarına bloke uygulanması halinde, konkordatonun amacına ulaşmaması ihtimalinin ortaya çıkacağına değinmiş ve bankanın bu yöndeki işlemlerinin önlenmesi için mahkemelerce tedbir kararı verilebileceğine hükmetmiştir. 2022 yılında verilen kararda² ise, rehin konusu mevduat üzerindeki blokenin kaldırılması ve banka hesabındaki alacakların borçlu şirketin konkordato projesinde kullanılabilmesi ihtimali, konkordatonun rehinle teminat altına alınan alacaklar için bağlayıcı olmayacağı ilkesine aykırı görülmüştür. Kararda blokenin kaldırılması için yapılmış tedbir talebinin reddinde isabetsizlik bulunmadığına karar verilmiştir. Bu çalışmanın belkemiğini oluşturacak olan da burada kısaca özetlenen bu iki karardır.³

I. Bankanın Mevduat Alacağı Üzerinde Sahip Olduğu Hakkın Hukuki Niteliği

İstanbul 17 BAM tarafından 2022 yılında verilen kararda, konkordato borçlusu şirket ile alacaklı banka arasında bir mevduat rehni sözleşmesinin imzalanmış olduğu belirtilmektedir. Bu sözleşme uyarınca tedbir talebine konu olan hesaplarda doğacak alacaklar üzerinde, belirli bir miktarla sınırlı olmak üzere, mevduat borçlusu olan banka lehine bir rehin hakkı kurulmuştur. Bankaların mudilerin mevduat alacakları üzerinde sahip oldukları rehin hakkı, hukuki niteliği itibariyle bir alacak rehnidir. Bu çerçevede kurulan rehin hakkı TMK m 954 vd hükümlerine tabidir. Bankanın mevduat üzerinde sahip olduğu hakkın hukuki niteliği, aynı zamanda bankanın bloke işleminin de hukuki niteliği açısından belirleyici olacağından, bu çalışmanın konusu açısından önemlidir. Zira anılan karara konu uyuşmazlıkta banka, söz konusu hesapları mevcut rehin hakkına dayanarak bloke etmiştir.

¹ İstanbul 17 BAM, 1672/1058, 13.06.2019 (Lexpera).

² İstanbul 22 BAM, 618/656, 26.05.2022 (Lexpera).

³ Çalışmada özel olarak bu iki karar üzerinde durulmuş olmasının sebebi, blokenin hukuki niteliği açısından daha doyurucu açıklamalara yer verilmiş olmasıdır. Ancak İİK m 287 uyarınca blokenin kaldırılması yönünde bir tedbir kararı verilip verilemeyeceği yönündeki belirsizlik başka kararlarda da göze çarpmaktadır. Bu kararlara ise çalışmanın ilgili kısımlarında yer verilecektir.

İstanbul 17 BAM tarafından 2019 yılında verilen kararda ise bankanın, hesaba yatırılan para üzerinde bir hapis hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Karar gerekçesinde öncelikle alacak hakkı üzerinde hapis hakkından bahsedilemeyeceğinin altı çizilmiştir. Bunun gibi bankanın müşterisinden olan alacağı ve müşterinin mevduatının aynı hukuki ilişkiden doğmamış olması, bankanın TBK m 97 uyarınca ödemezlik defini ileri sürmesine; müşteriden olan alacağın henüz muaccel olmaması ise takas hakkının kullanılmasına engel olarak görülmüştür. Sonuç olarak bankanın müşterinin banka hesabındaki para üzerinde bir hapis hakkı olduğundan söz edilmiş ve bankanın yaptığı bloke işlemi de bu hapis hakkının kullanılması olarak nitelendirilmiştir.

2019 tarihli karar gerekçesindeki bir alacak hakkı üzerinde hapis hakkından bahsedilemeyecek olduğu tespiti isabetlidir. Ancak devamında hapis hakkının konusunun bankaya yatırılan para olarak gösterilmiş olmasına katılmak mümkün görünmemektedir. Banka müşterisinin hesabına kendisi veya bir üçüncü kişi tarafından yatırılan paralar, hesap sahibinin mülkiyetine geçmemektedir. Bu paralar bankanın mülkiyetine dahil olur. TMK m 950 vd uyarınca hapis hakkından bahsedebilmenin ilk koşulu ise, hapis hakkından yararlanacak kişinin bir başkasının mülkiyetindeki eşya üzerinde zilyetliğe sahip olmasıdır. Bu durum, bankanın TMK m 950 vd uyarınca bir hapis hakkı sahibi olduğu savını baştan çürütmektedir.⁴

Söz konusu karara konu olay metninde banka ve müşterisi arasındaki ilişkiyi düzenleyen sözleşme hükümlerine açıkça yer verilmemiş olması, bankanın mevduat alacağı üzerindeki hakkının niteliği konusunda kesin bir görüş ortaya koymayı engellemektedir. Buna karşın bazı tahminlerde bulunulabilir. Zira bankalar tarafı oldukları sözleşmelerde çoğunlukla rehin, takas ve hapis haklarına toplu olarak yer vermektedir. Bahse konu hapis hakkının TMK m 950 vd'ndeki hapis hakkı olmadığı yukarıda açıklanmıştır. Bankanın takas hakkı da, karar gerekçesinde de ifade edildiği üzere, alacağının muaccel olmaması sebebiyle henüz kullanılamayacaktır. Fakat banka ve müşterisi arasında yapılan sözleşme ile takas için kanunda aranan bu muacceliyet şartı kaldırılmış olabilir.⁵ TBK m 139 vd'ndeki takas hükümleri büyük ölçüde emredici olmadığından, taraflar anlaşarak bu hükümlerde aranan şartlar gerçekleşmeden dahi takas hakkını kullanma imkanına kavuşabilir.⁶ Bununla beraber karara konu olayda taraflar arasında bir takas anlaşmasından bahsedilmemektedir.

⁴ Aynı yönde bkz Mustafa Çeker, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı* (Karahan 2004) 182.

⁵ Bunun mümkün olduğu yönünde bkz Hüseyin Murat Develioğlu, *Takas* (Vedat 2012) 41; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 1026; Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Takas* (2. Bası, Yetkin 2010) 29.

⁶ Viktor Aepli iç *Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* (Schulthess Verlag 1991) Art 120, N 205; Andreas Müller iç Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020) Art 120-126, N 1; Nicolas Jeandin ve Lyuska Hulliger iç Luc Thévenoz ve Franz Werro (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO* (3. Edition, Helbing Lichtenhahn 2021) Art 120-126, N 4.

Bankanın TMK m 950 vd’nda düzenlenen bir hapis hakkı olmamakla beraber, kişisel nitelikli bir hapis hakkı olup olmadığı da düşünmeye değerdir. Kişisel nitelikli hapis hakkı, bu hakkın sahibine, belirli bir edimi ifa etmekten kaçınma imkanı verecektir. Özellikle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin bulunmadığı ya da tarafların alacaklarının farklı sözleşmelerden kaynaklandığı ve dolayısıyla TBK m 97 uyarınca ödemelik define başvurulmadığı hallerde, kişisel nitelikli hapis hakkı önemli bir teminat aracı olarak işlev gösterir.⁷ Kişisel nitelikli bir hapis hakkına sahip olduğu kabul edilebilirse, banka mevduat alacağına iadesini isteyen mudiin bu talebini yerine getirmeyebilir. Ancak kişisel nitelikli bir hapis hakkından bahsedebilmek için öncelikle hapis hakkına konu edilecek mevduat alacağı ile bankanın teminat altına alınan alacağı arasında bir bağlantı bulunması gerekir.⁸ Bu bağlantı sözleşme yoluyla kurulamaz; aksine, kendiliğinden mevcut olmalıdır. Mevduat alacağı ve teminat altına alınan alacakların aynı sözleşmeden kaynaklanmaması bu bağlantının bulunmadığı anlamına gelmese dahi, bu bağlantının olup olmadığı her bir somut olay özelinde tespit edilecektir. İstanbul 17 BAM kararında ise bu yönde bir araştırma yapılmamıştır.

Ayrıca kişisel nitelikli hapis hakkı bankaya, henüz muaccel olmamış bir alacağını güvence altına alabilmek için muaccel hale gelmiş edimini ifadan kaçınma hakkı vermez.⁹ Bu çerçevede banka, söz gelimi henüz muaccel olmamış bir alacağı için, vadesiz mevduat hesabından mevduatını geri almak isteyen mudie karşı kişisel nitelikli hapis hakkını ileri süremez. Belirtilmelidir ki, İstanbul 17 BAM karar gerekçesinde yer verilen şu ifadeler dikkat çekicidir: “*Uygulamada, borçlunun hesaplarındaki mevcut paralar ile daha sonra hesaplara gelen paralar bankanın henüz vadesi gelmemiş alacaklarına takas ve mahsup etmek için bloke konularak hesap sahibine ödeme yapılmamaktadır.*” Karardan söz konusu paraların hangi hesaba yatırıldığı anlaşılmamaktadır. Bununla beraber eğer bunlar vadesiz hesaplar ise, mudii her an parasını geri alabileceğinden, bankaların bu hesaptaki paranın iadesine yönelik borcu her zaman muaccel olacaktır. Bu doğrultuda, bankanın muaccel olmamış alacağı için muaccel bir borcunu ifadan kaçınmaması gerekir. Bu

⁷ Örnekler için bkz Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Genel* (8. Bası, On İki Levha 2022) § 6, N 21; Bilgehan Çetiner, *Hapis Hakkı* (Filiz 2010) 54; Rolf H. Weber iç Heinz Hausheer (ed), *Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen* (2. Auflage, Stämpfli 2005) Art 82, N 23 vd; Marius Schraner iç *Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* (3. Auflage, Schulthess 2000) Art 82, N 179 vd; Rainer Wey, *Das obligatorische Retentionsrecht* (Schulthess 2007) Kap 1, § 2 N 42.

⁸ Salamon Kaniti, *Akdin İfa Edilmediği Defi* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1962) 94 vd; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982-1983) 531-532; Cüneyt Pekmez, *Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemelik Defi)* (On İki Levha 2019) 389; Weber, (n 6) Art 82, N 25; Ulrich G. Schroeter iç Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020) Art 82, N 49; Balz Gross iç Heinrich Honsell (ed), *Kurzkommentar Obligationenrecht* (Helbing Lichtenhahn 2014) Art 82, N 9; Wey, (n 6) Kap 2, § 2 N 311 vd.

⁹ Wey, (n 6) Kap 2, § 2, N 281; Wolfgang Krüger iç Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (§§ 241-310 BGB)* (9. Auflage, C. H. Beck 2022) BGB § 273, N 30.

durumun istisnası bankanın muaccel hale gelen edimini ifa etmesi üzerine, alacağının da muaccel hale gelecek olması olabilir.¹⁰ Bahse konu kararda teminat altına alınan alacağın somutlaştırılmaması sebebiyle, böyle bir durumun mevcut olup olmadığı konusunda kesin bir kanaate varılamamaktadır.

Bu çalışmanın devamında bankanın mevduat alacağı üzerindeki hakkı bir rehin hakkı olarak nitelendirilecektir. Zira İstanbul 17 BAM'ın 2019 tarihli kararında da bankanın hapis hakkına sahip olduğu kabul edilmişse de, uyuşmazlık hapis hakkının bir tür rehin hakkı olduğundan hareketle çözüme kavuşturulmuştur.¹¹ Dolayısıyla inceleme konusu açısından rehin hakkı veya hapis hakkı nitelendirmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak kanaatimce isabetli olan bankanın mudiin alacak hakkı üzerinde bir rehin hakkına sahip olduğunun kabulüdür.

II. Konkordato Borçlusuna Karşı Takip Yasağı ve Rehinli Alacaklının Durumu

İİK m 285 uyarınca borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, yeni bir vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek ya da muhtemel bir iflastan kurtulmak için konkordato talep edebilir. Konkordato talep eden borçluya tanınan mühlet süresince, borçluya karşı hiçbir takip başlatılamayacağı gibi başlamış takipler de durur (İİK m 294 (1)). Bu durumun istisnası ise rehinle teminat altına alınan alacaklar için rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak takiplerdir. İİK m 295 (1) uyarınca mühlet sırasında bu yolla takip başlatılabilir ve başlamış olan takiplere devam edilebilir. Ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınması ve rehinli malın satışı mümkün değildir. Bu doğrultuda, rehinle teminat altına alınan alacakların rehin konusu malvarlığı unsurunun değerine denk gelen tutarının konkordato kapsamında olmadığı söylenebilir (İİK m 308/c (3)). Bu değeri aşan kısım ise, rehin teminatından faydalanamayacağı için, adi alacak olarak konkordatoya pekala tabi olacaktır.

Rehinli alacaklıların mühlet süresince rehin yoluyla takip başlatabilmelerinin veya başlamış takibe devam edebilmelerinin ardında yatan mantığı iflasın ertelenmesine ilişkin mülga düzenlemelerle paralel olarak değerlendirmek gerekir. İflasın ertelenmesinde rehinin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılacak takiplere izin veren, ancak muhafaza tedbiri alınmasını ve rehinli malın satışını yasaklayan İİK mülga

¹⁰ Wey, (n 6) Kap 2, § 2 N 281; Krüger, (n 8) BGB §273, N 30. Aynı nitelikli hapis hakkı açısından aynı yönde bkz Karl Oftinger ve Rolf Bär, *Zürcher Kommentar, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte* (3. Auflage, Schulthess 1981) Art 895, N 77.

¹¹ Hapis hakkının kanuni bir rehin hakkı olduğu yönünde bkz Dieter Zobl iç Heinz Hausheer (ed), *Berner Kommentar, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte* (Stämpfli 1996) Art 895, N 15; Wey, (n 6) Kap 1, § 5 N 155; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (11. Bası, Legem 2023) 937; Develioğlu, (n 4) 32; Ali Cem Budak, *İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması* (Yetkin 2003) 25-26. Aksi görüş için bkz Çetiner, (n 6) 49 vd.

m 179/b'nin gerekçesinde, bunun sebebi iflası ertelenen şirket veya kooperatifin faaliyetine devam ederek iflastan kurtulmasını mümkün kılmak olarak gösterilmiştir.¹² Böylelikle borçlu, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılmış olsa dahi rehinli malı işletmesi için kullanmaya devam edebilecek ve bu sayede de işletme faaliyetini kesintisiz olarak sürdürebilecektir. Böyle bir durumda rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplere devam edilmesine izin vermenin bir anlam ifade edip etmeyeceği sorgulanabilir. Ancak mühlet süresince takip yasağından etkilenmemeleri, rehinli alacaklıların bir nevi zamana karşı yarıştığı bu süreçte önem arz edebilecektir.¹³

İİK m 295 uyarınca serbest bırakılmış olan rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, rehin konusuna göre herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Önemli olan konkordato borçlusundan olan bir alacağın rehinle teminat altına alınmış olmasıdır. İİK m 23 uyarınca “rehin” tabiri, “ipotek” ve “taşınır rehini” kapsamına dahil bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini ihtiva etmekte; taşınır rehini ise, yine aynı hüküm uyarınca, teslimine bağlı rehinleri, TMK m 940'a tabi rehinleri, ticari işletme rehini, hapis hakkını ve alacak ile sair haklar üzerindeki rehinleri ifade etmektedir. Bu çerçevede bir alacak hakkı üzerinde kurulmuş rehin hakkı ile teminat altına alınan alacaklar açısından da İİK m 295'in uygulanacağı konusunda şüphe yoktur.

İstanbul 17 BAM'mın 2019 yılında verdiği kararda, bankanın yaptığı bloke işlemi bir muhafaza tedbiri olarak görülmüş ve bu nedenle işlemin, İİK m 295'te düzenlenen muhafaza tedbiri alınması yasağına aykırı olacağı sonucuna varılmıştır. Dahası, bloke işleminin borçlunun konkordato teklifinin başarıya ulaşmasını engelleyebileceğinden hareketle, hesaba bloke konmasının tedbir kararı ile önlenmesinin konkordato kurumunun özüne uygun düştüğü ifade edilmiştir. 2022 tarihli kararda ise varılan sonuç aksi yöndedir. Bu son anılan kararda, rehin konusu alacaklar üzerindeki blokenin kaldırılarak, hesaplardaki alacakların borçlu şirketin konkordato projesinde kullanılmasının kabul edilmesinin, konkordatonun rehinli alacaklar için bağlayıcı olmayacağı ilkesine aykırı olacağı ifade edilmiştir. Bu çalışmanın devamında, söz konusu kararlar arasındaki farklılıktan hareketle, rehin hakkına bağlı olarak yapılabilecek bloke işleminin mahkeme kararı ile önlenmesi veya uygulanan blokenin kaldırılmasının mümkün olup olmadığı incelenecektir.

¹² 4949 sayılı Kanun'a ait Hükümet Tasarısı gerekçesi. Türkiye Büyük Millet Meclisi (Dönem: 22, Yasama yılı: 1, S Sayısı: 225).

¹³ İsviçre hukukunda da konkordato borçlusuna karşı mühlet içinde yeni takip başlatılması veya halihazırda başlamış takiplere devam edilmesi yasaktır. Bu yasağın istisnası, taşınmaz rehini ile teminat altına alınmış alacaklar için başlatılacak rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerdir (Art 297 (1) SchKG). Ancak mühlet içinde taşınmaz rehinin paraya çevrilmesi için başlatılan takiplerde taşınmazın satışı mümkün olmaz. Sonuçta satış yapılamayacak olmasına rağmen bu tür takiplere izin verilmesi ise, taşınmaz rehinin paraya çevrilmesi için başlatılacak takiplerin uzun sürmesi ile gerekçelendirilmiştir, Thomas Bauer ve Tanja Luginbühl iç Daniel Staehelin, Thomas Bauer ve Franco Lorandí (eds), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2021) Art 297, N 17; Daniel Hunkeler iç Daniel Hunkeler (ed), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2014) Art 297, N 14.

III. Rehinli Mevduatın Bloke Edilmesinin İİK m 295 Anlamında Bir Muhafaza Tedbiri Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

A. İİK m 295 Anlamında Muhafaza Tedbirleri

İstanbul 17 BAM'm 2019 yılında verdiği kararda, bankanın mudinin hesabını bloke etmesinin, İİK m 295 ile getirilmiş muhafaza tedbiri alınması yasağına aykırı olacağı belirtilmiştir. Bu tespitin yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi için, öncelikle muhafaza tedbiri ifadesinden ne anlaşılması gerektiği incelenecektir.

İİK m 295 ile, konkordato mühleti içinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip aşamalarından ne kadarının uygulanabileceği düzenlenmektedir. Bu nedenle bahse konu muhafaza tedbirlerinin de İİK m 145 vd'nda düzenlenen rehlin paraya çevrilmesi hükümleri ile ilişkilendirilmesi gerekir. Ancak bu hükümler arasında doğrudan “muhafaza tedbirleri” ifadesine rastlanmamaktadır. Bu ifade ile ilk olarak İİK m 88'de hacizli taşınır mallara ilişkin olarak karşılaşılmaktadır. Bununla beraber rehlin paraya çevrilmesi usulüne ilişkin İİK m 150/g'de kıyasen uygulanacağı ifade edilmiş olan genel haciz yoluyla takip hükümleri arasında İİK m 88'e yer verilmemiştir. Buradan hareketle İİK m 88 uyarınca genel haciz yoluyla takipte alınabilecek muhafaza tedbirlerinin rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde uygulanmayacağı düşünülebilir. Fakat bu düşüncenin her durumda doğru olduğu söylenemez. Şöyle ki, genel haciz yoluyla takip kapsamında taşınır haczine ilişkin İİK m 88'de sayılan haciz konusu malların icra dairesince muhafaza edileceği; diğer taşınırların ise yine masrafı alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınacağı düzenlenmiştir. Diğer taşınırlara ilişkin düzenlemenin hemen devamında, muhafazanın alacaklının rızası ile bizzat borçlu veya bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebileceği ifade edilmektedir. Teslime bağlı taşınır rehni açısından bu şekilde bir korumaya ihtiyaç yoktur. Zira teslimine bağlı taşınır rehni, kuruluşu itibariyle, rehin konusu eşyanın rehin verenin (rehin verenden farklı kişiler olmaları halinde borçlu ve rehin konusu eşyanın malikinin)¹⁴ münhasır egemenlik alanından çıkarılmasını gerektirir (TMK m 939). Bu nedenle genel haciz yoluyla takipte İİK m 88 uyarınca sağlanmak istenen korumanın, teslimine bağlı taşınır rehminde daha en baştan mevcut olduğu kabul edilebilir.¹⁵ Buna karşılık teslimsiz ve sicilli taşınır rehminde ihtiyaçlar teslimine bağlı taşınır rehmindeki ile örtüşmediğinden, daha farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Söz gelimi bir motorlu araç rehd edildiğinde, araç rehne rağmen aracın maliki (ve/veya borçlu) tarafından

¹⁴ Dieter Zobl ve Christoph Thurnherr iç Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter (eds), *Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand* (3. Auflage, Stämpfli 2010) Art 884, N 576-577; Thomas Bauer ve Christoph Bauer iç Thomas Geiser ve Stephan Wolf (eds), *Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-61 SchlT ZGB)* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2023) Art 884, N 57; Bénédict Foëx iç Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx ve Denis Piotet (eds), *Commentaire Romand, Code Civil II* (Helbing Lichtenhahn 2016) Art 884, N 58.

¹⁵ İİK m 150/g düzenlemesinde yol gösterici olanın klasik teslimine bağlı taşınır rehni hükümleri olduğu yönünde bkz Alper Uyumaz, *Motorlu Taşıtlı Rehni* (On İki Levha 2012) 355. Satış gününe kadar taşınır muhafaza edecek olanın alacaklı olduğu; bunun İİK m 150/g'de İİK m 88'e atf yapılmamasından anlaşılacağı yönünde bkz Burhan Gürdoğan, *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1967) 52.

fiilen kullanılabileceğinden, rehinli alacaklı bu aracın satışı gününe kadar gerektiği gibi muhafaza edilmemesi tehlikesi ile karşı karşıyadır. Böyle bir durumda, İİK. m. 88'in teslimsiz ve sicilli taşınma özgü rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplere de kıyasen uygulanması ihtiyacı doğacaktır.¹⁶

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin düzenlemeler arasında hukuki niteliğinin muhafaza tedbiri olup olmadığı yönünde tartışma olan bir hüküm İİK m 150/b'dir. Bu hükme göre rehlin konusu kiraya verilmiş bir taşınmaz ise, icra memuru alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeden kiracıları da takipten haberdar edecek ve işleyecek kiraların icra dairesine ödenmesini emredecektir. Yargıtay, kiracıya İİK m 150/b uyarınca muhtıra gönderilmesini İİK m 159 (1) uyarınca iflas talebi halinde alınabilecek bir muhafaza tedbiri olarak görmemekte; aksine bunu ipotekli icra takibinin devamı niteliğinde ve onun doğal sonucu olan bir işlem olarak nitelirmektedir.¹⁷ Buna karşılık öğretilerde bu hükmün bir muhafaza tedbiri olduğu görüşü de savunulmaktadır.¹⁸ Bu görüşe göre, üzerinde rehin kurulan taşınmazın maliki ve kira bedellerinin alacaklısı konumundaki borçlusunun konkordato talebinde bulunmuş olması ihtimalinde, kiracıya İİK m 150/b uyarınca muhtıra gönderilemeyecektir. Eğer mühletten önce bu şekilde bir muhtıra gönderilmişse, İİK m 295 uyarınca getirilmiş yasak sebebiyle, mühlet tarihinden sonraki kira bedellerinin konkordato borçlusuna ödenmesi gerekecektir. Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmelerinin iflasın ertelenmesi kurumuna özgü olması sebebiyle, konkordato açısından farklı bir sonuca varılmasının mümkün olduğu savunulabilir. Fakat bu çalışma kapsamında yapılan araştırmalarda, Yargıtay'ın bu konuyu konkordato açısından değerlendirdiği bir karara ulaşılammıştır. Öte yandan Adana 10 BAM'ın 2019 yılında verdiği bir karar¹⁹ bu konuda yol gösterici olabilir. Zira anılan kararda, İİK m 150/b hükmü uyarınca kira bedellerinin takip dosyasına ödenmesi işleminin ne iflasın ertelenmesi talebinde ne de konkordato mühleti verilmesi talebinde muhafaza tedbiri olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.²⁰

Öğretilerde tartışmalı bir diğer hüküm ise, icra memurunun, ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin başladığını tapu idaresine haber vermesi gereğini düzenleyen İİK m 150/c'dir. Bu hüküm uyarınca haberdar edilen tapu memurunun, bu durumu taşınmazın

¹⁶ Uyumaz (n 14) 355-356.

¹⁷ Kiracıya İİK m 150/b uyarınca muhtıra gönderilmesinin, iflas talebini inceleyen ticaret mahkemesinin, borçlusunun iyi niyetli olmaması, yani malları kaçırmaya, gizlemeye çalışması hallerinde, İİK m 159 (1) uyarınca alabileceği muhafaza tedbirlerinden olmadığı; bunların ipotekli icra takibinin devamı niteliğinde ve söz konusu takibin doğal sonucu olduğu yönündeki pek çok karara birkaç örnek için bkz Yargıtay 12 HD, 7311/11933, 30.04.2015 (Lexpera); Yargıtay 12 HD, 11508/13543, 9.5.2016 (Lexpera); Yargıtay 12 HD, 12827/4194, 20.3.2017 (Lexpera).

¹⁸ Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020) 228; Çağatay Serdar Şahin, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları* (On İki Levha 2020) 245.

¹⁹ Adana 10 BAM, 2675/1945, 04.12.2019 (e-Uyar).

²⁰ Kararda, kesin konkordato mühletine karar veren mahkemenin kira bedellerinin İİK m 150/b uyarınca icra dairesine ödenmesi için tedbir kararı vermesinin mümkün olduğuna değinilmişse de, somut olayda mahkemenin bu yönde bir tedbir kararı bulunmamaktadır.

siciline şerh verdirmesi gerekir. Şahin bu şerhin de bir muhafaza tedbiri niteliğinde olduğu kanaatindedir. Yazara göre bu şerhten sonra taşınmaz üzerinde tasarruf etme imkanı kalmamaktadır. Bu çerçevede, mühletten sonra rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılsa dahi, İİK m 150/c uyarınca tapu idaresine bildirim yapılması mümkün olmamalıdır.²¹ Buna karşılık Tunç Yücel, şerhin niteliğinin bir muhafaza tedbiri olduğu kanaatini paylaşmakla beraber,²² şerhin ipotek hakkını korumaya yönelik olduğunu ve konkordato borçlusunun durumunu ağırlaştırmayacağını ileri sürmektedir. Bu nedenle yazara göre, bu şerhin verilmesi İİK m 295 yoluyla engellenememelidir.²³ İpotek hakkının bir aynı hak olarak nasıl bir korumaya ihtiyaç duyacağı sorgulanabilir. Zira bu hakkın tapuda tescil ile kurulacağı da göz önünde bulundurulduğunda, şerhin sağlayacağı aynı bir koruma ihtiyacının doğmayacağı da düşünülebilir. Oysa burada bahsedilen koruma ihtiyacını yaratan tehlike farklıdır. İİK m 150/c hükmünün gerekçesinde bu tehlike şu şekilde ortaya konmuştur: “İpotegin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de, gayrimenkul sahibi üçüncü şahıs takibin muhatabı olup, kendisine ödeme emri tebliğ edilmesi lazımdır. Bu hal tatbikatta bazı suistimallere sebebiyet vermekte ve takipten sonra yapılan mütevali temliklerle alacaklı her yeni malike ödeme emri tebliğ ettirmek zorunda bırakılmakta ve böylece takip sürüncemede bırakılmaktadır.”²⁴ Takibin sürüncemede bırakılmasını engellemek adına, başlatılan takip tapu idaresine bildirilmekte ve bu durum tapu siciline şerh edilmektedir. Böylelikle şerh tarihini takiben taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını kazananlara icra veya ödeme emri tebliğ edilmesi gereği de ortadan kalkar.

Bir diğer muhafaza tedbiri düzenlemesi ile ise kiraya verenin hapis hakkı ile bağlantılı olarak getirilmiş olan İİK m 270’te karşılaşılmaktadır. İİK m 270 (3) uyarınca icra dairesi, üzerlerinde hapis hakkı bulunan eşyanın bir defterini yapar ve rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip talebinde bulunması için kiralayana on beş günü geçmemek üzere uygun bir süre verir. Öğretide bu işlemin de bir muhafaza tedbiri olduğu kabul edilmektedir. Fakat kendisine konkordato mühleti tanınan borçluya karşı hapis hakkını kullanmak isteyen alacaklı, bu defterin tutulmasını isteyerek rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip sürecini başlatacaktır. Bu nedenle öğretide muhafaza tedbiri olarak kabul edilmesine rağmen, icra dairesi tarafından konkordato mühleti verilen kiracıya ait eşyaların İİK m 270 uyarınca defterinin tutulmasının istenebileceği kabul edilmektedir.²⁵

²¹ Şahin, (n 17) 246.

²² Tunç Yücel, (n 17) 229-230.

²³ ibid 230.

²⁴ İİK m 150/c, 538 sayılı Kanun’a ait Adalet Komisyonu Raporu gerekçesi (e-Uyar).

²⁵ Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018) 94, dn 191; Tunç Yücel, (n 17) 227-228; Şahin, (n 17) 246 vd. Aksi yönde bkz Süha Tanrıver, ‘4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti Ve Değerlendirilmesi’, 2004 (17) 51 TBB Dergisi 67, 77. Tanrıver’in bu görüşünü şekillendiren kuşkusuz muhafaza tedbirlerinin alınmasının İİK m 295’te açıkça yasaklanmış olmasıdır. Böyle bir açık düzenleme olmadığı dönemde yazar, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabildiği hallerde, rehin kavramına dahil hapis hakkı uyarınca yapılacak olan takibi hazırlayıcı koruma tedbirlerinin de mühlet içerisinde alınabileceği kanaatindedir, Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993) 66. İİK m 295 öncesi dönemde aynı yönde bkz Budak, (n 6) 57; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013) 1464.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde dikkat çeken ilk husus, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak takiplerle bağlantılı muhafaza tedbirlerinin icra dairesinin müdahalesini gerektiren işlemler olduğudur. Yine bu işlemlerin bir diğer ortak özelliği, rehin konusunun rehinin paraya çevrilmesi aşamasında korunmasını sağlamalarıdır. Böylelikle takibin konusunun ortadan kalkması veya değerinin düşmesi tehlikeleri bertaraf edilmiş olur. Bununla beraber konkordato mühletinin etkileri açısından bir değerlendirme yapıldığında, hukuki niteliği itibariyle muhafaza tedbiri sayılan kimi işlemlerin İİK m 295'te düzenlenmiş yasağa takılmayacakları yönünde görüşlere rastlandığı da görülebilmektedir. Buradan hareketle varılacak sonuç kanaatimce şu şekilde özetlenebilir: Rehinli mevduatın bloke edilmesinin İİK m 295'e aykırı olup olmadığı sorusu kademeli olarak cevaplandırılmalıdır. İlk aşamada blokenin İİK m 295 anlamında bir muhafaza tedbiri olup olmadığı tespit edilmeli; ardından, bu yönde bir sonuca varılır ise, söz konusu muhafaza tedbirinin doğuracağı etki itibariyle İİK m 295 ile yasaklanmak istenen nitelikte olup olmadığı değerlendirilmelidir.

B. Mevduat Hesabının Bloke Edilmesi ve Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

İİK m 295'te kullanılan muhafaza tedbirleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiği yukarıda tespit edildikten sonra, yapılması gereken mevduatın bloke edilmesinin bu nitelikte bir işlem olup olmadığına karar vermektir. Bu karar verilirken hareket noktası, mevduat rehininin hukuki niteliği olmalıdır. Mevduat rehininin hukuki niteliğinin bir alacak rehni olduğu hususu yukarıda tespit edilmiş olup²⁶; yapılacak değerlendirmelerde bu durum göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bloke işleminin alacak rehni hükümleri açısından nasıl değerlendirileceği bahsine geçmeden önce, söz konusu işlemi rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip sırasında alınacak bir muhafaza tedbirinden ayıran hususlara dikkat çekmekte fayda vardır. Öncelikle İİK m 295 anlamında muhafaza tedbiri olarak değerlendirilen hallerin aksine, burada icra dairesinin müdahalesi söz konusu değildir. Bunun gibi mevduatın bloke edilmesi ihtiyacı rehin konusunun rehinin paraya çevrilmesi aşamasında korunmasını değil; rehin kurulduğu andan rehinin paraya çevrilmesi anına kadar sürecek bir zaman dilimi boyunca korunmasını sağlamaktadır. O halde mevduatın bloke edilmesinin, rehinin paraya çevrilmesine başlandığı andan itibaren uygulanabilecek muhafaza tedbirleri arasında değerlendirilerek engellenmesi mümkün olmamalıdır. Bu çerçevede, İstanbul 17 BAM'ın 2019 yılında verdiği kararda, bloke işlemini tam da bu şekilde bir muhafaza tedbiri olarak nitelendirmesi kanaatimce isabetsizdir.

²⁶ Bkz Bölüm I.

Kanaatimce rehinli mevduatın, üçüncü kişi borçlu banka tarafından bloke edilmesi doğrudan TMK m 961 (2) gereğidir. Zira ilgili hükümde, rehin kendisine ihbar edilmiş olan üçüncü kişi borçlunun, borcunu asıl alacaklıya veya rehinli alacaklıya ancak diğerinin rızasıyla ödeyebileceği düzenlenmektedir. Diğer bir deyişle üçüncü kişi borçlu, rehinli alacaklının rızası olmaksızın alacaklıya ifada bulunmamalıdır. Aksi halde, borcundan kurtulmamış olacağından, teminat altına alınan alacağın ifa edilmemesi üzerine rehinli alacaklı söz konusu alacak üzerindeki rehin hakkının paraya çevrilmesi için yeniden harekete geçebilir. Bu alacağın bir mevduat alacağı olduğu durumlarda, mevduatın mevduat alacaklısına iade edilmesi veya mevduat alacaklısının mevduatı bir üçüncü kişinin hesabına aktarması ya da banka aracılığıyla gerçekleştirilecek çeşitli ödeme işlemlerine konu etmesi de TMK m 961 (2) hükmü uyarınca rehinli alacaklının rızasını gerektirir. Bu rıza olmaksızın yapılabilecek işlemlerin önünü kesmenin tek yolu ise rehinli mevduatın hesapta bloke edilmesidir.

TMK m 961 (2) ile getirilmiş düzenleme ilk bakışta üçlü köşeli bir ilişki akla getirmektedir. Bu ilişkide, (i) rehinli alacaklı, (ii) üzerinde rehin kurulan alacağın alacaklısı ve (iii) bu alacağın borçlusu farklı kişilerdir. Oysa mevduat rehinde çoğunlukla rehinle teminat altına alınan alacağın alacaklısı ve üçüncü kişi borçlu aynı kişi olur. Diğer bir ifadeyle olayların çok büyük bir kısmında, aynı inceleme konusu kararlara konu olaylarda olduğu gibi, banka kendi mevduat borcu üzerinde bir rehin hakkına sahip olacaktır. Ancak bu durum, TMK m 961 (2)'nin uygulanmaması için bir sebep teşkil etmez. Dolayısıyla banka, kendisinden başka bir kişinin rehinli alacaklı sıfatına sahip olduğu hallerde TMK m 961 (2) uyarınca kaçınması gereken davranışlardan, bu defa kendi lehine olarak yine kaçınabilmelidir. Gerçekten de rehinli alacaklının bir üçüncü kişi olduğu halden farklı olarak, rehinli mevduatın çekilmesine veya bir başka hesaba aktarılmasına rıza gösterip göstermeme konusunda takdir üçüncü kişi borçlu ve rehinli alacaklı sıfatını aynı anda haiz olan bankaya aittir. TMK m 961 (2)'deki düzenlemede, alacaklıya yapılacak ifa için rehinli alacaklının rızasının aranmasındaki temel amaç rehinli alacaklının korunması olduğuna göre, üçüncü kişi borçluyla aynı kişi olan rehinli alacaklının da bu işlemlerin gerçekleştirilmesine izin vermeme imkanı vardır. Ne de olsa bu son halde de rehinli alacaklının korunma ihtiyacı bakidir.

Mevduatın bloke edilmesi ihtiyacı, rehin hakkının kurulması anında doğacaktır. Zira teminat altına alınan alacağın muaccel olduğunda ifa edilmemesi halinde, rehin konusu mevduatın rehinli alacaklıyı tatmin edebilmesi, mevduatın o an hala var olmasını gerektirir. Kaldı ki TMK m 961 (2)'de üçüncü kişi borçlunun alacaklıya ifada bulunurken rehinli alacaklının rızasına gereksinim duyacağı hususu, ifa talebinin ileri sürüldüğü an göz önünde bulundurularak düzenlenmemiştir. Ne rehinle teminat altına alınan alacağın muaccel olmaması ne de rehinli alacaklının henüz takibe girişmiş olmaması hükmün uygulanmasının önüne geçebilir. Bu kapsamda

rehin hakkının kurulmasını takiben mevduat borçlusu banka TMK m 961 (2) uyarınca mevduat alacaklısının mevduatı üzerindeki işlemlerine engel olabilir. Bankanın bu işlemlere engel olmamak yönündeki iradesi ise onun, rehinli alacaklı sıfatıyla, mevduat alacaklısının talimatlarına uyulması yönündeki rızasını ortaya koyar. Diğer bir deyişle bu şartlar altında rehinli alacaklı, mevduat alacaklısının tahsil etmesine veya bir üçüncü kişi hesabına aktarmasına izin verdiği tutara ilişkin rehin hakkından feragat etmiş olur.

2. Müstakbel Alacakları Teminat Altına Alan Rehin Hakkına Bağlı Bloke İmkânı

Müstakbel bir alacağı teminat altına alan rehin hakkı, mevcut bir alacağı teminat altına alan rehin hakkı gibi, rehin kurma tasarruf işleminin tamamlandığı anda kurulur.²⁷ Dolayısıyla rehin hakkının kurulması, teminat altına alınan alacağın doğmasından ve hatta bazen bu alacak hakkına kaynaklık edecek hukuki ilişkinin dahi ortaya çıkmasından önceki bir ana denk gelir.²⁸ Bununla beraber müstakbel alacağın doğmamış olması, bu alacağın hiçbir zaman doğmayacak olması ihtimalini de beraberinde getirir. Hemen belirtmek gerekir ki burada henüz doğup doğmayacağı belirsiz bir alacak hakkının teminat altına alınmasından söz edildiğinden, rehinle teminat altına alınan alacağın paraya çevrilmesi aşamasına geçilmediği açıktır. Kaldı ki bloke de rehinin paraya çevrilmesi için bir araç değildir. Aksine, mevduatın bloke edilmesi, rehin konusunun rehinle teminat altına alınan alacağın ifa edilmemesi tehlikesine karşı muhafaza edilmesine yarar. Ancak belki de hiç doğmayacak bir alacak hakkını teminat altına almak için, mevduat alacaklısının mevduatını tahsil etmesine veya onu üçüncü kişilerin hesaplarına aktarmasına ya da çeşitli ödeme işlemlerine konu etmesine engel olmanın ne derece isabetli olduğu sorgulanmalıdır.

Rehin hakkının fer'iliği ilkesi çerçevesinde, rehinli alacaklının korunma ihtiyacının ortaya çıkacağı ilk anın teminat altına alınan alacağın doğum anı olduğu ileri sürülebilir. Bununla beraber teminat altına alınan alacağın henüz doğmadığı, fakat yine de rehinli alacaklının korunma ihtiyacının doğduğu hallerle karşılaşılabilir. Böyle bir durumun mevcut olması halinde, rehinli mevduatın alacaklısı mevduatını serbestçe çekmemeli veya benzer işlemlere konu edememelidir. Diğer bir deyişle bu hallerde rehinli alacaklının rızasını arayan TMK m 961 (2) hükmü devrede olmalıdır. Rehinli alacaklının ve üçüncü kişi borçlusunun farklı kişiler olup olmaması bu açıdan önem arz etmez. Asıl sorun ise, teminat altına alınan alacağın doğmadığı anlarda dahi mevcut

²⁷ Müstakbel alacakları teminat altına alan teslimine bağlı taşınır rehininin zilyetliğin devri ile kurulacağı yönünde bkz Oftinger ve Bär, (n 9) Art 884, N 123; Oftinger ve Bär, (n 9) Art 893, N 13; Zobl ve Thurnherr, (n 13) Art 884, N 227; Zobl, (n 10) Art 893, N 17; Bauer T ve Bauer C, (n 13) Art 884, N 55; Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehininin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehininin Kuruluşu* (2. Bası, Filiz 2020) N 441; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (25. Bası, Filiz 2023) N 3607a; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (3. Bası, Filiz 2014) N 1482.

²⁸ Aksi yönde bkz Haluk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta 2002) 127 vd; Bénédicte Foëx, *Le contrat de gage mobiliers* (Helbing Lichtenhahn 1997) N 623.

olabilecek bu koruma ihtiyacının hangi anda ortaya çıktığını tespit etmektir. Kanaatimce bu an, rehinle teminat altına alınan alacak hakkını doğuracak hukuki ilişkinin ortaya çıktığı an olarak kabul edilmelidir. Zira teminat altına alınan alacağın doğması, ilk defa bu hukuki ilişkinin ortaya çıkması üzerine mümkün hale gelir. O halde henüz ortada bu hukuki ilişki dahi yokken kurulan ve müstakbel alacakları teminat altına alan rehin hakkı, rehinli alacaklıya, mevduat alacaklısının mevduatı üzerinde yapabileceği işlemleri TMK m 961 (2) uyarınca kısıtlama hakkı vermemelidir.

Teminat altına alınan alacağa kaynaklık edecek hukuki ilişkinin ortaya çıkması, söz konusu alacağın fiilen somutlaştırıcaktır. Söz gelimi bankanın bir müşterisiyle yaptığı ve müşteriye karşı olağan bankacılık ilişkilerinden dolayı sahip olacağı alacakları teminat altına aldığı bir rehin sözleşmesinde, rehinle teminat altına alınan alacaklar hukuki olarak somutlaştırılmış olur. Hukuki somutlaşma ile teminat altına alınmak istenen alacak bireyselleştirilmiş olur ve bunun için teminat altına alınan alacağın belirli bir hukuki ilişki ile ilişkilendirilmesi yeterlidir. Oysa fiili somutlaşma, hukuki somutlaşmanın bir adım ötesine geçer. Teminat altına alınan alacağın fiilen somutlaşmasından bahsedebilmek için, bu alacağa kaynaklık edecek hukuki ilişki ortaya çıkmış olmalı ve bu ilişkinin bağlayıcı gücü sayesinde rehinli alacaklı, kendi iradesiyle teminat altına alınan alacağın doğmasına engel olma ihtimalini yitirmiş olmalıdır.

Bu durumu bankaların sıklıkla tarafı olduğu bazı işlemler üzerinden örneklendirmek gerekirse, akla ilk gelen bankalarca düzenlenen teminat mektupları olacaktır. Üçüncü kişinin fiili taahhüt niteliğindeki teminat mektubunun düzenlenmesi üzerine, teminat mektubunun paraya çevrilip çevrilmeyeceği hususunun bilinmediği bir zaman dilimi başlar. Ancak bu zaman dilimi içerisinde bankanın teminat mektubunun paraya çevrilmesine engel olma imkanı kalmamıştır. Banka kendisine başvuran muhataba ödeme yapmakla yükümlüdür. Bu ödemeyi takiben banka, aralarındaki hukuki ilişki gereği müşterisine rücu edebilir. Bankanın bu rücu ilişki çerçevesinde sahip olacağı alacak hakkı çoğu zaman bir rehinle güvence altına alınmış olacaktır. Bu rehin hakkının kurulduğu an ise, bankanın teminat mektubu için ödeme yapmasından ve hatta teminat mektubunun düzenlenmesinden dahi önce olabilir. Böyle bir halde, rehin hakkının hangi anda kurulduğu rehin sırasının tespiti açısından önem arz eder. Fakat bu rehin hakkının bankaya, müşterisinin rehinli mevduat üzerindeki kimi tasarruflarını engelleme hakkı tanıyabilmesi için öncelikle söz konusu teminat mektubunun düzenlenmesi gerekir. Zira bankanın rücu ilişkisi çerçevesinde sahip olacağı alacak, bu andan önce fiilen somutlaşmış değildir.²⁹

Rehin hakkının rehinli alacaklıya, teminat altına alınan alacak henüz doğmamışken sağladığı bu müdahale imkanı, rehin hakkının fer'iliği sebebiyle eleştirilebilir. Ancak fer'iliği ve teminat işlevi yönünden rehin hakkına yakınlaşan kefalet sözleşmesi açısından da benzer bir yorumun öğretide taraftar bulduğu belirtilmelidir. Şöyle ki, müstakbel bir borca kefil olunması durumunda kefil, TBK m 599'daki diğer şartların da sağlanmış

²⁹ Alacağın fiilen somutlaşması hakkında ayrıntılı açıklama ve farklı örnekler için bkz Zeynep Damla Taşkın, *Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni* (On İki Levha 2023) 484 vd.

olması kaydıyla, kefaletten dönebilir. Yukarıda verilen teminat mektubu örneğini kefil olan bir kişi açısından kurgulayacak olursak, varılacak sonuç şu şekilde özetlenebilir: Teminat mektubunun paraya çevrilip çevrilmeyeceğinin bilinmediği dönemde, aralarında buna imkan veren bir hukuki ilişki olsa dahi, bankanın lehine mektup verilen müşterisinden henüz bir alacağı bulunmamaktadır. Ancak kefil, gelecekte doğması muhtemel bu borca kefil olmuşsa, kefalet teminatına güvenerek teminat mektubu düzenleyen bankanın korunmaya değer bir menfaatinin olacağı açıktır. Dolayısıyla teminat mektubunun düzenlenmesini takiben, rücu ilişkisindeki alacağın henüz doğmadığı iddiasıyla kefaletten dönülmesi mümkün olmamalıdır.³⁰ Kefil olunan borcun henüz doğmamasına karşın kefaletten dönmenin mümkün olmadığı durumlar, alacaklının borcun doğumundan önce borçluya karşı yükümlülük altına girebileceği durumlar olarak ifade edilmektedir.³¹

Kanaatimce rehin hakkı için de benzer bir genelleme yapılabilir. Rehlinli alacaklı bankanın, teminat altına alınan alacağın doğacağı bir hukuki ilişkiye taraf olması üzerine, mevduat sahibi alacaklının rehin konusu mevduat üzerindeki çeşitli tasarruflarına engel olması mümkündür. Bu aşamada teminat altına alınan alacağın henüz doğmamış olması, rehin hakkına bağlı yetkilerin kullanılmasına engel olmamalıdır. Alacağın fiilen somutlaştığı bu anın öncesinde ise rehlinli alacaklının korunma ihtiyacı olduğu söylenemez. Bu aşamada mevduat alacaklısı, alacağını sona erdirecek veya azaltacak işlemleri yaparken, rehlinli alacaklının rızasına ihtiyaç duymayacaktır. Söz gelimi alacaklının rehin konusu alacağı tahsil ederek sonlandırdığı bir durumda, rehlinli alacaklı teminat altına alınan alacağı doğurabilecek hukuki ilişkiye taraf olmamak ve dolayısıyla teminat altına alınmış alacağın doğumuna engel olmak imkanını elinde bulundurur. Bu da rehlinli alacaklının korunma ihtiyacını haklı kılacak riski ortadan kaldırır.³²

³⁰ Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet 2018) 669; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara 2013) 293.

³¹ Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017) 613; Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (Vedat 2009) 458, dn 1797; Cansu Kaya Kızıllırmak, *Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri* (On İki Levha 2019) 176; Ayan, (n 27) 667; Burak Özen, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi' 2011 (10) 2 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53, 73.

³² Müstakbel alacakların rehinle teminat altına alındığı hallerde, rehlinli alacaklının riskine bağlı değerlendirmeler için bkz Yargıtay 8 HD, 14779/10601, 26.05.2014 (Hukuktürk): "Ne var ki bu gibi durumlarda Banka'nın [rehlinli alacaklı] üçüncü kişi sıfatı ile istihkak iddiasında bulunabilmesi için haciz kararını aldığı tarih itibarı ile kredi borcunun tamamının ödenmemiş olması, uzmanlık gerektiren bu durumun bilirkişi ya da bilirkişilere tespit ettirilmesi, belirlenen geri ödemesi yapılmamış kredi alacağı veya çek varsa bu miktar ile sınırlı olmak üzere üçüncü kişi Bankanın davaya konu hesaplar üzerinde rehin, hapis, takas ve mahsup hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Haciz itibarı ile varsa kredi borcunun tamamı veya keşide edilen çeklerin ödemesi yapılmış ise bu kez üçüncü kişinin dayandığı kredi sözleşmesinden doğan rehin hakkının alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. (...) Aynı şekilde bankanın, çekle işleyecek hesap açarken ve çek karnesi verirken gerekli basiret ve itina'yı gösterme zorunda olduğu da dikkate alındığında, rehin hakkını sadece karşılıksız kalan çekler ve ibraz edilmeyen çekler ile ilgili olarak ileri sürebileceğinin kabulü gerekir. Bu sebeple haciz tarihi itibarı ile tamamen ya da kısmen karşılıksız kalan çeklerden doğan yasal sorumluluk miktarı ile henüz muhatap bankaya ibraz edilmeyen çek yapıklarından kaynaklanan risk miktarı toplamının banka kayıtları üzerinde yaptırılacak teknik bilirkişi eli ile saptanmalıdır." Benzer yönde kararlar için bkz Yargıtay 8 HD, 1892/13287, 16.06.2015 (Hukuktürk); Yargıtay 8 HD, 3908/10494, 15.06.2016 (Hukuktürk). Bankanın kullandığı kredi henüz ödenmemişse, banka kredi kullanan alacaklı konumdadır. İbraz edilen çeklerin karşılıksız çıktığı bir durumda ise, banka karşılıksız çekleri ibraz edenlere karşı borç altında olduğu gibi müşterisinden de bu sebeple alacaklıdır. İbraz edilmeyen çekler ise ancak süresinde ibraz edilmeleri halinde, banka açısından ibraz edene karşı borç doğurur. Dolayısıyla burada teminat altına alınan alacak henüz doğmamışsa da, doğma riski vardır. Aynı çıkarım rehlinli alacaklı banka tarafından düzenlenen teminat mektupları için de yapılmalıdır, Yargıtay 8 HD, 13349/2372, 6.03.2019 (Hukuktürk); Yargıtay 8 HD, 14264/12403, 19.09.2016 (Hukuktürk); Ankara 19 BAM, 1273/1707, 1.10.2020 (Lexpera): Bu kararlarda bankanın haciz tarihi itibarıyla nakde çevrilmesi olasılığı olan teminat mektubu miktarı için rehin hakkının varlığının kabulü gerektiğine hükmedilmiştir.

IV. İİK m 287 (1) Uyarınca Mahkemece Alınacak Tedbirler Çerçevesinde Bloke İşleminin Durdurulmasının Mümkün Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak: Mahkemenin Üçüncü Kişilerin Maddi Hukuktan Kaynaklanan Haklarını Etkileyecek Bir Tedbir Kararı Alıp Alamayacağı Meselesi

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, rehinli alacaklı banka tarafından rehin hakkına bağlı olarak uygulanan blokenin İİK m 295'te yasaklanmış olan muhafaza tedbirleri arasında olmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla İİK m 295'e dayanarak bankanın bu işlemi engellemenin yolu yoktur. Fakat konkordato hükümleri çerçevesinde mahkemelere konkordato projesinin gerçekleştirilmesi adına tanınmış çeşitli yetkiler de gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin geçici mühlet kararı veren mahkeme, İİK m 287 (1) uyarınca, İİK m 297 (2)'deki haller de dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri almaya yetkilidir. Bu başlık altında tartışılacak olan ise, bankanın rehin hakkına bağlı bloke işlemine engel olunmasının, anılan hüküm uyarınca mahkemenin alabileceği tedbirler arasında kalıp kalmadığıdır.

Mahkemece alınabilecek tedbirlere ilişkin tartışmanın kökeni iflasın ertelenmesi düzenlemelerinin yürürlükte olduğu döneme dek uzanmaktadır. İİK mülga m 179/a uyarınca mahkeme, iflasın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli önlemleri alır. Ancak bu önlemlerin içeriği, kanun ile olmasa da Yargıtay uygulaması ile sınırlandırılmıştır. Bu dönemde verilen pek çok kararda, alınacak tedbirlerin alacaklıların ve üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını kısıtlamayacak ölçüde olması gereğine ve mahkemelerin maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri veremeyeceğine işaret edilmiştir. Bununla bağlantılı olarak vurgulanan bir diğer husus da, alacaklıların alacaklarını tahsil amacıyla kullanabilecekleri takas, mahsup, hapis hakkı gibi hukuki işlemlerin durdurulmasının iflasın ertelenmesi düzenlemesine uygun olmadığıdır.³³

İflasın ertelenmesi kurumuna ilişkin düzenlemelerin yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, bu kurumun konkordato ile benzer yönleri söz konusu düzenlemelerin konkordato açısından da yol gösterici sayılmasını sağlamıştır. Bu çerçevede mahkemelerin İİK m 287 (1) uyarınca verecekleri tedbir kararlarında yine üçüncü kişilerin maddi hukuktan kaynaklanan haklarının etkilenmemesi esası benimsenebilir. Bununla beraber uygulamada aksi yönde kararlara da rastlanmaktadır. Bu aksi yöndeki kararlarda, konkordato borçlusunun alacaklılarının maddi hukuktan

³³ Örnek kararlar için bkz Yargıtay 19 HD, 331/3708, 12.04.2007 (Lexpera); Yargıtay 19 HD, 9838/3705, 31.03.2010 (Lexpera); Yargıtay 23 HD, 1610/3329, 03.05.2012 (Lexpera).

kaynaklanan haklarının, kanundaki düzenlemeler uyarınca, konkordatodan halihazırda etkilenmekte olduğuna dikkat çekilmektedir. Söz gelimi İstanbul BAM 17HD'nin 2019 yılında verdiği kararda, kanun koyucunun konkordato düzenlemeleri aracılığıyla konkordato borçlusundan alacaklı kişilerin maddi hukuktan kaynaklanan haklarına müdahale edilebilmesinin halihazırda mümkün hale geldiği ifade edilmiştir. Buradan hareketle mahkeme, iflasın ertelenmesi kurumu açısından mahkemece verilebilecek tedbirleri sınırlayan Yargıtay uygulamasının konkordato hükümleri ile bağdaşmadığı yönünde karar vermiştir.³⁴ Kararda maddi hukuka müdahale edici niteliği ile öne çıkarılan düzenlemeler İİK m 294 (1), 294 (3), 294 (4), 294 (6), 296 (1) ve 296 (2)'dir.³⁵

Sakarya BAM 7 HD'nin 2020 yılında verdiği bir kararda³⁶ ise İİK m 287 (1)'de mahkemece alınabileceği belirtilen tedbirlerin içeriğinin açık olmadığına değinilmiş; ancak kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarını düzenleyen İİK m 294 (4) uyarınca maddi hukuka ilişkin takas hakkının kullanılmasının İİK m 200-201'deki kurallara tabi kılındığına dikkat çekilmiştir. Buradan hareketle mahkeme, konkordato tedbirlerinin sınırlı da olsa maddi hukuktan kaynaklanan hakları da etkileyebileceği sonucuna varmışsa da, bunun sınırının “*en az müdahale prensibi*” olduğunun altını çizmiştir. Bu prensibe göre, konkordato borçlusu olmayan üçüncü kişilere en az zarar verebilecek önlem, somut olaya göre en çok katlanılabilecek, en hafif tedbirdir ve bu ilke kapsamında karar verecek hakim, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve ihtiyati tedbirin amacını göz önünde bulundurmalıdır.

Yine İstanbul BAM 17HD'nin 2020 yılında verdiği bir kararın³⁷ muhalefet serhinde de konkordatoya ilişkin İİK m 294 ve 296 düzenlemelerine dikkat çekildiği görülmektedir. Söz konusu kararda uyuşmazlık konusu, konkordato borçlusu lehine verilmiş teminat mektubunun nakde çevrilmesinin tedbirene durdurulmasına karar verilip verilemeyeceğidir. Mahkeme paraya çevirmenin durdurulmasına yönelik talebin, borçlunun mal varlığının muhafazası kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Bunun yanında, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin durdurulmasına yönelik tedbirin, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran ve konkordato borçlusu şirket dışındaki kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını etkileyecek nitelikte bir tedbir olduğunu tespit etmiştir. Anılan son husus çalışma konumuzu da ilgilendirmektedir. Zira mahkeme sonuç itibarıyla gerek geçici

³⁴ Kararla aynı yönde görüşler için bkz Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Bası, Beta 2021) 608; Tunç Yücel, (n 17) 209-210. Tunç Yücel'in bankaların bloke işlemleri için değerlendirmeleri de benzer yöndedir. Ancak bu değerlendirmelerde bloke işleminin kaynağındaki hak özelinde bir inceleme yapılmamış; daha çok devamında kullanılan takas hakkı üzerinde durulmuştur; Tunç Yücel, (n 17) 216 vd. Aksi yönde bir karar için bkz İstanbul 17 BAM, 1540/1400, 2.12.2021 (Lexpera).

³⁵ İsviçre hukukunda da konkordato hükümlerinin halihazırda, konkordato borçlusunun alacaklılarının maddi hukuktan kaynaklanan haklarına etki ettiği belirtilmektedir. Bu yönde etkiye sahip olduğu ifade edilen hükümler ise sırasıyla İİK m 294 (6), (3), (4)'ün karşılıkları olan Art 297 (4), (7), (8) SchKG'dir. Bu yönde bkz Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 297, N 3.

³⁶ Sakarya 7 BAM, 2265/211, 12.2.2020 (Lexpera).

³⁷ İstanbul 17 BAM, 1324/1522, 9.7.2020 (Lexpera).

mühlet gerekse kesin mühlet içerisinde, üçüncü kişilerin sahip oldukları hakları etkileyecek nitelikte tedbir kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir. Karara ilişkin muhalefet şerhinde ise, İİK m 294 ve 296 hükümlerinin maddi hukuk alanında sonuç doğuran düzenlemeler olduğu da göz önünde bulundurularak, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin durdurulmasının maddi hukuktan kaynaklanan haklara müdahale edeceği gerekçesiyle ret kararı verilmesi eleştirilmiş; bunun yerine her talebin niteliğine ve ihtiyati tedbir şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilerek hüküm tesis edilmesi gereği vurgulanmıştır.

B. İİK m 294 ve 296 Hükümlerinin Maddi Hukuk Alanında Etki Doğuran Tedbir Kararları Alınmasını Meşru Kılıp Kılmayacağına İflasın Ertelenmesi Kurumu İle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi

Bir üst başlıkta da belirtildiği üzere, yargı kararlarında konkordato ve iflasın ertelenmesi kurumlarının bu çalışmada incelenen konu çerçevesindeki farklılıklarının İİK m 294 ve 296 düzenlemeleri ile somutlaştığına dikkat çekilmektedir. Bu nedenle bu başlık altında yapılacak olan, bahsi geçen hükümlerin maddi hukuka alanında ne ölçüde etki doğurabildiklerini, yeri geldikçe iflasın ertelenmesine ilişkin hükümlerin yürürlükte olduğu dönemdeki uygulama ve öğreti görüşleri ile karşılaştırmalı olarak değerlendirmektir. Bu kapsamda İstanbul BAM 17HD'nin 2019 yılında verdiği 2019/1672 esas ve 2019/1058 karar numaralı kararında sayılmış olan İİK m 294 (1), 294 (3), 294 (4), 294 (6), 296 (1) ve 296 (2) hükümleri incelenecektir.

1. İİK m 294 (1) ve İİK m 294 (4) Uyarınca Değerlendirmeler

Anılan ilk hüküm olan İİK m 294 (1), konkordato mühleti içinde takip yasağını düzenlemektedir. Hükme göre konkordato borçlusu aleyhine başlatılmış olan takipler mühlet kararı ile duracak ve bu süre içinde borçlu aleyhine yeni takip de başlatılamayacaktır. Bunun yanında ihtiyati haciz ve tedbir kararlarının uygulanması ve takip işlemleri ile kesilebilecek zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemesi de mühlet boyunca mümkün değildir. Bu düzenleme İİK mülga m 179/b (1) ile birebir aynıdır. Dolayısıyla bu maddenin üçüncü kişilerin maddi hukuktan kaynaklanan haklarına müdahale niteliğinde olduğu söylenebilecekse, iflasın ertelenmesi kurumunun da bu haklara konkordato ile aynı derecede müdahale ettiği kabul edilmelidir.

İİK m 294 (4)'te yer alan takas hakkına ilişkin düzenleme açısından da benzer bir çıkarım yapılabilir. Her ne kadar mülga iflasın ertelenmesi düzenlemeleri arasında takas hakkının kullanılmasına ilişkin bir sınırlama getirilmemişse de, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında iflas kapsamında yapılmış sınırlamaların (İİK m 200-

201), iflasın ertelenmesinde de geçerli olacağı ifade edilmektedir.³⁸ Bu nedenle iflasın ertelenmesinden farklı olarak konkordato hükümlerinin yürürlüğe girmesini takiben, İİK m 287 (1) uyarınca alınacak tedbirlerin maddi hukuk alanında da etki doğurabileceği kabul edilecek olsa dahi, bunun gerekçeleri arasında İİK m 294 (1) ve (4)'ün gösterilmesi kanaatimce isabetli değildir.

2. İİK m 294 (6) Uyarınca Değerlendirmeler

Konkordatonun maddi hukuka etki eden düzenlemelerine örnekler altında sayılan İİK m 294 (6)'nın da ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Söz konusu hüküm uyarınca, konkordato mühletinin verilmesinden önce müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış, ancak devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür. Her ne kadar müstakbel alacakların devrine ilişkin özel bir hüküm getirilmişse de, esasen buna ihtiyaç olup olmadığı tartışılabilir. Şöyle ki kendisine konkordato mühleti tanınmış kişi alacaklarını devredemeyecek durumda ise, mühletten önce yapılan ve konusu da müstakbel bir alacak olan devrin, ilgili alacağın konkordato mühleti verilmesinden sonra doğması halinde hüküm ifade etmeyeceği de pekala söylenebilir. Bu nedenle öncelikle üzerinde durulması gereken, konkordato mühletinin verilmesini takiben, halihazırda doğmuş (mevcut) alacakların devredilip edilemeyeceğidir.

İİK m 297 (2) uyarınca konkordato borçlusunun, mühlet kararından itibaren, mahkemenin izni dışında rehin tesis etmesi, kefil olması ve ivazsız tasarruflarda³⁹ bulunması mümkün değildir. Aynı maddenin devamında konkordato borçlusunun taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devredemeyeceği veya sınırlayamayacağı da düzenlenmiştir. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüz olacaktır. İİK m 297 (2)'de açıkça alacağın devrinden bahsedilmemişse de, ivazsız alacak devirlerinin – tüm ivazsız tasarruflar gibi – İİK m 297 (2) altında değerlendirileceğinden şüphe edilmemelidir. Bununla beraber alacağın devrinin ivazsız olduğu hallerde, bundan hiçbir ekonomik çıkar sağlanmadığı düşünülmemelidir. Söz gelimi alacağın teminat amacıyla devredildiği durumlarda, teknik anlamıyla bir ivaz söz konusu olmasa da, alacağını devreden kişi bundan ekonomik bir menfaat elde etmekte; örneğin bir kredi kullanabilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki öğretilerde teminat amacıyla yapılan bu tür devirlerin İİK m 297 (2)'de sayılan rehin verme işlemine denk düştüğü ve bu nedenle de yasak olduğu

³⁸ Hakan Pekcanitez, 'İflasın Ertelenmesi' iç *Makaleler II* (On İki Levha 2016) 60; Selçuk Öztekin, 'İflasın Ertelenmesi', *Bankacılar Dergisi* (2006) (59) 39, 77; İsmail Kayar, 'Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin İflasın Ertelenmesine İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi' iç *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXIII 12 Haziran 2009* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2009) 90; Tansu Dumlupınar, 'Sermaye Şirketlerinde İflasın Ertelenmesi' (2014) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (1) 71, 95-96. Bu yönde karar örneği için bkz Yargıtay 23 HD, 1618/3330, 3.5.2012 (Lexpera).

³⁹ İvazsız tasarrufları somutlaştırmak adına İİK m 278'deki tasarrufun iptali düzenlemesinden yararlanılabileceği yönünde bkz Kuru, (n 24) 1467; Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (n 24) 74; Bilgehan Yeşilova iç Bilgehan Yeşilova (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (3. Basi, Yetkin 2023) İİK m 297, N 19.

kabul edilmektedir.⁴⁰ Bununla beraber bir alacak devrinin teminat amacı gütmeyen ve ivazlı olarak yapılmasına İİK m 297 (2) çerçevesinde bir engel bulunmamaktadır.

Henüz doğmamış bir alacağın devri, tasarruf işleminin yapıldığı ve etkilerini doğurduğu anların birbirinden ayrılmasına yol açar. Bu nedenle devre konu alacağın doğumundan önce haczedilmesi veya devredenine yine alacağın doğumundan önce iflas etmesi gibi hallerin tamamlanmış devir işlemine etkisi öğretide tartışma konusu edilmiştir.⁴¹ Kanaatimce müstakbel alacaklar üzerinde yapılan bir tasarruf açısından önemli olan, alacak doğduğunda tasarruf edenin hala bu alacak üzerinde tasarrufta bulunma imkanının olup olmadığıdır. Böyle bir imkan yoksa geçmişte yapılan tasarruf işlemi de hüküm ifade etmemelidir. Alacak doğduğunda tasarruf işlemi yapılabilmesine rağmen belirli kişilere karşı ileri sürülemiyorsa, geçmişte yapılan tasarruf işlemi de aynı yaptırıma tabi olmalıdır. Bu durumu somutlaştırabilecek en çarpıcı örnek, müstakbel alacağın devreden kişinin alacak doğmadan iflas etmesidir. Hemen belirtmek gerekir ki, iflasın açılmasının müflisin tasarruf yetkisine etkisi, iflas masasına dahil olan malvarlığı unsurları üzerinde tasarruf edilmesine engel olacak nitelikte değildir. Burada sınırlanan esasen müflisin tasarruf yetkisi değil; bu tasarruflar sonucunda hak kazanan kişilerin bu haklarını alacaklılara karşı ileri sürebilmeleri imkanındır.⁴² Zira İİK m 191 (1)'de, müflisin iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerindeki tasarruflarının sadece alacaklılara karşı hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle iflastan önce gerçekleştirilen devir işlemi, alacağın doğmasıyla birlikte devralanın malvarlığına dahil olacağına da, iflas alacaklıları İİK m 191 (1) uyarınca bu devir işleminden etkilenmeyecektir.⁴³

Aynı düşünce silsilesiyle İİK m 294 (6) açısından varılacak sonuç da şu şekilde özetlenebilir: Müstakbel bir alacak, ivazsız olarak devredilmiş ve devredene konkordato mühleti verilmesinden sonra doğmuşsa, mahkeme izni alınmaması sebebiyle İİK m 297 (2) uyarınca hükümsüz olacak bu devrin, sırf ilgili tasarruf işleminin daha önce tamamlanması sebebiyle hüküm ifade etmesi mümkün değildir. Bu alacağın devri teknik anlamda ivazsız olmakla beraber, teminat amacıyla devredilmiş olması halinde de aynı sonuca varılacaktır. Zira İİK m 297 (2)'nin rehin kurma işlemi için getirdiği yasak, teminat amaçlı devirlere de uygulanır. Bu çerçevede salt İİK m 297 (2)'den hareketle, İİK m 294 (6)'da düzenlenen sonuçlara

⁴⁰ İsviçre hukukunda bu yönde bkz Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 298, N 19; Benedikt Fässler, *Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht* (Dike 2010) N 534; Peter Dietsche, '(Globale) Debitorenzession im Nachlassverfahren' (1997) 93 SJZ 337, 343.

⁴¹ Bu tartışmaların derlemesi için bkz Taşkın, (n 29) 101 vd.

⁴² Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları 1973) 250.

⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin iflastan sonra doğan alacakların önceden devredilmeleri halinde devir işleminin hükümsüz olacağı yönündeki kararları için bkz BGE 115 III 65, 67 (Swisslex); BGE 130 III 248, 255 (Swisslex); BGE 111 III 73, 76 (Swisslex). Ancak belirtmek gerekir ki bu kararlardan ilkinde hükümsüzlüğün sadece iflas alacaklıları tarafından ileri sürülebileceği açıkça belirtilmişken; ikinci kararda devredilen alacağın müflisin malvarlığını terk etmediği ifade edilmiştir. Oysa Federal Mahkeme aynı kararında iflasın mevcut alacakların devrine etkisinin, sadece iflas alacaklılarına karşı bir hükümsüzlük olduğunu isabetli olarak ortaya koymuştur, BGE 130 III 248, 254 (Swisslex).

varmak mümkündür.⁴⁴ İİK m 297 (2)'deki hükümsüzlüğün türü öğretide tartışmalı olmakla beraber⁴⁵, bu hususta varılacak kanaatin İİK m 294 (6)'daki hükümsüzlük türü için de geçerli olacağı kabul edilmelidir.⁴⁶

Bununla beraber İİK m 294 (6) düzenlemesine yer verilmiş olmasının, İİK m 297 (2) karşısında hiçbir etkisi olmadığını söylemek güçtür. Kanaatimce İİK m 294 (6)'nın sakıncalarından biri, sadece müstakbel alacakların devrine odaklanmış olması sebebiyle, bu alacaklar üzerinde yapılan diğer tasarrufların alacağın konkordato mühletinden sonra doğması halinde dahi geçerli olabileceği yönünde bir intiba yaratmasıdır. Oysa öğretide bu hükmün en azından müstakbel alacaklar üzerinde kurulacak rehin hakkı için de uygulanacağı savunulmaktadır.⁴⁷ Öte yandan İİK m 294 (6)'da dikkat çeken bir diğer husus da, hükümsüz olacağı düzenlenen devrin ivazlı veya ivazsız olması ile ilgili bir açıklık olmamasıdır. Hükmün ifadesi, İİK m 297 (2)'deki yasaklar saklı olmak üzere, konkordato mühleti içinde yapılacak ivazlı tasarruflar serbestken; İİK m 294 (6)'da müstakbel alacaklar için daha katı bir yasak getirildiği ve ivazlı olanların dahi hükümsüz olduğu gibi bir çıkarıma yol açmaktadır. Nitekim öğretide de bu yönde görüşlere rastlanmaktadır.⁴⁸

İİK m 294 (6)'nın gerekçesi, hükümsüz olması öngörülen müstakbel alacakların devrinin ivazsızlarla sınırlı olup olmadığı açısından yol gösterici olabilir. İsviçre hukukunda söz konusu hükmün karşılığı olan Art 297 (4) SchKG'nin amacının konkordato borçlusuna likidite sağlamak olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹ Bu çerçevede, kanaatimce, malvarlığı alacak devri yoluyla eksilen borçlu bunun yerine geçecek bir değere kavuşacağından likidite açığı da olmayacağı kabul edilmelidir. İİK m 294 (6)'nın gerekçesi ise, amacın konkordato alacaklılarının başvurabileceği malvarlığını korumak olduğunu ortaya koymaktadır.⁵⁰ Türk hukukunda İİK m 294 (6) için gösterilen bu gerekçe, İsviçre hukukunda İİK m 297 (2)'nin karşılığı olan Art 298

⁴⁴ İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz Franco Lorandi, 'Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung - Alte und neue Handlungsoptionen' iç Thomas Sprecher, Brigitte Umbach-Spahn ve Dominik Vock (eds), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V - Das neue Schweizer Sanierungsrecht* (Schulthess 2014) 38-39; Franco Lorandi, 'Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht' (2011) BLSchK 95, 100-101; Daniel Staehelin, 'Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht' (2013) AJP 1735, 1740; Hunkeler, (n 12) Art 297 SchKG, N 21: Yazarlar konkordato mühletinden önce devredilen ancak mühlet içinde doğan alacaklara ilişkin yapılan devir işleminin hüküm doğurup doğurmayacağı tartışmasının, İsviçre hukuku açısından kanunda açıkça düzenlenerek çözüme kavuşturulduğuna işaret etmiştir. Ancak yazarlara göre bu tartışma salt Art 298 aSchKG'nin yürürlükte olduğu zamanda dahi gereksizdir. Anılan hüküm ise bugün yürürlükte olan Art 298 SchKG/İİK m 297'nin karşılığıdır. Müstakbel alacakların devrine ilişkin düzenlemenin henüz yürürlükte olmadığı dönemde, bu devirlerin ilgili alacağın mühlet içinde doğması halinde hükümsüz olacağına salt Art 298 (2) SchKG'den hareketle ulaşması açısından bkz Olivier Hari, *Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP)* (Schulthess 2011) N 270.

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz Bölüm V.

⁴⁶ İİK m 294 (6) ve İİK m 297 (2)'deki hükümsüzlük yaptırım hakkındaki görüşler için özellikle bkz dn 80 ve 81.

⁴⁷ Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 297 SchKG, N 21.

⁴⁸ Serpil Işık, '7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordato Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi' (2022) 28 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 407, 427; Cemil Simil, *Konkordato Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020) 198.

⁴⁹ Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 297 SchKG, N 20; Hunkeler, (n 12) Art 294 SchKG, N 23.

⁵⁰ İİK m 294 (6) kanun gerekçesi.

(2) SchKG için de ileri sürülmüştür.⁵¹ İİK m 297 (2)/Art 298 (2) SchKG'nin mühlet sırasında yapılmasını yasakladığı işlemlerden yola çıkılacak olursa, aynı amaca hizmet eden Art 294 (6)'nın kapsamının da bu işlemleri genişletmemesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, teminat amacıyla yapılmayan ve ivazlı bir müstakbel alacak devrinin İİK m 294 (6) uyarınca engellenmemesi gerekir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde İİK m 294 (6)'nın üçüncü kişilerin maddi hukuktan kaynaklanan haklarına müdahale edip etmediği kanaatimce yeniden değerlendirilmelidir. Konkordatoya ilişkin bu düzenleme, müstakbel alacaklar üzerinde yapılan tasarruf işlemlerinin etkilerini doğurabilmesi açısından mevcut olan genel bir prensibi – yerindeliği tartışılabilir şekilde – yeniden ortaya koymaktadır. Kaldı ki bir müstakbel alacak devredildiği anda, devralan bir hak kazanmamaktadır. Yapılan tasarruftan sonra ancak alacağın doğumundan önce, bu tasarruf işleminin hukuk düzeninde doğuracağı sonuçları etkileyebilecek durumlar ortaya çıkabilir. Bu durumlar, daha önce yapılan tasarrufun hüküm ifade edip etmeyeceği konusunda belirleyici olabileceği gibi, edecekse de kimlere karşı edeceği hususunda da sınırlayıcı olabilir. İşte bu nedenle müstakbel bir alacağı devralan kişi, alacak doğmadan önce bu alacak üzerinde maddi hukuk anlamında kesinleşmiş bir hakka sahip değildir. Bu doğrultuda, ele alınan düzenlemenin konkordatonun üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan haklarına doğrudan müdahale ettiğine ilişkin bir örnek olarak gösterilmesi kanaatimce güçtür.⁵²

3. İİK m 294 (3) Uyarınca Değerlendirmeler

İİK m 294 (3)'te, tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde, rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa kesin mühlet tarihinden itibaren faiz işleminin duracağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce yürürlükte olan İİK mülga m 289 (4) ile aynıdır. Yine bu dönemde yürürlükte olan İİK mülga m 179/b'de ise, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak takipler, iflasın ertelenmesi kararının ardından devreye girecek takip yasağının istisnası olarak anılmış ve aynı yerde, erteleme süresince işleyecek ve mevcut rehinle karşılanamayacak olan faizlerin teminatlandırılacağı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle iflasın ertelenmesi kararı, alacaklılarının alacaklarına işleyecek faizleri durdurmamaktadır. Hatta eğer rehinle teminat altına alınmış bir alacak söz konusu ise, rehin konusunun değerini aşan faiz miktarı için de teminat gösterilecektir. İflasın ertelenmesi hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde, bu durum borca batık şirketler açısından yaratacağı zorluk sebebiyle eleştirilmiştir. Zira borca batık şirket

⁵¹ Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 298 SchKG, N 20; Hunkeler, (n 12) Art 298 SchKG, N 15.

⁵² Buna karşılık kanaatimce yerinde olmamakla beraber, müstakbel bir alacağın ivazlı devrinin dahi İİK m 294 (6) uyarınca hükümsüz kılınacağı kabul edilirse, bunun müstakbel alacaklar üzerinde yapılacak tasarruflara ilişkin genel prensipten ileri giden bir müdahale teşkil edeceği de yadsınmaz. Zira bu defa konkordato mühleti içinde geçerli olarak yapılabilecek bir işlem söz konusudur ve buna rağmen, salt tasarruf işlemi tamamlandığı sırada alacağın henüz doğmamış olması sebebiyle, işlem hükümsüz olacaktır.

önce erteleme süresi içinde borca batık durumdan kurtulmalı; ardından yeniden iflas tehdidi ile karşılaşmamak için tüm borçlarını faiziyle birlikte ödemelidir. Oysa borca batık durumdaki şirketlerin halihazırda mevcut borçlarını dahi ödemekte zorlandıkları düşünülürse, bir de faiz ödemelerinin beklenmesi gerçekçi değildir.⁵³

Konkordato projesinde aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı sürece, sadece rehinle teminat altına alınmış alacaklara faiz işletilebilmekteyse de, bunun sınırı rehin konusunun değerinin TMK m 946 (2) uyarınca kanunda belirlenen güvence kapsamını karşılamaya yetmesidir.⁵⁴ Bu son anılan hüküm uyarınca rehin hakkı, alacaklıya asıl alacak ile birlikte sözleşme faizlerinin, takip giderlerinin ve gecikme faizinin güvencesini sağlar. Rehin konusunun değerinin bu tutarı karşılamaya yetmediği andan itibaren ise alacağı faiz işlemesi durur. Tüm bu açıklamalar sonucunda faizlerin durmasının konkordatonun maddi hukuk alanına etki eden bir sonucu olduğu ve iflasın ertelenmesine ilişkin mülga düzenlemeden epey farklılaştığı yadsınamaz. Ancak unutulmamalıdır ki konkordato projesinde aksi yönde bir düzenleme öngörülebilir olup; faizlerin durması konkordatonun zorunlu bir unsuru değildir.⁵⁵

Faiz işlemesinin durması ile konkordatonun, borçluya iflasın ertelenmesinden daha büyük bir kolaylık sağladığına şüphe yoktur. Öte yandan konkordato mühletinin borçlunun durumunun iyileşmesi üzerine kaldırılması⁵⁶ veya tasdik edilen konkordatonun feshi halinde⁵⁷, faiz geçmişe etkili olarak işletilecektir. Konkordatonun kaldırılması sonucunda konkordato borçlusunun iflas etmesi halinde ise, faiz bu defa İİK m 196 (1) hükmü uyarınca işleyecektir.⁵⁸ Bu açıklamalar ışığında, kanaatimce, alacağın faiziyle ilgili maddi hukuk müdahalesinin çerçevesinin fazlasıyla sınırlı olduğu söylenebilir. Kaldı ki iyileşme sebebiyle mühlet kaldırılması veya konkordatonun feshi hallerinde faizlerin geçmişe etkili olarak işletilebilmesi de alacaklının geri döndürülemez bir hak kaybına uğramasına engel olmaktadır. Bu çerçevede konkordato mühleti boyunca rehinle teminat altına

⁵³ Borcun faiziyle birlikte ödenmesinin çoğu zaman mümkün olmadığı yönünde bkz Hakan Pekcanitez, 'İflâsın Ertelenmesi Kurumuna Eleştirel Bakış' iç *Makaleler II* (On İki Levha 2016) 487.

⁵⁴ Güray Erdönmez, 'Konkordato Mühleti Verilmesinin Alacaklılara Etkisi' iç Muhammet Özeker (ed), *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunun Güncel Sorunları II, Lexpera Seminer, 21 Haziran 2019* (On İki Levha 2020) 32-33; Tunç Yücel, (n 17) 184; Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 297 SchKG, N 33; Hunkeler, (n 12) Art 297 SchKG, N 51; Franco Lorandi, 'Aktivenüberschuss in der General-execution – wenn der Glücksfall zum Problemfall wir' (2013) BISchK 217, 218.

⁵⁵ Erdönmez, (n 54) 19-20.

⁵⁶ Simil, (n 47) 255; Ali Cem Budak ve Müjgan Tunç Yücel iç Bilgehan Yeşilova (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2023) İİK m 291, N 12; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (Bilge 2019) 67; Cenk Akil, *Sorularla Adı Konkordato* (Adalet 2019) 128; Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach ve Roland Burkhalter iç Jolanta Kren Kostkiewicz ve Dominik Vock (eds), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, Schulthess 2017) Art 296a SchKG, N 8; Hunkeler, (n 12) Art 296a SchKG, N 17; Staehelin, (n 43) 1740; Tanja Luginbühl ve Anja Affolter Marino, '«Exit» aus der Nachlassstundung nach erfolgreicher Sanierung – Erste Erkenntnisse zum neuen Art 296a SchKG' (2019) SZW 249, 257. Karş Tunç Yücel, (n 17) 184; Yazar iyileşme nedeniyle konkordatonun kaldırılması durumunda kural olarak faizin geriye dönük işletileceğini kabul etmekle birlikte her alacaklı ile yapılacak anlaşmanın da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir.

⁵⁷ Simil, (n 47) 256; Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998) 273-274.

⁵⁸ Simil, (n 47) 255.

alınmamış alacaklara faiz işletilmeyeceğine ilişkin İİK m 294 (3) hükmü, diğer tüm maddi hukuk müdahalelerini de meşrulaştırabilecek bir araç değildir. Özellikle bu çalışmada ele alınan blokelere kaldırılması gibi, sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması imkansız bir müdahale söz konusu olduğunda, bunu İİK m 294 (3)'ten hareketle temellendirmek mümkün olmasa gerekir.

4. İİK m 296 Uyarınca Değerlendirmeler

Konkordatonun maddi hukuka etkisini somutlaştırmak adına örnek gösterilen bir diğer hüküm de İİK m 296'dır. Bu hükme göre konkordato borçlusunun işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerde yer alan ve borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına veya borcu muaccel hale getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmayacaktır. Bu yönde hükümlere yer verilmediği halde de, bu sözleşmelerin konkordatoya başvurulması sebebiyle sona erdirilmesi mümkün değildir. Aynı maddenin devamında ise geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak ifa edileceği belirtilmiştir. Buna karşılık konkordato borçlusunun, konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilmesi mümkündür. Bu fesih sebebiyle konkordato borçlusu tarafından ödenmesi gereken tazminat ise konkordato projesine tabi olacaktır.

Bu düzenlemeden açıkça görülebildiği üzere, kanun koyucu konkordato borçlusunun durumunun ağırlaşmasını önlemek adına sözleşme özgürlüğüne müdahale etmektedir. Böylelikle tarafların anlaşarak konkordato talebinde bulunulmasına bağladıkları sonuçlar, bu şartın gerçekleşmesi halinde uygulanmayacaktır. Bunun için konkordato borçlusu ile sözleşmesel ilişki kuran üçüncü kişilerin, bu konkordato projesinden etkilenip etkilenmediklerine dair bir tespiti de ihtiyaç yoktur. Hatta bu kişilerin konkordato talebini gerekçe göstererek sözleşmeyi sona erdirmelerinin yolu, İİK m 296 (1)'in ikinci cümlesi ile tümden kapanmıştır.

Konkordato borçlusunun durumu ise sözleşsenine kıyasla çok daha avantajlıdır. Hükümün ikinci fıkrasında konkordato borçlusu için çeşitli şartlara bağlı bir fesih serbestisi getirildiği pekala söylenebilir. Ancak bu serbestinin sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Öncelikle feshi mümkün sözleşmeler, konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen, aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini konu alan sözleşmelerdir ve bunların feshi için de komiserin uygun görüşü ile mahkemenin izni aranmaktadır. Bu sayede konkordato borçlusunun kanunun kendisine tanıdığı bu hakkı kötüye kullanması ve yeniden yapılandırma faaliyetini sekteye uğratmayacak sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi engellenebilecektir. Zira bu ihtimalde konkordato komiseri

ve mahkeme fesih yetkisinin kullanılmasına onay vermemelidir.⁵⁹Kaldı ki konkordato borçlusunun sözleşmeyi feshetme yoluna başvurmasının hiçbir yaptırımı da yok değildir. Şöyle ki sözleşmenin feshi sonucunda bir tazminat borcu ortaya çıkacaktır. Hükümde açıkça belirtildiği üzere, konkordato borçlusu nezdinde doğan bu tazminat borcu da pekala konkordatoya tabi bir alacaktır. Ancak her halükarda konkordato borçlusu korunmaya çalışılırken, alacaklının fesih sebebiyle uğradığı zararın göz ardı edilmediği de açıktır.

Kanaatimce İİK m 296'nın üçüncü kişilerin maddi hukuktan kaynaklanan haklarına esas müdahale eden kısmı temelde yukarıdaki paragrafta açıklanan ikinci fıkra düzenlemesidir. Zira ilk fıkrada, konkordato borçlusu ile sözleşmesel ilişki içindeki kişilerin mevcut haklarına müdahaledense, bu kişilerin bu içerikte bir hak sahibi olmaları engellenmektedir. Üçüncü kişilerin, tarafı oldukları sözleşmeleri sona erdirmek için maddi hukuktan kaynaklanan bir sebepleri olduğunda, İİK m 296 (1) bu fesih hakkının kullanılmasına engel olmayacaktır.⁶⁰ Hatta konkordato mühleti verilmesinin bir ifa güçsüzlüğü örneği de teşkil ettiği kabul edilebilecekse⁶¹; TBK m 98 uyarınca konkordato borçlusundan teminat istenmesi, bu teminatın gösterilmemesi halinde ise sözleşmenin feshedilmesi mümkün olabilecektir.⁶²

C. Bloke İşlemi İçin Varılması Gereken Sonuç

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde kanun koyucunun konkordato düzenlemelerinde, üçüncü kişilerin haklarına belirli ölçüde müdahale etmeyi mümkün kıldığı kabul edilmelidir. Ancak kanaatimce, salt bu sınırlı müdahale imkanından yola çıkarak, mahkemelerin rehin konusu mevduatın bloke edilmesini engellemeye yönelik tedbir kararları vermesinin önü açılmamalıdır. Kanun koyucunun belirli sınırlar çizmek kaydıyla, üçüncü kişilerin haklarına fazlasıyla dar bir kapsamda müdahaleye izin verdiği hallerin genişletilmesi konkordato borçlusunu koruma amacıyla meşrulaştırılamaz. Zira bu hallerde konkordato borçlusunun tarafı olduğu ilişkilerdeki üçüncü kişilerin menfaatleri tümünden göz ardı edilmiş olacak; bu ilişkilerdeki denge tekrar tesis edilemeyecek şekilde bozulacaktır.

İcra ve İflas Kanunu'nun üçüncü kişilerin haklarına müdahale olarak nitelendirilebilecek konkordato düzenlemelerinden farklı olarak blokenin kaldırılması,

⁵⁹ Komiserin onayı açısında bu yönde bkz Pekantez ve Erdönmez, (n 24) 108.

⁶⁰ Benzer yönde bkz Erdönmez, (n 54) 21.

⁶¹ Bu tespit için örnek olarak bkz Serozan, Baysal ve Sanlı, (n 7) §6 N 23; Arif Barış Özbilen, 'Tüketim Ödünü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü Ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukuki Sonuçlar' (2016) 7 (27) TAAD 125 vd; O. Gökhan Antalya ve Pelin Çavdar, 'İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü' (2020) 26 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 219, 221.

⁶² Hakan Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordato Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin 2020) 327-328; Bünyamin Kartal, *Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi* (Adalet 2022) 324-325. Kiracının konkordatosu sebebiyle kiraya verenin TBK m 98'e dayanarak güvence isteyebileceği yönünde bkz Banu Bilge Sarıhan, 'Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi' (2020) 3 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83, 91-92.

rehinli alacaklının hakkının geri dönüşü olmaksızın ortadan kalkması tehlikesini yaratmaktadır. Oysa rehinli alacaklı, borçlusuna konkordato mühleti verilmesinden önce tam da bu tür tehlikelere karşı kendini güvence alma güdüsüyle hareket etmiştir. Kaldı ki bu çalışma kapsamında incelenen 2022 yılında verilmiş İstanbul BAM 17 HD kararında da isabetle belirtildiği üzere, konkordato mühleti içinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılması da mümkündür. Blokeye hiç izin verilmemesi veya koyulan blokenin kaldırılması ile, rehinli mevduatın alacaklı tarafından tahsil edilmesi, üçüncü kişilerin hesaplarına aktarılması veya ödeme işlemlerinde kullanılması mümkün olacak ve sonuç itibarıyla rehinli mevduat sona ererek rehin hakkını da sona erdirecektir. Bu durum da göz önünde bulundurulduğunda, hem mühlet içinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe izin verilmesi hem de İİK m 287 uyarınca rehin konusunun boşa çıkarılmasının önünün açılması, konkordato düzenlemelerinde rehinli alacaklı açısından benimsenen mantığa uygun değildir.

Bununla beraber bu tür uygulamalarla farklı hukuk sistemlerinde de karşılaşılmaktadır. Buna bir örnek, Medeni Kanun’unda mevduat rehnine ilişkin açık bir hükme yer vermiş olan Fransa’dır.⁶³ Art 2360 (1) CCiv uyarınca mevduat rehnedildiğinde, rehinli alacaklı ancak paraya çevirme anında banka hesabında mevcut mevduat tutarına ilişkin bir rehin hakkına sahip olacaktır. Dolayısıyla Fransız Medeni Kanunu hükümleri uyarınca mevduat üzerindeki rehin hakkının, taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma mevcut olmadığı takdirde, bloke işlemini dışladığı çıkarımı yapılabilir. Art 2360 (2) CCiv’de ise mevduat sahibi hakkında başlatılan bir yeniden yapılandırma prosedürü olması halinde, rehin hakkının ilgili yeniden yapılandırma kararının alınması tarihinde mevcut olan bakiyeye ilişkin alacak hakkı üzerinde etki doğuracağı belirtilmektedir. Hükmün kaleme alınış şekli, yeniden yapılandırma kararı verildiği an hesabın fiilen bloke edildiği izlenimini uyandırmaktadır. Ancak yargı kararları incelendiğinde, bu hükmün blokenin kanuni dayanağı olmadığı ve hatta blokenin taraflarca kararlaştırılması halinde dahi uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.⁶⁴

Fransız Yüksek Mahkemesi’nin bu kararları öğretilerde çeşitli sebeplerle eleştirilmiştir. Bu eleştiriler öncelikle, bankanın bloke hakkını kullanmasına mahkemelerce yüklenen anlama yöneltilmiştir. Bir müşterisine kredi kullandıran, bunun teminatı olarak ise müşterinin mevduatı üzerinde rehin hakkı tanınan banka, Yüksek Mahkeme’nin görüşünün aksine, mevduatı bloke ettiğinde rehin hakkını paraya çevirmiş olmamaktadır.⁶⁵ Banka bu davranışı ile sadece rehin hakkının paraya çevrilip çevrilmeyeceğinin bilinemediği bir dönemde, rehin konusunun ortadan

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz Taşkın, (n 29) 200 vd.

⁶⁴ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 novembre 2018, 16-25.860 (Lextenso); Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 22 janvier 2020, 18-21.647 (Lextenso).

⁶⁵ Antoine Gouëzel, ‘La Cour de cassation prive d’efficacité le nantissement de compte bancaire en cas de procédure collective du constituant’, Gaz. Pal. 9 juin 2020, n° 379y8, p 64 (Lextenso); Maxime Julienne, ‘Pitié pour le nantissement de compte!’, RDC juin 2020, n° 116x6, 56, N 7 (Lextenso); Diane Boustani, ‘Clause de blocage d’un compte nanti et procédure collective : la délicate coordination’, Gaz. Pal. 21 avril 2020, n° 377m8, 52.

kalkmasına engel olmaktadır. Dolayısıyla rehinli alacaklı konumundaki bankanın, yeniden yapılandırma kararı tarihinde mevcut mevduatı bloke edebilmesi için, borçlunun söz gelimi kredi ödemelerinde gecikip gecikmediği önem arz etmemelidir.⁶⁶ Esasen blokenin mantığı, Art 2364 (2) CCiv’den farklı değildir.⁶⁷ Zira ilgili hükümde de rehin konusu alacağın, teminat altına alınan alacaktan daha önce muaccel olması ihtimali düzenlenmiş ve bu durumda, rehin konusu alacağın bir banka hesabında tutulacağı ifade edilmiştir. Öte yandan Fransız Medeni Kanunu, teminata ilişkin hükümlerin yeniden yapılandırma hükümlerine kıyasla genel nitelikte olduğunu da açık olarak düzenlemiştir (Art 2287 CCiv). Dolayısıyla mevduat rehnini düzenleyen Art 2360 CCiv’in uygulanmamasının bu şekilde gerekçelendirilmesi bir an için düşünülebilir. Oysa öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, Art 2360 (2) CCiv bu anlamda bir teminat hükmü değil; tam olarak yeniden yapılandırmaya ilişkin bir hükümdür.⁶⁸

Fransız Yüksek Mahkemesi blokenin engellenmesi yönündeki kararlarını, bu şekilde bir blokenin, Fransız Ticaret Kanunu’nda yeniden yapılandırma için getirilmiş hükümleri ihlal ettiği iddiası ile de gerekçelendirmeye çalışmıştır. İhlal edildiği ileri sürülen hükümler, sırasıyla, yeniden yapılandırılan şirketin tarafı olduğu belirli sözleşmelerin⁶⁹ diğer tarafça feshini ve yeniden yapılandırma kararı öncesi doğmuş olan borçların ifasını yasaklayan Art L622-7 CCom ve Art L622-13 CCom’dur.⁷⁰ Oysa yine öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere bankanın bloke işlemi, kredi sözleşmesinin feshi ya da kredi müşterisinin mevcut borcunun ifası anlamına gelmemektedir.^{71,72} Bununla beraber mahkemeler, şirketin mevduatını dilediği gibi kullanamaması nedeniyle içinde bulunduğu durumu aşmakta zorlanacağına, hatta belki hiç aşamayacağına haklı sayılabilir. Zira bu durumda şirketin olağan faaliyetini

⁶⁶ Aksı yönde bkz Marie-Pierre Dumont, ‘L’inefficacité de la clause de blocage d’un nantissement de compte bancaire en cas de procédure collective du débiteur nanti’, Gaz. Pal. 31 mars 2020, n° 376u8, 28 (Lextenso).

⁶⁷ Gouézel, (n 63) 64; Julienne, (n 63) 56, N 6. Benzer yönde bkz Thomas Le Gueut, ‘Confirmation de l’inefficacité de la clause de blocage conservatoire d’un compte bancaire nanti’, BJE juill. 2020, n° 117u6, 15, N 2 (Lextenso); Boustani, (n 63) 52.

⁶⁸ Julienne, (n 63) 56, N 7.

⁶⁹ Fransız öğretisinde kredi sözleşmesinin hukuki niteliği itibarıyla bu sözleşmeler arasında sayılmayacağı ve bu nedenle karara konu uyumsuzluklarda böyle bir yasağın söz konusu olmadığı da ileri sürülmektedir. Ancak çalışma konusunun kapsamını aşacak olması nedeniyle, bu itirazlar incelenmeyecektir.

⁷⁰ Sadece Art 622-13 CCom açısından bkz Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 novembre 2018, 16-25.860 (Lextenso). Gerekçesinde hem Art 622-7 CCom hem de Art 622-13 CCom’a yer vermesi açısından bkz Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 22 janvier 2020, 18-21.647 (Lextenso).

⁷¹ Le Gueut, (n 65) 15, N 1; Boustani, (n 63) 52.

⁷² Bankanın bloke işleminin hukuki niteliğine ilişkin hatalı değerlendirmelerle muhakkak ki sadece Fransız hukukunda karşılaşılacaktır. Bloke işlemi ve takas hakkının kullanılmasını eş tutan bir ilk derece mahkemesi kararı özeti için bkz Ankara 23 BAM, 2625/1700, 4.12.2018 (Lexpera). Kararda ilk derece mahkemesinin bloke işlemine ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir: “Talep eden vekilinin banka hesaplarına konulan blokenin kaldırılması ve bloke konulmaması yönündeki tedbir talebine ilişkin değerlendirmede, İİK’nun 294/4. maddesi gereğince, talep eden şirketin banka hesaplarına mevduatın bulunduğu banka tarafından konulan bloke kaydının bankanın alacaklarına yönelik olmakla, İİK’nun 200 ve 201. maddelerine tabi olduğu, blokelere kaldırılması talebine yönelik olarak İİK’nun 200 ve 201. maddeleri gereğince değerlendirme yapılabilmesi için mahkememizce söz taraflı tedbir kararı verilmesinin mümkün olmadığı (...)”. Alıntılanan kısımda anılan İİK m 294 (4) ve İİK m 200-201 hükümleri takas hakkının kullanılması ile ilgilidir. BAM kararında ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yolunun İİK m 287 (6) uyarınca kapalı olduğuna hükmedildiğinden, bloke işleminin hukuki niteliği hakkında bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

sürdürmesi güçleşecektir. Ancak kanun hükmünün aksi yönde bir uygulamaya başvurarak bu sorunu çözmeye çalışmanın gerçek bir çözüm olmayacağı da açıktır.⁷³

Kanaatimce Türk hukukunda da mahkemelerin İİK m 287 uyarınca blokenin kaldırılması kararı verebileceklerinin kabul edilmesinin tek gerekçesi, aynı Fransız hukukunda olduğu gibi, konkordato borçlusunun ekonomik durumunun aksi durumda iyileşemeyecek olmasıdır. Ancak bu gerekçe, söz konusu kararların alınması için tek başına yeterli değildir. Zira bu gerekçeyi destekleyecek düzenlemelere yer verilmemiştir. Kanun koyucunun İİK m 287 (1) ile yapmaya çalıştığı bu hukuki dayanağı yaratmak olduğu iddia edilebilir. Fakat kanaatimce söz konusu hüküm, iflasın ertelenmesi hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemdeki uygulama ve mühlet sırasında rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasına izin veren hükümler de göz önünde bulundurulduğunda, arzulan sonuca sağlayamayacaktır.⁷⁴

Burada akla gelebilecek bir soru da İİK m 296 (2)'nin rehin sözleşmesinin sona erdirilmesi için kullanılıp kullanılamayacağıdır. İİK m 296 (2)'nin uygulanabilmesi, konkordato borçlusunun kendisi için aşırı külfetli bir sürekli edimli sözleşmeye taraf olması ve bu sözleşmenin devamının konkordatonun amacına ulaşmasını engellemesi ön şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Oysa rehnin kurulmasına ilişkin borçlandırıcı işlem, taraflarca aksi yönde bir anlaşma yapılmadıkça, tek tarafa borç yükler ve bu borç da rehin hakkını kuracak tasarruf işleminin yapılmasıdır. Rehin hakkının kurulmasıyla bu borç da ifa edilmiş olur. Rehinli alacaklının rehin hakkından hemen o anda faydalanmayacak olması, bunun için ilk önce teminat altına alınan alacağın muaccel olması ve ifa edilmemesinin gerekmesi bu ilişkiyi sürekli edimli bir borç ilişkisine çevirmez. Kaldı ki tarafların anlaşmaları uyarınca borçlandırıcı işlemin iki tarafa borç yüklediği ve rehin kurma vaaadinin alacaklısı olan tarafın ediminin zamana yayıldığı bir ihtimalde de sürekli edimli bir borç ilişkisinden söz edilemez. Zira bu sözleşmeye karakteristik özelliğini veren edim, rehnin kurulmasına ilişkin vaatte bulunulmasıdır ve bu edim süreklilik arz etmez. Bu nedenle İİK m 296 (2)'den faydalanılarak rehin hakkının sona erdirilmesi de mümkün olmayacaktır.

Bu kapsamda mevcut alacakların teminatı olarak kurulan mevduat rehninde ve – teminat altına alınan alacağın fiilen somutlaşmış olması kaydıyla – müstakbel alacaklar için kurulan mevduat rehninde, rehin konusu mevduatın bloke edilmesi mümkün olmalı; mahkemeler İİK m 287 uyarınca bu blokenin kaldırılması yönünde karar verememelidir.

⁷³ Gouézel, (n 63) 64; Julienne, (n 63) 56, N 8; François-Xavier Lucas, 'Droit des entreprises en difficulté', Recueil Dalloz 2020 p.1857 (Dalloz).

⁷⁴ Sonuç itibarıyla aynı yönde bkz Pekcanitez ve Erdönmez, (n 24) 31-32; Erdönmez, (n 54) 16 vd; M. Serhat Sarısözen, *Konkordato* (Genişletilmiş 6. Bası, Yetkin 2024) 249 vd (banka hesaplarındaki blokelerin kaldırılmayacağı yönünde özellikle 258-259); M. Serhat Sarısözen, *İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (Yetkin 2019) 84; Akil, (n 55) 66; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (9. Bası, Yetkin 2023) 702. Teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin engellenmesi yönünde tedbir verilemeyeceğini savunarak, bu sonucu destekler yönde bkz Şahin, (n 17) 331 vd.

V. Konkordato Mühleti Verilmesinden Sonra Konkordato Borçlusu Hesabına Kaydedilen Alacakların Önceki Tarihli Bir Rehin Kurma İşlemine Dayanılarak Bloke Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Rehin hakkının konusunu müstakbel alacaklar da oluşturabilir. Bu durum, müstakbel alacakların teminat altına alınmasından farklıdır. Bu da mümkün olmakla beraber, bu başlık altında incelenecek husus, üzerinde rehin kurulan alacağın henüz doğmamış olmasıdır. Bir mevduatın rehnedildiği hallerde, rehin konusu mevduatın henüz doğmamış olmasıyla genellikle – belirlenebilir hale getirmek kaydıyla – bankadan sahip olunan tüm alacakların rehnedilmesi görünümünde karşılaşılr. Bu durumda üzerinde rehin kurulan mevduatın bulunduğu hesaba yeni para girişi yapılması ve bu sayede mevcut alacak hakkının artması söz konusu olabileceği gibi, bankada yeni bir hesap açılması ve bu hesaba para yatırılması da mümkündür. İşte bu hallerde rehin hakkı özellikle belirli bir andaki alacak hakkı ile sınırlandırılmamışsa, rehlin kurulmasından sonra hesaba yatırılan para dolayısıyla doğan alacak da rehinle yüklenecektir.⁷⁵

Mevduat sahibinin kendisine konkordato mühleti tanınmadan önce tarafı olduğu bir rehin sözleşmesi uyarınca kurulan rehin hakkının etkilerini fiilen doğurabilmesi için, her şeyden önce üzerinde rehin kurulan alacağın doğması gerekir. Ancak ele alınan ihtimalde olduğu gibi, alacak doğduğunda mevduat sahibi lehine konkordato mühleti tanınmış olabilir. Bu durum bir yönüyle İİK m 294 (6)'yı çağırıştırır. İlgili hükme göre, konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür. Düzenlemede her ne kadar sadece devirden bahsedilmişse de, öğretide müstakbel alacaklar üzerinde rehin kurulmasının da hükmün uygulama alanında kaldığı savunulmaktadır.⁷⁶ Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere,⁷⁷ kanaatimce İİK m 294 (6)'nın sınırı İİK m 297 (2)'dir. Diğer bir deyişle İİK m 294 (6) ile yapılan düzenlemede, İİK m 297 (2)'nin hükümsüz kıldığı bir tasarruf işleminin, konkordato mühleti tanınmasından önce yapılmış olması ihtimaline özgü bir önlem alınmıştır. Bu nedenle rehin kurma işleminin İİK m 297 (2)'de hangi koşullarda hükümsüz kılınmış olduğu önemlidir. İİK m 297 (2)'de, ivazlı olup olmamasından veya teminat altına alınan alacağın borçlusunun kim olduğundan bağımsız olarak tüm rehin kurma işlemleri mahkeme iznine tabi işlemler arasında sayılmaktadır.⁷⁸ O halde müstakbel alacak üzerinde rehin kurulması ve ilgili

⁷⁵ Hemen belirtilmelidir ki, vadeli hesaptaki alacak müstakbel bir alacak değildir. Vadeli hesap için belirlenen vade, bu hesapta alacak kaydedilen tutara ilişkin alacak hakkının muaccel olacağı anı belirler. Fakat alacak yine hesaba paranın yatırılması anında doğmuş olur.

⁷⁶ Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 297 SchKG, N 21.

⁷⁷ Bkz Bölüm IV. B. 2.

⁷⁸ Konkordato borçlusuna ait bir malvarlığı unsuru üzerinde kurulan rehin hakkının bir üçüncü kişinin borcunu teminat altına aldığı hallerde ivazsız bir tasarrufun söz konusu olduğu ve böyle bir işlemin hem rehin kurma hem de ivazsız tasarrufta bulunma yasağını ihlal edeceği yönünde bkz Franco Lorandi, 'Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art 298 Abs. 2 SchKG)', 2004 (1) ZZZ 73, 86; Hari, (n 43) N 272.

alacağı mühlet sırasında doğması durumunda da, rehin kurma işlemi her halükarda hükümsüz olacaktır.

Konkordato mühleti tanınan kişinin sahibi olduğu mevduat üzerinde mühlet tarihinden itibaren yapacağı rehin kurma işleminin akıbeti ne ise, rehinle yüklenen alacak hakkının mühletten sonra doğduğu ancak rehin kurma işleminin daha önce tamamlandığı hallerde de yapılan işlemin akıbeti o olmalıdır. Dolayısıyla kanun koyucunun kullandığı “hükümsüzlük” ifadesi ile ne kastedildiğinin tespiti, iki hüküm açısından da eşit önem taşımaktadır. Hükümsüzlüğün türünün, mühlet boyunca hesaba yatırılacak mevduatın bloke edilip edilemeyeceği konusunda da belirleyici olacağını söylemek gerekir. Şöyle ki eğer klasik anlamda bir kesin hükümsüzlükten söz ediliyorsa, rehin kurma işleminin mühlet boyunca hesaba yatırılacak paraya ilişkin alacak hakkını rehinle yüklemesi mümkün değildir. Bu durumda anılan dönemde yatırılacak paranın bloke edilmesi de düşünülemez. Diğer bir deyişle tüm alacakların rehnedildiği bir ihtimalde bloke işlemi, mühlet verildiği sırada hesapta mevcut olan tutarla sınırlı olacaktır. Ancak İİK m 297 (2) ve İİK m 294 (6)’nın bir nispi hükümsüzlük hali olduğu kabul edilirse olaya farklı bir açıdan yaklaşmak gerekir. Nispi hükümsüzlük, bir işlemin sadece belirli kişiler açısından sonuç doğurmaması; dolayısıyla bu kişilere karşı ileri sürülememesi anlamına gelmektedir.⁷⁹ Bu hükümsüzlük türünün İİK m 297 (2) ve 294 (6) özelinde kabul edilecek olması halinde, mahkemenin izni olmaksızın yapılan işlemde etkilenmeyecek kişiler konkordato alacaklıları ile sınırlanacaktır.⁸⁰ O halde rehinli alacaklı bankanın, rehin konusu mevduatı bloke etmesine tümünden engel olunması mümkün olmaz. Zira bu son ihtimalde, banka rehin hakkını konkordato borçlusuna karşı ileri sürebilecek durumdadır.

⁷⁹ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha 2014) 356; Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması* (On İki Levha 2016) 53 vd; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I* (6. Bası, Filiz 2014) § 43, N 37 (“sadece belirli kişilere karşı hükümsüzlük” adı altında); Rona Serozan, B. İlkey Engin ve Yeşim M. Atamer, *Serozan Medeni Hukuk* (10. Bası, On İki Levha 2022) Birinci Başlık, III, § 7 N 26f (“nispi (göreceli) etkisizlik” adı altında); Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk : Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023) N 774 (“nispi etkisizlik” adı altında).

⁸⁰ İİK m 297 (2) için bu yönde Simil, (n 47) 135-136. İsviçre öğretisine atıfla, öğretilerdeki görüşlerin herkesin ileri sürebileceği bir kesin hükümsüzlükten, sadece konkordato alacaklıları tarafından ileri sürülebilir bir hükümsüzlüğe evrildiği; bu hükümsüzlüğün de askıda hükümsüzlük niteliğinde olacağı yönünde bkz Yeşilova, (n 38) İİK m 297, N 23b (Yazarlar, daha önce bu hükümsüzlüğü kesin hükümsüzlük olarak nitelemiştir, Bilgehan Yeşilova iç Bilgehan Yeşilova (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019), İİK m 297, N 23). Hükümün klasik anlamda kesin hükümsüzlük yaptırımını düzenlediği yönünde ise bkz Vardar Hamamcıoğlu, (n 76) 361; Şahin, (n 17) 201; Levent Börü ve Şafak Parlak Börü, ‘Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri’, (2020) 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1239, 1253 (ancak icazet yolunun açık olması sebebiyle, yazarlar bu hükümsüzlüğün askıda olacağı kanaatinde); Sarsızoğlu, *Konkordato* (n 71) 484; Mesut Köksöy, ‘İcra Ve İflas Kanunu’nun 297’nci Maddesinin İkinci Fıkrasında Öngörülen Tasarruf Sınırlamaları Bakımından Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunması Sorunu’ (2022) 26 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259, 271; Albayrak, (n 60) 122 vd; Pekcanitez ve Erdönmez, (n 24) 85; İlhan E. Postacıoğlu, *Konkordato* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965) 58 ve dn 22; Enver Buruloğlu ve Yüda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tabikat* (Yörük 1968) 37; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri* (İstiklal 1950) 344 ve dn 447 (Yazar, ilgili kısımda İİK m 191 uyarınca iflasın etkilerine yollama yapmışsa da, metne ilişkin dipnotta bu hükümsüzlüğün gerek konkordato borçlusu gerekse onunla işlem yapan tarafla ileri sürülebileceğini ifade etmiştir); Akil, (n 55) 171; Sarsızoğlu, *Yenilikler* (n 71) 136; Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (n 24), 75-76; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2023) 686. İİK m 294 (6) açısından nispi hükümsüzlük görüşü için bkz (İİK m 297’ye dair görüşünden farklı olarak) Şahin, (n 17) 324; Albayrak, (n 60) 106; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, (n 77) 684; kesin hükümsüzlük görüşünde ise Işık, (n 47) 431-432.

Burada hangi hükümsüzlüğün söz konusu olduğuna karar verilirken İcra ve İflas Kanunu'nun borçlunun tasarruf yetkisi üzerinde sonuç doğuran diğer düzenlemelerini de dikkate almak gerekir. Bu düzenlemelerden ilki hacze ilişkin İİK m 86'dır ve ilgili maddenin üçüncü fıkrasında iyiniyetli olmayan kişilerin hacizli taşınır mal üzerinde kazandıkları hakların, alacaklının o mala ilişkin haklarını ihlal ettiği ölçüde hükümsüz olacağı ifade edilmektedir. Benzer bir düzenleme ise İİK m 191'de iflas için getirilmiştir ve iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerindeki tasarrufların alacaklılara karşı hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda benzer yöndeki haciz ve iflas düzenlemelerinden hareketle, İİK m 297 (2)'nin karşılığı olan Art 298 (2) SchKG'deki hükümsüzlüğün de sadece konkordato alacaklıları tarafından ileri sürülebilecek ve sadece bu kişilere karşı bir hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir.⁸¹ Bu çerçevede ne konkordato borçlusu ne İİK m 297 (2)'deki yasaklı işlemler uyarınca hak kazanan üçüncü kişiler ne de bir başkası sadece icra hukuku alanında rol oynayacak bu hükümsüzlüğe dayanabilecektir. Öğretide bu hükümsüzlüğün takip hukuku alanında sonuç doğuran bir hükümsüzlük olarak ifade edildiği de görülmektedir.⁸²

Özellikle İsviçre hukukunda olduğu gibi nispi hükümsüzlük görüşü kabul edilirse, bu hükümsüzlüğün konkordato alacaklıları tarafından nasıl ileri sürülebileceği de ayrı bir mesele olarak değerlendirmeyi hak eder. Nispi hükümsüzlük hallerine ilişkin diğer takip hukuku örnekleri açısından durum nispeten kolaydır. Söz gelimi iflasta, alacaklıların tümünün hakları iflas idaresi aracılığıyla korunmaktadır. Haciz örneğinde ise, takip alacaklısı bir takip başlatmakta ve nispi hükümsüz işlem sonunda kurulan hakkın sahibi ile karşı karşıya gelmektedir. Adi konkordatoda ise ne iflas idaresi benzeri bir organ ne de alacaklıların başlattıkları bir takip söz konusudur.⁸³ Dolayısıyla konkordato alacaklılarının bu hükümsüzlüğü hangi anda ve ne şekilde ileri sürebileceği şüphelidir. Ancak öğretide konkordato alacaklısının yine de başvurabileceği bazı yollar olduğu belirtilmektedir. Söz gelimi mahkemenin iznini gerektiren işlemleri bu izni almaksızın yapan borçluya tanınan mühletin kaldırılması ve konkordato talebinin reddinin sağlanması düşünülebilir (İİK m 297 (3), İİK m 292). Öte yandan bu işlemlerin yapıldığı bilgisini haiz alacaklının, konkordato projesine olumsuz oy vererek konkordatonun tasdiki için yeterli çoğunluğun sağlanmasını engellemesi de söz konusu olabilir. Tüm bu hallerde konkordato alacaklısı, konkordato borçlusunun iflasına karar verilmesi ile sonuçlanabilecek bir süreci başlatma imkanına sahip olup, iflas durumunda da İİK m 297 (2)'ye aykırı olarak yapılmış işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürebilecektir.⁸⁴

⁸¹ Lorandi, (n 75) 76; Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 298 SchKG, N 23; Hunkeler, (n 12) Art 298 SchKG, N 28; Bettina Kopta-Stutz, *Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften* (Schulthess 2019) 201-202.

⁸² Lorandi, (n 75) 74; Bauer ve Luginbühl, (n 12) Art 298 SchKG, N 23; Hunkeler, (n 12) Art 298 SchKG, N 28; Kopta-Stutz, (n 78) 201-202.

⁸³ İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz Lorandi, (n 75) 78-79.

⁸⁴ İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz ibid 79.

Kanaatimce Türk hukuku açısından benimsenmesi gereken İİK m 297 (2) ve dolayısıyla İİK m 296 (4)'teki düzenlemenin herkese karşı ileri sürülebilir bir hükümsüzlük olduğudur. Bu yorum, kanunun lafzı ile de desteklenmektedir. Zira kanun koyucu konkordatoya ilişkin bu düzenlemelerde, iflas ve haciz hallerinde nispi hükümsüzlüğü destekleyen ifade tercihinden ayrılmıştır. Ancak tek başına lafzi bir yorumla sonuca varmanın pek sağlıklı olmayacağı da açıktır. Kaldı ki İsviçre hukukunda yasak işlemlerin nispi hükümsüz olduğu ağırlıklı olarak savunulsa da, Art 298 (2) ve 297 (4) SchKG'de bu yönde bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle konkordatoya göre çok daha ağır bir sonuç olan iflasta öngörülen nispi hükümsüzlük yaptırımını ile çelişmemek adına, konkordato borçlusu tarafından yapılabilecek yasak işlemlerin akıbeti için de aynı sonucun kabul edilmesi gerektiği pekala iddia edilebilir. Fakat kanaatimce bu isabetli bir bakış açısı değildir. Şöyle ki, iflasın sonuçlarının konkordatodan daha ağır olduğu kabul edilebilecekse de, temel olarak borçluya olası bir iflası engelleme imkanı sunan konkordato kurumunun amacına ulaşabilmesi için kimi zaman iflastakinden daha katı önlemlere başvurulması bir çelişki yaratmamaktadır.⁸⁵ Bu nedenle müflis tarafından yapılan bir rehin kurma işlemi, sadece alacaklılara karşı hükümsüzken; aynı işlemin konkordato mühletinden sonra yapılması halinde rehin kurma işlemi herkesçe ileri sürülebilecek bir hükümsüzlüğe tabi olabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki gerek İİK m 86'da gerekse İİK m 191'da belirli bir malvarlığı üzerindeki tasarruf işlemleri ile sınırlı bir düzenleme yapılmıştır. Oysa İİK m 297 (2)'nin konkordato borçlusunun bir kefalet sözleşmesine kefil olarak taraf olmasını da kapsayan ifadesi ile bir borçlandırıcı işlemin de yasaklandığı görülmektedir. Hatta öğretide “kefil olma” kavramının, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve borca katılma gibi işlemleri de kapsadığı savunulmaktadır.⁸⁶ Bu yönüyle esasen belirli işlemlere yönelik bir ehliyet sınırlaması getirildiği dahi iddia edilebilir. Dolayısıyla yasaklanan işlem kümesinin farklılığı da iflas veya haciz kurumlarında benimsenen hükümsüzlük türünün konkordato için birebir uygulanmasına gerek olmadığı fikrini destekler niteliktedir. Öte yandan bu sayede konkordato alacaklılarının nispi hükümsüzlüğü hangi anda ve ne şekilde ileri sürebileceklerine ilişkin belirsizlikler de ortadan kalkmış olacaktır. Bu çerçevede İİK m 294 (6)'daki hükümsüzlüğün de, İİK m 297 (2)'ye paralel şekilde, herkesçe ileri sürülebilir bir hükümsüzlük olduğunun kabulü daha isabetli olacaktır.

Görüleceği üzere herkes tarafından ileri sürülebilir hükümsüzlük ve nispi hükümsüzlük, bir işlemin sonuç doğurup doğurmaması açısından birbirinden ayrılmaktadır. Her ne kadar kanaatimce nispi hükümsüzlük görüşü hükmün amacına

⁸⁵ Benzer yönde bkz Postacıoğlu, (n 77) 58, dn 22: Yazar, burada sonradan düzelmesi mümkün olmayan ve konkordato borçlusu tarafından da ileri sürülebilecek nitelikte bir hükümsüzlük olduğu kanaatindedir. Bunun amacını aşan katılıkla bir yaptırım olup olmadığını değerlendirirken yazar, kanaatimce de isabetli olarak, yaptırımın caydırıcı olması gereğini vurgulamış; bu sayede konkordato borçlusunun yasaklanan işlemleri yapmamaya güdüleneceğine dikkat çekmiştir.

⁸⁶ Lorandi, (n 75) 86; Sarsöz, *Konkordato* (n 71) 479-480; Albayrak, (n 60) 117-118. Garanti sözleşmesi veya aval açısından bu yasağın geçerli olup olmayacağını bir yorum sorunu olduğu yönünde bkz Yeşilova, (n 38) İİK m 297, N 18.

uyumasa da, bazı durumlarda bu tartışmanın pratik bir önemi olmayacağı da kabul edilmelidir. Konkordato komiserinin, mühlet tanınan borçluya bir konkordato hesabı oluşturduğu durumlar bunlara örnek olarak gösterilebilir. Konkordato hesabı oluşturulduğunda, mühleti takiben borçluya yapılacak ödemeler ile borçlu tarafından yapılacak ödemelerin bu hesaptan yürütülmesi sağlanmaktadır. Böylelikle konkordato borçlusunun konkordato hesabındaki hareketleri denetlenmektedir.⁸⁷ Bu durumun doğal sonucu ise özellikle belirli bir hesaptan kaynaklanan müstakbel alacakların rehinle yüklendiği hallerde, hesaba daha fazla para girişi olmayacağından, bahse konu müstakbel alacakların doğmayacak olmasıdır.⁸⁸ Uygulamada konkordato borçlusunun mevcut banka hesaplarında kayıtlı alacakların da konkordato hesabı olarak isimlendirilen bu hesaplara aktarılması gündeme gelmektedir. Bu şekilde bir işlemin konkordato mühleti tanınmasından önce doğmuş alacaklar üzerindeki rehin hakkını ortadan kaldıramayacağı açıktır. Dolayısıyla bu alacak üzerindeki bloke devam etmelidir. Ancak uygulamada halihazırda açılmış bir hesabın, mahkemece verilecek tedbir çerçevesinde konkordato hesabı olarak kullanılmasına da rastlanmaktadır.⁸⁹ Rehin konusu, daha sonra konkordato hesabına dönüştürülen bu hesaptaki doğmuş ve doğacak tüm alacaklar olarak belirlenmiş ise konkordato mühletinin verildiği an rehin hakkının kapsamında kalan alacaklar için belirleyici olacaktır. İşte bu son halde, mühletten sonra hesaba alacak kaydedilmesi durumunda doğacak alacak hakkı üzerindeki rehin kurma işleminin hükümsüzlüğü mevduat alacaklısı dahil herkesçe ileri sürülebileceğinden, banka bu alacaklar üzerinde bir rehin hakkına sahip olmayacak ve hesaba yeni alacak kaydı yapıldığında bu mevduatı bloke edemeyecektir.

VI. Sonuç

Mahkemelerin İİK m 287 uyarınca alabileceği tedbirleri, konkordato borçlusunun bankadan alacaklı olduğu mevduat üzerinde kurulan rehin hakkına bağlı olarak uygulanan blokenin kaldırılması veya bu hesaplara bloke konmasının engellenmesi tedbirlerini dahil etmek üçüncü kişiler açısından büyük bir hukuki belirsizlik yaratacaktır. Konkordato projesinin başarıya ulaşabilmesi adına kanun koyucunun

⁸⁷ Hakan Albayrak, 'Konkordato Mühletinde Mahkeme Tarafından Takdir Edilebilecek Tasarruf Sınırlamalarının Değerlendirilmesi' (2021) 7 (2) TFM 193, 197.

⁸⁸ Bununla beraber belirli bir hesaba sınırlanmış ve müstakbel alacakları da kapsar şekilde kurulmuş mevduat alacağının rehinde, açılacak konkordato hesabındaki alacakların rehin kapsamında olmadığı kabul edilmelidir.

⁸⁹ Bu yönde bir kullanımın öngörülmesi bir uyuşmazlığın konu edildiği bir karar için bkz İstanbul 45 BAM, 616/609, 12.4.2023 (Lexpera). Bir hesabın konkordato hesabı olup olmadığının tespitine ilişkin açıklamalar için bkz Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesi, 667/136, 9.2.2022 (Lexpera): "Hesabın "konkordato hesabı" niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenebilmesi açısından dikkate alınması gereken en önemli bilimsel ölçüt hesabın açılış tarihidir. Hesabın açılış tarihine bakarak belirli bir hesabı "konkordato hesabı" niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemek mümkün olabilmektedir. Zira hesap sahibi şirketin henüz konkordato talebinde bulunmadığı bir tarihte açılan hesabın "konkordato hesabı" olarak nitelendirilmesi fiilen mümkün olmadığı gibi hayatın olağan akışına da aykırıdır. Bu halde, konkordato talep tarihinden önce açılan hesapların "konkordato hesabı" olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Konkordato hesabı açılması, ancak ve ancak şirketin konkordato talep ettiği tarihten sonra ve konkordato sürecinde gündeme gelebilir. Zira konkordato hesabı açılması, konkordato sürecinin ortaya çıkardığı mali ihtiyaçların karşılanmasına yöneliktir."

getirdiği düzenlemeler, konkordato borçlusunu ile hukuki ilişki içindeki üçüncü kişilerin belirli haklarına sınırlı olarak müdahaleye izin verilmekteyse de, bu ilişkilerdeki dengenin öngörülemez ve son derece ağır bir şekilde konkordato borçlusunu lehine bozulmasının önü açılmamalıdır. Konkordato borçlusunun mevcut veya – fiilen somutlaşmış olmak kaydıyla – müstakbel borçları teminat altına almak üzere mevduatı üzerinde tesis ettiği rehin hakkı, blokenin engellenmesi veya mevcut blokenin kaldırılması ihtimalinde ortadan kalkma tehlikesiyle karşı karşıya kalacak; böylesi bir durumla karşılaşmamak için daha en baştan önlemini almış rehinli alacaklı ise teminatını kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle İİK m 287’den hareketle rehinli mevduat üzerindeki blokenin kaldırılması veya ilgili hesaba bloke konmasının engellenmesi mümkün olmamalıdır.

Henüz banka hesabına alacak kaydedilmemişken kurulan bir rehin hakkına dayanarak, hesaba para girişi olduğunda paranın bloke edilip edilemeyeceği konusunda belirleyici olacak ise para girişinin gerçekleştiği andır. Para girişi gerçekleştiğinde, rehin kurulduğu anda müstakbel olarak nitelendirilen alacak hakkı artık doğmuş olur. Fakat para girişi yapıldığında rehinli mevduatın alacaklısına konkordato mühleti verilmiş ise, sonradan hesaba yatırılan tutar üzerinde yapılan rehin kurma işlemi kesin hükümsüz olacaktır (İİK m 294 (6) ve İİK m 297 (2)). Bu, sadece konkordato alacaklıları tarafından değil, herkesçe ileri sürülebilir bir hükümsüzlüktür. Bu durumda konkordato mühleti tanınan mevduat alacaklısının hesabına yeni yatırılan paranın çekilmesini veya başka hesaplara aktarılmasını engelleyecek bir bloke işlemi de uygulanamayacaktır. Rehlin hakkının konkordato mühletinin verilmesinden önce kurulmuş olması da bu durumu değiştirmez.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Kitap ve Makaleler/Books and Articles

Aegli V iç *Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* (Schulthess Verlag 1991).

Akbulut P E, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması* (On İki Levha 2016).

Akil C, *Sorularla Adi Konkordato* (Adalet 2019).

- Albayrak H, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin 2020).
- Albayrak H, 'Konkordato Mühletinde Mahkeme Tarafından Takdir Edilebilecek Tasarruf Sınırlamalarının Değerlendirilmesi' (2021) 7 (2) TFM 193-212.
- Antalya O G ve Çavdar P, 'İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü' (2020) 26 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 219-237.
- Ansay S Ş, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri* (İstiklal 1950).
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda Takas* (2. Bası, Yetkin 2010).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku* (9. Bası, Yetkin 2023).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2023).
- Ayan S, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet 2018).
- Bauer T ve Luginbühl T iç Daniel Staehelin, Thomas Bauer ve Franco Lorandi (eds), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2021).
- Bauer T ve Bauer C iç Thomas Geiser ve Stephan Wolf (eds), *Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-61 SchlT ZGB)* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2023).
- Boustani D, 'Clause de blocage d'un compte nanti et procédure collective : la délicate coordination', Gaz. Pal. 21 avril 2020, n° 377m8, 52 (Lextenso).
- Börü L ve Parlak Börü Ş, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri', (2020) 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1239-1277.
- Budak A C, *İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması* (Yetkin 2003).
- Budak A C ve Tunç Yücel M iç Bilgehan Yeşilova (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2023).
- Buruloğlu E ve Reyna Y, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yörük 1968).
- Çeker M, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı* (Karahana 2004).
- Çetiner B, *Hapis Hakkı* (Filiz 2010).
- Develioğlu H M, *Takas* (Vedat 2012).
- Develioğlu H M, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (Vedat 2009).
- Dietsche P, '(Globale) Debitorrenzession im Nachlassverfahren' (1997) 93 SJZ 337-345.
- Dumont M P, 'L'inefficacité de la clause de blocage d'un nantissement de compte bancaire en cas de procédure collective du débiteur nanti', Gaz. Pal. 31 mars 2020, n° 376u8, 28 (Lextenso).
- Dumlupınar T, 'Sermaye Şirketlerinde İflasın Erteleme' (2014) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (1) 71-113.
- Erdönmez G, 'Konkordato Mühleti Verilmesinin Alacaklılara Etkisi' iç Muhammet Özkes (ed), *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunun Güncel Sorunları II, Lexpera Seminer, 21 Haziran 2019* (On İki Levha 2020).
- Ergüne M S, *Hukukumuzda Taşınır Rehininin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehininin Kuruluşu* (2. Bası, Filiz 2020).
- Fässler B, *Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht* (Dike 2010).
- Foëx B iç Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx ve Denis Piotet (eds), *Commentaire Romand, Code Civil II* (Helbing Lichtenhahn 2016).

- Foëx B, *Le contrat de gage mobiliers* (Helbing Lichtenhahn 1997).
- Gouëzel A, ‘La Cour de cassation prive d’efficacité le nantissement de compte bancaire en cas de procédure collective du constituant’, *Gaz. Pal.* 9 juin 2020, n° 379y8, p 64 (Lextenso).
- Gross B iç Heinrich Honsell (ed), *Kurzkommentar Obligationenrecht* (Helbing Lichtenhahn 2014).
- le Gueut T, ‘Confirmation de l’inefficacité de la clause de blocage conservatoire d’un compte bancaire nanti’, *BJE* juill. 2020, n° 117u6, 15, N. 2 (Lextenso).
- Gürdoğan B, *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1967).
- Hari H, *Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP)* (Schulthess 2011).
- Hunkeler D iç Daniel Hunkeler (ed), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2014).
- İşık S, ‘7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi’ (2022) 28 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 407-440.
- Jeandin N ve Hulliger L iç Luc Thévenoz ve Franz Werro (eds), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO* (3. Edition, Helbing Lichtenhahn 2021).
- Julienne M, ‘Pitié pour le nantissement de compte!’, *RDC* juin 2020, n° 116x6, 56 (Lextenso).
- Kaniti S, *Akdin İfa Edilmediği Defi* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1962).
- Kartal B, *Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi* (Adalet 2022).
- Kaya Kızılırmak C, *Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri* (On İki Levha 2019).
- Kayar İ, ‘Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin İflasın Ertelenmesine İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi’ iç *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXIII 12 Haziran 2009* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2009).
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I* (6. Bası, Filiz 2014).
- Kopta-Stutz B, *Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften* (Schulthess 2019).
- Köksoy M, ‘İcra Ve İflâs Kanunu’nun 297’nci Maddesinin İkinci Fıkrasında Öngörülen Tasarruf Sınırlamaları Bakımından Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunması Sorunu’ (2022) 26 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259-286.
- Köprülü B ve Kaneti S, *Sınırlı Ayni Haklar* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982-1983).
- Krüger W iç Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (§§ 241-310 BGB)* (9. Auflage, C. H. Beck 2022).
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013).
- Lorandi F, ‘Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung - Alte und neue Handlungsoptionen’ iç Thomas Sprecher, Brigitte Umbach-Spahn ve Dominik Vock (eds), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V - Das neue Schweizer Sanierungsrecht* (Schulthess 2014).
- Lorandi F, ‘Aktivenüberschuss in der Generalexekution – wenn der Glücksfall zum Problemfall wir’ (2013) *BISchK* 217-224.
- Lorandi F, ‘Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht’ (2011) *BISchK* 95-108.
- Lorandi F, ‘Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG)’ (2004 (1) *ZZZ* 73-107.

- Lucas F X, 'Droit des entreprises en difficulté', Recueil Dalloz 2020 p.1857 (Dalloz).
- Luginbühl T ve Affolter Marino A, '«Exit» aus der Nachlassstundung nach erfolgreicher Sanierung – Erste Erkenntnisse zum neuen Art. 296a SchKG' (2019) SZW 249-263.
- Müller A iç Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020).
- Nomer H N, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta 2002).
- Oftinger K ve Bär R, *Zürcher Kommentar, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte* (3. Auflage, Schulthess 1981).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (25. Bası, Filiz 2023).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk : Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023).
- Özbilen A B, 'Tüketim Ödücü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü Ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukukî Sonuçlar' (2016) 7 (27) TAAD 125-154.
- Özen B, *Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017).
- Özen B, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi' 2011 (10) 2 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53-77.
- Öztek S, 'İflâsın Ertenilmesi', *Bankacılar Dergisi* (2006) (59) 39-83.
- Pekcanitez H, 'İflâsın Ertenilmesi' iç *Makaleler II* (On İki Levha 2016).
- Pekcanitez H, 'İflâsın Ertenilmesi Kurumuna Eleştirisel Bakış' iç *Makaleler II* (On İki Levha 2016).
- Pekcanitez H ve Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018).
- Pekmez C, *Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi)* (On İki Levha 2019).
- Postacıoğlu İ E, *Konkordato* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965).
- Reisoğlu S, *Türk Kefalet Hukuku* (Ankara 2013).
- Sarıhan B B, 'Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi' (2020) 3 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83-98.
- Sarısözen M S, *Konkordato* (Genişletilmiş 6. Bası, Yetkin 2024).
- Sarısözen M S, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (Yetkin 2019).
- Schraner M iç *Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)* (3. Auflage, Schulthess 2000).
- Schroeter U G iç Corinne Widmer Lüchinger ve David Oser (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2020).
- Serozan R, *Eşya Hukuku I* (3. Bası, Filiz 2014).
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı K C, *Serozan Borçlar Genel* (8. Bası, On İki Levha 2022).
- Serozan R, Engin B İ ve Atamer Y M, *Serozan Medeni Hukuk* (10. Bası, On İki Levha 2022).
- Simil C, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020).
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (11. Bası, Legem 2023).
- Stachelin D, 'Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht' (2013) AJP 1735-1742.

Şahin Ç S, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları* (On İki Levha 2020).

Tanrıver S, '4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adı Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti Ve Değerlendirilmesi', 2004 (17) 51 TBB Dergisi 67-90.

Tanrıver S, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993).

Taşkın Z D, *Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni* (On İki Levha 2023).

Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993).

Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020).

Ulukapı Ö, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998).

Umar B, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları 1973).

Umbach-Spahn B, Kesselbach S ve Burkhalter R iç Jolanta Kren Kostkiewicz ve Dominik Vock (eds), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, Schulthess 2017).

Uyar T, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (Bilge 2019).

Uyumaz A, *Motorlu Taşıt Rehni* (On İki Levha 2012).

Vardar Hamamcıoğlu G, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (On İki Levha 2014).

Weber R H iç Heinz Hausheer (ed), *Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen* (2. Auflage, Stämpfli 2005).

Wey R, *Das obligatorische Retentionsrecht* (Schulthess 2007).

Yeşilova B iç Bilgehan Yeşilova (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019).

Yeşilova B iç Bilgehan Yeşilova (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2023).

Yıldırım M K ve Deren-Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Bası, Beta 2021).

Zobl D iç Heinz Hausheer (ed), *Berner Kommentar, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte* (Stämpfli 1996).

Zobl D ve Thurnherr C iç Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter (eds), *Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand* (3. Auflage, Stämpfli 2010).

4949 sayılı Kanun'a ait Hükümet Tasarısı gerekçesi. Türkiye Büyük Millet Meclisi (Dönem: 22, Yasama yılı: 1, S Sayısı: 225).

İİK m 150/c, 538 sayılı Kanun'a ait Adalet Komisyonu Raporu gerekçesi (e-Uyar).

B. Yargı Kararları/ Judicial Decisions

1. Türkiye/Türkiye

a. Yargıtay Kararları

Yargıtay 8 HD, 13349/2372, 6.03.2019 (Hukuktürk).

Yargıtay 12 HD, 12827/4194, 20.3.2017 (Lexpera).

Yargıtay 8 HD, 14264/12403, 19.09.2016 (Hukuktürk).

Yargıtay 8 HD, 3908/10494, 15.06.2016 (Hukuktürk).
Yargıtay 12 HD, 11508/13543, 9.5.2016 (Lexpera).
Yargıtay 8 HD, 1892/13287, 16.06.2015 (Hukuktürk).
Yargıtay 12 HD, 7311/11933, 30.04.2015 (Lexpera).
Yargıtay 8 HD, 14779/10601, 26.05.2014 (Hukuktürk).
Yargıtay 23 HD, 1610/3329, 03.05.2012 (Lexpera).
Yargıtay 23 HD, 1618/3330, 3.5.2012 (Lexpera).
Yargıtay 19 HD, 9838/3705, 31.03.2010 (Lexpera).
Yargıtay 19 HD, 331/3708, 12.04.2007 (Lexpera).

b. Bölge Adliye Mahkemesi Kararları/ Decisions of the Regional Court of Appeal

İstanbul 45 BAM, 616/609, 12.4.2023 (Lexpera).
İstanbul 22 BAM, 618/656, 26.05.2022 (Lexpera).
İstanbul 17 BAM, 1540/1400, 2.12.2021 (Lexpera).
Ankara 19 BAM, 1273/1707, 1.10.2020 (Lexpera).
İstanbul 17 BAM, 1324/1522, 9.7.2020 (Lexpera).
Sakarya 7 BAM, 2265/211, 12.2.2020 (Lexpera).
Adana 10 BAM, 2675/1945, 04.12.2019 (e-Uyar).
İstanbul 17 BAM, 1672/1058, 13.06.2019 (Lexpera).
Ankara 23 BAM, 2625/1700, 4.12.2018 (Lexpera).

c. İlk Derece Mahkemesi Kararları/ Decisions of the Court of First Instance

Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesi, 667/136, 9.2.2022 (Lexpera).

2. İsviçre/ Switzerland

BGE 130 III 248, 255 (Swisslex).
BGE 115 III 65, 67 (Swisslex).
BGE 111 III 73, 76 (Swisslex).

3. Fransa/France

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 22 janvier 2020, 18-21.647 (Lextenso).
Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 novembre 2018, 16-25.860 (Lextenso).



Örtülü Rıza Kavramının Yasal Önalım, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar

Nagehan Kırkbeşoğlu*

Öz

Paylı ve elbirliğiyle mülkiyetinde paydaş ve ortakların kullanım ve tasarruflarına ilişkin mevzuatta bir sınır getirilmektedir. Gerçekten 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 693. hükmüne göre “*paydaşlardan her biri diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir*”. TMK 689/1'e göre ise “*paydaşlar, kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler*”. Benzer bir hüküm elbirliği mülkiyetinde de mevcuttur. Gerçekten de TMK m 702/II'ye göre, “*kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir*”. Bu anlaşma açık rızaya veya örtülü rızaya dayanabilir. Açık rızaya dayalı fiili kullanımlarda uygulamada herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Uygulamaya göre taşınmazda özellikle paydaş/ortakların bizzat kullandıkları alanın bulunması halinde fiili taksim olgusunun gerçekleştiği açıktır. Ancak yine uygulamada paydaş veya ortakların diğer paydaş veya ortaklar tarafından oluşturulan fiili kullanımlarına örtülü rıza vermeleri durumuna yasal önalım hakkının kullanılmasının, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil taleplerinin önlenmesi gibi hukuki sonuçların bağlandığı görülmektedir. Bu durum paydaş/ortakların diğer paydaş/ortağa az veya çok kullanabileceği bir alan özgülemeleri ile daha da karışık hale gelmektedir. Zira uygulamada fiili taksim olgusu olarak ortaya çıkan kavram kanunla düzenleme altına alınmamıştır. Örtülü rızanın verildiğinin kabul edildiği her durumda ecrimisil bakımından intifadan men şartı aranmakla beraber, yasal önalım hakkı ile el atmanın önlenmesi talebinin kullanılması engellenmektedir. Dolayısıyla fiili kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaş/ortağa bu kullanıma beyan külfeti yüklendiğini söylemek gerekmektedir. Bu çalışmada, mülkiyet hakkından doğan hak mahrumiyetlerine sebep olan örtülü rıza kavramının nasıl oluşması ve ispat edilmesi gerektiği meselesi her bir hak başlığında ayrı ayrı ve son olarak genel bir değerlendirme ile örtülü rıza kavramına ilişkin başlık altında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Fiili Taksim, Örtülü Rıza, El Atmanın Önlenmesi davası, Yasal Önalım Hakkı, Ecrimisil

Legal Consequences of the Concept of Implied Consent in terms of the Cases of Legal Right of Pre-emption, Mesne Profits and Semen of Intervension

Abstract

There is a limit in the provisions of the legislation regarding the use and disposal of shareholders and stakeholders in joint and shared ownership. Indeed, according to Article 693 of the Turkish Civil Code No 4721, “*each of the stakeholders can benefit from and use the shared property to the extent that it is compatible with the rights of the others*”. According to TCC Art 689/1, “*stakeholders may, by unanimous agreement among themselves, make regulations different from the provisions of the law on matters related to utilization, use and management*.” A similar provision also exists in joint ownership. Indeed, according to TCC 702/II, “*unless there is a contrary provision in the law or contract, the shareholders must decide unanimously for both management and disposition transactions*”. The situation becomes even more complicated when stakeholders/shareholders allocate an area that the other stakeholder/partner can use more or less. Because the law does

* **Sorumlu Yazar:** Nagehan Kırkbeşoğlu (Doç. Dr.), Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Muğla, Türkiye. E-posta: nagehanhukuk@hotmail.com ORCID: 0000-0001-8243-3034

Atf: Kırkbeşoğlu N, “Örtülü Rıza Kavramının Yasal önalım, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar” (2024) 82(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 917. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0006>



not regulate concept that emerges as the de facto division phenomenon in practice. In every case where it is accepted that implicit consent has been given, the condition of prohibition of usufruct in terms of retaliation is required, and the use of the legal right of pre-emption and the semen of intervention is prevented. Therefore, it is necessary to say that the burden of declaration is placed on the stakeholder/shareholder who is considered to have given implicit consent to the de facto use. In this study, the issue of how the concept of implicit consent, which causes these deprivations of rights, how it should be formed and proven, has been examined separately under the title of each right and finally under the title of concept of implicit consent with a general evaluation.

Keywords

De Facto Division, Implicit cConsent, Semen of Intervention, Legal Right of Pre-emption, Mesne Profits

Extended Summary

If stakeholders and shareholders create de facto use of the real estate without obtaining the explicit consent of other stakeholders/shareholders, various legal consequences arise if this use remains silent for a long time. Especially if the stakeholder/partner is left with a small or large portion that he can use and if the stakeholder/shareholder remains silent for a long time, according to the decisions of the Supreme Court, it is possible to prevent semen of intervention, with the legal right of pre-emption and to be deprived of mesne profits demands. This situation is achieved in practice by citing the honesty rule in TCC.Art.2/c.2. On the other hand, the shareholder / shareholder who is not left with a part that she can use more or less, or who is left with it, is deprived of the claim for mesne profits unless she fulfills the condition of prohibition from usufruct. In order to examine whether this solution method is appropriate or not, our opinions on the formation of a valid implicit consent are stated by including the opinions in practice and doctrine under the title of each right. Undoubtedly, it is also important to determine the legal position of the stakeholder/shareholder who make de facto use vis-à-vis the stakeholder/partner who is considered to have given implicit consent due to remaining silent for a long time.

In order to prevent the use of the legal right of pre-emption, the concept of de facto division formed by implicit consent must include parts used by the plaintiff and the defendant stakeholder. On the other hand, there is no need to include parts that other stakeholders need to use. Accordingly, while the de facto division defense of the shareholder who was given a small amount of space to use is heard, the de facto division defense of the third party who took over the share of the shareholder for whom no usable space was given is not heard. Thus, the stakeholder who does not participate in the de facto division and does not use the land corresponding to his share or less, or does not allow it to be used, is considered to have given implicit consent to the de facto division, and his interest in not allowing a foreigner to enter the joint ownership is not protected. On the other hand, the interest of the stakeholder who does not participate in the de facto division and is not allocated a place corresponding to his share, and of the other stakeholder/s in not allowing a foreign person to enter the joint ownership, is protected against this stakeholder.

However, both gave implicit consent from the Supreme Court’s perspective. In such a case, by creating a difference between the two situations, the stakeholder in the first situation is prevented from exercising the legal pre-emption right without a valid implicit consent.

The reason that the stakeholder does not object because it is based on the obligation of other stakeholders not to use the law that is incompatible with their rights and that there will be a legal sanction for their use is against the natural flow of life, as stated in practice, also needs to be questioned. It should also be noted that the burden of declaration, which must be made in a short time against actual use in practice, is imposed. It should also be noted that the stakeholder/shareholder who does not fulfill the declaration obligation is deprived of the most important rights based on property, since he gives implicit consent to the de facto use. However, the obligation to declare can only arise from the law and honesty principle. In order to talk about a valid implicit consent, first of all, a notification must be made to the stakeholder/shareholder by the stakeholder/shareholder who will make actual use in order to obtain consent, and no response should be received within a reasonable time. However, in this case, the silent stakeholder’s exercise of its legal right of pre-emption, semen of intervension and requests for mesne profits can be prevented through TCC art.2/c.2. The concept of remaining silent for a long period of time, which is accepted as implicit consent in practice, is not clear and undermines legal security. The issue that the stakeholder/partner must object to the de facto use within the period specified in the law is also discussed in this study. In this article, we touched upon the issue of in which situation the concept of implicit consent can be considered a valid consent. We examined whether the losses of rights that occur in cases where implicit consent is accepted to be given in practice are appropriate or not, separately for each right where implicit consent creates legal consequences. While doing this, we benefited from current Supreme Court decisions and opinions in doctrine.

Giriş

Uygulamada paydaş ve ortak/ların diğer paydaş/ortakların açık rızalarını almaksızın taşınmazda fiili kullanım biçimi oluşturmaları ve uzun süre bu kullanıma suskun kalınması halinde çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Özellikle paydaş/ortağa kullanılabileceği az veya çok bir kısım bırakılmışsa ve uzun süre paydaş/ortak tarafından suskun kalınmışsa Yüksek Mahkeme kararlarına göre yasal önalım hakkı ile el atmanın önlenmesi ve ecrimisil taleplerinden mahrum kalınması söz konusu olmaktadır. Bu durum uygulamada TMK m 2/II'ndeki dürüstlük kuralı gerekçe gösterilmek suretiyle sağlanmaktadır. Buna karşılık kendisine az veya çok kullanılabileceği bir kısım bırakılmamış veya bırakılmış olan paydaş/ortak intifadan men şartını yerine getirmedeği sürece ecrimisil talebinden de mahrum kalmaktadır. Dolayısıyla fiili kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaş/ortağa bu kullanıma beyan külfeti yüklediğini söylemek gerekmektedir. Bu çözüm tarzının yerinde olup olmadığını incelemek üzere her bir hakka ilişkin başlıkta uygulama ve doktrinde yer alan görüşlere yer verilerek geçerli bir örtülü rızanın oluşumu meselesinde kanaatlerimiz belirtilmiştir. Hiç şüphesiz uzun süre sessiz kaldığı için örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaş/ortak karşısında fiili kullanımda bulunan paydaş/ortakların hukuki konumlarının belirlenmesi de önem arz etmektedir.

Yasal önalım hakkının kullanılmasını engellemesi bakımından örtülü rıza ile oluşan fiili taksim kavramında davacı ve davalı paydaşın kullandığı kısımların olması gerekmektedir. Buna karşılık diğer paydaşların kullanmaları gereken kısımların bulunmasına gerek yoktur. Buna göre kendisine az da olsa kullanılabileceği yer bırakılan paydaşın fiili taksim savunması dinlenirken, kendisine kullanım alanı bırakılmamış olan paydaşın payını devralan üçüncü kişinin fiili taksim savunması dinlenmemektedir. Böylece fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına veya daha azına isabet eden yeri kullanmayan veya kullandırmayan paydaşın fiili taksime örtülü rıza verdiği kabul edilerek paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmamaktadır. Buna karşılık fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın ve bu paydaşa karşı diğer paydaş/ların paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmaktadır. Halbuki her ikisi de Yüksek Mahkeme'nin bakış açısıyla örtülü rıza vermiştir. Böyle bir durumda her iki durum arasında fark yaratılarak, ilk durumda paydaşın yasal önalım hakkının kullanılması geçerli bir örtülü rıza olmaksızın engellenmektedir.

Bir paydaş diğer paydaşların kanunun kendi haklarıyla bağdaşmayan kullanımda bulunmama yükümlülüğü yüklemesine ve onların aykırı kullanımlarına hukuki bir yaptırımda bulunulacağına haklı güven duymaktadır. Böyle olunca haksız kullanıma itirazda bulunmamasının uygulamada belirtildiği gibi hayatın doğal akışına ters olduğu gerekçesi de ayrıca sorgulanmaya muhtaçtır. Uygulamada fiili kullanıma karşı kısa sürede yapılması gereken beyan külfetinin yüklediğini de

ifade etmek gerekir. Beyan külfetini yerine getirmeyen paydaş/ortağın örtülü fiili kullanıma örtülü rıza verdiğiinden bahisle mülkiyete dayalı en önemli haklardan mahrum kaldığını da belirtmek gerekir. Halbuki beyan külfeti ancak kanundan veya dürüstlük kuralından doğabilir. Kanunda kendi bilgisi dışında kendi aleyhine oluşan fiili kullanım tarzına itiraz etme yönünde bir beyan külfeti yüklenmiş değildir. Bir paydaşın diğer paydaş aleyhine fiili kullanımda bulunma yasağı koyan TMK 693 hükmü karşısında böyle bir kullanıma itiraz etmesi beklenmemesinin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü sonucundan da bahsedilemez. Külfet (yüklenmi) kavramı yoluyla bir başkasının kendi çıkarlarını zedelemesinden hareketle bir diğerinin kendi lehine hak kazanması da mümkün değildir. Aynı şekilde emredici bir hükmeye aykırılık halinde (örneğinimizdeki TMK 693) zamanın geçmesi veya fiili kullanım gibi çeşitli sebepler gerekçe gösterilerek aykırılığın dürüstlük kuralından hareketle beyan külfeti yüklemek gibi çeşitli mekanizmalarla giderilmesi hukuk metodolojisi ile bağdaşmamaktadır. Aksi taktirde her emredici kurala aykırılık dürüstlük kuralı mekanizması ile düzeltilebilirdi ki bu yöntem meşru kabul edilemez. Geçerli bir örtülü rızadan bahsedebilmek için öncelikle paydaş/ortağa rıza almak maksadıyla fiili kullanımda bulunacak olan paydaş/ortak tarafından bildirimde bulunulmalı ve makul sürede buna cevap alınamamış olmalıdır. Ancak bu taktirde sessiz kalan paydaşın yasal önalmı hakkını kullanması, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talepleri TMK m 2/II yoluyla önlenir. Uygulamada örtülü rıza için kabul edilen uzun süre sessiz kalma kavramı da netlik taşımamakla beraber hukuk güvenliğini sarsar niteliktedir. Paydaş/ortağın fiili kullanıma karşı kanunda belirtilecek sürede itiraz etmesi gerektiği meselesi de ayrıca ele alınmıştır. Biz bu makalede örtülü rıza kavramının hangi durumda geçerli bir rıza olarak kabul edilebileceği meselesine değindik. Uygulamada örtülü rıza verildiği kabul edilen durumlarda oluşan hak kayıplarının yerinde olup olmadığını örtülü rızanın hukuki sonuç doğurduğu her bir hak bakımından ayrı ayrı inceledik. Bunu yaparken güncel Yargıtay kararlarından ve doktrinadaki görüşlerden faydalandık.

I. Yargıtay Uygulamasında Fiili Taksim Kavramı

Yargıtay kararları çerçevesinde verilebilecek tanıma göre fiili taksim, “...payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur”¹. Şüphesiz bu taksim açık bir anlaşma ile olabileceği gibi örtülü bir rıza ile de (susma, itiraz etmeme yoluyla da) olabilir. Yargıtay’ın her ne kadar “...Önalım davasına konu payın dair bulunduğu taşınmaz paydaşlarca **özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken** bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış sebebiyle önalmı hakkını kullanması

¹ Yargıtay HGK, 14-1761/407 28.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz" şeklindeki ifadesi açık anlaşma şeklinde fiili taksimin oluşacağını anlaşılmaya müsait ise de, örtülü rıza (uzun süre itiraz etmeme, suskun kalma) ile de fiili taksimin oluşabileceği hususu Yargıtay'ın "taşınmazda fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre de paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemlerle bağımsız bu oluşumun korunması, TMK'nın 2'nci maddesinde tanımını bulan dürüstlük kuralının gereğidir²" şeklindeki ifadede de anlaşılmaktadır.

Kararlarda fiili kullanım biçiminin uzun süre benimsenmiş olmasından bahsedilmekle beraber, uzun süre kavramına net bir ölçüt konulmamıştır. Bunun dışında davalı fiili taksim olgusunu her türlü delille ispat edebilmektedir³. Burada kendisine az da olsa bir yer bırakılmış paydaş/ortağın geçerli şekilde örtülü rızasının alındığı ispat etmesi kullanımda olan paydaş/ortaklardan beklenmemektedir. Bu hususun önemine aşağıda değineceğiz.

II. Yasal Önalım Hakkının Engellenmesi Sonucunu Doğuran Örtülü Rıza

Yasal önalım hakkı, "paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını kısmen veya tamamen, paydaşlar dışında bir kimseye satması halinde, diğer paydaşlara, aynı şartlarla payın alıcısı olma yetkisi veren, dava yoluyla kullanılan (TMK 734/I) bir haktır"⁴. Yargıtay'ın 27.3.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na⁵ göre, yasal önalım hakkının amacı; taşınmazın parçalanmasını önlemek, yani payların mümkün olduğu kadar paydaşlar elinde toplanmasını temin etmek, paydaşlar arasında öteden beri mevcut paydaşlık ilişkisini idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine engel olmaktır⁶. Buna karşılık Yargıtay'ın fiili taksimi yasal önalım hakkının kullanılmasına engel bir olgu olarak gören uygulaması uzunca bir zamandır sürmektedir⁷. Bu kararlarda, taşınmazın fiilen taksim edilmesi halinde payın satıldığı üçüncü kişiye karşı yasal önalım hakkının ileri sürülmesinin dürüst davranma kuralına (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁸ m 2/II) aykırı olduğu

² Yargıtay 7 HD, 2411/3417 15.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³ Yargıtay 14 HD, 10554/11605, 16.9.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴ Önalım hakkına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Feyzi N. Feyzioğlu, *Şıf'a Hakkı* (Fakülteler Matbaası 1959). 4 vd.; Şükran Taman Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şıf'a) Hakkı* (MK.m.659) (Alfa 1994) 2 vd.; Ayan, Mehmet; *Eşya Hukuku- II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016) 384-385; Erman, Hasan; *Eşya Hukuku Dersleri* (10. Baskı, Der 2023) 120; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2023) 579; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2.Baskı, İstanbul 2018) 553; Erkan Umut, *Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı* (MK. Md. 732,733,734) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı, Yüksek lisans tezi (Ankara 2006) 3 vd.; Fikret Eren, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı' (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 103; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku* (19. Baskı, Filiz 2016) N 1956 554; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2021) 420.

⁵ RG 21.8.1957

⁶ Bkz Ayan (n 4) 385.

⁷ Ş. Barış Özçelik, 'Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi' (2019) 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 253, 258.

⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, RG 8/12/2001/ 24607.

gerekçesiyle, önalım hakkının kullanılamayacağına hükmedilmektedir⁹. Yukarıda da ifade edildiği üzere, fiili kullanma biçiminin açık anlaşma veya örtülü rıza ile oluşacağında bir şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık, paydaşların tümü arasında fiili kullanmaya ilişkin açık ya da örtülü herhangi bir anlaşma yapılmamışsa veya var olduğu iddia edilen anlaşma geçerli değilse artık hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemez¹⁰. Yargıtay kararlarında benimsenen genel anlayış, her paydaşın taşınmazda kullanabileceği veya kullandığı bir kısım olmasına gerek olmadığı, buna rağmen payını devreden paydaş ile önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşın kullandığı veya kullanabileceği kısım olmasının gerekli ve yeterli olduğu yönündedir. Bu noktada ifade edilebilir ki Yargıtay, davacı ve davalı paydaş dışında diğer paydaşların taşınmazda yüzölçümleri itibarıyla kendi paylarına isabet eden bir yer kullanıp kullanmadıklarını araştırmaya gerek görmemektedir¹¹.

Önalım davalarında fiili taksim olgusu her türlü delille ispat edilebileceği için yazılı olması aranmamakla beraber önalım davasının tarafları dışındaki paydaşlar tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması gerekmez¹². Buna göre birden çok paydaştan her birinin fiili kullanım alanı olmadığı takdirde fiilen kullanım alanı olmayan paydaşın payını üçüncü kişiye satması halinde kendisine karşı açılan önalım davasında davalının fiili taksim iddiası dinlenmemektedir¹³. Yargıtay'ın "*Dolayısıyla tarafların hisselerine tekabül eden yer kadar kullanıp kullanmaması ve taraflar dışındaki hissedarların bu gayrimenkulde yer kullanmasının araştırılmasına gerek yoktur*" şeklindeki ifadesiyle fiili taksime iştirak etmeyip kendisine kullanım alanı özgülenmemiş olan paydaşları dışlayarak onların payını devralan üçüncü kişilerin fiili taksim savunması yapmasını engellediği görülmektedir. Böylece fiili kullanım alanı olmayan bir paydaşın payını sattığı kişiye karşı fiilen kullanım olan paydaş tarafından açılan önalım davası kabul edilecektir. Bundan başka, 04.04.2023 tarihli bir Yargıtay kararına göre önalım hakkı sahibi (davacı) ve payını devreden satıcının paylarına isabet eden kısımları kullanmaları dışında taşınmazda boş kısım olması halinde de önalım hakkı sahibinin boş olan yerde hak iddia etmemesi halinde (suskun

⁹ Ayan (n 4) 397 dn.1092'deki kararlar.

¹⁰ Ayan (n 4) 398.

¹¹ Yargıtay 7 HD, 2411/3417, 15.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Fiili taksim, paydaşların belirli kısımları fiili olarak kullanması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, bölünen kısımların fiili kullanımı olmadan, sadece o taşınmazdan elde edilen gelirin paylaşılması fiili taksimin varlığını ispata yetmez. Bkz: Ömer Faruk Çelik, 'Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi' (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1131, 1141. Yargıtay 14 HD, 5883/4446 15.5.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹² Yargıtay HGK, 14-272/1487, 10.11.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay HGK 1747/1617, 6.11.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr: "*Yargısız içtihatlarda yapılan tanıma göre, paydaşlar arasında fiili taksim bulunduğu takdirde önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun kabul edilmesi için, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmazın varlığı, bu taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesi ve davacı ve davalıya pay satan paydaş (paydaşların) taşınmazın belirli bir kısmını kullanması gerekli ve yeterlidir*".

¹³ Yargıtay 14 HD, 4283/3851 18.6.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "*...davalının yahut davalıya pay satan ...'ın kullandığı bir yer olduğu belirlenmemiştir....mahkemece yetersiz gerekçe ile fiili taksimin varlığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüştür*"

¹⁴ Yargıtay 14 HD, 296/860, 6.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kalması halinde) önalım hakkının kullanılamayacağına hükmetmiştir¹⁵. Karara göre kendi payına isabet eden yeri kullanan paydaşlardan davacı boş olarak kullanımda olmayan bir yerin kullanımı noktasında suskun kalmışsa o boş yerin kullanımını bizzat satıcının tasarrufuna bırakmış sayılmaktadır. Böylelikle davacının bizzat kendi kullandığı kısım dışında açık taksim yapılmayan boş bir alan üzerindeki tasarruf hakkını payını devreden paydaşa (satıcıya) devretmiş olduğu yönünde adeta örtülü rıza gösterdiği yönünde fiili karine tesis edilmiş bulunmaktadır.

Her ne kadar Yargıtay kararlarında “*taşınmazda fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre de paydaşlar bu durumu benimsemişlerse*” fiili taksim olgusunun varlığından bahsedilse de fiili taksim anlaşmasında imzası olmayan ve kendisine diğer paydaşlar tarafından ayrılan yeri bizzat kullanmayı kullanabileceği yer bırakılmış olan davacının açtığı önalım davası da “...*Antalya’da oturan davacıların, Kumluca’da bulunan çekişmeli taşınmazın bir kısmına dava dışı ... tarafından nar ağaçları dikildiğinden haberdar olmamaları da hayatın olağan akışına uygun değildir..*” gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁶. Karara göre, taşınmazda kendisinin bilgisi dışında diğer paydaş/lar tarafından payından daha az yere isabet edecek şekilde olsa bile kullanım alanı özgülenmiş olup davacı bizzat o yeri kullanmasa bile açtığı önalım davası fiili taksim sebebiyle reddedilmektedir. Bunun için uzun süre itiraz etmemesi yani suskun kalması yeterlidir. Hatta kararda kendisinin bilgisi dışında oluşmuş bu fiili kullanımdan haberdar olmamasının hayatın olağan akışına ters olduğu da ifade edilmektedir. Böylelikle bizzat fiili kullanım anlaşmasına iştirak etmeyip kendi bilgisi dışında payından daha az yere isabet edecek yer özgülenmişse bu özgülemeye –bilgisi ve isteği dahilinde olmasa bile- itiraz etmeyen paydaşın bu kullanıma adeta örtülü rıza gösterdiği yönünde bir fiili karine tesis edilmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce anılan Yargıtay kararında yer verilen gerekçe isabetli değildir. Keza sosyo-ekonomik ilişkilerin yoğunlaştığı günümüzde yurt dışında yaşama, hastalık vb. sebeplerle kişilerin mülkiyet sahibi oldukları taşınmazın kimin nasıl ve tam olarak hangi andan itibaren kullandığı hususunda her an bilgi sahibi olmaları kendilerinden beklenememelidir. Hayatın doğal akışının insanlara mülkiyetinde olan taşınmazları her an kontrol etmeleri gerektiği ve bu kullanıma itiraz etmeleri gerektiği yönünde yargı yoluyla bir külfet (yüklenite)¹⁷ yüklemek paydaşları diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmamakla yükümlü kılan TMK m 693/I’in anlam

¹⁵ Yargıtay 7 HD, 631/1941, 04.04.2023, İçtihat Bülteni: “...*dava konusu taşınmazda ½ payın davacıya ait olduğu, taşınmaz üzerinde üç katlı bina bulunduğu ve bu binanın payına hasren davacının kullanımında olduğu, taşınmazda davacının binasının dışında kalan kısmın ise boş olduğu ve bu kısmın davacı tarafından kullanıldığına ilişkin bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davalı, davaya konu satış işlemiyle taşınmazın ½ hissesini satın almış olup, taşınmazda boş kalan kısmın satıcının tasarrufunda olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda satıcı zamanında boş olan yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda pay satışı nedeni ile önalım hakkını kullanmasınının 4721 sayılı Kanun’un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesi ile bağdaşmayacağından Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken...*”

¹⁶ Bkz (n 25)’deki karar.

¹⁷ Hukuksal sonucun devreye girmesi, tümüyle yüklenite kişinin hukuksal egemenlik alanında gerçekleşecek bir olguya bağlanmıştır. Yüklenite kişinin düzenlenmesindeki temel ilke, yüklenite kişinin kendi hukuksal egemenlik alanında ortaya çıkan rizikoların gene kendisi tarafından üstlenilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nejat Aday, *Özel Hukukta Yüklenite Kavramı ve Sonuçları* (1. Bası, Beta 2000) 168. Beyan yüklenite kavramı için bkz 173.

ve öneminin kaybetmesine sebep olur. Bu yükümlülüğe aykırı davranan paydaş/ ların bu kullanımlarını kanunla düzenlenmeyen bir beyan külfetinin (yükletisinin) yerine getirilmemesi sebebiyle dürüst davranma kuralına aykırı davranıldığı gerekçesi hukuka uygun hale getirmez. Nitekim TMK 693 gereği paydaş diğer paydaşların kendi bilgisi dışında ve kendi aleyhine olacak biçimde (*onun hakları ile bağdaşmayacak şekilde*) bir kullanım gerçekleştirmeyeceklerine dair haklı bir güven duymaktadır. Kanunun açık hükmüne rağmen böyle bir fiili kullanım gerçekleştiren paydaş/ ların bu kullanımına dürüstlük kuralı gerekçesi diğer paydaş aleyhine ile beyan külfeti yüklenerek hukuki bir zemin kazandırılmaz. Aksi taktirde kanunun emredici hükümlerine aykırı davranışlara dürüstlük kuralı gerekçesi ile meşruiyet kazandırılmış olacaktır. Üstelik kendisine az da olsa kullanabileceği kısım bırakılmış olan paydaşın bu kullanıma geçerli bir örtülü rıza verdiğiinden bahsedebilmek için kendisine bu kullanım biçimi ile ilgili rıza almak maksadıyla yazılı bildirimde bulunulmalı ve kendisinden (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınmamış olmalıdır. Kaldı ki önalım hakkının kullanılmasını engelleyecek böyle bir külfet ancak kanunla düzenlendiğinde fiili kullanıma suskun kalan paydaş tarafından bunun sonuçları bilinir olacaktır¹⁸. Kanaatimizce Yargıtay kararlarında olduğu gibi sırf beyan külfetini yerine getirmediği için örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaşın ölümünden sonra onun mirasçısı/ ları bu rıza ile bağlı olmamalıdır. Dolayısıyla o/ nların açtığı önalım davasında fiili taksim olgusu ileri sürülemez. Zira burada onların mirasbırakanı tarafından verilen (geçerli veya geçersiz) örtülü rıza ile oluşan anlaşma anlamını ve bağlayıcılığını yitirmektedir. Burada külli halefiyet kuralından ayrılmanın gerekçesi kanaatimizce fiili taksim anlaşması yapma hakkının kişiye sıkı surette bağlı haklardan olmasıdır.

Bu uygulama karşısında doktrine bakacak olursak bir görüş, dürüstlük kuralı çerçevesinde oluşturulan gerekçeye dayanarak fiilî taksime ilişkin uygulamayı isabetli bulmaktadır¹⁹. Doktrinde bu görüşe ilişkin sunulan temel gerekçe, TMK m 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması ve dolayısıyla çelişkili tutum yasağına (venire contra pactum proprium) dayandırılabilir. Bu görüş içerisinde bir gerekçe de İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca birleştirilen fakat taşınmazın her kısmı paydaşlar tarafından kullanıma özgülenerek her birinin kullandığı yerin belli edilmesi halinde, payın üçüncü kişiye devrinin diğer paydaşlar bakımından bir fark yaratmayacağı açıkça belli olduğuna göre, paydaşların yasal önalım hakkı ile sahip oldukları menfaatin de sona erdiğinden bahsetmek gerekir. Hayat gerçeği de sözü edilen taşınmaz parçalarının ayrı birer taşınmazmış gibi değerlendirilmelerini haklı göstermektedir²⁰. Yine bu görüşe göre, Yargıtay uygulaması ile paralel şekilde önalım davasının tarafı

¹⁸ Fiili taksim olgusunun yasal önalım hakkını bertaraf etmesinin kanunla düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz: Çelik, s. 1144.

¹⁹ Eren (n 4) 116; Selahattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1* (Filiz 1988) 45; Soysal Özenli, *Uygulamada Önalım Davaları* (Kazancı 1984) 61-62; Yasemin Özdek, 'Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı' (1985) 3 (3) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337, 365.

²⁰ Özçelik (n 7) 261.

olan paydaşlar dışındaki paydaşlara kullanabilecekleri veya kullandıkları bir kısım özgülenmesi gerekmemektedir. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın, fiilen taksim edilmiş tarımsal taşınmazlarda da yasal önalım hakkının kullanılmayacağına hükmetmesi isabetli değildir²¹. Kanaatimizce fiili taksime (kullanıma) ilişkin anlaşma TMK m 695/ II gereği tapu kütüğüne şerh edilmediği sürece yasal önalım hakkının kullanılması engellenmemelidir. Zira anılan madde hükmünün açık lafzı gereği bu kullanım biçimi pay üzerinde sonradan aynı hak kazananları tapu kütüğünde şerh olması şartıyla bağlamaktadır. Şerh olmadığı dönemde pay üzerinde aynı hak kazananlar bu kullanım biçimine itiraz edebileceği gibi, onlar için aleniyet de sağlanmamış olacaktır. Bu kullanım biçimine sonradan itiraz edebilecek olan üçüncü kişi paydaşın şerh edilmemiş kullanım biçimine hukuki koruma sağlanarak diğer paydaşın yasal önalım hakkının engellenmesi hakkaniyete aykırıdır.

Bir diğer görüşün ise fiili taksim olgusunun yasal önalım hakkına engel olmasına ilişkin yönelttiği en temel eleştiri, fiili taksim olgusunun her durumda TMK m 2/ II'ye aykırılık oluşturmadığıdır. Nitekim bir paydaş, fiili taksime yalnızca kullanım biçimi bakımından rıza göstermiş olabilir. Bu durumda fiili taksime verilen rıza, yasal önalım hakkının kullanılmayacağı yönünde bir görünüm yahut güven yaratmaya yetmeyecektir²². Bir taraftan fiilen taksim edilen taşınmaz aslında TMK m 698 anlamında paylaşılmıştır. Bu durumda ise paylı mülkiyet ilişkisi ortadan kalkmadığı gibi, paydaşların mülkiyet ilişkisine yabancıların girmemesi menfaatinden vazgeçtikleri gibi bir sonuca varılamaz²³. Bu görüş içerisinde yer alan başka bir yazara göre, fiili taksim olgusunun yasal önalım hakkını bertaraf ettiği sonucu aynı haklara hakim olan belirlilik ve aleniyet prensiplerine aykırılık teşkil eder²⁴.

İlk görüşte yer alan Yargıtay uygulaması ile paralel şekilde önalım davası tarafları dışındaki paydaşlara belli bir kısmın özgülenmiş olması şartını aramaya da gerek bulunmadığı yönündeki kabul kanımızca isabetli değildir. Zira böyle bir kabul kendi bilgisi ve isteği dışında oluşmuş fiili taksime iştirak etmeyen ve kendi payına isabet eden veya daha az isabet eden bir yer özgülenmiş olup o yeri bizzat kullanmayan veya başkalarına (kira vb. yolla) kullandırmayan paydaşın (davacı), alıcıya karşı açtığı

²¹ Özçelik (n 7) 262.

²² Çelik (n 11) 1147.

²³ Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin, 2017) 283; M. Kemal Oğuzman, 'Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi' Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1988) 414; Oğuzman, Selçü ve Oktay- Özdemir (n 4) 555 dn. 1206; Taman Şıpka (n 4) 117-118; Sirmen (n 4) dn. 631; Zeynep Sayımlar, 'Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim' (2015) (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 627, 646.

²⁴ Çelik (n 11) 1145.

önalım davasında alıcının ileri sürdüğu fiili taksim iddiası dinlenirken²⁵, kendisinin dahil olmadığı bir fiili taksim ile kendisine payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın payını devralan alıcıya (davalıya) karşı açılan önalım davasında alıcının –davalıya pay satan paydaşın payına isabet eden bir yer kullanmadığından bahisleri ileri sürdüğu fiili taksim iddiası dinlenmemektedir²⁶. Aynı şekilde kendi payına isabet eden bir yer bulunmayan paydaşın alıcıya açtığı önalım davasında da alıcının fiili taksim iddiası –davacının payına isabet eden bir yer bulunmaması sebebiyledinlenmeyecektir²⁷. Ezcümle şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır; fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına veya daha azına isabet eden yeri kullanmayan veya kullandırmayan paydaşın fiili taksime örtülü rıza verdiği kabul edilerek paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmamaktadır. Buna karşılık fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın ve bu paydaşa karşı diğer paydaş/ların paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmaktadır. Halbuki bakıldığında her iki durumda da Yargıtay’ın bakış açısıyla –kanaatimizce geçerli olmayan- örtülü rıza vardır ve uzun süre her ikisi de bu kullanıma itiraz etmemiştir ancak sebebi izahtan varestelik olarak her iki durum arasında korunan menfaatler arasında farklılık yaratılmaktadır. Daha açık ifade edecek olursak, payına isabet eden yer bırakılmamış olan kimse de bu kullanım biçimini bilen ve (Yargıtay’ın kabulüyle hayatın doğal akışına uygun olarak) bilmesi gereken ve itiraz etmeyen kimsedir. Kaldı ki aslında bu son durumda diğer paydaşın payının bir üçüncü kişiye veya başka bir paydaşa devri arasında bir fark kalmamaktadır. Zira kendisi payına isabet eden yerin diğer paydaş tarafından kullanılmasına uzun süre itiraz etmemekte olup Yargıtay’ın ifadesiyle bu durumu bilmediğini ileri sürmesi hayatın doğal akışına da terstir. Ancak onun yasal önalım hakkını kullanmasındaki menfaati korunmaktadır. Halbuki –kendi bilgisi dışındaz da olsa kendisine belli bir kısım bırakılmış olsaydı yasal önalım hakkının kullanılmasındaki menfaati korunmayacaktı. Böyle bir durumda her iki durum

²⁵ Yargıtay HGK, 14-1950/853, 10.11.2020, Kazancı İtihat Bilgi Bankası: “Antalya’da oturan davacıların, Kumluca’da bulunan çekişmeli taşınmazın bir kısmına dava dışı ...tarafından nar ağaçları dikildiğinden haberdar olmaları da hayatın doğal akışına aykırıdır...Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; davacılar tarafından ön alım hakkına dayalı olarak açılan eldeki davada, davalının savunmasına konu fiili taksim olgusunun dosya kapsamında yer alan delillere göre ispatlanmadığı, davalı tarafından sunulan harici taksim krokinde mirasçuların imzalarının bulunmadığı gibi ziraat bilirkişi raporu içeriğine göre taşınmazda savunmaya konu paylaşımaya uygun bir kullanımın da mevcut olmadığına anlaşıldığı, bu yönlere değinen yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir”.

²⁶ Yargıtay 14 HD, 4283/3851, 18.6.2020, Kazancı İtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 2461/2922, 29.5.2023 Kazancı İtihat Bilgi Bankası: “...dosya kapsamına yansıyan bilgi ve belgelerden davalının yahut davalıya pay satan ...’nın kullandığı ayrı bir yer olduğu belirtilmemiştir. Ayrıca davalı tarafından bildirilen tanığın usulüne uygun olarak davet edilmesine rağmen 04.07.2019 tarihli celseye katılmadığı, aynı celsede davalı vekilinin beyanı üzerine tanık dinlenilmesinden vazgeçildiği, mahkemece yetersiz gerekçe ile fiili taksimin varlığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüş...”.

²⁷ Yargıtay 14 HD, 8491/9115, 8.7.2014, Kazancı İtihat Bilgi Bankası: “Dava konusu taşınmazda davacının kullandığı pay bulunmadığından fiili taksimden söz edilemez”.. Yargıtay 7 HD, 2461/2922 29.5.2023, Kazancı İtihat Bilgi Bankası: İlk derece mahkemesinin “davalı ...’nin ve davalıya pay satan’nin zeminde kullandıkları bölümin belli olduğu, buna karşılık davacı ...’in satış anında ve halen kendi başına bizzat ya da icara vererek kullandığı belli bir bölümün olmadığını beyan etmeleri, bu beyan ve tespitlere bağlı olarak önalım davasında fiili taksim için aranan davacı paydaşın yer kullanması şartının somut olayda gerçekleşmediği..” şeklindeki kararı Yargıtay tarafından onanmıştır.

arasında fark yaratılarak, ilk durumda paydaşın yasal önalım hakkının kullanılması geçerli bir örtülü rıza olmaksızın engellenmektedir. Meseleyi bir örnekle ifade edecek olursak, bir tarlada payına isabet eden daha fazla yeri ekip biçerek diğer paydaşa çok az yer özgülemiş olan paydaşın karşısında diğer paydaşın paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi ve mülkiyetin tek elde toplanması yönündeki menfaati korunmayacak olup aynı paydaş bütün tarlayı ekip biçse diğer paydaşın söz konusu menfaati korunacaktır. Halbuki kendisi her ne kadar fiili kullanma biçimine –suskun kalarak- iştirak etmemiş ve payına isabet eden bir yer özgülenmiş veya daha az yer özgülenmiş olsa da diğer paydaş/ların payını üçüncü kişiye satması halinde payların olabildiğince paydaş elinde toplanmasını temin etmek, paylı mülkiyete yabancı bir üçüncü kişinin dahil olmaması²⁸ yönünde haklı menfaati vardır ve bu menfaat kanun tarafından da korunmaktadır (TMK m 732). Aynı durum payına isabet eden yerden daha azına isabet eden yeri bizzat kullanıp ne satıcı paydaşın ne de kendi kullanımında olmayan boş kalan yerde hak iddia etmeyen paydaşın açtığı önalım davası hakkında verilen karar bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce söz konusu paydaşın boş kalan yer bakımından suskun kalması o yerdeki tasarruf hakkını satıcı paydaşa bıraktığı ve böylece önalım hakkından mahrum kalması sonucunu doğuracak şekilde örtülü rıza verdiğinden bahsetmek mümkün olmamalıdır. Zira söz konusu paydaş değil de diğer paydaş önalım davası açmış olsa idi bu sefer aynı gerekçe ile onun da önalım davası reddedilecekti. Böylece her kim önalım davası açmış ise boş kalan yer üzerindeki tasarruf hakkını diğerine terk etmiş sayılacak ve önalım davası reddedilecektir. Böyle bir durumun hiç şüphesiz hukuk mantığı ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkardığı aşikardır. Kanaatimizce taşınmazın tamamı fiili taksime konu edilip bizzat kullanıp ya da kullanılmıyor ise yani taşınmazda taksim edilmeyen kısımlar varsa paylı mülkiyet ilişkisine yabancı kişilerin girmesini önleme ve gayrimenkulün tek elde toplanması amacına üstünlük tanınarak fiili taksim iddiası dinlenmemelidir. Zira paydaşların kullanımında olmayan yerler bakımından her birinin kendi aleyhine olacak –hangisi dava açarsa kullanımı diğerine terk etmiş sayılacak- şekilde örtülü rıza verdiğinden bahsetmek mümkün değildir. Kaldı ki paydaşlardan hiçbirinin kullanmadığı yer bakımından tasarrufun diğer/lerine bırakıldığı yönünde net ve anlaşılabilir olmamasına rağmen örtülü rıza verildiği karinesi tesis edilmesi de hukuka aykırıdır. Zira aşağıda da izah edeceğimiz üzere örtülü rızanın işlem iradesi içerdiğine ilişkin yeteri kesinlikte, gerçek destek noktalarının tespit edilmesi gerekir. Bu noktada kendisine az da olsa yer bırakılmış olan paydaşın bu kullanım biçimine örtülü rıza verdiğinin kabulü –beyan külfetini yerine getirmemesi- onu önalım hakkından feragat etmesi sonucuna götürmektedir. Halbuki önalım hakkından feragat resmi şekilde yapılmak ve tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle gerçekleşir (TMK m 733/II). Fiili

²⁸ Yargıtay'ın 27.3.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, yasal önalım hakkının amacı şöyle ifade edilmiştir: "1- Gayrimenkulün parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elinde toplanmasını temin etmek, 2- Hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mani olmak" Yargıtay İBK, 12/2, 27.3.1957 (RG. 21.8.1957).

taksime ilişkin bu tarzdaki kararların temelinde yatan örtülü rıza kavramının anlam ve öneminin anlaşılması son derece önemlidir. Bu husustaki açıklamalara aşağıda yer vereceğiz. Buna karşılık Yargıtay’ın bir veya birden çok bina üzerinde çok sayıdaki paydaşın kullanım alanlarının belirlendiği ancak kat mülkiyetine geçilmediği durumlarda fiili taksim sebebiyle önalm hakkının kullanımını engellediği kararları²⁹ isabetli olmakla beraber bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Zira anılan kararlara konu uygulamalarda zaten fiili taksim açık rızaya dayanmaktadır.

III. El Atmanın Önlenmesi Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Sonucunu Doğuran Örtülü Rıza

Sahibine en geniş yetkileri veren mülkiyet hakkına saldırı yapılması halinde malik çeşitli davalarla korunmuştur. Türk Medeni Kanununun 683. maddesinde, “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir*” hükmüne yer verilmiştir. El atmanın önlenmesi davası malikin zilyetliğine ve bu suretle mülkiyet hakkına vaki devam eden bir saldırının önlenmesini sağlayan aynı bir davadır³⁰. Uygulamada miras ortaklığında el atmanın önlenmesi davasını her bir ortak tek başına üçüncü kişiye açabileceğine; ancak, davaya devam edilebilmesi için diğer ortakların onaylarının alınması eğer ortaklar bundan imtina ederse ortaklığa temsilci atanması için davacıya süre verilmesine hükmedilmekte idi³¹. Ancak yeni tarihli kararlara göre ortağın başka bir ortağa el atmanın önlenmesi davasını tek başına –diğer ortakların onayını almaksızın- açabileceği de kabul edilmektedir³². Paylı mülkiyette ise paydaşlardan her biri üçüncü kişiye karşı paylı malın tamamı hakkında el atmanın önlenmesi davası açabileceği, paylı malı kullanması diğer bir paydaş veya paydaşlar tarafından engellenen paydaş da onlara karşı el atmanın önlenmesi davası açabilir³³. Paydaşın paylı malı kullanması diğer bir paydaş veya paydaşlar tarafından engellenmekteyse, açılan el atmanın önlenmesi davasında davacı paydaşın payı oranında karar verilir; ancak davalı paydaşın taşınmazdan tamamen el çekmesi sonucunu doğuran bir karar

²⁹ Örnek olarak bkz. Yargıtay HGK, 14-1761/407, 28.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, , 8197/1199, 19.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 1238/844, 6.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 14 HD, 799/697, 30.1.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 18675/8407, 13.11.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 10278/6604, 19.9.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 1622/4513 30.5.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası .

³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 281. Geniş bilgi için bkz: Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili, Mülkiyet* (5. Bası, Filiz 1989) 493; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Onikilevha 2023) 207; Akçaal (n 4) 423.

³¹ Yargıtay 3 HD, 13090/13274, 6.11.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay uygulamasının eleştirisi için bkz: Pakize Ezgi Akbulut, ‘Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığında)’ (2018) 16 (181) Legal Hukuk Dergisi 69, 86.

³² Yargıtay HGK, 1-577/608, 30.12.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay HGK, 14-676/695, 12.11.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Akbulut (n 31) 87-88.

³³ Nomer ve Ergüne (n 29) 208-209.

verilemez³⁴. Bu durumda paydaşlar arasında paylı malın kullanımına ilişkin bir anlaşma yoksa açılan el atmanın önlenmesi davasında, TMK m 693/II uyarınca davacı paydaşın payına düşecek kısmı hâkim belirler. Bazı durumlarda el atmanın önlenmesi kararının taşınmaz üzerindeki yapı nedeniyle infaz edilebilme olanağı bulunmadığı gibi taraflar arasındaki ihtilafı çözmeyeceği, taşınmazın fiili taksime uygun olmadığı bir durumda el atmanın önlenmesi davasının reddine karar verilmektedir. Böyle bir durumda sorunun kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın giderilmesi davası açmak suretiyle giderilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁵.

Elbirliği mülkiyetinde paylaşmaya kadar ortakların belirlenmiş payları bulunmadığı gibi aralarında **oybirliğiyle yapılmış anlaşma olmaksızın** ortakların ortaklık malını kullanmaları da elbirliği mülkiyetinin özelliği gereği söz konusu olmaması gerekmektedir (TMK m 702/II). Bu nedenle gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği mülkiyetinde hâkimin davayı, ortaklar arasında bu yönde bir kullanım anlaşması bulunmaktaysa ortaklık malından tamamen el çekirmek suretiyle sonuçlandırmak olmalıyken³⁶, (elbirliği mülkiyetinde miras) paylarına göre ortaklık malının kullanımının belirlenmesi isabetli değildir³⁷. Nitekim taşınmazın tamamında haksız kullanım yapan paydaşın payı veya ortağın miras payı oranında el atmasının önlenmesine karar verildiği zaman yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hakim tarafından taksim yapılması gündeme gelmektedir. Böylece davacı paydaş taksime veya ortaklığın giderilmesi davası açmaya mecbur bırakılmaktadır. Hakim tarafından taksim yapıldığında ise davacı paydaş artık ileride yasal önalım hakkını kullanamaz duruma gelmektedir.

Ortağın/paydaşın başka bir paydaş/ortağa karşı açtığı davada Yargıtay uygulaması öncelikle ortaklar/paydaşlar arasında harici bir taksim sözleşmesinin bulunup bulunmadığının anlaşılması, eğer bu yoksa aralarında kullanıma ilişkin bir anlaşmanın veya fiili bir kullanma biçiminin olup olmadığının tespit edilmesi yönündedir. Müstakar hale gelmiş olan bu kararlarda; *“Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenilmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın, **payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa** açacağı elatmanın önlenilmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre, payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu elatmanın önlenilmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla*

³⁴ Yargıtay 7 HD, 2841/4036, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁵ Yargıtay 7 HD, 3246/3898, 19.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁶ “Hal böyle olunca, çekişmeli taşınmazdaki davacı payına elatmanın önlenmesine ve pay oranında ecrimisile hükmedilmesi gerekirken, taşınmazın tamamı bakımından elatmanın önlenmesine karar verilmiş olması doğru değildir”. Yargıtay 1 HD, T, 11611/11913, 25.10.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁷ Aynı yönde bkz: Akbulut (n 31) 89.

giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir” denilmektedir³⁸. Bir diğer kararda “*Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı veya kullanabileceği bir kısım yer varsa açacağı el atmanın önlenmesi davasının dinlenme olanağı yoktur”* denilmiştir³⁹. Daha açık ifadeyle Yargıtay kullandığı bir yer olmamasına rağmen kendisine kullanabileceği az veya çok yer bırakılan davacı paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasında fiili kullanma biçimi oluşmadığını belirterek açtığı el atmanın önlenmesi davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir⁴⁰. Dolayısıyla fiili taksime iştirak etmemiş olup kendisine az da olsa bir kısım bırakılmış olan paydaşın/ortağın bu kullanımın uzun süre devam etmesi halinde örtülü rıza verdiğiinden bahsedilerek açacağı el atmanın önlenmesi davaları reddedilecektir. Kanaatimizce paydaş/ortağa az veya çok kullanabileceği bir alan bırakılması ve uzun süre onun tarafından itiraz edilmemesi örtülü rıza verildiği anlamına gelmemektedir. Zira bir kimsenin kendisine bırakılan az yere kanaat ederek, el atmanın önlenmesi davasından feragat etmesi sonucunu doğuracak bu çözümün kabulü hayatın doğal akışına da terstir. Kaldı ki TMK m 689/I’e göre açık veya örtülü rıza alma yükümü böyle bir haksız kullanımı gerçekleştirecek olan paydaş/ortağa aittir. Zira o paylı mülkiyette TMK m 693/I’e göre diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmama ve elbirliği mülkiyetinde TMK m 702/II’ye göre diğerlerinin onayı bulunması koşulu ile ortaklık malını kullanmakla yükümlü olan kişidir. Bu nedenle yapacağı fiili kullanımı rızasını almak maksadıyla paydaş/ortağa bildirmeli ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alamadığı takdirde paydaş/ortağın örtülü rıza verdiği kabul edilmelidir.

Bununla beraber kendisine payına isabet eden kısımdan daha az yer bırakılan paydaşın el atmanın önlenmesi talebinin engellenmesine karar verilebilmesi için kanuni bir düzenleme bulunmalıdır. Zira böyle bir fiili kullanma biçiminin mülkiyet hakkından doğan el atmanın önlenmesi davası açma hakkını ortadan kaldıracak 1982 tarihli T.C. Anayasası⁴¹ (kısaca AY) m 35 gereği kanuni düzenlenmenin varlığını gerekli kılmaktadır. Kendisine az da olsa yer bırakılan paydaşın/ortağın bu kullanım için açık veya örtülü rıza verdiğini kullanımda bulunan paydaştan ispat etmesi aranmaması da TMK m 689/I hükmü ile bağdaşmamaktadır. Zira anılan hükme göre, paydaşlar kullanma ve yönetim bakımından kanundan farklı bir düzenlemede

³⁸ Yargıtay 1 HD, 2383/5244, 11.10.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 1 HD, 20589/1314, 20.3.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁹ Yargıtay 7 HD, 1014/3005, 31.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁰ Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafta bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafta engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, elatmanın önlenmesi ve kal davasının reddine karar verilmesi gerekirken...*”. Yargıtay 1 HD, 3729/9165, 17.4.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*..taşınmazda tüm paydaşlarca benimsenmiş fiili bir kullanım biçiminin oluşmadığı ve davacının çekişmesiz olarak kullanabileceği bir bölüm bulunduğu gözetilerek karar verilmesi doğru olduğuna göre...*”. Benzer yönde Yargıtay 7 HD, 1082/2210, 13.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, RG 9/11/1982/ 17863.

bulunmak isterlerse bunu oybirliğiyle anlaşarak yapmaları gerekmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere burada anlaşmanın sağlandığını yani açık veya örtülü rıza alındığını ispat yükü fiili kullanımda bulunacak paydaşın üzerindedir. Kaldı ki hukuki fiiller alanında geçerli bir şekilde alınmış örtülü rızanın ikrar sonucu doğuracağı da kanunda düzenlenmiş değildir. Türk Borçlar Kanunu (kısaca TBK)⁴² m 6 hükmünün kıyasen uygulanacağı kabul edilse bile, geçerli bir örtülü rızadan bahsedebilmek için bu kullanımı gerçekleştirecek paydaşın/ortağın diğer paydaş/ortak/lara rıza almak maksadıyla bildirimde bulunması ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alamamış olması gerekir. Bu konudaki gerekçelerimize aşağıda değindik.

Yargıtay kanaatimizce isabetsiz bir şekilde taşınmazın tamamını haksız biçimde kullanan paydaş aleyhine açılan el atmanın önlenmesi davasının payı oranında kabulüne ancak ecrimisil talebinin intifadan men şartı gerçekleşmediğinden reddine karar vermektedir⁴³. Zira taşınmazın tamamını haksız kullanan davalı paydaş aleyhine payı oranında el atmanın önlenmesine karar verip, intifadan men şartı yerine getirilmediği için ecrimisil talebini reddetmek isabetsiz bir uygulamadır. Yargıtay kararına konu olan olayda olduğu gibi yurt dışında yaşadığı için kullanımdan haberdar olmadığını ileri süren davacının verdiği kabul edilen (kanaatimizce geçersiz) örtülü rızanın mülkiyet hakkından kaynaklanan kullanma (usus) yetkisini -el atmanın önlenmesinin talebinin kabulü ile- engellemeyeceği, buna karşılık semerelerden faydalanma (fructus) yetkisini -ecrimisil talebinin reddi ile- engelleyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse, fiili kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaşın örtülü rızasına kıymet verilmeyerek payı oranında diğer paydaşın kullanımına son verdirirken, diğer yandan örtülü rızasına kıymet verilerek ecrimisil alma hakkından mahrum kalmaktadır. Yani davacı paydaşın öyle bir örtülü rıza verdiği kabul edilmektedir ki, bu rıza kendi payına tecavüz eden paydaşın kullanımı bakımından dikkate alınmayıp, ecrimisil talebi bakımından etki doğurmaktadır. Buna karşılık uzun zaman üçüncü kişi tarafından taşınmaz haksız olarak kullanılmakta ise ona karşı malikin açtığı el atmanın önlenmesi (kullanımın rızaya dayanıp dayanmadığı önemli olmaksızın) ve ecrimisil talepli davası

⁴² Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, RG 4/2/2011/ 27836.

⁴³ Yargıtay 7 HD, 2841/4036, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “dava tarihi itibarıyla davalının kullanımında olduğu sabit olan taşınmazlar yönünden kullanımın artık davacı tarafların miras payları oranında haksız hâle geldiği, bu şekilde el atmanın önlenmesine ilişkin talep yönünden davanın kabulünün yerinde olduğu ancak, davacının (mütevvefadan gelen hisse de dahil) payı nispetinde hüküm kurulması gerekirken dava konusu yerlerin tamamına yönelik el atmanın önlenmesine karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçeleriyle davacıların istinaf taleplerinin esastan reddine, haksız işgal tazminatına ilişkin davanın reddine karar verilmesi, bir kısım taşınmazlar yönünden el atmanın önlenmesine ilişkin talep yönünden ise davanın davacıların miras paylarına isabet eden değer üzerinden kabulüne karar verilmesi gerektiği” Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “dava tarihine kadar davalının taşınmazı kullanımına davacının herhangi bir itirazının bulunmadığı, keşif yapılarak taşınmazı davalının tavuk çifliği işletmek suretiyle kullandığı, davacının taşınmazın belirlenen ve tapu kaydında da yer alan niteliğine uygun olarak payına karşılık taşınmazda kullandığı ve kullanabileceği bir alan bulunmadığının tespit edildiği, dava tarihine kadar davalının taşınmazı kullanımına davacının **zımnen muvafakat ettiği**, aksi yöndeki iddiaların sabit olmadığı, davalının taşınmazın tamamında hak iddiasının söz konusu olmamakla birlikte davacının yapılar da bir hakkının bulunmadığı yönündeki savunmasına da itibar edilemeyeceği dikkate alınarak yazılı şekilde **davacının payına vaki elatmanın önlenmesine ve koşulları oluşmayan ecrimisil isteminin reddine** karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmadığına karar verilmiştir”. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 2883/3943, 20.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

(kullanımın rızaya dayanmaması şartıyla⁴⁴) intifadan men şartı olmaksızın kabul görmektedir⁴⁵. Üçüncü kişiye karşı açılan el atmanın önlenmesi davası kullanımın malikin rızasına dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın kabul görünken, paylı veya elbirliği mülkiyetinde fiili taksime örtülü rıza verdiği ifade edilen paydaşın/ortağın –kendisine kullanabileceği bir kısım bırakılmışsa⁴⁶- fiili kullanıma rıza verdiği ön kabulüyle açtığı dava reddedilmektedir. Yani Yargıtay’ın ifadesiyle fiili kullanım biçimi veya harici taksim sözleşmesi olmamakla beraber davacının kullandığı⁴⁷ veya kullanabileceği⁴⁸ bir kısım bulunuyorsa el atmanın önlenmesi davası reddedilmektedir.

Buna karşılık davacının kullandığı veya kullanabileceği bir kısım mevcut değil ise payı oranında el atmanın önlenmesine karar verilmektedir⁴⁹. Taraflar arasında fiili kullanma biçimi oluşmuş olup daha sonra payına diğer paydaş tarafından haksız saldırı iddiası olursa, davalının payından az yer kullanıldığının anlaşılması halinde el atmanın önlenmesi davasının reddine, payına isabet eden yerden daha fazla kullandığı yer olduğunun anlaşılması halinde payı oranında el atmanın önlenmesine karar verilmektedir⁵⁰.

Yargıtay’a intikal eden bir olayda kendisi evleninceye kadar kendi payına isabet eden taşınmazda diğer paydaşın ikamet etmesine izin verdiği ve kendisinin de

⁴⁴ Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴⁵ Yargıtay 7 HD, 1140/3247, 12.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay 7 HD, 355/1922, 3.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Yargıtay tarafından “*Davalının kullanıma ilişkin şahsi bir hakkı bulunmadığı, davacının mülkiyet hakkına üstünlük verilmesi gerektiği*”nden bahisle el atmanın önlenmesi ve ecrimisil ödenmesine hükmedilen yerel mahkeme kararı onanmıştır. Aynı yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 2849/4038, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴⁶ Yargıtay 7 HD, 4565/1419, .24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafca bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafca engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır*” Karardan da anlaşılacağı üzere davacıya kullanabileceği bir kısım bırakılmış olması yeterlidir.

⁴⁷ Yargıtay 7 HD, 793/3224, 8.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 545/2823, 25.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 7 HD, 545/2823, 25.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 1030/1956, 4.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Taşınmazda tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmadığı, bu durumda payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorunu el atmanın önlenmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın giderilmesi davası yoluyla çözmesi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*” Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafca bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafca engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, elatmanın önlenmesi ve kal davalının reddine karar verilmesi gerekirken...*”

⁴⁸ Yargıtay 7 HD, 7801/1943, 4.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*...Boş olarak bırakılan yerin davacı tarafından kullanılıp kullanılmamasının önem arz etmeyip, sadece boş olarak kullanabileceği bir alan olmasının yeterli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*” Yargıtay 7 HD, 2251/3657, 6.7.2023; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 1082/2210, 13.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 750/3329, 13.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁹ Yargıtay 7 HD, 2575/3516, 21.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 8 HD, 6323/6690, 2.11.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁰ Yargıtay 8 HD, 5410/5484, 28.9.2020, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafca bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafca engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, elatmanın önlenmesi ve kal davalının reddine karar verilmesi gerekirken...*”

geçici olarak onun payına isabet eden yerde oturduğu bir durumda açtığı el atmanın önlenmesi davası fiili taksim sebebiyle reddedilmiştir⁵¹.

Üçüncü kişinin malikin taşınmazına el atmasına ilişkin olarak uzun süredir üçüncü kişinin malikin izniyle ikamet ettiği taşınmaz bakımından malikin açtığı el atmanın önlenmesi davasında davanın açılmış olması ile kullanıma rızanın geri alınmış olduğuna karar verilmiştir. Kararda “..dava mülkiyet hakkına dayalı el atmanın önlenmesi ve ecrimisil istemine ilişkindir. Davalının kiracılık savunmasında bulunmadığı gibi mülkiyet iddiasını da ispatlayamadığına göre, karşı davanın açılması ile davacı malikin dava konusu taşınmazında davalının kullanımına rızasını geri almış olduğunun kabulü gerekir. O halde, davacının el atmanın önlenmesi talebinin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş.. ecrimisil istemine gelince; davalının karşı dava açılıncaya kadar kullanımının rızaya dayalı olduğunun kabulüyle davalının kötüniyetli zilyet olmaması nedeniyle reddine karar verilmesi yerinde görülmüş”⁵²denilmektedir. Üçüncü kişinin el atmasında da üçüncü kişinin verdiği rızaya rağmen el atma haksız duruma gelmekte ve el atmanın önlenmesine karar verilmekte, buna karşılık verilen rıza haksız zilyedi iyiniyetli haksız zilyet haline getirip, ecrimisil talebini önlemektedir.

IV. Ecrimisil Talebinin Engellenmesi Sonucunu Doğuran Örtülü Rıza

Yüksek Mahkemenin uygulamalarında ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, 04.06.1958 gün ve 15/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı kararının gerekçesinin V. bendinde “işgal tazminatı davalarının hususi bir şekli olan ecrimisil davalarının beş yılda zamanaşımına uğrayacağı esasını benimsemiş bulunan 25.05.1938 tarih ve 29/10 İçtihadı Birleştirme Kararının halen geçerli” olduğu açıklanmış ve ecrimisil davalarının 743 sayılı Kanunu Medenisinin 908. (4721 Sayılı Kanununun 995 inci) maddesine dayanan bir tazminat davası olduğu belirtilmiştir⁵³. Yargıtay’ın son kararlarına⁵⁴ göre ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler⁵⁵. Doktrinde ise ecrimisilin hukuki dayanağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁶.

⁵¹ Yargıtay 7 HD, 1149/3176, 7.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵² Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵³ Yargıtay 7 HD, 3266/4899, 19.10.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Kararda gerekçenin bir kısmına yer verilmiştir.

⁵⁴ Yargıtay 7 HD, 2883/3943, 20.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y 7 HD, 2577/3637, 4.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁵⁵ Yargıtay HGK, 1-120/96, 25.2.2004 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Y 3 HD, 6388/6009, 21.6.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Tazminata hükmedilebilmesi için taşınmaz maliki olan davacının, davalı tarafın haksız işgalini ve işgal süresini ispatlaması yeterlidir”.

⁵⁶ Bu görüşler için bkz: Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-* (1. Baskı, Onikilevha 2015) 258-259, Akbulut (n 31) 91-92.

Ancak yukarıda bahsettiğimiz üzere Yargıtay'a ve doktrinde bazı yazarlara⁵⁷ göre ecrimisilin hukuki dayanağı TMK m 995 hükmüdür. Paylı mülkiyette paydaşlardan her biri tek başına veya elbirliği mülkiyetinde ortaklardan her biri üçüncü kişiye hep birlikte ve diğer ortağa karşı her biri tek başına ecrimisil talebinde bulunabilir⁵⁸.

Yargıtay'a göre özellikle taşınmaz mallar bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda taşınmazı kullanan ortaktan diğer ortakların ecrimisil talep edebilmesi için onu intifadan men etmeleri şartının gerçekleşmesi gerekmektedir⁵⁹. Benzer bir uygulama paylı mülkiyette paydaşlar bakımından da söz konusudur. Buna göre paydaş diğer paydaş/lardan ecrimisil talebinde bulunabilmesi için intifadan men şartının gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁰. Buna karşılık ortaklar veya paydaşların üçüncü kişiye karşı ecrimisil davası açabilmeleri için intifadan men şartı bulunmamaktadır⁶¹. Ortaklardan biri TMK 702/II gereği ancak diğerlerinin onayı bulunması koşulu ile ortaklık malını kullanabilir. Aynı şekilde TMK m 693 gereği paydaşlardan her biri diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir. Paydaşların kullanım ve yönetime ilişkin konularda oybirliği ile anlaşma yapmaları aranmaktadır (TMK m 689/I). Dolayısıyla doktrinde de isabetli olarak kabul edildiği üzere eğer ortaklar arasında bu yönde bir anlaşma yoksa ecrimisil tazminatı talebinde ayrıca intifadan men koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin

⁵⁷ Feyzioğlu (n 4) 261; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir (n 4) 140; Hırş, Ernest; *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin: Fuzuli İlgalden Doğan Tazminat Talepleri* (Kenan Matbaası 1944) 794-795; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili* (11. Bası, Savaş 2020) 266; Akipek (n 4) 247; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II Zilyetlik* (Legal 2018) 340-341; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 217; Şeref Ertaş, Emre Cumahioğlu ve İlknur Serdar, *Eşya Hukuku* (Barış 2017) 80. Ayrıca bkz: Ceren Yavuzaslan, *Ecrimisil* (Filiz 2017) 10.

⁵⁸ Akbulut (n 31) 94. Yargıtay 1 HD, 19421/5278, 11.3.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay'ın elbirliği ortaklıklar hakkında da paylı mülkiyet esaslarını uyguladığı kararların isabetli olmadığı ve ortaklardan her birinin diğer ortak ya da ortaklara karşı ecrimisil davası açamayacağı, diğer ortağa veya ortaklara karşı açılacak ecrimisil davasında bütün ortakların davada taraf olarak yer alması gerektiği yönünde bkz: Nomer ve Ergüne, (n 29) 275-276.

⁵⁹ Yargıtay 3 HD, 991/1294, 06.02.2007, (Kazancı İçtihat Bankası): "Kural olarak, müşterek ya da iştirak halinde mülkiyet durumunda, taşınmazı kullanan malikten ecrimisil talep edilebilmesi için, diğer maliklerin taşınmazdan yararlanma isteklerini karşı tarafa iletmis olmaları gerekmektedir". Yargıtay 1 HD, 13940/18257, 24.11.2014, (Kazancı İçtihat Bankası): "İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. Uygulamada bu bildirim noter aracılığı ile gönderilen ihtarname ile yapılmaktadır". Aksi kanaatte bkz: Nomer ve Ergüne (n 29) 276. Yazarlara göre, elbirliği mülkiyetinde paylı mülkiyetinden farklı olarak, ortaklardan her birinin eşyayı diğerlerinden bağımsız olarak kullanma yetkisi yoktur.

⁶⁰ Yargıtay 3 HD, 6356/11530, 26.4.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "Ecrimisile konu dairede taraflar paydaş olup, paydaşlar, kural olarak intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler".

⁶¹ Yargıtay 3 HD, 10365/15136, 14.6.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "Davalının ise, taşınmazda herhangi bir payı bulunmamasıdır. Bu durum karşısında mahkemece, taşınmazda kendisinin payı olmadığını bilen davalının kullanımı iyyinetli kabul edilemeyeceğinden intifadan men koşulu aranmaksızın, ihtarname öncesi kullanımına göre ecrimisile hükmedilmesi gerekir..." Yargıtay 8. HD, 6435/7096, 11.11.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "paydaş olan davalılar yönünden intifadan men aranması gerektiği halde, paydaş olmayanlar yönünden böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır..."; Yargıtay 3. HD, 11869/11140, 18.10.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 1. HD, 12573/13479, 8.12.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 3. HD, 171/409, 31.1.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

aranmasına lüzum bulunmamaktadır⁶². Ancak bu görüşe karşı, her paydaşın paylı malı bölünmeye elverişli olmayan fiili kullanım yetkisi olduğundan bahisle, intifadan men edilmeyen paydaşın haksız zilyet sayılması mümkün olmamalıdır şeklinde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre paylı mülkiyet konusu bir evde paydaşlardan biri diğer paydaşlar itiraz etmediği müddetçe oturabilir⁶³. Yine bu görüşte olan başka bir yazara göre, paydaşlardan birinin kullanmasının sınırını diğer paydaşların paylı malı soyut kullanma olanağı değil, fiili kullanımı oluşturur⁶⁴. Kanaatimizce fiili taksimin açık rızaya (anlaşmaya) dayandığı durumlarda hukuki sorun bulunmamaktadır. Uygulamada diğer paydaşın kullanıma uzun süre sessiz kalması halinde örtülü rıza (zimni muvafakat) oluşacağından bahisle intifadan men koşulu aranmakta ise de kanaatimizce hukuki fiillerde de örtülü rızanın gerçek ve yeterli destek noktalarının belirlenmesi gerekir. Diğer ortak/paydaş/ların açık veya örtülü rızalarının alındığını ispat yükü davalı malike ait olmalıdır. Örtülü rızanın verildiği uygun ispat vasıtaları ile ispatlanması aranmalıdır⁶⁵. Bunun içinde öncelikle fiili kullanımın diğer paydaşa yazılı olarak bildirilmesi ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınmazsa örtülü rıza verildiğinden bahsedilerek intifadan men şartı aranmalıdır. Aksi taktirde fiili kullanıma salt sessiz kalınması fiili kullanımın kanaatimizce geçerli olmayan bir örtülü rızanın varlığına dayandığını gösterdiği için intifadan men şartı aranması isabetli değildir. Nitekim sözleşmeler alanında bile önerenin, kural olarak önerisi uygun bir sürede reddedilmediği taktirde sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m 6). Açıkça görüleceği üzere, sözleşmenin kurulmuş sayılması için öncelikle bir öneri olmalı ve buna karşılık sessiz kalınması gerekmektedir. Kaldı ki ecrimisil isteminin dayanağı TMK m 955 olmakla beraber ecrimisil talebinin temelinde TMK m 683 ile korunan mülkiyet hakkı bulunmaktadır⁶⁶. Öyle ki bu talep semerelerden faydalanma (fructus) yetkisinin bir uzantısıdır. Dolayısıyla bu hakkın intifadan men şartı getirilerek engellenebilmesi için bu engelin kanunen düzenleme altına alınması gerekmektedir.

⁶² Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Gayrimenkul Hukuk Davaları* (İstanbul Matbaası 1974) 412-413; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 225; Şeref Ertuş, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi 2014) 383; Akbulut (n 31) 96; Akçaal, Mehmet; 'Ecrimisil Davalarında İntifadan Men Şartı' (2022) (2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi 440, 449-450; Eşyadan yararlanma bakımından aynı yönde bkz: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) N. 1248, dph. 144; Sirmen (n 4) 309-310; Burak Ak, *Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil)* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2020) 177-178. Bu davayı gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenden (TBK m 530) kaynaklanan ve zarar şartından bağımsız olan menfaatlerin devri davası olarak nitelendirmek gerektiğini ileri süren görüş olarak bkz: Cem Akbıyık, 'Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları' *Prof. Dr. Necla Girtilioğlu'na Armağan* (On İki Levha 2020) 1, 5.

⁶³ Nomer ve Ergüne (n 29) 245.

⁶⁴ Nafiye Yücedağ, 'Paylı Mülkiyette Paydaşlar Arasında Ecrimisil Talep Edilmesi İçin Gerekli İntifadan Men Şartı ve Bu Şartın İstisnaları' (2023) 18 (212) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175, 195-196.

⁶⁵ Doktrinde kanımızca isabetli olarak de hak sahibinin fiili kullanımdan zarar gördüğünü ispat etmesi şartının aranmaması gerektiğini, bu noktada hak sahibinin eşyadan yararlanma niyetinde olması aranacak olsa dahi prensip itibarıyla hak sahibinin böyle bir niyette olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve bu kabulün aksini ispat kötüniyetli haksız zilyedin üzerinde olması gerektiği ifade edilmiştir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 217.

⁶⁶ Alparslan Özaltuğ, 'Ecrimisilin Hukuki Niteliği' (2021) 18, (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1408, 1412.

Yargıtay, taşınmazda “payına” karşılık çekişmesiz olarak kullandığı⁶⁷ veya az yahut çok kullanabileceği⁶⁸ kısım olması halinde, kullandığından/kullanabileceğinden daha fazlasına hakkı olduğunu iddia eden davacı mirasçının/paydaşın ecrimisil talebini ise kabul etmemektedir. Bu durumda Yargıtay, mirasçılardan/paydaşlardan birinin diğer mirasçılardan/paydaşlardan ecrimisil talebinde bulunması halinde, ortaklar/paydaşlar arasında fiili bir kullanma şekli mevcutsa ve davacı paydaş/ortak payına isabet eden yerden daha az kısım kullanmakta olsa bile ecrimisil talebinin yerinde olmadığına karar vermektedir⁶⁹. Nitekim yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir⁷⁰. Burada hukuki sorun açık rızaya dayalı fiili kullanım biçimi bakımından ortaya çıkmamakla beraber, paydaşın diğer paydaşa az veya çok kullanabileceği kısım bırakması halinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim diğer paydaş tarafından kendisine az veya çok kullanabileceği yer bırakılarak kullanım yapılması halinde her ne kadar fiili kullanma biçimi oluşmamış olsa bile, davacı paydaşa sırf kullanabileceği bırakıldığı ve intifadan men koşulu gerçekleşmediği için ecrimisil davası reddedilmektedir⁷¹. Zira burada paydaşın kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilmektedir.

Buna karşılık davalı paydaş taşınmazın tamamını uzun süre kullanmış olup, davacı paydaş uzun süre ses çıkarmamış ise kullanıma zımni muvafakat verdiği ve intifadan men koşulu sağlanmadığından bahisle ecrimisil talebi reddedilmektedir. Nitekim Yargıtay kararına konu olayda davacı yurt dışında olduğunu ve haksız kullanımı bilmediğini ileri sürse de davacı paydaşın dava tarihine kadar davalı paydaşın kullanımına zımnen muvafakat (örtülü rıza) verdiğiinden bahisle ecrimisil talebini reddetmiştir⁷². Aynı kararda payı oranında el atmanın önlenmesine karar verilmiştir. Kanaatimizce bu olayda taşınmazın tamamı bakımından el atmanın önlenmesine

⁶⁷ Yargıtay 7 HD, 1900/3248, 12.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Ecrimisil, ise bir para alacağı olup bölünebilir nitelikte olduğundan elbirliği hâlinde maliklerden birisinin de ecrimisil isteyebileceği kuşkusuzdur. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir”.

⁶⁸ Yargıtay 1 HD, 6467/416, 18.1.2018 Karar için bkz: Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları* (Aristo 2021) 13. Yargıtay 8 HD, 1493/5567, 28.6.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁹ Yargıtay 7 HD, 4327/3116, 25.4.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay 1 HD, 4241/8851, 29.09.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur”.

⁷⁰ Yargıtay HGK, 1-1235/1386 Berberoğlu Yenipınar (n 68) 176-177: “taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması “ahde vefa” kuralının yanında TMK.m.2 maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralının da bir gereğidir”. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 35423/3999, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 1 HD, 6467/416, 18.1.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷¹ Yargıtay 7 HD, 2251/3657, 6.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷² Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “dava tarihine kadar davalının taşınmazı kullanmasına davacının zımnen muvafakat ettiği, ...koşulları oluşmayan ecrimisil isteminin reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmadığına karar verilmiştir”.

ve yukarıda belirttiğimiz gerekçeyle payı oranında ecrimisile hükmedilmesi gerekmektedir. Zira paydaşın hangi kısmının payına isabet edeceği belli olmayan taşınmazın taksim edilmesine (taksim davası açmak suretiyle) mecbur bırakılmaksızın tamamından el çektirmek ve haksız kullanım yapan paydaşı taksim davası açmaya mecbur bırakmak kanaatimizce en isabetli çözümdür. Aynı şekilde paylı mülkiyette paydaşın mülkiyet hakkı paylı malın tümüne yaygın bir mülkiyet hakkıdır. Böyle olunca haksız kullanım yapan paydaş taşınmazda taksim gerçekleştirme sonucunu doğuracak biçimde payı oranında değil, taşınmazın tamamından el çektirilmelidir. Buna karşılık ecrimisil yönünden ise payına isabet eden yer dışında kalan kısım bakımından açık veya örtülü rıza aldığını uygun ispat vasıtalarıyla ispatlamamış olan kötüniyetli haksız zilyedin⁷³ intifadan men koşulu aranmaksızın ecrimisil ödemesine karar verilmesi gerekmektedir. Zira TMK m 995 hükmünde ecrimisil talebi için kötüniyetli haksız zilyet olmak şart olduğu gibi, intifadan men şartı aranmamaktadır. Taşınmazın tamamına el atmanın olduğu başka bir olayda Yargıtay davalının muris ile yaptığı sözleşmeye olan bağlılığı çerçevesinde uzun süre fiili kullanımının davacının ses çıkarmaması sebebiyle haksız işgal sayılmayacağını ve ecrimisil talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁷⁴. Nitekim Yargıtay'a göre davalının uzun süreli kullanımı söz konusu ise, bu kullanıma ses çıkarmayan davacının zımni muvafakatının var olduğu yönünde fiili karine oluşacağı kabul edilmekle beraber, bu karinenin aksi davacı tarafından kanıtlanmadıkça ecrimisil talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir⁷⁵. Kanaatimizce paydaşın diğer paydaşa az veya çok kullanabileceği yer bırakarak ve hatta hiç kullanım alanı bırakılmaksızın uzun süre o yeri kullanması halinde örtülü rızanın bulunduğu bahsedebilmek için o paydaş/ ortağa rıza almak maksadıyla yazılı bildirimde bulunulmalı, buna rağmen –kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede cevap alınamamış olması- gerekmektedir. Zira hukuki fiiller alanında sözleşmeler bakımından uygulanan TBK m 6 gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu hükmün kıyasen uygulanacağı kabul edilse bile fiili kullanıma karşı “beyan külfeti” yüklemek ancak kanuni bir düzenleme ile mümkün olmalıdır. Zira mülkiyetten (-ve paylı mülkiyetten) doğan haklardan (el atmanın önlenmesi, ecrimisil, önalım hakkı) mahrum kalma sonucunu sağlayacak bir beyan külfeti ancak kanuni düzenleme ile öngörülmelidir (AY m 35). Uygulamaya göre kanuni düzenlemenin mevcut olmadığı bir durumda ise paydaş/ortağa fiili kullanımı sürekli yapılacak kontrol ile tespit etme ve sınırı belli olmayan kısa bir sürede beyan külfeti yüklemek davacı paydaşın kullanımdan bilgisi olduğu ve ses çıkarmadığını tanıkla ispat etme kolaylığı⁷⁶ sağlamak örtülü rıza kavramının önemine değinme gereğini ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce hayatın doğal akışı veya kanun

⁷³ Kötüniyetli zilyet ise, zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek durumda olan kişidir. Ünal ve Başpınar (n 57) 257; Esener ve Güven (n 23) 124.

⁷⁴ Yargıtay 7 HD, 355/1922, 3.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁵ Yargıtay 1 HD, 8104/9014, 17.6.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁶ Yargıtay 7 HD 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

paydaş/ortağa fiili kullanımın olup olmadığını kontrol etme, hangi andan itibaren fiili kullanım olduğunu tespit etme ve kısa bir sürede beyan külfetini yerine getirme yükümü yüklememektedir. Tam aksine kanun paydaşlar arası taşınmazı kullanma ve yararlanma konusunda oybirliği ile anlaşma sağlanmasını emretmektedir (TMK m 689/I). Böyle bir durumda haksız veya haklı (taşınmazın tamamını veya payına isabet eden yeri) kullanım yapmak isteyen paydaşa açık veya örtülü rıza alma yükümü yüklediği açıktır. Aynı şekilde hayatın doğal akışına göre de diğer paydaş/ların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanım ve yararlanmada bulunma yükümlülüğü olduğunu bilen paydaşın fiili kullanımın ne zamandan itibaren oluştuğunu bilmek zorunda olduğu söylenemez. Kaldı ki örtülü rızanın verildiği ise paydaş/ortağa rızası alınmak üzere yazılı bildirimde bulunulduğu ve (kanunda öngörülecek veya makul sürede) cevap alınmadığı hallerde kabul edilebilir. Bu konudaki ayrıntılı gerekçelerimize aşağıda değindik.

Yargıtay bir kararında davalı paydaşın taşınmazda büyük orandaki kısımları uzun süredir kullanmakla beraber taraflar arasında BK m 299 (TBK m 379) uyarınca şifahi kullanım ödücü (ariyet) sözleşmesi yapıldığı ve BK m 304 (TBK m 384) gereği dava açmakla davacının akde son verdiğinden bahisle ecrimisil talebini reddetmiştir⁷⁷. Kanaatimizce bu karar da isabetli değildir. Zira sözleşmeler alanında örtülü rızanın varlığından bahsedebilmek için öncelikle muhataba öneri (icap) yapılmalıdır ve bu öneri sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva etmelidir⁷⁸. Bir eşyanın fiilen kullanımı kullanım ödücü sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermediğinden öneri olarak kabul edilemez.

Yine paydaşın/ortağın kullandığı kısım varken ve bu kullanılan kısma el atma olduğunda, el atılan kısım kadar ecrimisile hükmedilmektedir⁷⁹. Kullanma açık rızaya dayandığından konumuz kapsamı dışında kalmaktadır.

Başka bir Yargıtay kararına konu olayda haksız fiili kullanımın tacir tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu kullanım uzun sürmüş olsa bile örtülü rıza verildiğinden bahsetmenin mümkün olmadığı, basiretli davranmayan tacirin ecrimisil ödemekle yükümlü olduğuna karar verilmiştir⁸⁰. Burada da aslında tacir olmayan kişiler için de geçerli olması gereken bir kural tacirler için öngörülerek, geçerli bir örtülü rıza almamanın istenen hukuki sonucu doğurmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu kararda benimsenen kural örtülü rıza aldığını ispat etmekle yükümlü olan tacir olmayan kişiler bakımından da uygulanmalıdır.

⁷⁷ Yargıtay 1 HD, 5140/1073, 21.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁸ M.Kemal Oğuzman ve M.Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1* (21. Bastı, Vedat 2023) 60.

⁷⁹ Yargıtay 5 HD, 2835/10435, Berberoğlu Yenişınar, (n 68) 272-273.

⁸⁰ "her ne kadar davalı şirket uzun süreli olarak taşınmazı kullanıyor ise de, taşınmazın davalı şirket tarafından kullanılmasına davacının zimnen muvafakat ettiğinin kabulünün mümkün olmadığı, zira davalı şirket olup tüm işlemlerinde basiretli davranmak zorunda olduğu, başkasına ait taşınmazı, haklı ve geçerli bir neden olmaksızın kullanan davalı şirketin ecrimisil ile sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik olmadığı..." Yargıtay 7 HD, 3339/3973, 20.9.2023 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Paydaşın diğer taşınmazın tamamını kullandığı ve aradan uzun süre geçmediği hallerde de Yargıtay, diğer paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasını payı oranında kabul etmekte ve intifadan men koşulu gerçekleşmediğinden ecrimisil talebini reddetmektedir⁸¹. Bu durumda aradan uzun zaman geçmemiş -ve hatta geçmiş olsa bile -olduğu için kullanımı yeni öğrenen paydaşın intifadan men koşulu aranması TMK m 995 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira anılan hükümde kötüniyetli haksız zilyedin haksız kullanımına karşılık tazminat talep edilebilmesi için intifadan men edilmesi koşulu bulunmamaktadır. Kanunda olmayan bir şartın paylı mülkiyette paydaşlar veya elbirliği mülkiyetinde ortaklar bakımından yeterli hukuki gerekçe olmaksızın yaratılmasını isabetli bulmamaktayız. Nitekim açık veya örtülü oybirliği ile yapılan anlaşma sağlanmasını emreden TMK m 689/f.1 hükmü karşısında açık veya örtülü rıza aldığını ispat yükü haksız kullanımı gerçekleştiren zilyede aittir. Böyle bir rızanın olmadığını ispat etme yükümünün –bir şeyin yokluğunu ispat etmenin imkansızlığı hukuk mantığının gereği olduğu için- diğer paydaş/ortaklar üzerinde bırakılması düşünülemez. İşte intifadan men şartı böyle bir rızanın verilmediğinin ispatını diğer paydaştan beklenmesinin sonucudur.

Uygulamada taşınmazı kullanan üçüncü kişi, haklı bir sebebe dayandığına inanarak veya edim karşılığı ya da davacının rızası dahilinde kullandığından bahisle yararlanmayı sürdürüyorsa (harici satış, fiili taksim, kira sözleşmesi vs.) bu gibi hallerde, rızanın ortadan kalkması veya tarafların aldıklarını iade etmesine kadar taşınmazı elinde bulundurma haksız ve kötüniyetli kullanım kabul edilmemektedir. Rızaya dayalı kullanım, haksız ve kötüniyetli bulunmadığından tazminat ile sorumluluk da bulunmamaktadır⁸². Ancak bu halde el atmanın önlenmesi talebi de varsa verilen rıza açılan dava ile geri alınmış olacağından bu talebin kabul edildiğini ifade etmekte yarar vardır⁸³. Yargıtay malikin üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeden bağımsız olarak üçüncü kişinin taşınmazın farklı bir kısmına el atması halinde malikin uzun süre ses çıkarmaması durumunda kullanıma zımnen muvafakat ettiğinden bahisle ecrimisil talebini reddetmiştir⁸⁴. Benzer başka kararlarda da davacının davalı üçüncü kişinin kullanımına zımnen muvafakat ettiği ve kullanıma karşı suskun kalmasının ecrimisil talebini önleyeceğine veya böyle bir kullanıma

⁸¹ Somut olayda davalı-karşı davacı 4 aylık kira karşılığı ecrimisil talep etmiştir. İntifadan men koşulu gerçekleşmediği için talep reddedilmiştir. Yargıtay 7 HD, 2575/3516, 21.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 2251/3657, 6.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸² Yargıtay 7 HD, 2371/3110, 6.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Harici satım bakımından bkz: Yargıtay 7 HD, 1464/2577, 15.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Uzun süreli kullanım bakımından bkz: Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Davalının kullanımının feshi ispat edilemeyen kira sözleşmesine dayandığı için kötüniyetli zilyet sayılamayacağı hususunda bkz: *davalının karşı dava açılincaya kadar kullanımının rızaya dayalı olduğunun kabulüyle davalının kötüniyetli zilyet olmaması nedeniyle reddine karar verilmesi yerinde görülmüş*” Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸³ Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*karşı davanın açılması ile davacı malikin dava konusu taşınmazında davalının kullanımına rızasını geri almış olduğunun kabulüne karar vermek gerekirken...*”

⁸⁴ Yargıtay 6 HD, 7201/7681, Berberoğlu Yenipınar (n 68) 284-285. Üçüncü kişinin harici satım ve zilyetlik sözleşmesine itibar edilmeyle malikin el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talebinin kabul edilmesi yönünde bkz: Yargıtay 7 HD, 2275/3658, 6.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

karşı davacının ihtarname göndererek zımni muvafakati geri alması halinde böylece ecrimisil talep edebileceğine ilişkin tespitlerde bulunulmuştur⁸⁵. Hatta bir kararda “*davacının maliki olduğu taşınmazı 14.07.2006 tarihinde devraldığı, devirden sonra 29.08.2006 tarihinde o dönemki malik adına ihtarname çekildiği, aradan geçen 11 yıllık süre boyunca davalı malikin kullanımına ses çıkarılmadığı, örtülü muvafakatin söz konusu olduğu, davanın açılması ile birlikte bu muvafakatin kalkmış sayılacağı, davalı ile önceki malik arasındaki ilişkinin davada önem taşımadığı, her bir tüzel kişi yönünden muvafakati kaldıracak bir ihtarname çekilmediği müddetçe ve uzun süre kullanım olduğundan ecrimisil talep etme hakkı bulunmadığı...*”⁸⁶denilmek suretiyle malikin üçüncü kişilere karşı açacağı ecrimisil davaları bakımından da adeta intifadan men şartı aranmaya başlandığını söylemek yanlış olmaz. Kanaatimizce bu kararlarda gerekçe olarak gösterilen örtülü rıza kavramı kötüniyetli haksız zilyedin kullanımını dürüstlük kuralı gereğince de hukuka uygun hale getirmez. Nitekim beyan külfeti ancak kanundan veya dürüstlük kuralından doğabilir⁸⁷. Kanunda kendi bilgisi dışında kendi aleyhine oluşan fiili kullanım tarzına itiraz etme yönünde bir beyan külfeti yüklenmiş değildir. Bir paydaşın diğer paydaş aleyhine fiili kullanımda bulunma yasağı koyan TMK 693 hükmü karşısında böyle bir kullanıma itiraz etmesi beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü sonucundan da bahsedilemez. Külfet (yüklenli) kavramı yoluyla bir başkasının kendi çıkarlarını zedelemesinden hareketle bir diğerinin hak kazanması da mümkün değildir. Öyle ki ecrimisilin hukuki dayanağı olarak kabul edilen TMK m 995 hükmünde kötüniyetli haksız zilyede karşı (paydaş/ortak olsun olmasın) haksız işgal tazminatı talep edebilmek için intifadan men edilmesi şartı aranmamaktadır. Malik açısından kanunda aranmayan bir beyan külfeti adeta uygulama yoluyla yaratılmıştır. Kanunda yer olmadığı için malik bir anlamda itiraz etmemesinin hak kaybına yol açıp açmayacağını veyahut hangi süreye kadar itiraz yöneltmesi gerektiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen bir kişidir. Öyle ki Yargıtay ecrimisil ve el atmanın önlenmesi davası açıp davayı takipsiz bırakan ve

⁸⁵ Yargıtay 7 HD, 3371/945, 21.9.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 4684/286, 11.1.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*davacı olan eş 2013 yılından itibaren aile konutunu terk etmiş, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da keşide ettiği ihtarname tarihine kadar davalı eşinin ve çocuğunun konutta oturmalarına karşı çıkmamıştır...Bu arada geçen süre nedeniyle davacının, çocuğu ile birlikte yaşayan eski eşinin konutta oturmalarına rıza gösterdiğini kabul etmek gerekir. Davacı, 10.04.2017 tarihinde ihtarname göndererek davalının konutu kullanımına muvafakatini geri aldığından haksız kullanımın bu tarihten itibaren oluştuğu gözetilmelidir”. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 243/1013, 21.2.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 782/2628, 16.5.2023 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.*

⁸⁶ Yargıtay 7 HD, 3744/2925, 18.4.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 6891/2872, 14.4.2022. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*...davacının çekışmeli taşınmazı edindiği tarihten ihtarnamenin davalıya tebliğ edildiği tarihe kadarki dönem için davalının kullanımına ses çıkarmadığı dikkate alındığında, davalının bu dönemdeki kullanımına muvafakat ettiğinin ve muvafakatin ihtarname ile sona erdiğinin kabulünün gerektiği...*” Yargıtay 7 HD, 3977/3768, 26.5.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*...Tanık beyanları ile davalıların aldığı şekli ile taşınmazı kullandığı belirtilmektedir. Bu durumda davalılar iyiniyetli olup, davacı uzun süre itiraz etmemekle muvafakat etmiş sayılır. Bu nedenle ecrimisil talebinin reddine...*” Yargıtay 7 HD, 4821/841, 14.2.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*...ihtar şartı olmasa da davacı tarafından ihtarname çekildiğinden zımni muvafakat de olmadığını...*” Yargıtay 7 HD, 359/1864, 30.3.2023 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası : “*...davacının ...in akrabası olan davalının, dava konusu taşınmazda ailesiyle birlikte uzun yıllar ikamet ettiği, davacı ...in davalının taşınmazı kullanmasına zımnen muvafakat ettiği, davacılar tarafından...keşide edilen ihtarnamenin tebliği ile birlikte davalının taşınmazdan çıkarılmak istendiği gözetildiğinde..*” Yargıtay 7 HD, 1681/3101, 5.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*...davalıların dava konusu taşınmazı kullanımına davacıların muvafakati bulunduğu belirtilerek, ecrimisil isteminin reddine..*”

⁸⁷ Hubert Ruhig, *Die Nebenpflichten im Schuldrecht* (Diss 1968) 38.

2 yıl boyunca ses çıkarmayan malikin de kullanıma örtülü rıza verdiğiinden bahisle açtığı ecrimisil davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁸. El atmanın önlenmesi davası bakımından dava açılmakla rızanın geri alınmış sayılacağı⁸⁹ belirten Yargıtay'a göre ecrimisil bakımından örtülü rıza vermemiş sayılmak için davanın takipsiz bırakılmaması da gerekmektedir.

Son olarak davacı ve davalı paydaşların/ortakların harici taksim doğrultusunda fiilen kullandıkları yerler bulunuyorsa el atmanın önlenmesi talep edemeyecekleri gibi birbirlerinden ecrimisil de talep edemezler⁹⁰.

V. Fiili Taksim Olgusunda Geçerli Örtülü Rızanın Oluşumu ve Kanaatimiz

Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmenin içeriğini kural olarak istedikleri şekilde düzenleyebilirler. TBK m 1/I'de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla sözleşmenin kurulacağı belirtilmekle beraber 2.fıkrafta irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda irade beyanın anlam ve konusu hiçbir yorum uyuşmazlığına ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde net biçimde anlaşılıyorsa, açık irade beyanı vardır. Burada hukuki sonuç hakkındaki arzu, kullanılan beyan araçlarının (işaret, söz, yazı vs.) açık ve anlaşılabilirliği sebebiyle tereddüde yer bırakmamaktadır⁹¹. Örtülü irade beyanı⁹² ise açık irade beyanındaki kadar içeriği net olmayıp, bu beyanı açıklayan davranışın yapıldığı hal ve olayların oluş biçimleri göz önünde bulundurulduğunda anlamının anlaşılabilirliği durumlarda söz konusu olur⁹³. Örtülü rıza beyanı olarak kabul edilen susma her ne kadar irade beyanı olarak kabul edilmese⁹⁴ de dürüstlük kuralına dayanan güven ilkesi çerçevesinde kişinin susmaya bağlı sonucu öngörerek ve bunu isteyerek bilinçli bir şekilde sustuğu hallerde bu davranışın örtülü irade beyanı teşkil edeceği kabul edilmektedir. Zira böylesi bir durumda güven ilkesi çerçevesinde muhatabin susmayı irade beyanı gibi kabul etmesinde dürüstlük kuralı gereği haklı menfaati olduğu kabul edilmektedir. Bu durum TBK m 6 hükmü ile de teyit edilmiş durumdadır. Susmanın irade karinesi olarak ortaya çıktığı TBK m 327/

⁸⁸ Yargıtay 7 HD, 3919/3348, 11.5.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁹ Yargıtay 1 HD, 185/3697, 21.6.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁰ Yargıtay 7 HD, 545/2823, 25.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹¹ Seçkin Topuz ve Ferhat Canbolat, 'Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi' (2011) 1 (1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 4.

⁹² Örtülü irade beyanlarının türleri hakkında geniş bilgi için bkz: M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (29. Bası, Oniki Levha 2023) 187 vd., Topuz ve Canbolat (n 90) 5; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1 (Filiz 1995) 88 vd.

⁹³ Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. m.1-7)* (2. Bası, Yetkin 2020) 131. "İradenin varlığı ve boyutları ancak beyanı çevreleyen özel olgulardan dolaylı olarak (ima yoluyla) çıkarılabiliriyorsa "örtülü (zımni) irade beyanı"ndan söz edilir". Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Oniki Levha 2022) 323-324. "Eğer belli bir yönde iradenin açığa vurulduğu ancak yorum yoluyla anlaşılabiliriyorsa, örtülü irade beyanından bahsedilir". Haluk Nami Nomer ve Pakize Ezgi Akbulut, *Medeni Hukuka Giriş* (8. Bası, Filiz 2023) 135.

⁹⁴ Karl Larenz ve Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9. Auflage, C.H. Beck 2004) 528; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014) 146; Topuz ve Canbolat (n 90) 6; Oğuzman ve Barlas (n 91) 191; Altaş (n 92) 131; Nomer ve Akbulut (n 92) 136.

II ve yine irade faraziyesi olarak ortaya çıktığı TBK m 503'te de susmaya hukuki sonuç bağlamıştır⁹⁵.

İnsanın kendi iradesi ile vuku bulup hukukun da sonuç bağladığı olaylara “hukuki fiil” denir⁹⁶. Paydaşın veya ortağın paylı/elbirliği mülkiyetinde çekişme konusu taşınmazı diğer paydaş veya ortağın uzun süre sessiz kalıp itiraz etmemesi suretiyle kullanması hukuki fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki fiillerde susmaya veya başka bir ifadeyle itiraz etmemeye örtülü rıza sonucunun bağlanması sözleşmeler alanında olduğu gibi kanun hükmü ile düzenleme altına alınmamıştır. Yukarıda izah edilen hukuki sonuçların susmaya bağlanması yargı kararları ile olmuştur. Dolayısıyla bir kimsenin bilerek ve isteyerek susmasından ve dolayısıyla güven ilkesi çerçevesinde buna hukuki sonuç bağlanmasından bahsedebilmek için kanuni bir temel bulunmamaktadır. Peki, kanuni olarak oluşacak hak mahrumiyetlerinin düzenlenmediği bir durumda suskun kalan bir kimsenin oluşacak hak kayıplarını bilerek ve isteyerek suskun kaldığından bahsedilebilir mi? Bu soruya verilecek cevap kanaatimizce olumsuzdur. Zira örneğin, bir kimsenin tapu kütüğünde malik olarak görünen kimsenin iyiniyetle taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl sürdürmesi halinde mülkiyet hakkını kazanacağı açık bir biçimde düzenleme altına alınmıştır (TMK m 712). Daha açık ifade etmek gerekirse tapu kütüğünde şeklen malik olarak kayıtlı olmayıp gerçek malik olduğunu düşünen bir kişi on yıl boyunca dava açmaz ise artık dava yoluyla şeklen malik olarak görünen kimseye karşı mülkiyet iddiasında bulunamayacağını bilmektedir veya bilmesi gerektiğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla açıkça görüleceği üzere hukuki fiiller alanında susmaya ikrar sonucunu bağlama durumu sözleşmeler alanında olduğu gibi açık bir düzenleme ile düzenlenmemiş olup aslolanın açık rıza almak olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Zira genel kural susmaya ikrar sonucunu bağlamak olsa idi olağan zamanaşımını düzenleyen TMK m 712'de “davasız” ibaresinin konulmasına gerek olmazdı. Hukuki fiillerde örtülü rızaya sonuç bağlanmak isteniyorsa sözleşmeler alanında olduğu gibi bunun kanunkoyucu tarafından açık bir düzenleme yapılması suretiyle hükme bağlanması gerekmektedir. Aksi taktirde fiili taksim olgusunda bilerek ve istenerek örtülü rıza verildiği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, susmanın irade beyanı sayılması için, susan kimse aksi yönde bir iradeye sahipse susmaması gerekli ve susmayacak durumda olmalıdır. Susmama gereği dürüstlük kuralından kaynaklanabileceği gibi karşı taraf için susanın gerçekte beyanda bulunma arzusu taşımadığını bilme gereği de dürüstlük kuralına dayandırılabilir. Diğer taraftan özel kanun hükmü, işin niteliği, durumun gerekleri ve tarafların anlaşması ile de susma irade beyanı olarak kabul edilebilir⁹⁷. Şimdi çalışma

⁹⁵ Oğuzman ve Barlas (n 91) 190.

⁹⁶ Oğuzman ve Barlas (n 91) 169; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (15. Basi, Adalet 2023) 155; Altaş (n 92) 121. Geniş bilgi için bkz: Serozan (n 92) 313-314; Nomer ve Akbulut (n 92) 114.

⁹⁷ Oğuzman ve Barlas (n 91) 191-192; Kocayusufpaşaoğlu (n 93) 146. Ayrıca bkz: Ayan ve Ayan (n 95) 161.

konumuz için önem arz eden dürüstlük kuralına dayanan güven teorisi bakımından susmanın irade beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceğine değinelim.

Güven teorisine göre, bir davranışın örtülü irade beyanı olarak nitelendirilmesi için, iki unsura ihtiyaç duyulur. İlk olarak muhatabın kendisi de dürüst ve makul bir kişi gibi davranıp, somut olayın koşulları içinde bildiği ve bilmesi gerektiği tüm durumları göz önünde bulundurarak, böyle bir davranışa irade beyanı anlamı vermeli veya vermek zorunda olmalıdır. İkinci olarak, dürüstlük kuralı gereği beyan sahibine örtülü davranış irade beyanı olarak yükletilmesi gerekir. Bunun için de beyan sahibi, şartların ve dürüstlük ilkesinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, bu davranışın, muhatap tarafından bir irade beyanı olarak kabul edileceğini anlamak zorunda olmalıdır. Bu sebeple davranışta bulunan kişi, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, davranışının bir irade beyanı olarak değerlendirileceğini fark edecek idiyse, bu davranış kendisine bir irade beyanı olarak yükletilmelidir⁹⁸. Güven ilkesine göre susmaması beklenen kişinin susması ona TMK m 2/I gereği irade beyanı olarak yüklenebilir⁹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği üzere, bir davranışın örtülü irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için, bunun işlem iradesi içerdiğine ilişkin yeteri kesinlikte, gerçek destek noktalarının tespit edilmesi gerekir¹⁰⁰.

Şimdi güven teorisi bakımından fiili kullanım biçimine suskun kalan paydaş/ortağın bu davranışının geçerli bir örtülü rıza beyanı olup olmadığını değerlendirelim. TMK m 693'e göre "*paydaşlardan her biri diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir*". TMK m 689/f.1'e göre ise "*paydaşlar, kendi aralarında **oybirliğiyle anlaşarak** yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler*". Benzer bir hüküm elbirliği mülkiyetinde de mevcuttur. Gerçekten de TMK m 702/I'ye göre, "*kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir*". Bu madde hükümleri beraber okunduğunda paydaş/ortağa diğer paydaşların/ortağın hakları ile bağdaşmayan veya bağdaşmakla beraber kendi iradesiyle fiili bir kullanım yapması noktasında diğer paydaşların oybirliği ile oluşacak rızalarının (açık veya örtülü) alınmasını emredildiğini görmekteyiz. Bir paydaşın kendi hakkı ile bağdaşmayan bir kullanıma örtülü rıza verdiğiinden bahsedebilmemiz için böyle bir kullanım yapmak isteyen paydaşın susmanın işlem iradesi içerdiğine ilişkin yeteri kesinlikte, gerçek destek noktalarını ortaya koyması aranmalıdır. Yani fiili kullanımı yapan paydaş/ortağın örtülü de olsa rıza alma yükümlülüğüne uyduğunu uygun ispat vasıtalarıyla ispat etmesi gerekmektedir. Zira örneğin bir arazinin en değerli kısmını –kendi payına

⁹⁸ Oğuzman ve Öz (n 78) 62 vd.; Eren (n 4) 121, 125; Topuz ve Canbolat (n 90) 4.

⁹⁹ Serozan (n 92) 324.

¹⁰⁰ BGE 52 II, s. 292.

isabet etse bile- ekip biçen veya ev inşa eden paydaşın kullanımı karşısında bundan bilgisi ve bu yönde isteği olmayan bir kimsenin suskun kalarak örtülü rıza verdiğiinden ve itirazında dürüst davranmadığından bahisle yasal önalım hakkını kullanmasını, el atmanın önlenmesini veya ecrimisil taleplerinden mahrum kalma sonuçlarına da rıza gösterdiğiinden bahsetmek mümkün değildir. Kanunun diğer paydaşların hakları ile bağdaşır kullanım yükümlülüğü yüklediği paydaşın buna aykırı kullanımından bilgisiz olmasının Yargıtay’ın ileri sürdüğü gibi hayatın doğal akışı ile bağdaşmadığı söylenemez. Zira sosyo ekonomik ilişkilerin arttığı günümüzde insanlar çalışma, hastalık vb. sebeplerle kendilerine miras kalan veya paydaş oldukları taşınmazın ne zamandan itibaren aykırı kullanıma maruz kaldığını bilecek ve bilmelerinin gerekecek olduğunu ileri sürmek farklı şehirlerde bulunan taşınmazlarını gün be gün takip etmeleri zorunluluğu yüklemek anlamına gelmektedir. Bu sonuç kabul edildiği içindir ki uzun süre sonra kişi fiili kullanıma karşın suskun kaldığı için mülkiyet –ve paylı mülkiyet- hakkının kendisine sağladığı en önemli hakları ileri sürememektedir. Nitekim örtülü rıza verdiği iddia edilen ortak/paydaş mülkiyet hakkının sağladığı en önemli haklardan biri mülkiyet hakkına saldırı halinde el atmanın önlenmesi (TMK m 683), semerelerden faydalanma (fructus) yetkisi bakımından ecrimisil talep etme hakkı ve paylı mülkiyetin sağladığı en önemli haklardan biri olan önalım hakkından mahrum bırakılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ecrimisil isteminin dayanağı TMK m 955 olmakla beraber ecrimisil talebinin temelinde TMK m 683 ile korunan mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Anayasanın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35. maddesine göre; *“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”* Dolayısıyla paydaş/ortağa mülkiyetin kendisine sağladığı en önemli haklardan mahrum kalmaması için (kanunda belli edilmek suretiyle) belli bir sürede kullanıma beyan külfeti yüklenmek isteniyorsa bunun kanuni düzenleme ile yapılması gerekmektedir. Kanunda sürenin tespit edilmediği durumda ise makul sürenin beklenmesi gerekmektedir. Ezcümle mülkiyet hakkının sınırlarından birini oluşturan fiili taksim olgusu kanunla düzenleme altına alınarak, haksız veya fiili kullanım için kendisinin rızasını almak üzere bildirimde bulunan paydaşa/ortağa karşı itirazını belli sürede ileri sürmeyen paydaşın/ortağın fiili taksime rıza verdiği açık bir biçimde düzenlenmelidir. Ayrıca el atmanın önlenmesi, önalım hakkı ve ecrimisili düzenleyen kanun maddelerinde fiili taksimi düzenleyen hükümlere atıf verilmelidir.

Bununla beraber yukarıda da belirttiğimiz üzere, Yüksek Mahkemenin kararlarında fiili kullanımın uzun süre devam ettiğinden bahisle fiili taksim olgusunun veya fiili kullanım biçiminin oluştuğundan bahsedilmektedir.¹⁰¹ Uzun süre kavramının net ve belirgin olmaması da mülkiyet hakkından doğan hakların ileri sürülmesi bakımından hak mahrumiyeti ile sonuçlanması bakımından hukuk güvenliğini sarsacak

¹⁰¹ Yargıtay 7 HD, 2790/3615, 4.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay HGK, 1235/1386, 2.10.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 1 HD, 17139/4383, 27.3.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

niteliktedir. Fiili taksime örtülü rıza verildiğinden bahsedebilmek için paydaş/ortağa rızası alınmak üzere yazılı olarak bilgilendirme yapılmalı ancak paydaş/ortak buna rağmen suskun kalmalıdır ve paydaş ne kadar süre suskun kaldığında –aynı kazandırıcı olağan zamanaşımında öngörüldüğü gibi (TMK m 712)- mülkiyet hakkından doğan haklarını kaybedeceğini bilmelidir. Bu yapılmadığı sürece ise mahkemeler tarafından paydaşın fiili taksime yönelik örtülü rıza alındığı yani paydaşın/ortağın fiili kullanımdan haberdar edildiği ve buna rağmen suskun kalındığı noktasında uygun ispat vasıtaları ile davalının ispat etmesi aranmalıdır. Böyle bir istem yapıldığının ispat edilememesi halinde fiili taksim savunması dinlenmemesi gerekir. Zira sözleşmeler alanında bile öneriye karşı susan kişinin bu tutumu onun özensizliğine yorulabiliyorsa ve öneri sahibinin de bu güveni korunmayı hak ediyorsa susmanın ikrar (kabul) sayılabileceği kabul edilmektedir¹⁰². Buradan anlaşılacağı üzere susan kişiye öncelikle bir öneri yapılması ve onun makul sayılmayacak şekilde suskun kalması gerekmektedir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz üzere Yargıtay uygulaması örtülü rıza verip vermediği belli olmayan bir kişinin fiili kullanıma uzun süre ses çıkarmadığından bahisle mülkiyetten (ve paylı mülkiyetten) doğan önemli haklardan mahrum kalması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla tüm paydaşlara ve ortaklara aslında gün be gün mülkiyetlerindeki taşınmazları kontrol etme ve aykırı kullanım varsa beyan külfeti yüklenmektedir. Bilindiği üzere taraflardan birinin hareketsiz kalmasına (susmasına) kanunen beyan etkisi tanındığında “beyan yükletisi (külfeti)” kavramından bahsedilmekle¹⁰³ beraber bu durumda yükletili kişi kanunen hareketsiz kalmasına sonuç bağlandığını bilmektedir (Örneğin TBK m 6). Mecelle’nin ünlü 67.maddesinde “Sakite bir söz isnad olunmaz. Lakin ma’rız-ı hacette sükut beyandır” denilmektedir. Yani susan kimseye şu sözü söylemiş oldu denilmez. Lakin söyleyecek yerde sükut etmesi ikrar ve beyan addolunur¹⁰⁴. Anlaşılmaktadır ki beyan külfeti ancak beyan muhatabının kendisinden bir karşılık beklendiği durumda söz konusu olmaktadır. Bu durum ise hiç şüphesiz fiili kullanımla ilgili kendisinden rıza almak üzere bildirimde bulunulması halinde doğmaktadır. Aynı zamanda mevcut durumda haksız olarak fiili kullanımda bulunan kişi, bu kullanımının sonuçlarının susan tarafça bilindiğini kabul etmekte haklı sayılamaz. Nitekim fiili kullanımda bulunan kişi, hukuksal ilişkiye verdiği anlamı duruma açıklık kazandırmak amacıyla susan tarafa bildiren kimse, susmaya kabul anlamı vermekte haklı sayılmalıdır¹⁰⁵. Zira kanundan veya dürüstlük kuralından doğmayan hiçbir yükümlülük veya yükletmeye hukuka uygunluk tanınmaz. Diğer paydaşların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanımda bulunmama yükümlülüğünü bilen paydaşın fiili kullanım biçimini bilerek suskun kalması halinde bile bu kullanım biçiminin ne zamandan itibaren oluştuğunu ve itiraz etmesi gerektiğini bilmesi gerektiğinin kabulü mümkün değildir. Bu yönüyle söz

¹⁰² Serozan (n 92) 325.

¹⁰³ Aday (n 17) 173.

¹⁰⁴ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle, (Mecelle Ahkam-ı Adliyye)* (2. Baskı, Hikmet 1979) 25.

¹⁰⁵ Susmaya ilişkin aynı yönde bkz: Aday (n 17) 181.

konusu külfetin dürüstlük kuralından kaynaklandığının kabulü TMK 693 hükmü ile de bağdaşmayacaktır. Zira bu hüküm gereği paydaş diğer paydaşların yükümlülüklerine aykırı biçimde kullanım gerçekleştirmeleri halinde onların hukuki yaptırım ile karşılaşacağına veya en azından kendisinin de hak kaybına uğramayacağına haklı olarak güvenmektedir. Öyle ki bir taşınmazın salt fiilen kullanılması kullanımın biçimi, kapsamı ve süresi hakkında karşı tarafça bilinebilecek şekilde net bilgi içermez. Örneğin yurt dışında yaşayan bir kimsenin kendi bilgisi dışında gerçekleşen kullanımın nasıl, ne zaman ve ne kapsamda gerçekleştiğini takip etme yükümlülüğüne içerisine sokulması günümüz sosyo-ekonomik koşulları içerisinde hayatın doğal akışı ile de örtüşmez. Bilinmelidir ki, sırf zamanın geçmesi külfetin temelinde yatan çelişkili davranış yasağının ihlaline de yol açmaz¹⁰⁶. Buna hukukumuzdan başka bir örnekle açıklamak gerekirse, bilindiği üzere taşınır çalınan, kaybolan veya iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet iyiniyetli zilyede karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir (TMK m 989). Ancak kötüniyetli zilyede karşı her zaman bu davayı açabilir (TMK m 991). Görüleceği üzere, üstün hak karinesine dayanan zilyet karşısında kötüniyetli zilyet korunmamaktadır. Kötüniyetli haksız zilyedin kullanımına karşı uzun süre suskun kalırsa dahi taşınır davası açıldığında itirazın dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığından bahsedilemeyecektir. Tam tersine iyiniyetli zilyede karşı ise 5 yıllık süreyle sınırlı olmak üzere beyan yükümlülüğünün (külfeti) yüklendiğini ve bunun üstün hak karinesine dayanan zilyet tarafından da bilindiğini ve bilinmesi gerektiğinden bahsetmek gerekir. Buradan hareketle, taşınmazda kendi iradesiyle fiili kullanım biçimi oluşturmak isteyen kişi, diğer paydaşın payına isabet edecek şekilde yer ölgüleme isteğinde olsa bile bu kullanıma rıza almak maksadıyla ona bildirimde bulunmalıdır. Bu bildirimde ancak –kanunda öngörülecek sürede cevap alamayan paydaş/ortağın bu suskunluğunu ikrar şeklinde irade beyanı sayması artık dürüstlük kuralı çerçevesinde haklı görülebilir. Kaldı ki, taksim anlaşmasına iştirak etmemiş ve kendi bilgisi dışında gerçekleşen bir kullanıma itiraz etmeyen bir kimsenin bu davranışı çeşitli iç saiklere dayanabileceği gibi, her zaman bir anlaşma yapma niyetinde olduğunu da göstermez. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz üzere, anlaşma niyetini gösteren bir örtülü rızanın varlığı anlaşılabilir ve açık destek noktaları ile ispat edilmelidir.

Sözleşmeler alanında bile kanun hükmü, işin niteliği veya durumun gereği haklı kılmadıkça suskun kalma sözleşmenin kurulmasına sebebiyet vermekte ve örtülü rızayla sözleşmenin kurulmasına tereddütle yaklaşılır iken¹⁰⁷ (TBK m 6), hukuki fiiller alanında *kıyasen* bu hüküm uygulansa bile durumun gereği yine de kendisine bildirim yapılmayan ve kanunen suskun kalma süresini bilmeyen kişi bakımından örtülü rıza verdiği kabulünü haklı çıkarmaz. Nitekim diğer paydaşın açık veya örtülü rızasını almaksızın taşınmazın tamamını veya kendi payına isabet etse bile belli

¹⁰⁶ Aday (n 17) 160.

¹⁰⁷ Aday (n 17) 163, dn. 651; Akçaal (n 62) 450.

kısmını kullanan paydaş kötünietli haksız zilyet olup aynı zamanda diğer paydaşın hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunan kişidir. Böyle bir kişiye karşı beyan külfeti ancak kanundan doğabilir. Nitekim kendisi dürüstlük kuralına ve hatta kanuna aykırı davranan bir kimseye karşı dürüstlük kuralı mekanizması işletilerek hak temin etmesine zemin kazandırılmaz. Bu itibarla kendisinin fiili taksim olgusunu ileri sürmekten dolayı önemli avantajlardan yararlanabilmesi için kendisinin de dürüstlük kuralına uygun davranıp fiili kullanımdan diğer ortak/paydaş/ları rızalarını almak için yazılı olarak bildirimde bulunması ancak buna rağmen cevap alamaması gerekir. Ancak bu taktirde sessiz kalan paydaşın yasal önalım hakkını kullanması, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talepleri TMK m 2/II yoluyla önlenebilir. Sessiz kalmasına örtülü rıza anlamı verebilmek için muhatap da dürüst ve makul bir kişi olarak somut olayın koşulları içinde bildiği ve bilmesi gerektiği tüm durumları göz önünde bulundurarak, böyle bir davranışa irade beyanı anlamı vermekte haklı sayılmalıdır. Halbuki burada fiili kullanımı gerçekleştiren paydaş kanuni yükümlülüğüne aykırı davranan ve çoğu durumda kötünietli haksız zilyet olan kişi olup, kendisinin bu durumdan kendi lehine bir sonuç çıkarabilmesi için geçerli bir örtülü rıza aldığını ispat etmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda izah ettiğimiz üzere uygulamada haksız kullanım uzun süre devam ettiyse bu durum fiili taksime örtülü rıza verildiği anlamına gelmekte ve davacı örtülü rıza vermediğini iddia ettiğinde davalının davacı ile husumetli olduğunu belirttiği tanığın ifadesine itibar edilmektedir¹⁰⁸. Halbuki ileri sürdüğümüz görüş benimsenecek olursa davalı kullanımdan davacıya yazılı bildirimde bulunduğunu buna rağmen (-kanunda öngörülecek sürede veya makul sürede) itiraz edilmediğini ispat ettiğinde örtülü rızanın verildiği kabul edilecektir.

Sonuç

Fiili taksim olgusu açık rıza ile oluşabileceği gibi örtülü rıza (uzun süre itiraz etmeme, suskun kalma) ile de oluşabilir. Nitekim bu husus Yargıtay kararlarında da benimsenmiştir. Yasal önalım hakkı bakımından Yargıtay kararlarında benimsenen genel anlayış, her paydaşın taşınmazda kullanabileceği veya kullandığı bir kısım olmasına gerek olmadığı, buna rağmen payını devreden paydaş ile önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşın kullandığı veya kullanabileceği kısım olmasının gerekli ve yeterli olduğu yönündedir. Bununla beraber fiili taksim anlaşmasında imzası olmayan ve kendisine diğer paydaşlar tarafından ayrılan yeri bizzat kullanmayıp kullanabileceği yer bırakılmış olan davacının açtığı önalım davasının da reddedildiği görülmektedir. Bu durumda kendi bilgisi ve isteği dışında oluşmuş fiili taksime iştirak etmeyen ve kendi payına isabet eden veya daha az isabet eden bir yer özgülenmiş olup o yeri bizzat kullanmayan veya başkalarına (kira vb. yolla) kullandırmayan paydaşın (davacı), alıcıya karşı açtığı önalım davasında alıcının ileri sürdüğü fiili taksim iddiası dinlenirken, kendisinin dahil olmadığı bir fiili taksim ile kendisine

¹⁰⁸ Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın payını devralan alıcıya (davalıya) karşı açılan önalım davasında alıcının –davalıya pay satan paydaşın payına isabet eden bir yer kullanmadığından bahisle- davalı alıcının ileri sürdüğü fiili taksim iddiası dinlenmemektedir. Yargıtay kararında yer verilen gerekçe isabetli değildir. Ezcümle şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır; fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına veya daha azına isabet eden yeri kullanmayan veya kullandırmayan paydaşın fiili taksime örtülü rıza verdiği kabul edilerek paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmamaktadır. Buna karşılık fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın ve bu paydaşa karşı diğer paydaş/ların paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmaktadır. Halbuki bakıldığında her iki durumda da Yargıtay’ın bakış açısıyla – kanaatimizce geçerli olmayan- örtülü rıza vardır ve uzun süre her ikisi de bu kullanıma itiraz etmemiştir ancak sebebi izahatın vareste olarak her iki durum arasında korunan menfaatler arasında farklılık yaratılmaktadır. Aynı şekilde sosyo-ekonomik ilişkilerin yoğunlaştığı günümüzde yurt dışında yaşama, hastalık vb. sebeplerle kişilerin mülkiyet sahibi oldukları taşınmazın kimin nasıl ve tam olarak hangi andan itibaren kullandığı hususunda her an bilgi sahibi olmaları kendilerinden beklenememelidir. Hayatın doğal akışının insanlara mülkiyetinde olan taşınmazları her an kontrol etmeleri gerektiği ve bu kullanıma itiraz etmeleri gerektiği yönünde yargı yoluyla bir külfet yüklemek paydaşları diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmamakla yükümlü kılan TMK m 693/I’in anlam ve önemini kaybetmesine sebep olur. Bu yükümlülüğe aykırı davranan paydaş/ların bu kullanımlarını kanunla düzenlenmeyen bir beyan külfetinin yerine getirilmemesi sebebiyle dürüst davranma kuralına aykırı davranıldığı gerekçesi hukuka uygun hale getirmez. Üstelik kendisine az da olsa kullanabileceği kısım bırakılmış olan paydaşın bu kullanıma geçerli bir örtülü rıza verdiği bahsedebilmek için kendisine bu kullanım biçimi ile ilgili rıza almak maksadıyla yazılı bildirimde bulunulmalı ve kendisinden (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınmamış olmalıdır. Kaldı ki önalım hakkının kullanılmasını engelleyecek böyle bir külfet (yükümlü) ancak kanunla düzenlendiğinde fiili kullanıma suskun kalan paydaş tarafından bunun sonuçları biliniyor olacaktır. Yargıtay tarafından önalım hakkı sahibi (davacı) ve payını devreden satıcının paylarına isabet eden kısımları kullanılmaları dışında taşınmazda boş kısım olması halinde de önalım hakkı sahibinin boş olan yerde hak iddia etmemesi halinde (suskun kalması halinde) önalım hakkının kullanılmayacağına hükmedilmektedir. Kanaatimizce söz konusu paydaşın boş kalan yer bakımından suskun kalması o yerdeki tasarruf hakkını satıcı paydaşa bıraktığı ve böylece önalım hakkından mahrum kalması sonucunu doğuracak şekilde örtülü rıza verdiği bahsetmek mümkün olmamalıdır. Zira söz konusu paydaş değil de diğer paydaş önalım davası açmış olsa idi bu sefer aynı gerekçe ile onun da önalım davası reddedilecekti. Böylece her kim önalım davası açmış ise boş kalan yer üzerindeki tasarruf hakkını diğerine terk etmiş

sayılacak ve önalım davası reddedilecektir. Böyle bir durumun hiç şüphesiz hukuk mantığı ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkardığı aşıkardır.

El atmanın önlenmesi davası bakımından ortağın/paydaşın başka bir ortağa karşı açtığı davada Yargıtay uygulaması öncelikle ortaklar/paydaşlar arasında harici bir taksim sözleşmesinin bulunup bulunmadığının anlaşılması, eğer bu yoksa aralarında kullanıma ilişkin bir anlaşmanın veya fiili bir kullanma biçiminin olup olmadığının tespit edilmesi yönündedir. Yargıtay kullandığı bir yer olmamasına rağmen kendisine kullanabileceği az veya çok yer bırakılan davacı paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasında fiili kullanma biçimi oluşmadığını belirterek açtığı el atmanın önlenmesi davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir. Dolayısıyla fiili taksime iştirak etmemiş olup kendisine az da olsa bir kısım bırakılmış olan paydaşın/ortağın bu kullanımın uzun süre devam etmesi halinde örtülü rıza verdiğinden bahsedilerek açacağı el atmanın önlenmesi davaları reddedilecektir. Kanaatimizce paydaş/ortağa az veya çok kullanabileceği bir alan bırakılması ve uzun süre onun tarafından itiraz edilmemesi örtülü rıza verildiği anlamına gelmemektedir. Zira bir kimsenin kendisine bırakılan az yere kanaat ederek, el atmanın önlenmesi davasından feragat etmesi sonucunu doğuracak bu çözümün kabulü hayatın doğal akışına da terstir. Kaldı ki TMK m 689/I'e göre açık veya örtülü rıza alma yükümü böyle bir haksız kullanımı gerçekleştirecek olan paydaş/ortağa aittir. Zira o paylı mülkiyette TMK m 693/I'e göre diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmama ve elbirliği mülkiyetinde TMK m 702/II'ye göre diğerlerinin onayı bulunması koşulu ile ortaklık malını kullanmakla yükümlü olan kişidir.

Bununla beraber kendisine payına isabet eden kısımdan daha az yer bırakılan paydaşın el atmanın önlenmesi talebinin engellenmesine karar verilebilmesi için kanuni bir düzenleme bir bulunmalıdır. Zira böyle bir fiili kullanma biçiminin mülkiyet hakkından doğan el atmanın önlenmesi davası açma hakkını ortadan kaldırabilmesi için AY m 35 gereği kanuni düzenlenmenin varlığını gerekli kılmaktadır. Kendisine az da olsa yer bırakılan paydaşın/ortağın bu kullanım için açık veya örtülü rıza verdiğini kullanımda bulunan paydaştan ispat etmesi aranmaması da TMK m 689/I hükmü ile bağdaşmamaktadır. Zira anılan hükme göre, paydaşlar kullanma ve yönetim bakımından kanundan farklı bir düzenlemede bulunmak isterlerse bunu oybirliğiyle anlaşarak yapmaları gerekmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere burada anlaşmanın sağlandığını yani açık veya örtülü rıza alındığını ispat yükü fiili kullanımda bulunacak paydaşın üzerindedir. Kaldı ki hukuki fiiller alanında geçerli bir şekilde alınmış örtülü rızanın ikrar sonucu doğuracağı da kanunda düzenlenmiş değildir. TBK m 6 hükmünün kıyasen uygulanacağı kabul edilse bile, geçerli bir örtülü rızadan bahsedebilmek için bu kullanımı gerçekleştirecek paydaşın/ortağın diğer paydaş/ortak/lara rıza almak maksadıyla bildirimde bulunması ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alamamış olması gerekir.

Yargıtay, taşınmazda payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı veya az yahut çok kullanabileceği kısım olması halinde, kullandığından/kullanabileceğinden daha fazlasına hakkı olduğunu iddia eden davacı mirasçının/paydaşın ecrimisil talebini ise kabul etmemektedir. Hatta Yargıtay paydaşın diğer taşınmazın tamamını kullandığı ve aradan uzun süre geçmediği hallerde de Yargıtay, diğer paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasını payı oranında kabul etmekte ve intifadan men koşulu gerçekleşmediğinden ecrimisil talebini reddetmektedir. Bu durumda aradan uzun zaman geçmemiş -ve hatta geçmiş olsa bile -olduğu için kullanımı yeni öğrenen paydaşın intifadan men koşulu aranması TMK m 995 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira anılan hükümde kötüniyetli haksız zilyedin haksız kullanımına karşılık tazminat talep edilebilmesi için intifadan men edilmesi koşulu bulunmamaktadır. Doktrinde paydaş/ortaklar arasında ecrimisil talep edilebilmesi için intifadan men şartı aranıp aranmaması gerektiği meselesi tartışmalıdır. Kanaatimizce fiili taksimin açık rızaya (anlaşmaya) dayandığı durumlarda hukuki sorun bulunmamaktadır. Uygulamada diğer paydaşın kullanıma uzun süre sessiz kalması halinde zımni muvafakat (örtülü rıza) oluşacağından bahisle intifadan men koşulu aranmakta ise de kanaatimizce hukuki fiillerde de örtülü rızanın gerçek ve yeterli destek noktalarının belirlenmesi gerekir. Diğer ortak/paydaş/ların açık veya örtülü rızalarının alındığını ispat yükü davalı malike ait olmalıdır. Örtülü rızanın verildiği uygun ispat vasıtaları ile ispatlanması aranmalıdır. Bunun içinde öncelikle fiili kullanımın diğer paydaşa yazılı olarak bildirilmesi ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınamazsa örtülü rıza verildiğinden bahsedilerek intifadan men şartı aranmalıdır. Aksi taktirde fiili kullanıma salt sessiz kalınması fiili kullanımın kanaatimizce geçerli olmayan bir örtülü rızanın varlığına dayandığını gösterdiği için intifadan men şartı aranması isabetli değildir. Nitekim sözleşmeler alanında bile öneren, kural olarak önerisi uygun bir sürede reddedilmediği taktirde sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m 6). Açıkça görüleceği üzere, sözleşmenin kurulmuş sayılması için öncelikle bir öneri olmalı ve buna karşılık sessiz kalınması gerekmektedir. Benzer bir uygulama fiili taksim hususunda aranması gerekmektedir. Kaldı ki kanunda olmayan bir şartın paylı mülkiyette paydaşlar veya elbirliği mülkiyetinde ortaklar bakımından yeterli hukuki gerekçe olmaksızın yaratılmasını isabetli bulmamaktayız. Nitekim açık veya örtülü oybirliği ile yapılan anlaşma sağlanmasını emreden TMK 689/I hükmü karşısında açık veya örtülü rıza aldığını ispat yükü haksız kullanımı gerçekleştiren zilyede aittir. Böyle bir rızanın olmadığını ispat etme yükümünün -bir şeyin yokluğunu ispat etmenin imkansızlığı hukuk mantığının bir önermesi olduğu için- diğer paydaş/ortaklar üzerinde bırakılması düşünülemez. İşte intifadan men şartı böyle bir rızanın verilmediğinin ispatını diğer paydaştan beklenmesinin sonucudur. Uygulamaya göre kanuni düzenlemenin mevcut olmadığı bir durumda ise paydaş/ortağa fiili kullanımı sürekli yapılacak kontrol ile tespit etme ve sınırı belli olmayan kısa bir sürede beyan külfeti yüklemek davacı paydaşın kullanımdan

bilgisi olduğu ve ses çıkarmadığını tanıkla ispat etme kolaylığının sağlanması isabetli değildir. Zira hayatın doğal akışı veya kanun paydaş/ortağa fiili kullanımın olup olmadığını kontrol etme, hangi andan itibaren fiili kullanım olduğunu tespit etme ve kısa bir sürede beyan külfeti yüklememektedir. Tam aksine kanun paydaşlar arası taşınmazı kullanma ve yararlanma konusunda oybirliği ile anlaşma sağlanmasını salık vermektedir (TMK m 689/I). Böyle bir durumda haksız veya haklı (taşınmazın tamamını veya payına isabet eden yeri) kullanım yapmak isteyen paydaşa açık veya örtülü rıza alma yükümü yüklediği açıktır. Aynı şekilde hayatın doğal akışına göre de diğer paydaş/ların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanım ve yararlanmada bulunma yükümlülüğü olduğunu bilen paydaşın fiili kullanımın ne zamandan itibaren oluştuğunu bilmek zorunda olduğu söylenemez. Kaldı ki örtülü rızanın verildiği ise paydaş/ortağa yazılı bildirimde bulunulduğu ve (kanunda öngörülecek veya makul sürede) cevap alınmadığı hallerde kabul edilebilir. Diğer paydaşların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanımda bulunmama yükümlülüğünü bilen paydaşın fiili kullanım biçimini bilerek suskun kalması halinde bile bu kullanım biçiminin ne zamandan itibaren oluştuğunu ve itiraz etmesi gerektiğini bilmesi gerektiğinin kabulü mümkün değildir. Zira kendisi diğer paydaşların yükümlülüklerine aykırı davranması halinde onların hukuki yaptırım ile karşılaşacağına haklı olarak güvenmektedir. Sessiz kalmasına örtülü rıza anlamı verebilmek için muhatabın da dürüst ve makul bir kişi olarak somut olayın koşulları içinde bildiği ve bilmesi gerektiği tüm durumları göz önünde bulundurarak, böyle bir davranışa irade beyanı anlamı vermekte haklı sayıldığı anlaşılmalıdır. Halbuki burada fiili kullanımı gerçekleştiren paydaş kanuni yükümlülüğüne aykırı davranan ve çoğu durumda kötüniyetli haksız zilyet olan kişi olup, kendisinin bu durumdan kendi lehine bir sonuç çıkarabilmesi için geçerli bir örtülü rıza aldığını ispat etmesi gerekmektedir.

Son olarak Yüksek Mahkemenin kararlarında fiili kullanımın uzun süre devam ettiğinden bahisle fiili taksim olgusunun veya fiili kullanım biçiminin oluştuğundan bahsedilmektedir. Uzun süre kavramının net ve belirgin olmaması da mülkiyet hakkından doğan hakların ileri sürülmesi hakkından hak mahrumiyeti ile sonuçlanması bakımından hukuk güvenliğini sarsacak niteliktedir. Fiili taksime örtülü rıza verildiğinden bahsedebilmek için paydaş/ortağa rızası alınmak üzere yazılı olarak bilgilendirme yapılmalı ancak paydaş/ortak buna rağmen suskun kalmalıdır ve paydaş ne kadar süre suskun kaldığında –aynı kazandırıcı olağan zamanaşımında öngörüldüğü gibi (TMK m 712)- mülkiyet hakkından doğan haklarını kaybedeceğini bilmelidir. Bu yapılmadığı sürece ise mahkemeler tarafından paydaşın fiili taksime yönelik örtülü rıza alındığı yani paydaşın/ortağın fiili kullanımdan haberdar edildiği ve buna rağmen suskun kalındığı noktasında uygun ispat vasıtaları ile davalının ispat etmesi aranmalıdır. Ancak bu taktirde sessiz kalan paydaşın yasal önalım hakkını kullanması, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talepleri TMK m 2/II yoluyla önlenebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aday N, *Özel Hukukta Yüklenli Kavramı ve Sonuçları* (1. Baskı, Beta 2000).
- Akbiyık C, 'Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları' *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan* (On İki Levha 2020) 1-22.
- Akbulut P E, 'Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığında)' (2018) 16 (181) *Legal Hukuk Dergisi* 69-101.
- Ak B, *Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2020).
- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2023).
- Akçaal M, 'Ecrimisil Davalarında İntifadan Men Şartı' (2022) (2) *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi* 440-493.
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2.Baskı, İstanbul 2018).
- Akyol Ş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I* (Filiz 1995).
- Altaş H, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. m. 1-7)* (2. Bası, Yetkin 2020).
- Antalya G, *Eşya Hukuku Cilt II Zilyetlik* (Legal 2018).
- Ayan M, *Eşya Hukuku- II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016).
- Ayan M ve Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş* (15. Bası, Adalet 2023).
- Baş Süzel E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-* (1. Baskı, Onikilevha 2015).
- Berberoğlu Yenipınar F, *Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları* (Aristo 2021).
- Berki A H, *Açıklamalı Mecelle, (Mecelle Ahkam-ı Adliyye)* (2. Baskı, Hikmet 1979).
- Çelik Ö F, 'Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi' (2021) 18 (2) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1131-1154.
- Eren F, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı' (2008) 12 (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 103-126.
- Erkan U, *Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. Md. 732,733,734)* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı Yüksek lisans tezi (Ankara 2006).
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri* (10. Baskı, Der 2023).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku*, (11. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi 2014).
- Ertaş Ş, Cumalıoğlu E ve Serdar İ, *Eşya Hukuku* (Barış 2017).
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin, 2017).
- Feyzioğlu F N, *Şuf'a Hakkı* (Fakülteler Matbaası 1959).
- Karahasan M R, *Gayrimenkul Hukuk Davaları* (İstanbul Matbaası 1974).

- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014).
- Larenz K ve Wolf M, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9. Auflage, C.H. Beck 2004).
- Nomer H N ve Akbulut P E, *Medeni Hukuka Giriş* (8. Bası, Filiz 2023).
- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Onikilevha 2023).
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami; *Medeni Hukuk*, 29. Bası, İstanbul, 2023.
- Oğuzman M.K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1* (21. Bası, Vedat 2023).
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay- Özdemir S, *Eşya Hukuku* (19. Baskı, Filiz 2016).
- Özaltuğ A, ‘Ecrimisilin Hukuki Niteliği’ (2021) 18, (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1408-1422.
- Özdek Y, ‘Önalımda (Şuf’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı’ (1985) 3 (3) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337-369.
- Özçelik Ş B, ‘Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi’ (2019) 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 253-264.
- Özenli S, *Uygulamada Önalım Davaları* (Kazancı 1984).
- Ruhig Hubert, *Die Nebenpflichten im Schuldrecht* (Diss 1968)
- Sayımlar Z, ‘Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim’ (2015) (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 627-652.
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Oniki Levha 2022).
- Sirmen A. L, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2021).
- Taman Şıpa Ş, *Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK.m.659)* (Alfa 1994) Tekinay S S, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1* (Filiz 1988).
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili, Mülkiyet* (5. Bası, Filiz 1989).
- Topuz S ve Canbolat F, ‘Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi’ (2011) 1 (1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.
- Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili* (11. Bası, Savaş 2020)
- Yavuzaslan C, *Ecrimisil* (Filiz 2017).
- Yücedağ N, ‘Paylı Mülkiyette Paydaşlar Arasında Ecrimisil Talep Edilmesi İçin Gerekli İntifadan Men Şartı ve Bu Şartın İstisnaları’ (2023) 18 (212) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175-197.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 29.07.2022
Revizyon Talebi: 10.01.2024
Son Revizyon Tarihi: 14.02.2024
Kabul: 29.04.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Nükleer Silahların Kullanılması Yasağı Bakımından Kuzey Kore'nin İsrarlı Muhalif (*Persistent Objector*) Devlet Statüsü*

Hatice TÜRKAY**

Öz

Nükleer silahlar 1945 yılında ilk kez Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından Hiroşima ve Nagazaki'de kullanılmasından beri hem canlılar hem de çevre üzerinde yarattığı ciddi etkiler nedeniyle bir şekilde hem üretimi hem kullanımı sınırlandırılmaya çalışılan bir silah türüdür. 1968 tarihli Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması (NSYÖA) bu amaçla yapılan önemli bir düzenlemedir. Andlaşma ABD, Rusya, Birleşik Krallık, Fransa ve Çin'i nükleer devlet olarak kabul etmiştir. Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti (Kuzey Kore) andlaşmanın nükleer devlet sıfatı tanıdığı devletlerden biri değildir. Ancak Kuzey Kore, ilk lideri Kim Il Jong döneminde nükleer silah çalışmalarını başlatmış ve 2018 yılında nükleer silah geliştirme hedefine ulaştığını ilan etmiştir. Bu nedenle bugün Kuzey Kore'nin de nükleer silah sahibi olduğu bilinmektedir. Kuzey Kore de bu bilgiyi faklı zamanlarda da doğrulamaya devam etmektedir. 2017 yılında Nükleer Silahların Yasaklanmasına Dair Andlaşma yapılmış, ancak açık bir yasak getiren bu andlaşma özellikle nükleer devlet olarak kabul edilen beş devletin itirazıyla karşılaşmıştır. 2003 yılında Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması'ndan çekilen Kuzey Kore bu andlaşmanın da tarafı değildir. Bu nedenle kendisi için herhangi bağlayıcı bir düzenleme bulunmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu silahların kullanılmasına ilişkin yasağın uluslararası hukuk kaynakları bakımından niteliği daha önemli hâle gelmektedir. Yasağın örf ve adet kuralına dönüştüğü ve bu nedenle ısrarlı muhalif niteliği bulunmayan tüm devletleri bağlayacağı ifade edilmelidir. Dolayısıyla evrensel bir örf adet kuralına dönüşen bu yasağa tabi olmaması için de ısrarlı muhalif statüsüne sahip olması gerekir. Bu nedenle Kuzey Kore'nin yasak karşısındaki durumunun tespiti için ısrarlı muhalif statüsü incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Nükleer Silah, Nükleer Devlet, Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımı Yasağı, Kuzey Kore, İsrarlı Muhalif

State Status of North Korea Persistent Objector with Respect To The Prohibition on the Use of Nuclear Weapons

Abstract

Nuclear weapons are a type of weapon that has been tried to be limited in production and use in some ways due to the serious effects they have on both living things and the environment since they were first used by the USA in Hiroshima and Nagasaki in 1945. The Nuclear Non-Proliferation Treaty of 1968 provides an important arrangement for this purpose. The treaty recognised the United States, Russia, the United Kingdom, France, and China as nuclear states. The Democratic People's Republic of Korea is not a state that the treaty recognises as a nuclear state. However, North Korea began nuclear weapons studies during its first leader, Kim Il Jong, and declared that it had reached its goal of developing nuclear weapons in 2018. For this reason, it is known today that North Korea also has nuclear weapons. North Korea has also confirmed this information at different times. The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons was signed in 2017, which introduced an explicit ban, but the treaty faced objections from five states, which are considered nuclear states. North Korea, which withdrew from the Nuclear Non-Proliferation Treaty (NSYÖA) in 2003, is also not a party to the

* Bu makale "Uluslararası Hukukta Nükleer Silahların Kullanımının Yasaklanması Sorunu ve Kuzey Kore Örneği" adlı doktora tez çalışmasından üretilmiştir.

** Sorumlu Yazar: Hatice Türkay (Dr. Öğr. Üyesi), Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Erzurum, Türkiye. E-posta: hatice.geyik@atauni.edu.tr ORCID: 0000-0003-1076-8008

Atf: Turkey H, "Nükleer Silahların Kullanılması Yasağı Bakımından Kuzey Kore'nin İsrarlı Muhalif (Persistent Objector) Devlet Statüsü" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 955. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0009>



treaty. Therefore, he argued that there is no binding regulation. Therefore, the nature of the prohibition on the use of such weapons has become more important in terms of the sources of international law. It should be noted that the prohibition has become a customary rule and therefore binds all states that do not have a persistent objector attribute. Therefore, states that do not want to be subjected to this ban, which has become a universal customary rule, must constantly and persistently object to the said rule. For North Korea to not be subjected to a ban, it must also have a persistent objector status. In order to determine the situation of North Korea with respect to the ban, it should be examined whether it has the status of a persistent objector.

Keywords

Nuclear Weapons, Nuclear States, Prohibition of Threats or Use of Nuclear Weapons, North Korea, Persistent

Extended Summary

Customary rules are one of the main sources of international law and are important because of the structure of international law. Customary rules are of two types, universal and regional. Universal ones are binding unless there is persistent objection. For regional agreements to be binding, consent is required.

For customary rules to be formed, the general practise (the material element) and the general belief (the psychological element) must co-exist. General practise refers to the repeated practise of any state, including those states that are particularly “related” to the subject. The general belief, expressed as *opinio juris*, is that the aforementioned practise is accepted as a legal requirement. The existence of these two elements is necessary for the formation of customary rules.

The established customary rules are binding. However, the fact that the state is bound by customary rules that it does not want is contrary to the general character of law, especially the principle of sovereign equality of states. For this reason, these states are given the right to obtain a persistent objector status. In other words, if a state that does not want a universal customary rule to bind itself persistently, expresses this objection, it will not be bound by the rule. There are some requirements for persistent objector status. First, the objection should start from the first formation phase of the rule and continue through the formation phase and beyond. The State should express its objection whenever and wherever necessary. Disputing a rule after the creation phase is complete does not grant this status.

To assess whether North Korea has persistent objector status despite a ban on the use of nuclear weapons, the nature of the ban must first be determined. The prohibition on the use of nuclear weapons is contained in treaties. As is known, treaties, as a rule, only bind their parties. The attitude of states that are not parties to the treaty on nuclear weapons depends on the nature of the ban.

It must be admitted that the prohibition has become a customary rule. Such weapons were first used by the United States in 1945 but, were not used again afterward. Therefore, it is possible to say that there is a general practise not to use this type of

weapon. In terms of the general belief element, it is necessary to examine treaties aimed at the spread and use of this type of weapon, and the denuclearisation of some areas. The number of such treaties and the parties to them has reached a significant level. For the state parties, it can be posited that there is a belief that the law is behind the general practise. However, the extent of the ban is controversial. Although this type of weapon has not been used except the USA, many states produce, develop, or store this type of weapon. In this context, many agreements have been reached. It is not appropriate to accept the ban on use only. Even if this type of weapon is not intentionally used, even if it is actuated by accident, it will have serious and serious consequences.

Some authors argue that the ban turns into jus cogens. However, compliance with the definition laid down in Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties is debatable. One condition of being a jus cogens is acceptance by the society of states that one cannot deviate from this rule in any way. These conditions are not met by agreements made for the production, development or storage of nuclear weapons. In fact, although no treaty accepts the use of nuclear weapons, treaties arranged by such stages prevent the jus cogens qualification.

This prohibition has become a customary rule; it is possible for North Korea to maintain a persistent objector status if it fulfils the necessary conditions against this prohibition. However, the objection must remain for this status. Whereas, North Korea became a member of the International Atomic Energy Agency in 1974 and signed the treaty allowing inspections in 1992, became a party to the Nuclear Non-Proliferation Treaty in 1985, and signed a joint declaration with South Korea on the denuclearisation of the Korean Peninsula. Although, it withdrew from the NPT in 2003, it frequently stated that his work was for peaceful purposes. These actions signify that, starting from the formation stage, North Korea has not consistently objected to the rule. For this reason, North Korea is subject to the said ban, and its violations are grounds for liability.

Giriş

Uluslararası hukukun asli kaynaklarından biri olan örf ve adet kuralları özellikle ilgili devletlerin¹ de içinde bulunduğu uluslararası toplumun geneli tarafından kabul edilen ve hukukun bir gereği olduğuna inanılan kurallardır. Çağdaş hukuk sistemleri içinde önemsiz kabul edilen bu kaynak uluslararası hukuk sisteminin doğası ve merkezi bir organın bulunmayışı nedeniyle uluslararası hukukun dinamik yapısı gereğince büyük bir öneme sahiptir². Bölgesel ve evrensel olmak üzere iki şekilde ortaya çıkan bu kuralların bölgesel nitelikli olanlarının bir devleti bağlaması onun açık rızasına bağlı iken, evrensel nitelikli olanlarının bir devleti bağlaması için açık bir rıza aranmaz. İsrarlı muhalif olmayan her devlet bu kurallarla bağlıdır. Başka bir ifadeyle evrensel nitelikli bir örf ve adet kuralını kabul etmeyen ve bununla bağlı olmak istemeyen devletin bu kurala oluşum aşamasındaki ilk uygulamalardan başlamak üzere sürekli ve istikrarlı bir şekilde itiraz etmesi gerekir³. Ayrıca itiraz kuralın oluşumu esnasında ve sonrasında da devam etmelidir⁴. Aksi takdirde susma bu kuralın kabulüne sebep olur.

Bir örf ve adet kuralının kendini bağlamasını istemeyen devletin ısrarlı muhalif olarak adlandırılan bu durumunun geçerli olması, itirazında ısrarcı olmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle bir devletin ısrarlı muhalif devlet statüsünü kazanması için söz konusu kurala gerekli olan her durumda ve zamanda itirazını dile getirmesi gerekir. Bu dile getiriş doğrudan bir açıklama ile olabileceği gibi bu itirazı gösteren farklı eylem ve davranışlarla da olabilir. Önemli olan devletin bu kuralı bir örf ve adet kuralı olarak kabul etmediğinin anlaşılmasıdır. *Jus cogens* kurala dönüşen bir örf ve adet kuralının bu şekilde bir itirazla savuşturulmasının mümkün olmadığı ise ayrıca belirtilmelidir⁵. Doktrinde aynı durum temel insan hakları kuralları ve temel etik kurallar ile ilişkili örf ve adet kuralları için de kabul edilmektedir⁶.

Nükleer silahların kullanılması ve kullanılması tehdidinin yasaklanmasına ilişkin kural ise evrensel ve bölgesel nitelikli birçok düzenlemede yer bulmuştur. Kanaatimizce ilgili yasağın bazı devletlerin itirazlarına rağmen evrensel nitelikli

¹ Doktrinde “ilgili devlet” kavramı yerine “çıkarları özel olarak etkilenen devlet” kavramı da kullanılabilir. Ancak çalışmada Uluslararası Adalet Divanı’nın Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davası’nda tercih ettiği “ilgili devlet” kavramı kullanılacaktır. International Court of Justice, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), 20 February 1969, <https://www.icj-cij.org/case/51> (30.1.2024).

² Malcolm N. Shaw, *International Law* (7th Edition, Cambridge University Press 2017) 54.

³ Curtis A. Bradley ve Mitu Gulati, “Withdrawing from International Custom” (2010) 120(202) *The Yale Law Journal* 211; David A. Colson, “How Persistent Must the Persistent Objector Be?” (1986) 61(3) *Washington Law Review* 965; Patrick Dumberry, “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited” (2010) 59(3) *The International and Comparative Law Quarterly* 781; Emre Öktem, *Uluslararası Teammül Hukuku* (1. Baskı, Beta 2013) 457; Ted L. Stein, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law” (Spring-1985) 26(2) *Harvard International Law Journal* 457-458.

⁴ Yusuf Aksar, *Uluslararası Hukuk I* (6. Baskı, Seçkin 2021) 83.

⁵ Dumberry (n 2) 788; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (14. Baskı, Beta 2020) 86; Öktem (n 2) 459. Ancak günümüzde sayıları çok az da olsa *jus cogens* normlara karşı da ısrarlı muhalif devlet statüsünün kazanılabileceğini savunan yazarlar vardır. Öktem (n 2) 460.

⁶ Ibid. 460.

bir örf ve adet kuralına dönüştüğü kabul edilmelidir. Zira bu yasağı kabul eden düzenlemelere taraf olan devlet türleri, sayısı⁷ ve söz konusu kurala atfettikleri hukuk kuralı olma niteliği gereğince nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin kural evrensel nitelikli bir örf ve adet kuralıdır. İlgili yasak ele alınırken Kuzey Kore'nin durumunun incelenmesinin sebebi ise Kuzey Kore'nin özellikle Güney Kore ve ABD'yi muhatap alan açıklamalarında nükleer silah kullanma tehdidinde sık sık başvurması ve ilgili yasağa ilişkin bir dönem uyma yönünde bir davranış sergilerken, bir noktada tüm ilgili andlaşmalardan çekilerek kendisini herhangi bir yasak ile bağlı saymamasıdır. Zira uzun yıllar devam eden başta Altılı Görüşmeler olmak üzere yapılan birçok görüşme, bir süre tarafı olunan NSYÖA'ya rağmen Kuzey Kore zaman zaman açıkça zaman zaman gizli olarak nükleer faaliyetlerini yürütmüş ve neticede başarılı olarak nükleer silah sahibi olduğunu açıklamıştır. Bu nedenle söz konusu kurala karşı itiraz etmeye ve bu kuralın kendisi için bağlayıcı nitelikte olmadığını savunmaya başlayan Kuzey Kore başta NSYÖA ve ilgili diğer andlaşmaların tarafı olmayan devletlerin yasak karşısındaki durumunu izah etmek adına ele alınabilecek iyi örneklerden biridir.

Bu çalışmada ısrarlı muhalif devlet statüsünün genel özelliklerinden bahsedilerek Kuzey Kore'nin nükleer silah kullanımının yasaklanmasına ilişkin kural karşısındaki durumuna yer verilecektir. Bu kapsamda Kuzey Kore'nin tutum ve davranışları ısrarlı muhalif devlet statüsü bakımından incelenecektir.

I. İsrarlı Muhalif Devlet Statüsü

Uluslararası hukukun asli kaynaklarından olan örf ve adet kurallarının oluşumu maddi ve psikolojik öge olarak kabul edilen iki unsurun ortaya çıkmasına bağlıdır. Maddi öge benzer durumlar karşısında sürekli tekrarlanan genel bir uygulamayı ifade ederken, *opinio juris* olarak da adlandırılan psikolojik öge ise söz konusu davranışın hukuk bakımından zorunlu olduğu inancını ifade eder. Bu nedenle genel uygulama niceliksel bir ölçütle tespit edilirken, *opinio juris*in tespiti daha zordur⁸.

Her ne kadar doktrinde farklı görüş sahipleri bulunsa da⁹, genel kabule göre örf ve adet kuralının oluşumu ancak bu iki ögenin varlığı durumunda mümkündür. Dolayısıyla iki ögenin de varlığı ispatlanmazsa örf ve adet kuralının oluşmadığı kabul

⁷ Taraf sayısı özellikle "uluslararası toplum geneli"ni tespit etmek bakımından önemlidir. James E. Green, "India's status As a Nuclear weapons Power under Customary International Law" *National Law School of India Review* (2012) 24(1) 133.

⁸ Zdenek J. Slouka, *International Custom and Contiental Shelf* (1st Edition, Martinus Nijhoff 1968) 5, 15.

⁹ Örneğin *Kelsen*'in okuluna mensup olan hukukçu *Paul Guggenheim*, *opinio juris*in ispatı mümkün olmayan bir kavram olması nedeniyle örf ve adet kuralı oluşumunda bu unsurdan vazgeçmenin doğru olduğunu savunmuştur. Ancak bu durumda örf ve adet kuralı ile diğer görgü ve ahlak kuralları gibi beşeri kuralların nasıl ayrılacağı önemli bir sorundur. Yazar bu durumu milletlerarası mahkemelerin tespit edeceğini ileri sürmüşse de organlara bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanıyan bu görüş önemli bir destek bulamamıştır. Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap* (2. Baskı, Filiz Kitapevi 1987) 160; Shaw (n 1) 55.

edilir¹⁰. Ancak uygulamada sürekli ve istikrarlı genel uygulamanın varlığının *opinio juris* oluştuğuna ilişkin de bir kanıt olduğu yönünde kabuller vardır¹¹. Ayrıca kurala dönüşme için uygulamanın diğer devletlerce bilinmesi gerektiği de savunulur¹².

Sözü edilen şekilde oluşan örf ve adet kuralları evrensel nitelikli olarak açık rıza aranmaksızın tüm devletleri bağlarken bölgesel nitelikli örf ve adet kurallarının devleti bağlaması için açık rızası gerekir. Evrensel nitelikli örf ve adet kuralları açık rızaya bağlı olmadan devletleri bağlasa da, kuralın oluşum aşamasındaki ilk uygulamalardan başlamak üzere oluşum aşaması sırasında ve sonrasında sözü edilen kurala sürekli ve istikrarlı bir şekilde itiraz eden devleti bağlayamaz¹³. Kaynağını Ortodoks hukuktan alan ısrarlı muhalif olarak ifade edilen kavram¹⁴, zaman içinde farklı devletlerin itirazına uğrasa da örf ve adet hukukunun doğal bir sonucudur¹⁵. Bu durum aynı zamanda uluslararası hukukta üstün egemen bir güç bulunmaması ve devletlerin eşitliği ilkesinin de bir gereğidir¹⁶. Ancak devletlerin itirazlarının geçerli olarak örf ve adet kuralının uygulanması bakımından bir istisna olabilmesi için itirazın bazı şartları taşınması gerekir.

Daha önce de ifade edildiği gibi, bu itirazın kuralın oluşması aşamasındaki ilk uygulamalardan başlayarak hem oluşum aşamasında hem de oluşum aşaması sonrasında devam etmesi, sürekli ve istikrarlı nitelikte olması¹⁷ ve devletleri uluslararası temsil yetkisine sahip bir organ tarafından ileri sürülmesi gerekir¹⁸. Oluşum aşaması tamamlanan bir kurala itiraz edilmesi ilgili devlete ısrarlı muhalif statüsü kazandırmaz¹⁹. Bu durumda ilgili devlet önemli bir risk alır. Diğer devletlerden destek görürse bu kuralın değişmesini sağlar, ancak destek görmezse bir örf ve adet kuralına aykırı hareket ettiğinden uluslararası sorumluluğu doğar²⁰. İtirazın belirli bir şekli ise yoktur. Devletin niyetinin anlaşıldığı her ifade şekli geçerlidir²¹. Beyanda bulunma, oy kullanma, andlaşmaya taraf olmama veya çekince koyma, görüşmelerde

¹⁰ Aksar (n 3) 85; Shaw (n 1) 55. Bu durum birçok yargı kararında da kabul edilmiştir. Bkz. International Court of Justice, Continental Shelf (Libya/Malta), 3 June 1985, s. 13, 29, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf> (14.3.2022); International Court of Justice The Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 July 1996, s. 226, 253, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (14.3.2022).

¹¹ Öktem (n 2) 216; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (19. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 111.

¹² Slouka (n 6) 13.

¹³ Shaw (n 1) 69.

¹⁴ Stein (n 2) 463.

¹⁵ Adam Steinfeld, “Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons” (1996) 62(4) *Brooklyn Law Review* 1946; Dumberry (n 2) 783.

¹⁶ Stein (n 2) 459.

¹⁷ Green (n 7) 139; T. Hillier, *Principles of Public International Law* (1st Edition, Cavendish Publishing 1999) 24.

¹⁸ Öktem (n 2) 478.

¹⁹ Stein (n 2) 458.

²⁰ Öktem (n 2) 458; Shaw (n 1) 68.

²¹ Colson (n 2) 969; Dumberry (n 2) 781; Steinfeld (n 13) 647.

kullanılan ifadeler²², diplomatik iletişim, ulusal düzenlemeler, konferanslardaki tutum ve davranışlar, ulusal mahkeme kararları gibi farklı yollarla itiraz ifade edilebilir²³. Ancak örf ve adet kuralının devletlerin çoğunluğunun desteği ile ortaya çıkması durumunda itirazın da daha tutarlı ve güçlü olması gerekir²⁴.

İsrarlı muhalif uluslararası hukukun önemli bir kaynağı olan örf ve adetin karşısında duran bir oluşum olarak görülse de esasında bu durum düşünülenin aksine örf ve adet kurallarının oluşumunda önemli bir yere sahiptir. Zira uluslararası sistem temelinde meşru olmayan bu statü, uluslararası hukukun sürekli değişen yapısı bakımından başvurulabilecek olumlu bir yöntemdir²⁵. Örf ve adet kuralına karşı çıkarak uygulama konusunda istisna elde edilmesi bu tür kuralların oluşumunu kolaylaştırır. Böyle bir hak tanınmamış olsaydı, söz konusu kuralların oluşmasında birçok mantıki ve pratik zorluk ortaya çıkacak ve yeni kuralların ortaya çıkması güçleşecekti²⁶. Dolayısıyla bu statü hem örf ve adet kuralının oluşması bakımından hem de bu tür bir kuralın kendisine uygulanmasını istemeyen devletin korunması bakımından önemlidir. Ancak özellikle yaygın bir şekilde kabul gören örf ve adet kurallarına karşı böyle bir itirazla sık sık karşılaşılmadığı²⁷ ve birçok devletin ısrarlı muhalif devlet statüsüne ilişkin başarılı örnekleri ortaya koymadığı söylenmelidir²⁸. Bu nedenle söz konusu statünün sınırları tartışmalı olsa da itirazın kamuya açık yapılması gerekir²⁹.

Bu statünün ortaya çıkması için evrensel bir örf ve adet kuralının oluşması gerektiğinden söz konusu statünün tespitinde sadece buna ilişkin şartlara bakılması yeterli olmayacaktır. Bu nedenle örf ve adet kuralının oluşumuna ilişkin şartların da incelenmesi gerekir. Zira ısrarlı muhalif örf ve adet kuralı oluşmadan önce ileri sürülmeye başlanmalıdır. Bu durum da örf ve adet kuralının oluşup oluşmadığı ve oluştuğu anın tespitini daha önemli hâle getirir. Bu nedenle örf ve adet kuralının iki unsurunun varlığı araştırılmalıdır. Ancak hem maddi hem de psikolojik öğenin varlığının tespitinde bazı zorluklar ortaya çıkar.

Maddi öge olarak ifade edilen genel uygulamanın oluştuğunu kabul edebilmek için özellikle konu ile ilgili devletlerin de dâhil olduğu yaygın bir uygulama aranır. Bu nedenle birkaç devletin uygulamalarından ziyade devletlerin çoğu tarafından tekrarlanan bir uygulama gerekir. Aksi takdirde azınlıkta kalan bir devlet grubunun

²² Görüşmeler sırasında kullanılan ifadelerin bu kapsamda değerlendirilmesine daha temkinli yaklaşan yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre bu ifadeler ısrarlı muhalif devlet statüsünde bir ipucu olarak kullanılabilse de mutlak şekilde bir durum yaratmaz. Zira bu tip görüşmelerde taraflar karşısındaki tarafın yasal konumu nedeniyle farklı bir duruş sergileyebilir. Steinfeld (n 13) 1649.

²³ Shaw (n 1) 60-61.

²⁴ Mark E Villiger, *Customary International Law and Treaties* (1st Edition, Martinus Nijhoff Publishers 1985) 15.

²⁵ Dumberry (n 2) 800.

²⁶ Öktem (n 2) 465.

²⁷ Steinfeld (n 13) 1946.

²⁸ Stein (n 2) 459.

²⁹ Steinfeld (n 13) 1652-1653.

daha belirleyici olması, devletlerin egemen eşitliği ilkesinin aksine bazı devletleri üstün tutma neticesini doğurur³⁰. Bu bakımdan uygulamanın örf ve adetin niteliğine veya olayın şartlarına göre süresi, genelliği, tekrarlanması ve tutarlılığı gibi birçok hususa dikkat edilmelidir³¹. Devlet uygulamaları devleti temsile yetkili olan tüm organ veya kişiler tarafından gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda diplomatik yazışmalar, bildirimler, basın bültenleri, resmi görüşler, hukuki meselelere ilişkin el kitapları, kanunlar, ulusal ve uluslararası yargı kararları, andlaşma metinleri, uygulama kararları gibi birçok farklı ispat aracı kullanılabilir³². Bu şekilde oluşturduğu kabul edilen genel uygulama bir örf ve adet kuralının oluşumu için yeterli değildir. İkinci unsur olarak kabul edilen *opinio juris* de varlığının tespiti gerekir. Başka bir ifadeyle tespit edilen genel uygulamanın arkasında devletler tarafından kabul edilen hukukun bir gereği olduğu inancı bulunmalıdır. Ancak *opinio juris* tespiti genel uygulamaya göre daha zordur. Zira doktrinde bazı yazarlar *opinio juris* ispatı için daha kesin kanıtlar olması gerektiğini savunur³³.

Sözü edilen inanç her zaman devletlerce bir açıklama ile ortaya koyulmadığından bunun farklı ispat araçlarıyla tespit edilmesi gerekir. Hâlbuki bu inanç daha çok manevi bir yön taşıdığından tespiti için başvurulabilecek ispat araçları hem niceliksel hem de etkililik bakımından yetersizdir. Bu nedenle tespitinde daha dikkatli hareket etmek gerekir. Daha önce ifade edildiği gibi kanaatimizce genel uygulama her durumda *opinio juris* ispatı için yeterli olmasa da bazı durumlarda *opinio juris* oluştuğuna ilişkin bir karinedir³⁴. Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'nın görüşü de bu yöndedir. UAD her ne kadar Bozkurt-Lotus Davası³⁵ ve Asylum Davası³⁶ gibi ilk uygulamalarında maddi ve manevi unsurun varlığını ayrı ayrı titizlikle aramışsa da, sonraki kararlarında maddi unsurun varlığını esas alarak manevi unsurun tespit edilebileceğini kabul etmeye başlamıştır³⁷.

Örneğin, Bozkurt-Lotus Davası'nda ilk kez *opinio juris* kavramına yer veren UAD, tekdüze ve yaygın bir uygulamanın varlığını tespit etmesine rağmen *opinio juris* eksikliği sebebiyle uygulamanın hukuken bağlayıcı olmadığına hükmetmiş, ancak aynı UAD 12.4.1960 tarihli Geçiş Hakkı Davası³⁸'nda ise sürekli ve istikrarlı uygulamanın *opinio juris* bakımından da kanıt olacağını ifade etmiştir. Yine Divan'ın

³⁰ Keskin (n 53) 2014; Öktem (n 2) 119.

³¹ Shaw (n 1) 55-56.

³² Öktem (n 2) 218.

³³ Green (n 7) 135.

³⁴ Ibid 129.

³⁵ International Court of Justice, Bozkurt-Lotus Case (France/Turkey), 7 September 1927, <https://www.icj-cij.org/list-of-all-cases?dateorder=introduction&order=desc> (15.1.2024).

³⁶ International Court of Justice, Asylum Case (Colombia/Peru), 20 November 1950, 266, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (15.01.2024).

³⁷ Aksar (n4), 89.

³⁸ International Court of Justice, Right of Passage over Indian Territory (Portugal/India), 12 April 1960 <https://www.icj-cij.org/case/32> (30.1.2024).

Nikaragua Davası³⁹'nda kuvvet kullanma yasağına ilişkin *opinio juris* oluştuğunu kabul ederken genel uygulamayı incelemesi de Divan'ın somut olaya ve siyasi koşullara göre bazen genel uygulama bazen de *opinio juris*i detaylı incelemekten kaçındığını gösterir.

Genel uygulama oluşturan fiil yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Bu yüzden geniş bir devletler topluluğunun belirli yönde davranması veya davranmaması, sürekli tekrarlanan fiillerin varlığı devletleri bu yönde hareket etmeye iten gücün hukuku uyguladıkları inancı olduğunu düşündürebilir. Ancak bu varsayım her zaman doğru bir sonuca götürmeyebilir. Zira bir devletin belirli bir şekilde davranması veya davranmaması genel inancın dışında farklı askeri, siyasi veya ekonomik gerekçelere dayanabilir. Örneğin, bir devlet ülkesinde bulunan yabancılara temel insan haklarını tanıırken bunu hukukun bir gereği olarak görebileceği gibi, kişilerin vatandaşı olduğu devlet ile karşı karşıya gelmek istemiyor veya uluslararası kamuoyunda buna ilişkin bir eleştiriye uğramak istemiyor olabilir. Bu noktada *opinio juris*in niteliğine bakmak gerekir. Doktrinde bir görüş bu kavramı açıklayıcı teori ile ele alır ve bu unsurun kuralın oluşması için değil, bilinmesi için gerekli olduğunu savunurken, bir diğer görüş kurucu teori ile açıklamaya çalıştığı bu kavramı kuralın varlığı için şart olarak görmektedir. Uluslararası hukuk ise genel olarak bu iki teoriyi bağdaştırarak aynı anda yararlanır. Buna göre farklı bir saikle, örneğin siyasi saikle başlayan davranış biçimleri zamanla *opinio jurise* dönüşür⁴⁰. Zira hareketin altında yatan gerçek sebebi tespit etmek oldukça zordur. Kanaatimizce bu tip durumlarda belirli bir şekilde davranma veya davranmama durumlarında korunan hukuki değere bakmak gerekir. Önem arz eden bir değer korunuyorsa arkasında yatan gerçek niyeti araştırmak yerine genel uygulamayı *opinio juris* için bir karine olarak kabul etmek doğru olandır.

II. Nükleer Silahların Kullanılmasına İlişkin Yasağın Niteliği

Kuzey Kore'nin yasak karşısındaki durumunu tespit edebilmek için öncelikle söz konusu yasağın uluslararası hukuk bakımından niteliğini tespit etmek, sonrasında ise Kuzey Kore'nin ısrarlı muhalif devlet statüsü kazanıp kazanamayacağını değerlendirmek gerekir.

Nükleer silahlara ilişkin düzenlemeler ikili veya çok taraflı andlaşmalar şeklindedir. Bu andlaşmaların bir kısmı nükleer denemeleri yasaklayan bir kısmı nükleer silahlardan arındırılmış bölgeler oluşturan bir kısmı ise açık bir yasak getiren düzenlemelerdir. Ancak nükleer silahların kullanılmasına ilişkin yasak sadece bir andlaşma hükmü

³⁹ International Court of Justice, Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua/Costa Rica), 28 July 1986, <https://www.icj-cij.org/case/73> (6.2.2024).

⁴⁰ Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia-The Structure of International Legal Argument, Reissue with a new Epilogue* (Cambridge University Press 2005), 418-420.

değildir. Bazı devletler 1945 yılından beri bu tür silahların kullanılmamış olması nedeniyle söz konusu yasağın örf ve adet kuralına dönüştüğünü savunmaktadır⁴¹. Ancak ABD, Rusya ve Fransa'nın da dâhil olduğu bir grup devlet de bir kuralın örf ve adet kuralına dönüşmesi için aranan genel inanç unsurunun sağlanmadığını savunmaktadır. Bu devletlere göre 1945 yılından beri nükleer silahların kullanılmaması bu genel inancın değil, başka türlü askeri, siyasi ve insani gerekçelerdir. Ayrıca bu devletler Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarının hukuk yaratmayacağını da belirtmektedir⁴². Zira Genel Kurul kararlarının üye devletlere yönelik olanları, birkaç istisna dışında tavsiye niteliklidir⁴³. Ancak Genel Kurul kararlarının genellikle oyçokluğu ile alındığı düşünülürse genel itibariyle devletlerin bir konu hakkındaki eğilimini gösterdiği, bu nedenle örf ve adet kuralının oluşumu bakımından genel uygulamayı gösteren ispat araçlarından biri olabileceği ifade edilmelidir. Yine *opinio juris*in tespitinde de karara katılım sağlayan devlet sayısı önem arz etmektedir⁴⁴. Genel uygulama ise özellikle korunan hukuki değerlerin temel öneme sahip olduğu belirli durumlarda manevi unsurun varlığı için bir karine olarak kabul edilmelidir.

UAD'nin konuyu gündemine alması ise 1992 yılında “Dünya Mahkemesi Projesi” adlı kampanya ile konu bakımından harekete geçen⁴⁵ Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'nün ve 1994'te BM Genel Kurulu'nun ilettiği sorular üzerine olmuştur. DSÖ Divan'a sağlık ve çevresel etkileri göz önünde tutularak bir devletin savaş ve diğer silahlı çatışmalarda kuvvet kullanmasının uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal edip etmeyeceğini sormuştur. ABD, Birleşik Krallık ve Fransa'nın da içinde bulunduğu bazı devletler DSÖ'nün böyle bir görüş isteme yetkisi olmadığını savunmuş⁴⁶, Divan BM Andlaşması md. 96 gereğince DSÖ'nün sadece kendi faaliyet alanına ilişkin bir konuda böyle bir talepte bulunabileceğini ifade etmiştir⁴⁷. DSÖ'nün talebi her ne kadar reddedilmiş de olsa Divan'ın dikkati bu konuya çekilmiş ve sonrasında BM Genel Kurulu Divan'a nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımına uluslararası hukukun izin verdiği bir hâl bulunup bulunmadığını sormuştur. Divan Genel Kurul'un sorusunu her ne kadar siyasi bir yanı bulursa da esasında hukuki bir sorun olması ve andlaşma gereği Genel Kurul'un böyle bir talepte bulunma yetkisine sahip olması nedeniyle kabul etmiştir⁴⁸.

⁴¹ Milletlerarası Adalet Divanı'nın Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti ile İlgili 1991 Tarihli İstisari Mütalaaına yazılı olarak görüş veren Nauru ve İran bu fikri dile getirmiştir. İran ve Nauru'nun görüş yazısı için bkz. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/8680.pdf> (12.01.2024).

⁴² Elif Uzun, “Milletlerarası Adalet Divanı'nın Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti ile İlgili 1991 Tarihli İstisari Mütalaaına İnsancıl Hukuk Açısından Bir Bakış” (Aralık-2003) 7(3-4) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 570-572.

⁴³ Pazarcı (n 8) 201.

⁴⁴ A. Füsün Arsava, “Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması ve NATO Andlaşması” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (2023) 14(56) 220.

⁴⁵ Gökçen Alpkaya, “Nükleer Silahlar ve Uluslararası Adalet Divanı” (1997) 52(1-4) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 106.

⁴⁶ Ibid. 106-107; Ayşe Nur Tütüncü, “Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisi'nin Divan'ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi” (2003) 23 *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 815.

⁴⁷ Yusuf Aksar, *Evrinsel Yargı Kuruluşları* (1. Baskı, Seçkin 2007) 73.

⁴⁸ Alpkaya (n 33) 108.

Divan görüşte nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımına ilişkin örf ve adetle veya andlaşma ile uluslararası hukukta özgül bir yetkilendirme bulunmadığını, aynı şekilde nükleer silah kullanım tehdidini veya kullanımını yasaklayan kapsamlı ve evrensel bir yasağa yer verilmediğini belirtmiş ve ayrıca nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımının silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası hukukun, özellikle uluslararası insancıl hukukun ilke ve kurallarının gerekleriyle, bunun gibi açıkça nükleer silahlarla ilgili olan andlaşma ve diğer üstlenimlerden kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşır olması gerektiğini ve nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımının genel olarak silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu ve meşru müdafaa durumunda nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımının hukuka aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir karara varamadığını ifade etmiştir.

Divan konuya ilişkin verdiği 1996 tarihli Danışma Görüşü'nün 73. paragrafında “*özel olarak nükleer silah kullanılmasını yasaklayan bir örf adet kuralının ortaya çıkışının, henüz olgunlaşmamış bir opinio juris ile caydırıcılık uygulamasının hâlen kuvvetli bir şekilde uygulanıyor olması arasındaki gerilim nedeniyle engellendiğini*” ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle Divan henüz bir örf adet kuralı oluştuğunu söylemenin mümkün olmadığını dile getirmiştir. Ancak Divan'ın soruna uygulanacak uluslararası hukuk kurallarını tespit etmesine rağmen yasağın niteliği konusunda ilgili kuralları uygulamaktan çekinmesi sorunun siyasi yönü nedeniyledir. Zira Divan ayırım gözetme, gereksiz acıya sebep olmama gibi insancıl hukuk ilkelerini incelemiş ve insancıl hukuk kurallarının örf ve adet kuralı niteliğine sahip olduğunu dile getirmiştir. Ancak görüşte nükleer silahların bu kurallara “*genel olarak*” aykırı olduğunu ekleyerek nükleer silah kullanılması tehdidi veya kullanımının ilgili kurallara uygun olan durumları bulunduğu şeklinde bir imaya yer vermiş ve devletlerin “*varlığını sürdürme hakkı*” içerisinde kalması hâlinde meşru müdafaa şartlarına uygun olan durumlarda nükleer silah kullanım tehdidini veya kullanımını hukuka uygun saymıştır⁴⁹. Ancak kararda sözü edilen hakkın dayandığı bir andlaşma veya örf ve adet kuralına dayanılmamış⁵⁰ ve karar kendi içerisinde tutarsızlığa neden olmuştur. Zira mevcut koşullar altında nükleer silah kullanılması tehdidi veya kullanımını hukuka uygun hâle getireceği ifade edilen böyle bir durumun yine ancak bir nükleer silah kullanılması tehdidi veya kullanımı durumunda ortaya çıkabileceği düşünülürse, bu durumun nükleer silah sahibi devletlerin ilk elden çıkararak olmak istememesini güçlendirecek hatta nükleer silah sahibi olma konusunda onları

⁴⁹ Hollanda, Birleşik Krallık gibi nükleer silah taraftarı bazı devletler de nükleer silahları saldırı amaçlı olmasa da meşru müdafaa amacıyla kullanılması veya kullanılması tehdidinin hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Uzun (32) 575-576. Ancak meşru müdafaa amacıyla kullanımı veya tehdidi uluslararası hukuka uygun kabul etmek ilgili silahların insancıl hukuk kurallarına aykırı niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Zira kuvvet kullanımının hukuka uygun olması kuvvet kullanma sürecinde uygun hareket edilmesini gerektiren insancıl hukuk kurallarına uygun olmamayı hukuka uygun hâle getirmeyecektir.

⁵⁰ Alpkaya (33) 113-115.

cesaretlendirecek nitelikte bir onaylama olacağı söylenmelidir⁵¹. Ayrıca yasaklanan diğer silah türleri için de benzer bir iddia ile kullanıma imkan sağlayacağından bir sorun teşkil edecektir⁵².

Ayrıca nükleer silahların kıyaslandığı biyolojik ve kimyasal silahlarla doğru bir karşılaştırma yapılamamıştır. Zira Divan'a göre, 1993 tarihli Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanmasına ve İmhasına Dair Konvansiyon'un yapım aşamasında nükleer silahlar hiç gündeme gelmemiştir. 1925 tarihli Boğucu, Zehirleyici ve Diğer Gazların ve Bakteriyolojik Savaş Yöntemlerinin Kullanımının Yasaklanmasına Dair Cenevre Protokolü ise "*aslen veya hatta münhasıran zehirleyici ve boğucu etkileri olan*" ifadesini kullanmış ve bu ifade Danışma Görüşü'nün 55. Paragrafında "*(nükleer silahları kapsamayan) boğucu etkileri olan*" şeklinde anlaşılmıştır. Ancak protokolün bu tip silahları tanımlamadığı ve sadece boğucu, zehirleyici ve diğer gazları ilgili kapsamda saymayıp bütün benzeri likitleri, maddeleri ve araçları bu kapsamda kabul ettiği açıktır. Ayrıca bu noktada BM Genel Kurulu'nun 1961 tarihli 1653 (XVI) sayılı kararı⁵³ da Divan'ın bu görüşüyle çatışmaktadır. Nükleer silahların zehirleyici etkisinin de bulunduğu bilindiğinden bu düzenlemelerin nükleer silahları da yasakladığı sonucunu çıkarmak hukuk mantığına uygun olmalıdır⁵⁴. Yargıç *Weeramantry* ve *Koroma* da bu yönde görüş bildirmiştir.

Görüş tüm bu nedenlerle doktrinde de eleştirilmiştir⁵⁵. Divan'ın kararı kendi içinde de eleştiri almış ve kararın ekinde oy kullanan on dört yargıcın tamamı kendi kişisel görüşüne yer vermiştir. Özellikle nükleer silah kullanılması tehdidi veya kullanımının silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına ve insancıl hukuk kurallarına genel olarak aykırı olduğunu ifade eden (E) fikrasının yediye karşı yedi oyla Başkan'ın ağırlıklı oyu sayesinde alınması neticesinde durumun hukuka uygun olabileceğini savunan üç yargıç⁵⁶ ve ilgili durumun her koşulda hukuka aykırı olacağını savunan üç yargıç⁵⁷ görüşlerini karşı oy yazısında dile getirmiştir.

Danışma Görüşü'ne karşı görüş ekleyen Yargıç *Weeramantry* de bu konuda nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımına ilişkin yasağın niteliğinden bahsetmese de her ne koşulda olursa olsun bu silahların kullanılması tehdidinin veya kullanımının hukuka aykırı olduğunu açık bir şekilde ifade etmiş, bu tür silahların insancıl hukukun

⁵¹ Erdem Denk, "Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar" 2011(66/3), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 116-117.

⁵² Keskin (n 53) 1998.

⁵³ United Nations Security Council, A/RES/1653(1961), Declaration on the prohibition of the use of nuclear and thermonuclear weapons, <https://daccess-ods.un.org/tmp/6799777.74620056.html> (25.1.2024).

⁵⁴ Tütüncü (35), 812.

⁵⁵ Öktem (n 2) 125.

⁵⁶ Bunlar, Yargıç *Schwebel* (ABD), Yargıç *Guillaume* (Fransa), Yargıç *Higgins* (İngiltere)'dir. Yargıçların detaylı görüşlerine ilişkin değerlendirme için bkz. Yunus Keskin, "Uluslararası Hukukta Nükleer Silahların Meşruluğu Sorunu" (2019) 14(183/184) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1990-1994.

⁵⁷ Bunlar, Yargıç *Shahabuddeen* (Guyana), Yargıç *Koroma* (Sierra Leone), Yargıç *Weeramantry* (Sri Lanka)'dir.

ayrım gözetme, gereksiz acıya sebep olmama, sivillerin ve çevrenin korunması ilkeleri gereğince veya *Martens* Kaydı nedeniyle yasak olduğunu dile getirmiştir. Zira Yargıç *Weeramantary*'e göre, nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımı yürürlükte olan kurallar gereğince yasak olmasaydı bile hukuk genel ilkeleri gereğince yasak olduğu çıkarılabilirdi. Nükleer silahların olumsuz etkilerinden ve acımasız sonuçlarından genişçe bahseden görüşünde Yargıç *Weeramantary*, nükleer silahları ismen açıkça yasaklayan bir antlaşma ya da hukuk kuralı bulunmadığı doğru olmakla birlikte, bilinen etkileri göz önüne alındığında nükleer silahların hukuka aykırılığı konusunda hiçbir şüpheye yer bırakmayan çok sayıda uluslararası hukuk ilkesi ve özellikle de uluslararası insancıl hukuk ilkesi bulunduğunu belirtmiş ve ayrıca konvansiyonel silahlar ve nükleer silahlar için uygulanacak iki ayrı savaş hukuku bulunduğunu ifade etmiştir⁵⁸. Ancak Divan'ın görüşünün tavsiye nitelikli olduğunu, dolayısıyla devletleri bağlayıcı nitelikte olmadığını da ifade etmek gerekir. Görüş her ne kadar bir içtihat olması sebebiyle yardımcı kaynak niteliği taşısa da yardımcı kaynakların ikincil niteliği ve bağlayıcı olmama durumu devam etmektedir.

Bir diğer karşı görüş Yargıç *Shahabuddecn*'e aittir. Yargıç *Shahabuddecn* kararın (B) fıkrasında yer alan ve geleneksel veya konvansiyonel uluslararası hukukta nükleer silah kullanılması tehdidine veya kullanımına ilişkin kapsamlı ve evrensel bir yasak olmadığını belirten görüşe karşı olumsuz oy kullanmış ve eklediği kişisel görüşünde Genel Kurul'un sorusunun özü itibarıyla, nükleer silahların özel durumunda, bir devletin kendisini savunmak için duyduğu zorunlu ihtiyaç ile bunu yaparken insan türünün hayatta kalmasını tehlikeye atmamasını sağlamak için duyduğu daha az zorunlu olmayan ihtiyacı uzlaştırmanın mümkün olup olmadığını. Başka bir ifadeyle meşru müdafaa gibi bir durumun nükleer silah kullanılması tehdidi veya kullanımını hukuka uygun hâle getirip getirmediğini esas soru olarak kabul eden Yargıç *Shahabuddecn*, Divan'ın bu soruya açık bir cevap vermekten kaçınmasını haklı kılan bir kural bulunmadığını ve bu sebeple Divan'ın soru zor olsa da bu meseleyi kesin bir şekilde cevaplaması gerektiğini belirtmiştir. Yargıç *Koroma* ise Yargıç *Shahabuddecn* gibi Divan'ın meşru müdafaa kapsamında nükleer silah kullanılması tehdidi veya kullanımının hukuka uygun olup olmadığına ilişkin kesin bir sonuca varamamasını eleştirmiş, mevcut hukuka, özellikle de insancıl hukuka ve Divan'ın elindeki malzemeye dayanarak, nükleer silahların herhangi bir durumda kullanılmasının en azından bu hukukun ilke ve kurallarının ihlaline yol açacağını ve bu nedenle hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Divan'ın nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımının genel olarak uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğuna ilişkin ifadesinin “genel olarak” ifadesi sebebiyle sorunlu olduğunu, Divan'ın hukuka aykırılık durumunu ifade etmekten çekindiğini ifade etmiştir. Yargıç *Koroma*, Divan'ı kararının sadece hukuken savunulamaz değil, aynı

⁵⁸ Christopher Weeramantry, “Dissenting Opinion-Advisory Opinion of the ICJ on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, (1996) 86(3) *American Journal of International Law* 476-505, [https://www.icj-cij.org/en/case/95\(28.3.2022\)](https://www.icj-cij.org/en/case/95(28.3.2022)).

zamanda bu tür silahları kullanma eğiliminde olabilecek devletleri bu tür silahların kullanımının yasallığı konusunda yargılamakla kalmayıp, Birleşmiş Milletler Andlaşması tarafından düzenlenen kuvvet kullanma yasağı ve meşru müdafaa ile ilgili rejimi şüpheye düşürdüğü şeklinde eleştirmiştir. Ayrıca nükleer silahların sivil-askeri hedef ayrımı yapamayacağını ve gereksiz acıya sebep olacağını, gelecek nesilleri etkileyeceğini ve çevreye zarar vereceğini de eklemiştir⁵⁹.

Divan'ın görüşüne karşı görüş yazısı ekleyen Mahkeme Başkanı *Bedjaoui*, görüşün (E) fıkrasının nükleer silahların meşruluğuna kapı açmayacağını, Bozkurt-Lotus kararının tarihi ve hukuki bağlamı ve sorunların doğası açısından bu meseleden farklı olduğunu da ayrıca belirtmiş ve meşru müdafaa durumunun insancıl hukuk kurallarının uygulanmasını engellemeyeceğini belirtmiştir. Yargıç *Bravo* görüşünde caydırıcılık meselesine yer vermiş ve nükleer caydırıcılık doktrininin hukuki bir nitelik taşımadığını dile getirirken, Yargıç *Shi* de Divan'ın görüşünde uluslararası politika konusu olan caydırıcılık doktrininin tespitlerde kullanılmasını eleştirmiştir. Yargıç *Ranjeva* insancıl hukuk kurallarına yeni bir istisna kategori oluşturulmasını eleştirmiş, Yargıç *Herczegh* ise kitle imha silahlarını yasaklayan insancıl hukuk kurallarının nükleer silahlar için de uygulanacağını ve bu kurallar kapsamında nükleer silahların da yasaklandığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁰.

Netice olarak Divan'ın ilgili soruna uygulanacak hukuk kurallarını doğru tespit etmesine rağmen somut soruna uygulama noktasında sorun yaşadığı açıktır. Sorunun siyasi yönünün bulunması, özellikle güçlü devletlerle karşı karşıya gelmesine sebep olacak bir sorun olması sebebiyle bilinçli bir şekilde bazı açık noktalar bırakılarak ilgili devlet fiillerinin meşrulaştırılmaya çalışıldığı söylenmelidir. Zira nükleer silah kullanım tehdidi veya kullanımının uluslararası hukuka aykırılığı fikrini savunanların dayanağı BM Andlaşması, insancıl hukuk kuralları, insan hakları ve çevre hukuku gibi farklı alanlardır⁶¹.

Bilindiği gibi örf ve adet kuralının oluşması sürekli tekrarlanan genel bir uygulama ve tekrarlanan davranışların hukukun bir gereği olduğu yönündeki inancın varlığına bağlıdır. Nükleer silah kullanım tehdidinin veya kullanımının yasaklanması bakımından bu durum hem yapılan andlaşmaların kapsadığı alan, nüfus, taraf olan devlet sayısı gibi verilerden hem 1945 yılından beri bu tür silahlara başvurulmamasından hem de bu durumun hukukun bir gereği olarak kabul edilmesinden dolayı ortaya çıkar. Ancak yasağın örf ve adet niteliği üzerinde özellikle maddi öge bakımından bir tartışma vardır.

Örf ve adet kuralının oluşumunda bakılacak genel uygulamada özellikle konuyla

⁵⁹ Karşı görüş yazıları için bkz. <https://www.refworld.org/cases,ICJ,3ae6b67f14.html> (15.01.2024).

⁶⁰ Karşı görüş yazıları için bkz. <https://www.refworld.org/cases,ICJ,3ae6b67f14.html> (7.2.2024).

⁶¹ Tütüncü (35) 797.

İlgili devletlerin de içinde bulunduğu her tür devletin dâhil olduğu bir uygulama aranır. Neticede örf ve adet kuralları belli ölçüde devletlerin çoğunluğu tarafından oluşturulsa da özellikle konu ile “İlgili” devletlerin uygulamaya katılması önemlidir. Bazı devletlerin diğerlerinden daha etkili ve güçlü olması da kaçınılmazdır⁶². Hatta özellikle bu devletlerin itirazının örf ve adet kuralı oluşumuna engel olacağı görüşünü savunanlar bile vardır⁶³. Ancak bu devletleri örf ve adet kuralının oluşumunda tek yetkili görmek bu devletlere verilmiş bir veto hakkını ifade eder ve bu durumun örf ve adet kurumuna uygun olmadığı açıktır⁶⁴. Nükleer silahların yasaklanması hususunda da NSYÖA gereğince nükleer devlet sıfatı taşıyan ABD, Rusya, Birleşik Krallık, Fransa ve Çin ile fiilen nükleer silah sahibi olan Kuzey Kore, İran, İsrail gibi devletler “İlgili” devlet sıfatı taşır. Ancak bu tip silahların kullanılması ile ortaya çıkan etkiler durumla hiç ilgisi olmayan devletleri ve insanları ciddi şekilde etkileme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle nükleer silah gibi geniş çaplı ve ağır etkileri bulunan bir silah türü için sadece silah sahibi olan devletlerin ilgili kabul edilmesi doğru değildir ve tartışma yaratacak bir husustur⁶⁵. Bu hususta akla Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davası gelse de ilgili kararda denize kıyısı bulunan ve bulunmayan devletler arasında bir karşılaştırma yapılmıştır ve olağan olarak deniz hukukuna ilişkin örf ve adet kuralının oluşumunda denize kıyısı olan devletler ilgili kabul edilmiştir. Oysa nükleer silahlar konusunda sadece silah sahibi devletleri ilgili kabul etmek doğru değildir. Zira deniz kıyısı olmayan bir devlet iseniz ilgili örf ve adet kuralının muhatabı olma durumunuz zaten mevcut değildir, fakat nükleer silah sahibi bir devlet olmasanız da bu tür silahların size karşı kullanılması mümkündür hatta doğrudan size karşı kullanılmasa bile radyasyon gibi bazı etkilerinin sizin topraklarınıza ulaşma ihtimali yüksektir. Dolayısıyla ilgili kuralın oluşumunda menfaatiniz bulunacağı açıktır. Bu sebeple ilgili kararın somut koşullarının nükleer silahlardan farklı olduğu ve Divan’ın ilgili değerlendirmesinin nükleer silahlara birebir uygun olmadığı söylenmelidir.

Üstelik nükleer silaha sahip olmayan devletlerin sayısı çok daha fazladır. Bu kapsamda nükleer silah sahibi devletlerin de 1945’te ABD tarafından kullanılması sonrasında bu tip silahları kullanmaması genel uygulamanın varlığını gösterir. Nükleer silahların kullanılmasını sınırlayan veya yasaklayan andlaşmalara taraf olan devlet sayısı da önemli bir düzeydedir. Ayrıca 1945 yılında nükleer silahın ilk kez

⁶² Pazarıcı (n 8) 109; Shaw (n 1) 58. Ayrıca konuya ilişkin bkz. International Court of Justice, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), 20 February 1969, <https://www.icj-cij.org/case/51> (30.1.2024); International Court of Justice, Reservations To The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide Advisory Opinion, 28 May 1951, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf> (7.2.2024).

⁶³ Gail Lythgoe, Nuclear Weapons and International Law: The Impact of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, <https://www.ejiltalk.org/nuclearweapons-and-international-law-the-impact-of-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/> (8.2.2024).

⁶⁴ Kevin Jon Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom” *American Journal of International Law* (2018) 112(2) 204.

⁶⁵ Denk (n 46) 125.

kullanılması sonrasında BM Genel Kurulu'nun 24 Ocak 1946 yılında⁶⁶ aldığı nükleer silahların yasaklanmasını destekleyen ve ortadan kaldırılması için bir komisyon kurulmasını öneren kararın oybirliği ile alınmasına rağmen UAD'nin nükleer silaha sahip birkaç devletin muhalefetini esas alarak yasağa ilişkin kuralın örf ve adet kuralına dönüşmesine engel kabul etmesi⁶⁷ anlaşılır bir durum değildir. Zira ilk kullanım sonrasında ABD'nin bu tür silahların yasaklanmasına ilişkin açıklama yapması da göz önünde bulundurulursa daha ilk kullanım sonrasında bir örf ve adet kuralının oluştuğu bile söylenebilir⁶⁸.

Bu noktada NATO'nun 2017, 2020 ve 2021 yıllarında yaptığı açıklamalara da yer vermek gerekir. Zira NATO 2020'de yaptığı açıklamada nükleer bir ittifak olduğunu ve nükleer silahlar var olduğu sürece de öyle kalacağını ifade etmiştir⁶⁹. 2021 tarihli Brüksel Bildirisi⁷⁰'nde ise Nükleer Silahların Yasaklanmasına Dair Andlaşma'nın örf ve adet hukukunu yansıttığını veya buna katkı sağladığını reddettiğini dile getirmiştir. NATO şuan 31 üyeden oluşan ve içlerinde üçünün (ABD, Birleşik Krallık, Fransa) nükleer silah sahibi olduğu bilinen bir örgüttür. Ancak NATO'nun kendine ait veya kendisinin kullanımına tahsis edilmiş bir nükleer silahı bulunmamaktadır. 31 üyeden sadece üçünün (ki bu devletler NSYÖA'nın nükleer devlet olarak kabul ettiği devletlerdendir) nükleer silah sahibi olması genel uygulama bakımından büyük bir anlam ifade etmemelidir. Zira genel uygulama için "ilgili devlet" uygulamalarına bakılması gereği, ancak nükleer silahlar konusunda sadece nükleer silah sahibi devletleri ilgili kabul etmenin nükleer silahların niteliğine uygun olmadığı daha önce ifade edilmiştir. Üstelik ilgili açıklamada kullanılan "*nükleer silahlar var olduğu sürece*" ifadesi nükleer silahların bir yasak kapsamında ortadan kaldırılmasını örgütün bir olasılık olarak gördüğü ve nükleer silahlara ilişkin bu açıklamasının şartlı olduğunu gösterir.

Uluslararası toplumun geneli bu silahlara sahip olmamayı, caydırıcı niteliği arkasına sığınmamayı kabul ederken, 31 devletin de uygulamasının şartlı olarak ortaya çıktığı düşünülürse genel uygulamanın oluşmasını engelleyen bir durum olarak görülmemelidir. Üstelik ABD'nin Soğuk Savaş sonrasında Avrupa'da yerleştiği ve NATO'ya caydırıcılık ve güvenlik garantisi olarak sunduğu 7300 civarında nükleer silahı savaş sonrasında başlamak üzere %50 oranında azalttığı, 1987 tarihli Orta Menzilli Nükleer Kuvvetler Andlaşması⁷¹, 1991 tarihli Stratejik Silahların İndirimi

⁶⁶ United Nations General Assembly, A/RES/1(I), Establishment of a Commission to Deal with the Problems Raised by the Discovery of Atomic Energy, 24 January 1946, chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpegclefindmkaj/https://documents.un.org/doc/resolution/gen/mr/0/032/52/pdf/nr003252.pdf?token=500gZ9pYrWQV0VgOtp&fe=true (6.2.2024).

⁶⁷ Brian D. Lepard, *Customary International Law A new Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press 2010), 160.

⁶⁸ Keskin (n 53) 2008.

⁶⁹ nato.int/docu/review/tr/articles/2020/06/088 (26.1.2024); https://www.nato.int/strategic-concept/ (7.2.2024).

⁷⁰ https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm (8.2.2024).

⁷¹ https://2009-2017.state.gov/t/avc/trty/102360.htm (30.1.2024).

Andlaşması (START)⁷² ve 2002 tarihli Saldırı Amaçlı Silahların İndirimi Andlaşması (SORT)⁷³ kapsamında Rusya ile karşılıklı olarak nükleer silah kapasitelerinde azaltmaya gittikleri ifade edilmelidir. Ancak “caydırıcılık” arkasına saklanarak devletlerin nükleer silah kapasitesini arttırmaya çalışması (örneğin ABD'nin 1987 tarihli Orta Menzilli Nükleer Kuvvetler Andlaşması'ndan 2019 yılında çekilmesi), NATO'nun da bunu “*Rakiplerimiz ve düşmanlarımız nükleer silahlardan vazgeçmeye hazır ve istekli olana kadar NATO şemsiyesi altında yaşayan neredeyse bir milyar insanın güvenliğini koruyabilmek için NATO'nun nükleer tehditleri caydırabilecek ve Rusya'nın nükleer kullanımına tepki verebilecek kapasitede olması şarttır*” şeklinde ifade etmesi nükleer silah kapasitesini arttırmaya yönelik bir bahane olarak görülmeli ve hukuka aykırı bir istek olarak kabul görmelidir. Zira nükleer silah sahibi olan devletlerin veya NATO gibi bunu destekleyen örgütlerin temel dayanağı kendisini korumak ve nükleer silahın caydırıcılığını kullanmaktır. Dolayısıyla hiçbirinin bu tip silahlara sahip olmayı herhangi bir haklı gerekçe ile açıklanmaya ihtiyaç duymayan sahip olunan doğal bir hak olarak görmediği açıktır. Esasında bu durum NSYÖA'nın da bir ihlalidir. Zira andlaşma gereğince nükleer devletler, diğer devletlerin nükleer silah edinmesine veya üretmesine yardım etmeme, nükleer silahlanma konusunda özendirilmeme ve kendi nükleer silahlarını kontrolünü doğrudan veya dolaylı olarak devretmeme yükümü altındadır. Caydırıcılık özelliğinin vurgulanması özendirilmeme yükümüne aykırıdır.

Üstelik Ukrayna örneğinde olduğu gibi nükleer silah sahibi bir devletin gönüllü olarak nükleer silahlarından vazgeçmesi de genel uygulamanın araştırılması bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılması ardından Ukrayna büyük bir nükleer silah envanterine sahip olmuştur. Böylece Ukrayna 1900 adet stratejik nükleer silahın yanı sıra 2650-4200 arasında olduğu tahmin edilen taktik nükleer silahıyla dünyanın en büyük üçüncü nükleer silah gücü olarak⁷⁴ hem Rusya hem de ABD'yi tedirgin etmiştir. Nihayetinde Ukrayna Üçlü Andlaşma⁷⁵, Lizbon Protokolü⁷⁶ ve Budapeşte Memorandumu⁷⁷ ile nükleer silahlarından vazgeçmiş ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması'na (NSYÖA) taraf olmayı kabul etmiştir. Ukrayna güvenlik hususunda Rusya'ya ilişkin endişeler taşısa da ABD'nin diplomatik baskı ve verdiği güvenceler

⁷² chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://armscontrolcenter.org/wp-content/uploads/2022/11/START-I-Fact-Sheet.pdf (30.1.2024).

⁷³ https://2001-2009.state.gov/t/ac/trt/18016.htm (30.1.2024).

⁷⁴ Joseph Cirincione / Jon Wolfsthal / Miriam Rajkumar, *Deadly Arsenals: Nuclear, Biological and Chemical Threats* (2nd Edition, Camague Endowment for International Peace 2005), 365.

⁷⁵ Andlaşma metni için bkz. https://www.atomicarchive.com/resources/documents/deterrence/trilateral.html (30.1.2024).

⁷⁶ Protokol metni için bkz. chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://20092017.state.gov/ documents/organization/27389.pdf (30.1.2024).

⁷⁷ Memorandum metni için bkz. chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFC9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_1994_1399.pdf (30.1.2024).

nihayetinde bu adımları atmıştır⁷⁸. Görüldüğü gibi nükleer silah sahibi olmanın hukuka uygun olduğunu hatta kullanım tehdidi veya kullanımının bile bazı durumlarda hukuka uygun olduğunu savunan devletlerden biri olan ABD, bu silahların yayılmasını engellemeyi amaç edinmekte ve bu noktada ikircikli bir tavır sergi sergilemektedir. Zira bu silahlara sahip olmak hukuka uygun ise bunun aralarında egemen olarak eşit olan tüm devletler için geçerli bir kural olması gerektiği açıktır. Böylece NSYÖA'nın tarafı olmayan tüm devletlerin nükleer silah sahibi olmasına da başta ABD olmak üzere beş nükleer devletin en azından itiraz etmemesi gerekmektedir.

Rusya-Ukrayna arasında hala devam eden silahlı çatışmalarda Rusya'nın 5.10.2023 tarihinde yaptığı açıklamaya da değinmek gerekir. Rusya Devlet Başkanı *Vladimir Putin*, yaptığı açıklamada Rusya'nın iki nedenle nükleer silah kullanabileceğini belirtmiş ve bu durumları Rusya'ya karşı nükleer silah kullanılması ve Rus Devleti'nin varlığına yönelik tehdit olarak saymıştır ve konvansiyonel silahların kullanılması durumunda da Rusya'nın varlığının tehdit edilmiş olacağını ifade etmiştir⁷⁹. Benzer bir açıklama 11.1.2024 tarihinde Rusya Güvenlik Konseyi Başkan Yardımcısı *Dmitriy Medvedev* tarafından da yapılmıştır⁸⁰. Açıklamalardan anlaşıldığı üzere Rusya meşru müdafaa kapsamında nükleer silah kullanımını hukuka uygun saydığı gibi, varlığının tehdidi hususunu da oldukça geniş yorumlamış ve konvansiyonel silahların kullanıldığı bir durumda dahi karşılık olarak nükleer silaha başvurabileceğini ifade ederek nükleer silah kullanımı noktasında kendisine Divan'ın danışma görüşünde yarattığından çok daha geniş bir imkân yaratmıştır. Sadece bu bile danışma görüşünün esasında ne kadar yetersiz ve kötüye kullanıma açık olduğunu göstermektedir.

Dolayısıyla sözü edilen devlet uygulamaları ve bu uygulamaların bir yansıması olan Kısmi Nükleer Deneme Yasağı Andlaşması⁸¹, Yeraltı Nükleer Silah Denemelerinin Sınırlanması Andlaşması⁸², Barışçıl Nükleer Denemeler Andlaşması⁸³ ve Nükleer Denemelerin Kapsamlı Yasaklanması Andlaşması⁸⁴ gibi deneme yasağı getiren andlaşmalar veya Antarktika Andlaşması⁸⁵, Latin Amerika ve Karayip'lerdeki Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması⁸⁶, Güney Pasifik Nükleer Serbest

⁷⁸ Vladimir Orlov, "The Crimean Crisis and the Issue of Security Guarantees for Ukraine", (2014) 2, *International Affairs: A Russian Journal of World Politics, Diplomacy and International Relations*, 28.

⁷⁹ <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/putin-rus-devletinin-varligina-tehdit-olursa-nukleer-silah-kullanacaklarini-soyledi/3008761> (7.2.2024).

⁸⁰ <https://www.trthaber.com/haber/dunya/rusya-ukraynanin-fuze-sistemlerimizi-vurma-girisimi-nukleer-silah-kullanma-sebebi-828287.html> (7.2.2024).

⁸¹ Andlaşma metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c015/tbmm21015014_ss0171.pdf (30.1.2024).

⁸² Andlaşma metni için bkz. <https://www.hsd1.org/?view&did=442726> (30.1.2024).

⁸³ Andlaşma metni için bkz. <https://2009-2017.state.gov/t/isn/5182.htm> (30.1.2024).

⁸⁴ Andlaşma metni için bkz. <https://www.tbirlesmis-milletlerm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBİRLEŞMİŞ MİLLETLER/M/d21/c015/tBirleşmiş Milletlerm21015014ss0171.pdf> (30.1.2024).

⁸⁵ Andlaşma metni için bkz. [https://www.diplomasi.net/antarktika-antlasmasi/\(30.1.2024\)](https://www.diplomasi.net/antarktika-antlasmasi/(30.1.2024)).

⁸⁶ Andlaşma metni için bkz. <https://www.iaea.org/publications/documents/treaties/treaty-prohibition-nuclear-weapons-latin-america-tlatelolco-treaty> (30.1.2024).

Bölgesi Andlaşması⁸⁷, Güneydoğu Asya Nükleer Silahlardan Arındırılmış Bölge Andlaşması⁸⁸, Afrika Nükleer Silahlardan Arındırılmış Bölge Andlaşması⁸⁹ ve Orta Asya Nükleer Silahlardan Arındırılmış Bölge Andlaşması⁹⁰ gibi bölgesel nitelikli andlaşmaların neticesinde bir örf ve adetin oluştuğu ve bu örf ve adet kuralının da Nükleer Silahların Yasaklanmasına Dair Andlaşma⁹¹ ile yazılı hâle getirilmeye çalışıldığı da söylenmelidir.

Ayrıca bu tip silahların kullanım tehdidi veya kullanımına ilişkin yasağın bir anlam ifade etmesi için esasında bu tip silahların sadece kullanılmasını değil, üretim, geliştirme, depolama gibi tüm aşamaların da yasak kapsamına dâhil olması gerektiği söylenmelidir. Ancak bu aşamaları içeren hatta düzenleyen andlaşmaların yapılmış olması örf ve adet kuralına dönüşme bakımından gerekli olan genel uygulamanın oluşmadığı şeklinde yorumlanabilir. Bu nedenle bu tip silahların kullanılması yasağı örf ve adet kuralına dönüşmüş iken, üretim, geliştirme ve depolama gibi diğer aşamalar için bunu kesin bir şekilde kabul etmek mümkün görünmemektedir. Yine de bu silahların üretilmesi, geliştirilmesi ve depolanmasının da kullanım aşaması için gerekli olduğu açıktır. Zira bu tip silahları üretmeden, geliştirmeden veya depolamadan bu tip silahların kullanım tehdidine ve kullanımına başvurulamayacağı mantık gereğidir veya bir devletin caydırıcılık gücüne dayanmayacağı (kullanım tehdidi veya kullanımı şeklinde) silahları üretmesinin, geliştirmeye çalışmasının veya depolamasının bir anlama sahip olmayacağı açıktır. Bu nedenle kullanım yasağı içine bu aşamaların da dâhil edilerek yasaklanması söz konusu yasağın gerçek bir anlam kazanması için gereklidir.

Söz konusu yasağın *jus cogens* nitelikte olduğunu savunan bazı yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre nükleer silahların çevreye ve insana yönelik tehditleri bu yasağın *jus cogens* zeminde tanınmasını gerektirir. Bu durumda devletler için ısrarlı muhalif bir seçenek olmaz. Aksi takdirde bu şekilde istisna tutulma hakkı uluslararası toplumu nükleer silah edinme konusunda teşvik eder⁹².

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 53'e göre *jus cogens* norm "bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur". Tanımdan *jus cogens* normun üç unsuru tespit edilebilir. Bu unsurlar bütün olarak devletler toplumu tarafından kabul edilme,

⁸⁷ Andlaşma tam metni için bkz. <http://edam.org.tr/nukleer-silahlardanarindirilmis-bolgeler/> (30.1.2024).

⁸⁸ Andlaşma metni için bkz. https://asean.org/?static_post=treaty-on-the-southeastasia-nuclear-weapon-free-zone (30.1.2024).

⁸⁹ Andlaşma metni için bkz. <http://edam.org.tr/nukleer-silahlardan-arindirilmisbolgeler/>(30.1.2024).

⁹⁰ Andlaşma metni için bkz. <http://disarmament.un.org/treaties/t/canwfw/text> (30.1.2024).

⁹¹ Andlaşma metni için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26 (1.2.2024).

⁹² Steinfeld (n 13) 1685.

devletler toplumunca bu kuraldan hiçbir şekilde sapılmayacağına kabul edilmesi ve sadece aynı nitelikteki bir uluslararası hukuk kuralı ile değiştirilebilme şeklindedir.

“Bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumu” tarafından kabul edilme unsuru, tek tek devletlerin tamamı tarafından kabul edilmeyi ifade etmez. Aranacak şey farklı özellikteki devletlerin oluşturduğu toplum tarafından kabul edilmektir. Bu nedenle bir veya birkaç devletin itirazı *jus cogens* olma bakımından engel teşkil etmez⁹³. Nükleer silahların kullanım tehdidi veya kullanımına ilişkin yasağın *jus cogens* niteliği özellikle ikinci unsur bakımından incelenmelidir. Söz konusu unsur nükleer silahlar bakımından ikili şekilde değerlendirmek gerekir. Şayet bu düzenlemeler üretme, geliştirme, depolama gibi aşamaları içeren düzenlemeleri kast etmiyor sadece kullanıma ilişkin düzenlemeleri esas alıyorsa *jus cogens* niteliği kabul edilebilir. Bu aşamaları düzenleyen anlaşmalar yapılması yasağın *jus cogens* niteliği kazanmasını engelleyecektir. Zira örf ve adet kuralına oranla daha yoğun bir kabul gerektiren *jus cogens* için bu durum kabul edilme unsurunun sağlanmadığını gösterir. Üçüncü unsur olan aynı nitelikteki bir uluslararası hukuk normu ile değiştirilebilme ise nükleer silahların yasaklanması bakımından herhangi bir farklılık arz etmez. Bu nedenle söz konusu yasağın *jus cogens* norma dönüşmediği söylenmelidir⁹⁴.

III. Kuzey Kore'nin Nükleer Silah Kullanımı Tehdidi veya Kullanımına İlişkin Yasak Bakımından Israrlı Muhalif Devlet Statüsünün Değerlendirilmesi

Kuzey Kore'nin örf ve adet kuralına dönüştüğünü kabul ettiğimiz nükleer silahların kullanım tehdidi veya kullanımına ilişkin yasak karşısındaki durumunu tespit edip ısrarlı muhalif devlet statüsünü değerlendirebilmek için öncelikle Kuzey Kore'nin nükleer gelişimini ve bu süreçte uluslararası alanda göstermiş olduğu tutumu ele almak gerekir.

ABD'nin 1945 yılında *Hiroşima* ve *Nagazaki*'de kullandığı atom bombası ile Kuzey Kore'nin yıllardır mücadele ettiği Japonya'ya birkaç gün içinde teslim olacak duruma getirmesi Kuzey Kore'nin ilk lideri *Kim Il Jong*'u oldukça etkilemiştir. Böylece *Kim Il Jong* nükleer silahları mutlaka sahip olunması gereken bir silah türü olarak kabul etmiştir⁹⁵. Ancak *Kim Il Jong*'un nükleer silaha sahip olmayı bu kadar fazla istemesinin tek sebebi bu değildir. 1950-1953 yılları arasında ABD ile

⁹³ Erdem Denk, “Uluslararası Anlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kurallar” (2001) 56(2) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 52; İrem Karakoç, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (*Jus Cogens*=*Peremptory Norm*) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım” (2006) 8(1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 93.

⁹⁴ Nergis Emir, “Nükleer silahların yasaklanması Anlaşması'nın Nükleer Silahsızlanma Çabaları ve Anlaşmalar Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” (2021) 27(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 250.

⁹⁵ Leszek Buszynski, *Negotiating with North Korea* (1st Edition, Routledge 2013) 20; Bong-Geun Jun, “Cyclical Patterns of North Korean Nuclear Crisis and Solutions: A South Korean Perspective”, Jungmin Kang (edr), *Assessment of the Nuclear Programs of Iran and North Korea* (1st Edition, Springer Netherlands 2013) 30; Sung-Wook Nam, *North Korea's Nuclear Weapons and Reunification of The Korean Peninsula* (2019) Word Scientific 6.

yaşanan sıkıntılı süreçte ABD'nin Kuzey Kore'ye karşı nükleer silah kullanmayı ciddi bir şekilde seçenек olarak gördüğünün bazı resmi belgelerle tespit edilmesi, Küba Krizi'nde çok güvendiği Sovyetler Birliği'nin ABD ile anlaşma yoluna giderek nükleer silahlarını geri çekmesi ve Güney Kore ile yaşananlar dolayısı ile kendisini güvende hissetmemesi ve özellikle yıllardır devam eden Kore Yarımadası'nda birlik sağlama arzusu gibi durumlar da *Kim Il Jong*'u nükleer silahlara sahip olma konusunda teşvik etmiştir⁹⁶. *Kim Il Jong* bu kapsamda 1956 yılında önce Sovyetler Birliği ile 3 yıl sonra ise Çin ile nükleer programa yönelik anlaşmalar imzalamış, bu alanda kullanılan madenler bakımından zengin bir ülke olarak Sovyetler Birliği'ne satışa başlamıştır⁹⁷. 1965 yılında Sovyetler Birliği ile yapılan anlaşma gereğince ilk reaktör *Yongbyon* bölgesinde⁹⁸ kurulmuş, 1967 yılında ise faaliyete geçirilmiştir.

Kim Il Jong bir yandan nükleer çalışmaları yürütürken diğer yandan üzerindeki şüpheyi dağıtmak ve baskıyı azaltmak adına 1974 yılında Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu (UAEK)'na üye olmuştur⁹⁹. Ancak bu üyeliğe rağmen *Kim Il Jong* çalışmaları durdurmamış ve 1975 yılında nükleer silahları uzak mesafelere göndermek için kullanılan füzelerin geliştirilmesi adına çalışmalara başlamıştır. Bunun sebebi ABD'nin Güney Kore'ye *Nike-Hercules* tipi füzeleri göndermesi ve Güney Kore'nin bu füzeleri geliştirmesidir¹⁰⁰. 1979 yılında 5 MWt'lik yeni bir reaktörün yapımına başlayan Kuzey Kore çalışmalarını hızlandırmış, uranyum madeni işlemiş ve yakıt çubukları çıkarmaya başlamıştır. Bu dönemde *SCUD-B*, *No-dong* ve *No-dong* füze sistemlerinden daha uzun menzilli olan *Taepo-dong* füze sistemlerini de geliştirmeye başlayan Kuzey Kore¹⁰¹, 1987 yılında plütonyum ayırıştırma laboratuvarı kurmayı başarmıştır. Böylece nükleer silah üretme aşamalarından biri daha tamamlanmıştır.

1985 yılında ise Kuzey Kore, ABD'nin baskısı ve Sovyetler Birliği'nin isteği ile Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması'na taraf olmuştur. Ancak ne UAEK üyeliği ne de NSYÖA tarafı olma Kuzey Kore'yi nükleer çalışmalarından ayırmamış ve Kuzey Kore zaman zaman gizli bir şekilde de olsa nükleer silah çalışmalarını devam ettirmiştir. Uygulanan yaptırımlar ve özellikle ABD'nin baskısı neticesinde Kuzey Kore 1974 yılında taraf olduğu UAEK'nın 5 Mayıs 1992 tarihinde

⁹⁶ Andrew Scobell and John M. Sanford, *North Korea's Military Threat: Pyongyang's Conventional Forces, Weapons of Mass Destruction and Ballistic Missiles* (April 2007) 74, <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/> (7.3.2022); Cristina Varriale, (October-2018) 48(7) *Arms Control Today* 7.

⁹⁷ Leon V. Sigal, *Disarming Strangers, Nuclear Diplomacy with North Korea* (1st Edition, Princeton University Press 1997) 20; Mustafa Kibaroglu, "Kuzey Kore'nin Nükleer Silah Programı: Sebepler ve Sonuçlar" (Bahar-2004) 1(1) *Uluslararası İlişkiler*, 158.

⁹⁸ Günümüzde Kuzey Kore'nin nükleer silah programına ilişkin tesislerin çoğu bu bölgede bulunmaktadır.

⁹⁹ Larry A. Niksch, *North Korea's Nuclear Weapons Development and Diplomacy* (1st Edition, Congressional Research Service 2010) 16-17.

¹⁰⁰ Bekir Ünal, "İran-Kuzey Kore Savunma Sanayii ve Nükleer Teknoloji İşbirliği" (Bahar-2014) 6(10) *Bilge Strateji* 123-124; Kibaroglu (n 39) 162-163.

¹⁰¹ Steven A. Hildreth, "North Korean Ballistic Missile Threat to The United States"; Simon R. Holden (edr), *North Korea's Nuclear and Ballistic Weapons* (Nova Science Publishers 2010) 1; Victor D. Cha ve David C. Kang, *Nuclear North Korea* (1st Edition, Colombia University Press 2003) 61.

tesislerinde denetim yapmasına izin veren andlaşmayı imzalamıştır¹⁰². 1985 yılında NSYÖA'ya taraf olmasının üzerinden yedi yıllık bir zamandan sonra denetime izin veren bu andlaşmayı¹⁰³ imzalayan Kuzey Kore 150 sayfalık bir rapor da sunmuştur. 1992 yılının yaz ve sonbahar dönemlerinde yapılan denetimlerde Kuzey Kore'nin raporda vermiş olduğu bilgilerden farklı bir süreç yürüttüğü, özellikle belirtilenin üzerinde bir plütonyum elde edildiği ve bildirilmeyen iki alanı bulunduğu tespit edilmiştir¹⁰⁴. Aynı yıl Kuzey Kore UAEK denetimlerini askıya almış ve Güney Kore ile Kore Yarımadası'nın nükleer silahtan arındırılmasına dair ortak bir bildiriye imzalamıştır¹⁰⁵.

Kuzey Kore 12 Mart 1993 tarihinde NSYÖA'dan çekildiğini beyan etmiştir¹⁰⁶. Ardından yapılan ABD-Kuzey Kore görüşmeleri neticesinde Kuzey Kore çekilme beyanını askıya almıştır¹⁰⁷. Ancak ne öngörülen yaptırımlar ne de görüşmeler Kuzey Kore'yi nükleer silah programına ilişkin çalışmalardan alıkoymamıştır. Zira *Kim Il Jong*'un ölümünden sonra ülke yönetimini ele alan *Kim Jong-il* ilk iş olarak ABD, Güney Kore ve UAEK ile nükleer sorunun çözümüne ilişkin bir Çerçeve Andlaşma imzalamışsa da¹⁰⁸, ABD'nin bazı basit nitelikli kısıtlamaları uygulamaya devam etmesi ile Kuzey Kore uzun menzilli füze denemesi yapmıştır¹⁰⁹. Bir süre sonra ise *Kim Jong-il* Çerçeve Andlaşma'nın sona erdiğini açıklamış ve Kuzey Kore nükleer silah programını devam ettirmiştir. Uranyum zenginleştirme programına da başlayan Kuzey Kore¹¹⁰, bu süreçte barışçıl amaçlarla yürütülen bir nükleer programa sahip olduğunu savunmuştur. Ancak neticede 10 Ocak 2003'te Kuzey Kore NSYÖA'dan çekilmiş¹¹¹, 23 Nisan 2003'te ise Kuzey Kore, ABD ve Çin arasında görüşmeler başlamış, sonrasında Güney Kore, Rusya ve Japonya'nın da katılımıyla "Altılı Görüşmeler" adı verilen görüşmeler yapılmıştır. Ancak görüşmeler başarıya ulaşamamış ve Kuzey Kore 10 Şubat 2005'te nükleer silah sahibi olduğunu duyurmuştur¹¹².

¹⁰² Ünal (n 42) 128.

¹⁰³ Söz konusu andlaşmanın yedi yıl gibi bir süre sonra yapılmasının sebebi olarak nükleer programının en başından beri destek alınan Sovyetler Birliği'nin kısa bir süre önce dağılması gösterilebilir. Kaunobu Hayashi ve Terus Komaki, *Kim Il Jong's North Korea* (Institute of Developing Economies 1997) 1, Kibaroglu (n 39) 159,161.

¹⁰⁴ Leonard S. Spector, Mark M Medonough ve Evan S Medeiros, *Tracking Nuclear Proliferation: A Guide in Maps and Charts 1995* (1st Edition, Brookings Institution Press 1995) 104; Sigal (n 39) 43. NSYÖA her ne kadar UAEK'ya bir denetim yetkisi tanımışsa da bu denetim ilgili devletin rızasına bağlıdır. İlgili devletin bildirdiği tesislerde izin verdiği ölçüde bir denetim yürütebilir. Bu durum Kuzey Kore'nin birçok bakımından eksik veya yanlış bilgi vermesine zemin hazırlamıştır.

¹⁰⁵ Kelsey Davenport, "North Korea Conducts Nuclear Test" (March-2013) 43(2) *Arms Control Today* 23.

¹⁰⁶ Buszynski (n 37) 56; Scobell ve Sanford (n 38) 74.

¹⁰⁷ Erkan Akdoğan, *21. Yüzyılda Yeni Silah Teknolojileri Silahların Kontrolü ve Uluslararası Hukuk* (1. Baskı, Legem 2018) 145.

¹⁰⁸ Buszynski (n 37) 20; Hayashi ve Komaki (n 45) 38. Kuzey Kore bu andlaşma kapsamında nükleer silah programını donduracak, UAEK'nın denetimlerine izin verecek ve aşamalı bir şekilde nükleer silahlarını yok edecektir. Karşılığında ise Kuzey Kore'ye iki adet 1000 MW'lik enerji reaktörü sağlanacak, ilk reaktör yapılıncaya kadar yıllık 500.000 ton petrol yardımı yapılacaktır. Hayashi ve Komaki (n 45) 1.

¹⁰⁹ Terence Roehring, "One Rogue State Crisis at a Time!": The United States and North Korea's Nuclear Weapons Programme (Spring-2003) 165(4) *World Affairs* 162.

¹¹⁰ Michael O'hanlon ve Mike Mochizuki, *Crisis on The Korean Peninsula* (McGraw-Hill Education 2003) 14.

¹¹¹ Cha ve Kang (n 43) 133.

¹¹² Scobell ve Sanford (n 38) 75.

Kim Jong-il'in 17 Aralık 2011'de ölmesinin ardından yerine oğlu *Kim Jong-un* geçmiş, ancak *Kim Jong-un* da Altılı Görüşmeler çerçevesinde nükleer silah programını sonlandırmayı hayata geçirmemiştir. Bu nedenle uygulanan yaptırımlar ve askeri harcamalara öncelik verilmesi gibi sebeplerle Kuzey Kore ciddi ekonomik sıkıntılar yaşamıştır. *Kim Jong-un* da dedesi ve babası gibi nükleer silahlara çok önem vermiş ve bu nedenle nükleer silah programının gelişimini amaçlamıştır. Kuzey Kore 2006 yılı itibarıyla menzili 5000-15.000 kilometre aralığında değişen *Taepo-dong 2* füzeleri test etmeye başlamış, 2012 sonrasında ise 11.500 kilometre menzilli *Eunha 3* adlı kıtalararası balistik füzeyi denemiştir. Tüm bu nükleer çalışmalar devam ederken 1 Nisan 2013'te çıkarılan Nükleer Silahlar Kanunu ile Kuzey Kore bu tür silahların ABD'den gelen nükleer tehdide karşı bir savunma aracı olduğunu dile getirmiştir¹¹³.

2016 yılında yapılan *SCUD-ER* adlı genişletilmiş füze denemesi ile dördüncü nükleer denemesini gerçekleştiren Kuzey Kore'nin bu çalışması, ABD ve Güney Kore tarafından minyatür bir savaş başlığı yapılması amacı güdüldüğü şeklinde yorumlanmıştır. Kuzey Kore'nin her üç lider döneminde nükleer silah programını sürekli olarak geliştirmesine, farklı zamanlarda nükleer silah sahibi olduğunu duyurmasına rağmen dönemin ABD Başkanı *Obama* Kuzey Kore'yi nükleer güç olarak tanımadıklarını ifade etmiştir¹¹⁴. Ancak bu durum Kuzey Kore'yi engellememiş ve 9 Eylül 2016'de Kuzey Kore nükleer silah programını farklı bir aşamaya geçirek hidrojen bombasını test etmiştir¹¹⁵. 29 Eylül 2017'de ise yeni bir balistik füze denemesi daha yapan Kuzey Kore, daha önce uygulanan ekonomik yaptırımların Güvenlik Konseyi'nin 2371 sayılı kararıyla¹¹⁶ ağırlaştırılmasına maruz kalmış ve 2397 sayılı karar¹¹⁷ ile bazı ek yaptırımlarla da karşılaşmıştır.

Kim Jong-un 21 Nisan 2018'de nükleer silah geliştirme hedefine ulaştıkları için artık tüm nükleer ve kıtalararası balistik füze denemelerini bıraktıklarını açıklamış, sonrasında ise ABD Başkanı *Trump* ile görüşerek bazı olumlu adımların atıldığı ortak bir duyuru yapmıştır. Ancak görüşmelerin kesintiye uğramasıyla ABD'nin somut adım atması için bir süre tanıyan Kuzey Kore süre bitiminde nükleer denemeleri yeniden başlatmıştır¹¹⁸.

¹¹³ Sung Chull Kim, "North Korea's Nuclear Doctrine and Revisionist Strategy", Sung Shull Kim ve Michael D. Cohen (edr) *North Korea and Nuclear Weapons: Entering The New Era od Deterrence* (1st Edition, Georgetown University Press 2017) 33-34.

¹¹⁴ Hyun Kim, "Comparing North Korea Policies of The Obama and Trump Administrations", (2017) 39 *Nanzan Review of American Studies* 49-50.

¹¹⁵ Ibid. 31.

¹¹⁶ United Nations Security Council, S/RES/2371(2017), Adopted by the Security Council at its 8019th meeting on 5 July 2017, [https://undocs.org/S/RES/2371\(2017\)](https://undocs.org/S/RES/2371(2017)) (13.4.2022).

¹¹⁷ United Nations Security Council, S/RES/2397(2017), Adopted by the Security Council at its 8151st meeting on 22 December 2017, [https://undocs.org/S/RES/2397\(2017\)](https://undocs.org/S/RES/2397(2017)) (13.4.2022).

¹¹⁸ Buszynski (n 37) 56.

Son olarak *Kim Jong-un* 25 Mart 2022'de *Hwasong-17* tipi yeni kıtalararası balistik füzesinin testine ilişkin görüntüleri bir video şeklinde yayınlamış ve 2017 sonrasında gerçekleştirilen en uzun menzilli füze denemesi olduğunu açıklamıştır.

Kuzey Kore'nin nükleer silah programı sürecinde genel olarak çalışmaları zaman zaman gizli de olsa devam ettirdiği ve bir yandan da üzerindeki özellikle ABD kaynaklı uluslararası baskıyı azaltmak adına bazı adımlar attığı söylenebilir. UAEK'na üye olması, NSYÖA'na taraf olarak katılması, UAEK denetimlere izin vermesi, nükleer çalışmaların barışçıl amaçlı olduğu yönünde açıklamalar yapması esasında Kuzey Kore'nin bu kapsamda attığı adımlardır. Ancak geline nokta Kuzey Kore'nin bu adımları çoğunlukla çalışmalarının sekteye uğramasına engel olmak ve ekonomik sıkıntılardan kurtulabilmek adına attığı söylenebilir.

Günümüz itibariyle Kuzey Kore 2003 yılındaki çekilmeden sonra söz konusu yasağa yer veren herhangi bir andlaşmanın tarafı değildir. Ancak daha önce ifade edildiği gibi söz konusu yasağın niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu yasak sadece bir andlaşma hükmü değildir. Bir örf ve adet kuralına dönüşmüştür. Zira 1945 yılında ilk kez kullanılan bu silah türü bir daha kullanılmamış, böylece genel uygulama şartı sağlanmıştır. Genel inanç unsuru bakımından ise özellikle ABD, Rusya ve Fransa gibi devletlerin de içerisinde bulunduğu bazı devletler tarafından bu unsurun sağlanmadığı savunulsa da, konuya ilişkin yapılan andlaşmaların ve bu andlaşmalara taraf olan devletlerin sayısı önemli bir veridir. Taraf olan devletler için söz konusu genel uygulamanın arkasında hukukun bir gereği olduğu inancının bulunduğu düşünülmelidir. Bu nedenle sözü edilen yasağın örf ve adet kuralına dönüştüğü söylenmelidir. Yasak andlaşmanın tarafı olmayan devletler için de bağlayıcıdır. Kuzey Kore de bu devletlerden biri olarak söz konusu yasağa tabidir.

Yasağa tabi olmak istemeyen Kuzey Kore'nin yapması gereken ise ısrarlı muhaliftir. Ancak ısrarlı muhalif devlet statüsü kazanabilmek için yasağın oluşum aşamasından başlayarak sürekli ve ısrarlı bir itiraz gerekir. Zira bir devlet bir hareket tarzının hukukun bir gereği olduğuna inanır ve bir kez bile bu yönde davranırsa söz konusu örf ve adet kuralının oluşumunu zımni olarak desteklemiş olur¹¹⁹ ve itirazın sürekli olma niteliği son bulur. Ancak zımni rızanın ilgili kural hakkında tam bir bilgi sahibi olmayı gerektirdiği ifade edilmelidir. Devlet söz konusu kuralın bir örf ve adet kuralına dönüştüğünü fark etmelidir¹²⁰.

Kuzey Kore söz konusu yasağa tabi olmamak için zaman zaman bir itirazda bulursa da daha önce ifade edildiği gibi 1974 yılında UAEK'ya üye olmuş, 1985'de

¹¹⁹ Shaw (n 1) 56. Başka bir ifadeyle Kuzey Kore'nin görüşmelere katılırken, andlaşmanın tarafı olurken yasağın niteliğine ilişkin bir bilgi sahibi olması gerekirdi. Nükleer silahların özellikle ağır etkileri ve birçok devletin andlaşmaya taraf olması, görüşmelerin uzun yıllarca sürdürülmesine ilişkin gösterilen çaba gibi birçok unsur nedeniyle Kuzey Kore'nin bu konuda fikir sahibi olmadığını iddia etmesi makul görünmemektedir.

¹²⁰ Ibid. 60.

NSYÖA'ya taraf olmuş, 1992'de UAEK denetimlerine izin veren andlaşmayı imzalamış, 1992'de Güney Kore ile Kore Yarımadası'nın nükleersizleştirilmesi ortak bildirisini kabul etmiş¹²¹, ABD, Güney Kore ve UAEK'nın dâhil olduğu bir Çerçeve Andlaşmayı imzalamış, bu andlaşma ile nükleer silah programını durdurmayı ve aşamalı olarak bu tür silahlarını tamamen yok etmeyi kabul etmiş, 2003 yılında NSYÖA'dan çekilmiş olmasına rağmen çalışmalarının barışçıl nitelikli olduğunu sık sık dile getirmiş, aynı yıl Altılı Görüşmelere başlamış¹²², kabul ettiği Nükleer Silahlar Kanunu'nda bu tip silahları bir savunma aracı olarak edindiğini belirtmiştir.

Kuzey Kore'nin anılan filleri genel uygulamaya uygundur. Zira Kuzey Kore bu tür silahları edinmiş olsa da şimdiye kadar hiç kullanmamıştır. Genel uygulamanın *opinio juris*in karinesi olması nedeniyle Kuzey Kore'nin bunu hukukun bir gereği olarak gördüğü söylenebilir. Yine Kuzey Kore'nin yıllarca sürdürdüğü eylemleri ısrarlı muhalif statüsü için gereken muhalefetin sürekli ve istikrarlı olması gerekliliğine aykırıdır. Kuzey Kore'nin bu adımları genel inancının bir neticesi olarak görmek gerekir. Bu da Kuzey Kore'nin nükleer silahların kullanılmasına ilişkin yasağın örf ve adet kuralı niteliğini kabul ettiği sonucu ortaya çıkarır. Daha önce ifade edildiği üzere bu tip silahların sadece kullanım tehdidinin veya kullanımının yasaklanması yeterli değildir, ilgili yasak doğası gereği üretim, geliştirme, depolama gibi aşamaları da içine alır. Dolayısıyla Kuzey Kore'nin sorumluluk kapsamı bu şekilde belirlenmelidir.

Sonuç

Evrensel nitelikli bir örf ve adet kuralı tüm uluslararası hukuk kişilerini bağlar. Ancak ilgili kurala tabi olmak istemeyen devletler için ısrarlı muhalif olarak adlandırılan bir çözüm yolu vardır. Devletler örf ve adet kuralının oluşum aşamasından başlamak üzere ilgili kurala sürekli ve istikrarlı bir itiraz geliştirirse söz konusu kural onlara

¹²¹ Ortak bildiri akla bölgesel örf ve adet kuralı meselesini de getirmektedir. Her ne kadar çalışmada nükleer silahların kullanılması tehdidi veya kullanımının evrensel bir örf ve adet kuralına dönüştüğü kabul edildiğinden bu hususun incelenmesi gerekli görülmemişse de, kısaca da olsa bölgesel örf ve adet kuralından bahsetmek yerinde olacaktır. Bir grup devlet veya iki devlet arasında da bağlayıcı olan kurallar konulabilmesi mümkündür. Bu kapsamda bölgesel örf ve adet kurallarının oluşumu olağandır. Ancak bölgesel örf ve adet kuralı oluşumunda evrensel örf ve adet kuralı oluşumuna nazaran devletlerce açık bir şekilde kabulü gerekir. Uluslararası Adalat Divanı da *Asylum Davası*'nda "bu tür bir örf ve adet kuralına güvenen tarafın, diğer taraflar üzerinde bağlayıcı olacak şekilde kurulduğunu ispat etmek zorunda olduğunu" ifade etmiştir. Dolayısıyla örf ve adetin bu türünde evrensel olana kıyasla delil standardının yüksek olduğu açıktır. Bu nedenle Kuzey Kore'nin bu yönde bir bölgesel örf ve adet kuralını kabul ettiğini söyleyebilmek için taraf olunan ortak bildirisinin yeterli olup olmadığı incelenmelidir. International Court of Justice, *Asylum Case*, 20 November 1950, 266, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (15.01.2024) ; Shaw (n 1) 71. Bu bakımdan öncelikle ortak bildirisinin niteliği saptanmalıdır. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) bir metnin andlaşma olabilmesi için metnin şeklinin veya isminin bir önem arz etmediğini açıkça düzenlemiştir. Ancak yine de bir metnin andlaşma olması ve andlaşmaların bağlayıcılığına sahip olması için taraflarının uluslararası hukuk kişisi olması, uluslararası hukuk kurallarına tabi olması gibi unsurlar aranır. En zor olan kısım ise bağlayıcılığı konusunda tarafların niyetleridir. Aksar (n 4) 136. Kuzey Kore 1992 yılında Güney Kore ile söz konusu ortak bildiriye imzalamışsa da aynı zamanda fiili olarak "barışçıl" olduğunu iddia ettiği nükleer çalışmalarını sürdürmeyi tercih etmiştir. Bu sebeple bağlayıcılık niyeti taşıdığını düşünmek daha zor bir ihtimaldir. Daha çok bulunulan durumun yarattığı siyasi baskının bir sonucu olarak görmek gerekir. Bu sebeple bölgesel bir örf ve adet kuralı oluşmadığı söylenebilir.

¹²² Buszynski (n 37) 18; Gilbert Rozman, *Strategic Thinking About the Korean Nuclear Crisis* (1st Edition, Palgrave Macmillan 2011) 6-7; Sibel Karabel, "Kuzey Kore-ABD Nükleer Denklemine Çin'in Konumu" (Haziran-Temmuz 2018) 13 *Stratejist* 63.

karşı uygulanamaz. Ancak itirazın gerekli olan her durum ve zamanda ileri sürülmesi bu neticenin ortaya çıkması için mutlak bir zorunluluktur.

Nükleer silahların kullanım tehdidi veya kullanımına ilişkin yasak ise temelde ikili ve çok taraflı bölgesel ve evrensel birçok andlaşma ile oluşturulmaya çalışılan bir kuraldır. Ancak söz konusu kuralın sadece andlaşma hükmü olmadığı örf ve adet kuralı niteliği taşıdığı söylenmelidir. Hatta doktrinde bazı yazarlar sözü edilen kuralın *jus cogens* bir norma dönüştüğünü dahi savunmaktadır. İlk kez 1945 yılında ABD tarafından kullanılmasından sonra ne ABD ne de başka bir devlet tarafından bir daha kullanılmayan bu silah türü, bu yönüyle örf ve adet kuralı olmanın ilk şartı olan genel uygulamayı sağlar. Örf ve adet kuralı olmanın ikinci şartı olan hukukun bir gereği olduğu inancı ise özellikle bu silah türünün yayılmasını önlemeye çalışan, belirli bölgelerin bu tür silahlardan arındırılması amacına hizmet eden veya 2017 tarihli Nükleer Silahların Yasaklanmasına Dair Sözleşme gibi doğrudan bir yasak getiren andlaşmaların ve bu andlaşmalara taraf olan devlet sayısının önemli bir düzeyde olması gibi veriler nedeniyle ortaya çıkar. Ancak bu tip andlaşmalara tüm devletlerin taraf olmadığı bilinir. Kuzey Kore de bu devletlerden biridir ve mevcut durumda nükleer silah sahibi olduğu bilinen ve bu durum kendisi tarafından da teyit edilen bir devlettir. Örf ve adet kuralı niteliği taşıyan yasak kural olarak Kuzey Kore gibi andlaşma tarafı olmayan devletleri de bağlar. Bu bağlayıcılıktan kurtulmanın tek yolu ısrarlı muhalif devlet statüsüne sahip olmaktır. Ancak Kuzey Kore bu statüye aykırı birçok harekette bulunmuştur.

Tüm bu hareketler itirazı kesintiye uğratan, istikrarlı olma niteliğini sona erdiren durumlardır. Bunların herhangi bir baskı veya menfaat karşılığında yapılmış olması ısrarlı muhalif statüsüne sahip olamayacağı gerçeğini değiştiremez. Bu nedenle anılan yasak ile bağlı bir devlet olarak nükleer silah faaliyetlerini durdurmalıdır. Aksi takdirde uluslararası sorumluluğu doğacaktır. Hatta söz konusu yasağın sadece nükleer silahların kullanım tehdidi veya kullanımına ilişkin değil, bu tür silahların üretilmesi, geliştirilmesi ve depolanması gibi aşamaları içerdiğinin kabul edilmesi gerekliliği nedeniyle nükleer silah programı kapsamında gerçekleştirilen bu aşamalar nedeniyle de sorumlu tutulması gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar ve Makaleler/Books and Articles

- Akdoğan E, *21. Yüzyılda Yeni Silah Teknolojileri Silahların Kontrolü ve Uluslararası Hukuk* (1. Baskı, Legem 2018).
- Aksar Y, *Evensel Yargı Kuruluşları* (1. Baskı, Seçkin 2007).
- Aksar Y, *Uluslararası Hukuk I* (6. Baskı, Seçkin 2021).
- Alpkaya G, “Nükleer Silahlar ve Uluslararası Adalet Divanı” (1997) 52(1-4) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 105-115.
- Arsava A. F, “Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması ve NATO Andlaşması” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (2023) 14(56) 203-228.
- Bradley CA ve Mitu G, “Withdrawing from International Custom” (2010) 120(202) *The Yale Law Journal* 202-275.
- Cirincione J. / Wolfsthal J. / Rajkumar M., *Deadly Arsenals: Nuclear, Biological and Chemical Threats* (2nd Edition, Carnegie Endowment for International Peace 2005).
- Cha VD ve David CK, *Nuclear North Korea* (1 st Edition, Colombia University 2003).
- Colson DA, “How Persistent Must the Persistent Objector Be?” (1986) 61(3) *Washington Law Review* 957-970.
- Çelik EF, *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap* (2. Baskı, Filiz 1987).
- Davenport K, “North Korea Conducts Nuclear Test” (2013) 43(2) *Arms Control Today* 20-24.
- Denk E, “Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kurallar” (2001) 56(2) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 43-70.
- Denk E, “Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar” 2011(66/3), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 93-136.
- Dumberry P, “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited” (2010) 59(3) *The International and Comparative Law Quarterly* 779-802.
- Emir N, “Nükleer silahların yasaklanması Andlaşması'nın Nükleer Silahsızlanma çabaları ve Andlaşmalar Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” (2021) 27(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 239-253.
- Green J. E, “India's status As a Nuclear Weapons Power under Customary International Law” *National Law School of India Review* (2012) 24(1) 125-146.
- Jun BG, “Cyclical Patterns of North Korean Nuclear Crisis and Solutions: A South Korean Perspective”, Jungmin Kang (edr), *Assessment of the Nuclear Programs of Iran and North Korea* (1st Edition, Springer Netherlands 2013) 53-64.
- Hayashi K ve Terus K, *Kim Il Jong's North Korea* (1st Edition, Institute of Developing Economies 1997).
- Heller K.J, “Specially-Affected States and the Formation of Custom” *American Journal of International Law* (2018) 112(2) 191-243.
- Hildreth S. A, “North Korean Ballistic Missile Threat to The United States”, Simon R. Holden (edr), *North Korea's Nuclear and Ballistic Weapons* (Nova Science Publishers 2010) 1-9.
- Hillier T, *Principles of Public International Law* (1st Edition, Cavendish Publishing 1999).
- Karabel S, “Kuzey Kore-ABD Nükleer Denklemine Çin'in Konumu” (2018) 13(1) *Stratejist* 58-65.

- Karakoç İ, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (*Jus Cogens=Peremptory* Norm) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım” (2006) 8(1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 87-122.
- Keskin Y, “Uluslararası Hukukta Nükleer Silahların Meşruluğu Sorunu” (2019) 14(183/184) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1961-2022.
- Kim H, “Comparing North Korea Policies of The Obama and Trump Administrations” (2017) 39(1) *Nanzan Review of American Studies* 45-69.
- Kim S. C, “North Korea’s Nuclear Doctrine and Revisionist Strategy”, Sung Shull Kim ve Michael E. Cohen (edr) *North Korea and Nuclear Weapons: Entering The New Era of Deterrence* (Georgetown University Press 2017) 31-54.
- Kıbaroğlu M, “Kuzey Kore’nin Nükleer Silah Programı: Sebepler ve Sonuçlar” (2004) 1(1) *Uluslararası İlişkiler* 154-172.
- Koskenniemi M, *From Apology to Utopia-The Structure of International Legal Argument, Reissue with a new Epilogue* (Cambridge University Press 2005).
- Leopard B. D, *Customary International Law A new Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press 2010)
- Lythgoe G, Nuclear Weapons and International Law: The Impact of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, <https://www.ejiltalk.org/nuclearweapons-and-international-law-the-impact-of-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/> (8.2.2024).
- Nam SW, *North Korea’s Nuclear Weapons and Reunification of The Korean Peninsula* (1st Edition, Word Scientific 2019).
- Nixsch LA, *North Korea’s Nuclear Weapons Development and Diplomacy* (1st Edition, Congressional Research Service 2010).
- O’hanlon M ve Mike M, *Crisis on The Korean Peninsula* (1st Edition, McGraw-Hill Education 2003).
- Orlov V., “The Crimean Crisis and the Issue of Security Guarantees for Ukraine”, (2014) 2, *International Affairs: A Russian Journal of World Politics, Diplomacy and International Relations*, 22-34.
- Öktem E, *Uluslararası Teamül Hukuku* (1. Baskı, Beta 2013)
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (19. Baskı, Turhan 2020).
- Roehring T, “One Rogue State Crisis at a Time!”: The United States and North Korea’s Nuclear Weapons Programme (2003) 165(4) *World Affairs* 155-178.
- Rozman G, *Strategic Thinking About the Korean Nuclear Crisis* (1st Edition, Palgrave Macmillan 2011).
- Shaw MN, *International Law* (7th Edition, Cambridge University Press 2017).
- Slouka ZJ, *International Custom and the Continental Shelf* (1st Edition, Martinus Nijhoff 1968).
- Sigal LV, *Disarming Strangers, Nuclear Diplomacy with North Korea* (1st Edition, Princeton University Press 1997).
- Spector LS, McDonough MM ve Medeiros ES, *Tracking Nuclear Proliferation: A Guide in Maps and Charts 1995* (Brookings Institution Press 1995).
- Stein TL, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law” (1985) 26(2) *Harvard International Law Journal* 457-482.
- Steinfeld A, “Nuclear Objections: The Persistent Objector and The Legality of the Use of Nuclear Weapons” (1996) 62(4) *Brooklyn Law Review* 1635-1686.
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (14. Baskı, Beta 2020).

- Tüttüncü AN, “Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisi”nin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi” (2003) 23 *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 791-816.
- Uzun E, “Milletlerarası Adalet Divanı’nın Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti ile İlgili 1991 Tarihli İstişari Mütalasına İnsancıl Hukuku Açısından Bir Bakış” (2003) 7(3-4) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 557-589.
- Ünal B, “İran-kuzey Kore Savunma Sanayii ve Nükleer Teknoloji İşbirliği” (2014) 6(10) *Bilge Strateji* 557-589.
- Varriale C, *Arms Control Today* (October-2018) 48(7) 6-10.
- Villiger ME, *Customary International Law and Treaties* (1st Edition, Nijhoff Publishers 1985).
- Weeramantry C, “Dissenting Opinion-Advisory Opinion of the ICJ on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” *American Journal of International Law* (1996) 86(3) 476-505, [https://www.icj-cij.org/en/case/95\(28.3.2022\)](https://www.icj-cij.org/en/case/95(28.3.2022)).

Kararlar/ Decisions

- International Court of Justice, Continental Shelf (Libya/Malta), 3 June 1985, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf> (14.3.2022).
- International Court of Justice, The Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 July 1996, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (14.3.2022).
- International Court of Justice, Asylum Case (Colombia/Peru), 20 November 1950, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (15.01.2024).
- International Court of Justice, Bozkurt-Lotus Case (France /Turkey), 7 September 1927, <https://www.icj-cij.org/list-of-all-cases?dateorder=introduction&order=desc> (15.1.2024).
- International Court of Justice, Right of Passage over Indian Territory (Portugal /India), 12 April 1960 <https://www.icj-cij.org/case/32> (30.1.2024).
- International Court of Justice, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), 20 February 1969, <https://www.icj-cij.org/case/51> (30.1.2024).
- International Court of Justice, Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua/Costa Rica), 28 July 1986, <https://www.icj-cij.org/case/73> (6.2.2024).
- International Court of Justice, Reservations To The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide Advisory Opinion, 28 May 1951, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf> (7.2.2024).
- United Nations Security Council, S/RES/2371(2017), Adopted by the Security Council at its 8019th meeting on 5 July 2017, [https://undocs.org/S/RES/2371\(2017\)](https://undocs.org/S/RES/2371(2017)) (13.4.2022).
- United Nations Security Council, S/RES/2397(2017), Adopted by the Security Council at its 8151st meeting on 22 December 2017, [https://undocs.org/S/RES/2397\(2017\)](https://undocs.org/S/RES/2397(2017)) (13.4.2022).
- United Nations Security Council, A/RES/1653(1961), Declaration on the prohibition of the use of nuclear and thermo-nuclear weapons, <https://daccess-ods.un.org/tmp/6799777.74620056.html> (25.1.2024).
- United Nations General Assembly, A/RES/1(I), Establishment of a Commission to Deal with the Problems Raised by the Discovery of Atomic Energy, 24 January 1946, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/032/52/pdf/nr003252.pdf?token=50OgZ9pYrWQV0VgOtp&fe=true](https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/032/52/pdf/nr003252.pdf?token=50OgZ9pYrWQV0VgOtp&fe=true) (6.2.2024).

İnternet Kaynakları/ Internet Resources

- chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://armscontrolcenter.org/wp-content/uploads/2022/11/START-I-Fact-Sheet.pdf (30.1.2024).
- chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://20092017.state.gov/documents/organization/27389.pdf (30.1.2024).
- chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_1994_1399.pdf (30.1.2024).
- https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/8680.pdf (12.01.2024).
- https://www.refworld.org/cases,ICJ,3ae6b67f14.html (15.01.2024).
- nato.int/docu/review/tr/articles/2020/06/088 (26.1.2024).
- https://2009-2017.state.gov/t/avc/trty/102360.htm (30.1.2024).
- https://2001-2009.state.gov/t/ac/trt/18016.htm (30.1.2024).
- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c015/tbmm21015014ss0171.pdf (30.1.2024).
- https://www.hsdl.org/?view&did=442726 (30.1.2024).
- https://2009-2017.state.gov/t/isn/5182.htm (30.1.2024).
- https://www.tbirlesmisMilletler.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBİRLEŞMİŞ MİLLETLER/d21/c015/tBirleşmiş Milletler21015014ss0171.pdf (30.1.2024).
- https://www.diplomasi.net/antarktika-antlasmasi/(30.1.2024).
- https://www.iaea.org/publications/documents/treaties/treaty-prohibition-nuclear-weapons-latin-america-tlatelolco-treaty (30.1.2024).
- http://edam.org.tr/nukleer-silahlardanarindirilmis-bolgeler/ (30.1.2024).
- https://asean.org/?static_post=treaty-on-the-southeastasia-nuclear-weapon-free-zone (30.1.2024).
- http://edam.org.tr/nukleer-silahlardan-arindirilmisbolgeler/(30.1.2024).
- http://disarmament.un.org/treaties/t/canwzf/text (30.1.2024).
- https://www.atomicarchive.com/resources/documents/deterrence/trilateral.html (30.1.2024).
- https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26 (1.2.2024).
- https://www.aa.com.tr/tr/dunya/putin-rus-devletinin-varligina-tehdit-olursa-nukleer-silah-kullanacaklarini-soyledi/3008761 (7.2.2024).
- https://www.trthaber.com/haber/dunya/rusya-ukraynanin-fuze-sistemlerimizi-vurma-girisimi-nukleer-silah-kullanma-sebebi-828287.html (7.2.2024).
- https://www.nato.int/strategic-concept/ (7.2.2024).
- https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm (8.2.2024)



Milletvekili, Cumhurbaşkanı veya Mahalli İdareler Seçiminde Aday Olan Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Görevden Çekilmesi Gerekir mi?

Volkan ASLAN*

Öz

Milletvekili, Cumhurbaşkanı veya mahalli idareler seçiminde aday olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmesi gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Yüksek Seçim Kurulu (YSK) da uzun yıllardır verdiği kararlarında dar anlamda kamu görevlisi olmadıklarından bahisle sayılan kimselerin seçimler öncesinde aday olabilmek için görevden çekilmek zorunda olmadıklarını kabul etmektedir. Ancak 2023 yılında gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçiminin ikinci tura kalmasının ardından söz konusu kararların yerindeliği sorgulanmaya başlanmıştır. Zira milletvekili seçilmelerine rağmen görevdeki Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar Cumhurbaşkanlığı seçiminin ikinci tura kalması sebebiyle Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlık görevlerine devam etmişlerdir. Bu durum ise iki görevin aynı kişide birleşemeyeceğini öngören Anayasamıza açıkça aykırılık oluşturmuştur. Çalışmada da YSK kararlarına rağmen parlamento seçiminde aday olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahalli idare seçimlerinde ise Anayasa uyarınca merkezi yönetim ile mahalli idareler arasında olması gereken ayrılık ve konuya ilişkin diğer düzenlemeler gereğince, aday olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede YSK tarafından verilen güncel kararların mahalli idareler seçimlerinde emsal teşkil etmesi mümkün değildir. Cumhurbaşkanı seçiminde aday olan görevdeki Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların ise görevlerinden çekilmesi gerekmemektedir. Çalışmanın genelinde konuya ilişkin açık düzenlemelere yer verilmesi önerildiği gibi YSK'nın görevden çekilmesi gerekenleri belirlerken her seçim türü ile ilgili ayrı değerlendirme yapması ve görevden çekilmeye ilişkin doğrudan düzenlemenin yanı sıra Anayasa'nın diğer maddelerini de dikkate alması gerektiği savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Milletvekili Seçimi, Cumhurbaşkanı Seçimi, Mahalli İdareler Seçimi, Seçilme Yeterliliği, Görevden Çekilme Zorunluluğu, Türk Başkanlık Sistemi

Is Resignation Required for Vice-Presidents and Ministers Before Running in Turkish Parliamentary, Presidential, and Local Elections?

Abstract

According to Turkish law, public servants must resign if they wish to run for election. However, no clear regulation states that vice-presidents and ministers, who are candidates in forthcoming parliamentary, presidential, or local elections, must resign from their offices. The Supreme Election Council (SEC) has, for many years, accepted that ministers do not need to resign from their office to become candidates before elections since they are not considered "public servants in the strict sense." However, after the concurrent parliamentary and presidential elections in 2023, the legitimacy of these decisions began to be questionable. Although they were elected as members of parliament, the vice-president and ministers continued to serve in their executive capacities while the presidential election went to a second round. This situation clearly contradicts the Turkish Constitution, which stipulates that a single individual cannot simultaneously hold

* **Sorumlu Yazar:** Volkan Aslan (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: volkan.aslan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1136-7556

Atf: Aslan V, "Milletvekili, Cumhurbaşkanı veya Mahalli İdareler Seçiminde Aday Olan Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Görevden Çekilmesi Gerekir mi?" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0004>



legislative and executive branches. Therefore, it is concluded that despite the decisions of the SEC, the vice-presidents and ministers who are candidates in parliamentary elections should resign from their offices before the elections. In accordance with the separation between the central government and local governments as foreseen by the Constitution and other relevant regulations, the vice-president and ministers also have to resign from their offices if they want to run in local elections. On the other hand, incumbent vice-presidents and ministers who want to run for presidential election need not resign from their offices.

Keywords

Parliamentary Election in Turkey, Presidential Election in Turkey, Local Election in Turkey, Criteria for Candidates in Turkish Elections, Turkish Presidential System

Extended Summary

According to longstanding decisions by the Supreme Election Council (SEC), incumbent vice-presidents and ministers are not required to resign from their posts if they become candidates in parliamentary, presidential, or local elections. Before the 2017 constitutional amendments, the Turkish Constitution had a special regulation regarding this matter, but it was abolished with those amendments. Currently, the Constitution contains a general regulation on the eligibility to be a deputy, stating that public servants must resign if they wish to run in elections. This regulation also specifies several professions whose members cannot run for election without resigning: judges and prosecutors, members of the high courts, lecturers at higher education institutions, members of the Council of Higher Education, members of the armed forces, public servants, and other public employees not regarded as private workers due to the nature of their duties. These individuals cannot stand for election or be eligible to serve as deputy unless they resign their positions.

Previously, Article 114 of the Constitution, titled “Interim Council of Ministers in Elections,” stipulated that the ministers of justice, internal affairs, and transportation would resign before general elections for the Turkish Grand National Assembly. However, this obligation was not contingent on whether ministers would be candidates in the upcoming elections. Ministers who did not intend to run in the next parliamentary elections were also required to resign under this article. For many years, the SEC justified its decisions based on this regulation, asserting that it was unnecessary for ministers not listed in the regulation to resign before elections. Despite the abolition of this regulation in the 2017 amendments and significant changes to the Constitution, particularly the shift from a parliamentary to a presidential system, the SEC continued to adopt a similar approach in its decisions in 2023. The SEC’s rationale, both historically and presently, is grounded in the belief that ministers should not resign to become candidates since they are not considered “public servants in the strict sense.”

However, following the concurrent parliamentary and presidential elections in 2023, the legitimacy of these decisions came into question. The vice-president

and ministers serving in executive roles, who were also elected as members of parliament, continued holding their positions as the presidential election advanced to a second round due to a lack of absolute majority. This situation directly contradicts the Turkish Constitution, which prohibits individuals from simultaneously holding legislative and executive branches. Consequently, it can be argued that the legitimacy of the SEC's decisions has been undermined, necessitating the resignation of vice-presidents and ministers who are parliamentary candidates before elections.

There is no explicit regulation in Turkish law requiring vice-presidents and ministers who intend to run in local elections to resign from their duties. However, distinctions exist between rules for local and parliamentary elections. Accepting that vice-presidents and ministers need not resign from office for local elections may pose challenges regarding ministry powers over local governments, as stipulated in the Turkish Constitution and relevant legislation. Given that central government officials possess significant powers that can influence local governments, similar to parliamentary elections, it is advisable for vice-presidents and ministers running for local government positions to resign. Conversely, there is no such requirement for presidential candidates.

Although it is suggested that clear regulations on the subject should be included in Turkish law, it is also argued that the SEC should make a separate assessment for each type of election when determining who needs to resign from office. The SEC should also consider other constitutional regulations in addition to direct regulations on resignations from office. In this regard, the article also questions the sole reliance on the resignation regulation in the Constitution when determining whether vice-presidents and ministers are obligated to resign. It argues that the strict definition of "public servant" should not be the sole factor in this determination.

I. Giriş

Seçim hukukumuzda adaylıktan önce görevden çekilip çekilmemeyle ilgili tartışmaların özellikle son yıllarda gerçekleştirilen milletvekili seçimleri ile mahalli idareler seçimlerinde fazlasıyla gündeme geldiği görülmektedir. Örneğin, 2019 mahalli idareler genel seçimleri öncesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanı Binali Yıldırım'ın Adalet ve Kalkınma Partisinden İstanbul Büyükşehir Belediye başkanlığına aday olmasına rağmen Meclis başkanlığından belirli bir süre ayrılmaması TBMM Başkanı'nın tarafsızlığı bağlamında¹ tartışmalara sebep olmuştur.² Nitekim milletvekillerinin mahalli idare seçimlerinde aday olmak için istifa etmek zorunda olmadıkları açıkça düzenlense de aynı anda TBMM başkanlığı görevini yürüten bir milletvekilinin başkanlığı bırakıp bırakmaması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Anayasamızın 94. maddesinin son fıkrasında “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Başkanvekilleri, üyesi buldukları siyasî partinin veya parti grubunun Meclis içinde veya dışındaki faaliyetlerine; görevlerinin gereği olan haller dışında, Meclis tartışmalarına katılamazlar; Başkan ve oturumu yöneten Başkanvekili oy kullanamazlar.*” düzenlemesi bulunduğu ve mahalli idareler seçiminde aday olmak “üyesi bulunulan siyasi partinin Meclis dışındaki faaliyeti” sayılabileceğinden bu durumun Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülmektedir. Bu sebepten ve eleştirilerden olsa gerek, Binali Yıldırım da seçimlerden önce, Şubat 2019'da TBMM başkanlığından istifa etmiştir.³

Diğer bir tartışmalı durum ise 2023 yılında gerçekleştirilen Milletvekili ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sürecinde söz konusu olmuştur. 14 Mayıs 2023 tarihinde gerçekleştirilen milletvekili seçimlerinde, görevde olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve ikisi dışında⁴ bakanların tamamı milletvekili aday olmuştur, Yüksek Seçim Kurulu (YSK) vermiş olduğu kararlarda⁵ Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların milletvekili aday olabilmek için görevden çekilmek zorunda olmadıklarına hükmetmiştir.

Bazı bakanların isimlerinin belediye başkanlığı adaylığı için yoğun şekilde konuşulduğu 2023 yılının sonlarında ise benzer bir tartışma, 2024 Mahalli İdareler Seçiminde aday olunması halinde görevden çekilmenin gerekip gerekmediğine

¹ Bu konuda güncel bir çalışma için bkz.: Ahmet Melihsah Çevlik, ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın Tarafsızlığı ve Anayasa Değişikliği Kanun Tekliflerini İmzalaması Sorunu’ (2023) 29 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 251-265.

² Örneğin bkz.: Tolga Şirin, ‘Meclis Başkanı'nın İstifa Etmesi Zorunlu mu?’ <https://www.tolgashirin.com/post/meclisbaskani> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı, Ekin 2021) 632-634.

⁴ Milletvekili aday olmayan Kültür ve Turizm Bakanı Mehmet Nuri Ersoy'la Sağlık Bakanı Fahrettin Koca Cumhurbaşkanı Seçiminin ikinci turundan sonra bakan olarak yeniden atanmışlardır.

⁵ Yüksek Seçim Kurulu, 18 Nisan 2023 tarihli, 2023/617 ve 2023/618 sayılı kararlar. Bu kararlar Resmî Gazete 'de yayımlanmamıştır. Bu karar metinlerine Kurulun internet sitesinde ulaşılabilir. <https://www.ysk.gov.tr/tr/karar/liste> Erişim Tarihi 15 Kasım 2023. Çalışmada kullanılmakla birlikte bu şekilde ulaşıldığı belirtilmeyen kararlara Resmî Gazete'nin internet sitesinden ulaşılmıştır.

ilişkin olarak gündeme gelmiştir. 31 Mart 2024 Pazar günü gerçekleştirilen mahalli idareler seçiminde aday olabilmek için mevzuat gereği çekilmesi veya görevinden ayrılması gerekenlerin çekilme veya görevden ayrılma isteğinde bulunma tarihlerinin belirlenmesi amacıyla YSK 19 Ekim 2023 tarihinde bir karar⁶ vermiş ve bu karar 27 Ekim 2023 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. Ancak söz konusu kararda, görevde bulunan Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların mahalli idareler seçiminde aday olabilmek için görevden çekilmesinin gerekli olup olmadığı açık bir şekilde belirtilmemiştir. Söylentilerin aksine bu seçimlerde herhangi bir bakan aday olmamış ve bu konudaki tartışmalar teorik düzeyde kalmıştır.

Çalışmada söz konusu gelişmeler ışığında, seçimlerde aday olacak Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu bakımdan ilk olarak konuyla ilgili düzenlemelere yer verilmiş; devamında YSK’nın Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların milletvekili adayı olabilmeleri için görevden çekilmek zorunda olmadıklarına hükmettiği güncel kararlar ele alınmış, bu kararların yarattığı sorunlara değinilmiştir. Sonrasında, adaylıktan çekilme hususu Cumhurbaşkanı seçimi bağlamında kısaca ele alınmıştır. Akabinde ise mahalli idareler seçiminde aday olacak Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilme zorunluluğu olup olmadığı hem güncel hem de eski kararlar ışığında tartışılmıştır.

II. Konuyla Doğrudan İlgili Düzenlemeler

1982 Anayasası’nın milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin 76. maddesinde, hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensuplarının, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının, Yükseköğretim Kurulu üyelerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensuplarının görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri düzenlenmektedir.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun “Adaylık için görevden çekilmesi gerekenler” başlıklı 18. maddesinde, hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensuplarının, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyelerinin, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin aday olmak isteyen belediye başkanları ve subaylar ile astsubayların, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyelerinin, il genel meclisi üyelerinin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim

⁶ Yüksek Seçim Kurulu, 19 Ekim 2023 tarihli, 2023/1460 sayılı karar.

ve denetim kurullarında görev alanların genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamayacakları ve aday gösterilemeyecekleri düzenlenmektedir.

6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu'nun "Adayların görevden ayrılması ve göreve dönmesi" başlıklı 11. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı adayı gösterilen hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, belediye başkanları ve subaylar ile astsubaylar, siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar, aday listesinin kesinleştiği tarih itibarıyla görevlerinden ayrılmış sayılmaktadır.

2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'un 17. maddesinde ise milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarların mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda olmadıkları düzenlenmektedir.⁷

Söz konusu düzenlemeler dışında aşağıda da görüleceği üzere, görevden çekilmenin gerekli olup olmadığına ilişkin argümanları savunmak amacıyla dayanak olarak kullanılabilir başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Ancak ne konuya ilişkin yukarıda zikredilen düzenlemelerde ne de konuyla ilintili diğer düzenlemelerde Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların seçimlerde aday olabilmek için görevden çekilmelerinin gerekli olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

2017 değişikliklerinden önce 1982 Anayasası'nda bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı. 2017 değişiklikleri öncesinde Anayasa'nın "Seçimlerde Geçici Bakanlar Kurulu" başlıklı 114. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerinden önce, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlarının çekileceği düzenlenmekteydi. Maddenin devamında, seçimin başlangıç tarihinden üç gün önce; seçim dönemi bitmeden seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde ise bu karardan başlayarak beş gün içinde, bu bakanlıklara TBMM içinden veya dışarıdan

⁷ Maddenin devamı uyarınca, "Milletvekilliği, belediye başkanlığı, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliği ile muhtarlık bir şahıs uhdesinde birleşemez. Bu görevlerin birisinde bulunanlardan bir diğerine seçilenler, seçim sonuçlarının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde tercih haklarını kullanırlar. Bu süre içinde tercih haklarını kullanmayanlar seçildikleri yeni görevi reddetmiş sayılırlar."

bağımsızların başbakanca atanması öngörülüyordu.⁸ Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu çekilme zorunluluğu bakanların bir sonraki seçimlerde aday olmalarıyla/ olmamalarıyla alakalı bir durum olmamıştır. Zira milletvekili adayı olmayacak adalet, içişleri ve ulaştırma bakanlarının da çekilmesi bu düzenleme uyarınca söz konusu olmuştur. 2017 anayasa değişiklikleri ile birlikte bu madde tamamen ilga edilmiştir.

1982 Anayasası'nın gerekçesinde yeterince izah edilmeyen ve 1961 Anayasası'nın 109. maddesine benzer şekilde, yeni Anayasanın prensipleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle düzenlendiği belirtilmekle yetinilen⁹ bu düzenlemenin temelinde özellikle 1950'li yıllarda seçim süreçlerinde ortaya çıkan ve seçimlerin demokratikliğini şüphe altına sokan çeşitli sıkıntılar etkili olmuştur.¹⁰ 2017 değişiklikleri ile maddenin yürürlükten kaldırılması da önerilen hükümet sistemine uyum sağlamak amacıyla anayasanın farklı maddelerinde bulunan bazı ibarelerin değiştirilmesi, bazı maddelere yeni ibareler eklenmesi, bazı maddelerde de bir kısım ibarelerin metinden çıkarılması kapsamında gerekçelendirilmiştir.¹¹

III. Milletvekili Seçimi Öncesi Görevden Çekilme

Yukarıda belirtildiği üzere, 14 Mayıs 2023 günü gerçekleştirilen milletvekili seçimlerinde görevde olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların çoğu milletvekili adayı olmuş, YSK vermiş olduğu kararlarda¹² Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların milletvekili adayı olabilmek için görevden çekilmek zorunda olmadıklarına hükmetmiştir.

Söz konusu kararlara bakıldığında, Anayasa'da, 2839 sayılı Kanun'da, diğer seçim kanunlarında ve mevzuatta görevden çekilmesi öngörülenler arasında Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar ismen zikredilmemekle birlikte, bunların "kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri" kapsamı içinde yer alıp almadıklarının

⁸ 114. madde şu şekildeydi: "Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerinden önce, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanları çekilir. Seçimin başlangıç tarihinden üç gün önce; seçim dönemi bitmeden seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde ise, bu karardan başlayarak beş gün içinde, bu bakanlıklara Türkiye Büyük Millet Meclisi içinden veya dışarıdan bağımsızlar başbakanca atanır. 116 ncı madde gereğince seçimlerin yenilenmesine karar verildiğinde Bakanlar Kurulu çekilir ve Cumhurbaşkanı geçici Bakanlar Kurulunu kurmak üzere bir Başbakan atar. Geçici Bakanlar Kuruluna, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanları Türkiye Büyük Millet Meclisindeki veya Meclis dışındaki bağımsızlardan olmak üzere, siyasi parti gruplarından, oranlarına göre üye alınır. Siyasi parti gruplarından alınacak üye sayısını Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı tespit ederek Başbakana bildirir. Teklif edilen bakanlığı kabul etmeyen veya sonradan çekilen partililer yerine, Türkiye Büyük Millet Meclisi içinden veya dışarıdan bağımsızlar atanır. Geçici Bakanlar Kurulu, yenilenme kararının Resmi Gazete'de ilanından itibaren beş gün içinde kurulur. Geçici Bakanlar Kurulu için güvenoyuna başvurulmaz. Geçici Bakanlar Kurulu seçim süresince ve yeni Meclis toplanıncaya kadar vazife görür."

⁹ Bkz.: Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu (Hazırlayanlar), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (3. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2021) 692. 1961 Anayasası'nda da birkaç kelime farkı dışında konunun benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bkz.: 1961 Anayasası, m. 109.

¹⁰ Ramazan Cengiz Derdiman, Zeynep Kağan, '1982 Anayasasında Organik ve Fonksiyonel Yönü İtibarıyla "Geçici Bakanlar Kurulu" (2016) 6 (1) Hacettepe HFD, 41.

¹¹ Bkz.: Yılmazoğlu, Perdecioğlu (n 9), 693.

¹² Yüksek Seçim Kurulu (n 5).

açıklığa kavuşturulmasına odaklanıldığı görülmektedir. Bu bakımdan Kurulun konuyla doğrudan ve dolaylı ilgili birçok kanundan alıntı yaparak Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların çekilme zorunluluğu olan “diğer kamu görevlileri” kapsamına girip girmediğine ilişkin ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirdiği söylenebilir. Söz konusu incelemede de “Anayasanın 76’ncı maddesi ile 2839 sayılı Kanunun 18’inci maddesinde yer alan “kamu görevlileri” ifadesinin genel ve soyut manada kamu görevi üstlenenleri mi yoksa dar anlamda ve somut olarak bir kamu kurumuyla istihdam ilişkisi içinde bulunan idare ajanlarını mı kastettiğine” özellikle önem atfedilmiştir.

Gerçekten de “kamu görevlisi” kavramı çeşitli kanunlarda farklı şekilde tanımlanmaktadır. YSK’nın da atıf yaptığı Türk Ceza Kanunu (TCK) örneğin, normalde kamu görevlisi olmayan kişileri bazı durumlarda kamu görevlisi saymaktadır. Bu bakımdan TCK, “*görülen işin kamusal bir faaliyet*” olmasına önem vermektedir. Ancak diğer hukuk dallarında kamu görevlilerinin kapsamı aynı şekilde belirlenmemektedir. Örneğin, seçim hukukumuz bakımından çok daha dar bir kapsam söz konusudur. YSK’ya göre,

“(…) gerek Anayasanın 76’ncı maddesinde gerekse 2839 sayılı Kanunun 18’inci maddesinde **“kamu kurum ve kuruluşlarının”, “memur statüsündeki”** görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından **“işçi niteliği taşımayan”** diğer kamu görevlileri ifadelerine yer verilme suretiyle, ceza kanunlarının uygulanmasındaki “geniş anlamdaki” kullanımın aksine, seçim hukuku bakımından; bir kamu kurumunda **“iş akdi dışında”** kurulan bir istihdam ilişkisiyle, bir kadro ya da sözleşmeli personel pozisyonunda **“sürekli bir biçimde”** istihdam edilenleri kastedecek şekilde, **“dar anlamda”** kamu görevlisi tanımının düzenlendiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Kaldı ki, bir an için maddede geçen “kamu görevlileri” kavramının genel ve soyut anlamda kamu görevi ifa edenlerin tümünü kapsadığının kabul edilmesi halinde, Anayasa’nın 76’ncı maddesinde ve 2839 sayılı Kanununun 18’inci maddesinde sadece “kamu görevlileri” kavramına yer vermekle yetinilip, genel anlamda kamu görevi ifa etmeleri nedeniyle, “hakimler ve savcılar”, “yüksek yargı organları mensupları”, “yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları”, “YÖK ve RTÜK üyeleri”, “belediye başkanları”, “subaylar ile astsubaylar” vd. kamu görevlilerine ilişkin ifadelerin hiçbirine maddede yer verilmeyip, kanun koyucu tarafından maddede sadece “yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri” ifadesine yer vermekle yetinilebilirdi. Bu durumda da unvanına ve istihdam biçimine bakılmaksızın -milletvekilleri de dahil olmak üzere- kamu görevi ifa edenlerin tamamının, aday olmak için görevlerinden çekilmeleri gerekirdi. Bu nedenle, Anayasa’nın 76’ncı ve 2839 sayılı Kanununun 18’inci maddelerinde kamu görevi ifa eden bir kısım görevlilerinin ayrı ayrı görev ve unvanları belirtilmek suretiyle düzenlenmiş olması nedeniyle, kanun koyucunun muradının genel ve soyut anlamda kamu görevi ifa edenlerin tüm görevlilerin değil, sadece maddede zikredilen belirli kamu görevlileriyle, maddede ismen belirtilmemekle birlikte, bir kamu kurumunda **“iş akdi dışında”** kurulan bir istihdam ilişkisiyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/A maddesi çerçevesinde memur kadrosunda ya da sözleşmeli personel pozisyonlarında **“sürekli bir biçimde”** istihdam edilen, **“dar anlamda”** kamu görevlilerinin aday olmak için görevlerinden çekilmeleri gerekmektedir.”¹³

¹³ Yüksek Seçim Kurulu (n 5).

Bir diğer ifadeyle Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar “yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan” diğer kamu görevlileri kapsamında olmayıp, Cumhurbaşkanı tarafından atanan, “siyasi fonksiyonu bulunan kamu görevlileridir.” YSK bu kanaate ulaşıırken Anayasa Mahkemesinin 2012 yılında verdiği bir karara da atıfta bulunmuştur. Söz konusu kararda, 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu’nun yukarıda da anılan 11. maddesinde, aday olan görevdeki Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar için görevden ayrılma zorunluluğunun öngörülmemesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmüştür:

“Anayasa’nın 76. maddesinde milletvekili seçimleriyle ilgili olarak aday olan kamu görevlilerine görevden çekilme zorunluluğu getirilmiştir. Benzer yükümlülükler diğer seçim kanunlarında da yer almaktadır. Seçimlerde aday olan kamu görevlileri ile siyasi partilerin, sivil toplum örgütleri ve özel sektör kuruluşlarının bazı yöneticilerinin görevlerinden çekilme zorunluluğu getirilmesinin nedeninin bir taraftan seçim sürecinde kamu hizmetlerinin aksamasını engellemek, diğer taraftan bu kişilerin görevleri sebebiyle sahip oldukları imkânları seçim sürecinde kullanarak diğer adaylara karşı avantaj sağlamalarını engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 114. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinden önce Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlarının görevlerinden çekilmeleri öngörülmeyle birlikte diğer Bakanlar ve Başbakan açısından böyle bir çekilme yükümlülüğü getirilmemiştir. Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanların aday olmaları halinde görevden çekilme zorunluluğu getirilmemiş olmasının bu kişilerin görevlerinin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanların görevlerinden ayrılmaları ve bu görevlerin geçici olarak başkaları tarafından yürütülmesinin, seçim döneminde aksaklıklara neden olabileceğini gözeterek tercihini dava konusu kural doğrultusunda kullanması takdir yetkisi içindedir. **Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanların diğer kamu görevlileri ile aynı hukuksal durumda oldukları söylenemeyeceğinden** bu kişiler bakımından Cumhurbaşkanlığına aday olmaları halinde görevden çekilme zorunluluğu getirilmemiş olmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”¹⁴

Hem hükümet sistemi değişikliği hem de Anayasa’da yapılan diğer değişiklikler söz konusu kararın bugün için geçerliliğini sorgulatacak nitelikte olsa da Mahkemenin “bakanların diğer kamu görevlileri ile aynı hukuksal durumda oldukları söylenemeyeceği” yolundaki kanaatinin Yüksek Seçim Kurulu tarafından özellikle dikkate alındığı belirtilmelidir. Ayrıca bu karara paralel olarak YSK’nın 2014 yılında verdiği kararlarda¹⁵ da 2014 seçimlerinden önce Cumhurbaşkanlığı için aday olan Başbakanın görevinden istifasının gerekip gerekmediği hususu karara bağlanırken bakanların, “yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri” kapsamında yer almadığı sonucuna ulaşıldığını belirtmek gerekmektedir:

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/30, K. 2012/96, 15.06.2012. Vurgu bana aittir. Çalışmada kullanılan Anayasa Mahkemesi kararlarına Mahkemenin internet sitesinden ulaşılmıştır.

¹⁵ Yüksek Seçim Kurulunun 12.07.2014 tarihli ve 2014/3237 sayılı kararı ile 12.07.2014 tarihli ve 2014/3319 sayılı kararı. Karar metinlerine Kurulun internet sitesinden ulaşılmıştır. Bkz.: <https://www.ysk.gov.tr/tr/karar/liste> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2024.

“Esasen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın, 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu’nun ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun söz konusu maddelerinin salt kendi içlerinde değerlendirilmeleri de aynı görüşü doğrulamaktadır. Nitekim her üç kanunda da görevlerinden çekilmeleri/ayrılmış sayılmaları gerekenler arasında yüksek yargı organları, silahlı kuvvetler mensupları gibi özellik arz edenler veya yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları gibi tereddüde neden olabilecek olanlar görev unvanı olarak belirtilerek sayıldığı halde, hem siyasal fonksiyonu bulunan hem de idarede en yetkili amir olarak yer alan ve bu nedenle dikkate değer bir özellik taşıyan Başbakan ve bakanlardan söz edilmemiştir. Öte yandan yasalarda yer alan “kamu görevlileri” deyimini genel ve soyut bir kavram olarak verilmemiş, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsünde olmamakla birlikte yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan görevlilerini belirtmek için kullanılmıştır. İdaredeki yeri ve hukuki durumu itibarıyla **başbakan ve bakanların, yasa koyucu tarafından seçim hukuku açısından “yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri” deyimini içinde ifade edildiğini kabul etmek mümkün görülmemiştir.**”¹⁶

6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu henüz kanunlaşmadan önce TBMM’de görüşüldüğü sırada, Başbakanın Cumhurbaşkanı adayı olması halinde görevinin kim tarafından yürütülmesi gerektiğine ilişkin 11. madde hakkında verilen önerenin kabul edilmemiş olması ve yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararında 11. maddenin Anayasa’ya uygun bulunması da YSK tarafından kararın gerekçesinde kullanılmıştır. Yine Anayasa’nın 114. maddesinin birinci fıkrasında sadece Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlarının çekileceğinin öngörülmesi de YSK’nın dayanaklarından birisi olmuştur.¹⁷

Öte yandan YSK’nın dayanak olarak kullandığı birçok kanun hükmünün dışında özellikle, aday ve aday adayı olup seçilemeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde göreve dönme imkânlarını düzenleyen 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkında Kanun, Ek madde-7’ye değindiği görülmektedir.¹⁸ Söz konusu madde uyarınca, “*Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay ve Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.*” Görüldüğü üzere bu hükmün bakanlar için uygulama alanı bulabilmesi mümkün değildir. Zira milletvekili olma koşullarını sağlamak kaydıyla bakanların atanması ve görevden alınması Cumhurbaşkanı’nın takdirine bağlıdır. Haliyle bu düzenleme, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların görevden çekilmesi gereken kamu görevlileri kapsamında görülemeyeceği

¹⁶ Yüksek Seçim Kurulu (n 15). Vurgu bana aittir.

¹⁷ Yüksek Seçim Kurulu (n 15).

¹⁸ Örneğin bkz.: Yüksek Seçim Kurulu (n 5).

görüşünü güçlendirmektedir.¹⁹ Görevden çekilmeye ilişkin kurallarda yer alan “kamu görevlisi” kavramının dar anlamda kamu görevlisi olduğu hususu dışında, bu hususu destekleyecek şekilde TBMM önünde and içmeleri, görev suçları sebebiyle Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi önünde yargılanmaları, yasama dokunulmazlığından faydalanmaları gibi özellikler Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların milletvekili adayı olmaları için görevlerinden çekilmelerine gerek olmadığı kanaatine ulaşılmada gereçler olarak kullanılmıştır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların dar anlamda veya geniş anlamda kamu görevlisi sayılmasına ilişkin tespitler görevden çekilme zorunluluğu bakımından başlı başına yahut tek başına belirleyici olmamalıdır. Nitekim mevzuatta bazı adaylıklar için kamu görevlisi olmayanların dahi görevlerinden çekilmesi/istifa etmesi gerekliliğine yer verilmektedir. Örneğin Milletvekili Seçimi Kanunu’nda (m. 18) siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyelerinin de görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamayacakları düzenlenmiştir.²⁰ Haliyle, dar anlamda kamu görevlisi olmadığı halde kişiler için görevden çekilme zorunluluğu mevzuatta öngörülebilmektedir. Dolayısıyla adaylık öncesi görevden çekilme zorunluluğunu tespit ederken doğrudan görevden çekilmeye ilişkin düzenlemenin yanı sıra Anayasa’daki ve ilgili mevzuattaki diğer düzenlemeleri de dikkate almakta fayda bulunmaktadır. Zira bu örnekten anlaşıldığı üzere, kişilerin dar anlamda veya geniş anlamda kamu görevlisi olması, görevden çekilme gerekliliği bakımından her zaman tek belirleyici olmayabilir.

2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde görevden çekilmesi öngörülen Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanları yine dar anlamda kamu görevlisi olmamalarına rağmen Anayasa uyarınca bu kişilerin görevden çekilmesi öngörülmekteydi. Diğer bir deyişle, görevinden çekilmesi gerekenlere ilişkin genel düzenlemenin yanı sıra bu konuda özel bir düzenleme de bulunmaktaydı. 2017 değişiklikleri sonrasında bu özel düzenleme Anayasa’dan çıkarılmış, görevden çekilmeye ilişkin genel düzenleme ise Anayasa’da yer almaya devam etmiştir. Ancak hükümet sistemi değişiklikleri, bakanlıkla milletvekilliğinin artık bağdaşmaması gibi özellikler 2017 öncesine göre farklı değerlendirmeleri mümkün kılabilir. Zira Anayasa’nın güncel metninde aday olmadan önce görevden çekilmesi gerekenler arasında Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların sayılmamasının tek başına belirleyici olmadığı öğretilerde savunulmaktadır. Gözler’e göre, Anayasa’nın 76. maddesi ile Milletvekili Seçimi

¹⁹ Aynı sonuç 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrasından da çıkmaktadır: “*Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar hariç olmak üzere, Cumhurbaşkanı adayı gösterilen Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri hâlinde, Yüksek Seçim Kurulunca Cumhurbaşkanının seçildiğinin ilân edilmesini takip eden bir ay içinde müraacaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.*” Gayet tabii eski bir bakan seçimleri kazanan rakibinin, yeni Cumhurbaşkanı’nın kabinesinde yer alabilir. Bu durum da “yeni” Cumhurbaşkanı’nın takdirine bağlıdır.

²⁰ Siyasi Partiler Kanunu’nun 40. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, “*Mahalli teşkilatın yönetim kurulu başkan ve üyelerinden, görev yaptıkları yerden aday adayı olmak isteyenlerin görevlerinden istifa etmelerine ilişkin usul ve esaslar siyasi partilerin tüzüklerinde belirlenir.*”

Kanunu, m. 18’de yapılan sayma “sınırlandırıcı” değil “örneklendirici” niteliktedir.²¹ Diğer bir ifadeyle söz konusu düzenlemelerde açıkça sayılmasa dahi bu kapsama giren birçok diğer kamu görevlisi mevcuttur:

“2018 öncesi üç bakanın istifa etmek şartıyla, diğer bakanların ise istifa etmeden milletvekili adayı olabilmelerinin pozitif anayasal temeli var iken, Anayasamızın 2018’den sonraki hâlinde bakanların istifa etmeden milletvekili adayı olmalarının bir anayasal temeli yoktur. Dolayısıyla günümüzde bakanların milletvekili adaylığı sorununu, 2018’de yürürlüğe girmiş yeni sistemin verileri çerçevesinde değerlendirmek gerekir.”²²

Haliyle 2017 değişiklikleri göz önüne alınarak Anayasa’da görevden çekilme hususunu etkileyebilecek diğer düzenlemelerin de hesaba katılarak bir sonuca ulaşılmasında yarar bulunmaktadır. Yüksek Seçim Kurulunun da Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin yaptığı değerlendirmenin “diğer kamu görevlilerinin” kapsamının belirlenmesi temelinde yapılması yerinde olmakla birlikte kararda Anayasa’nın diğer düzenlemelerinin dikkate alınmaması yerinde olmamıştır. Gerçekten de YSK’nın 2023 seçimlerinden önce verdiği ve fazlasıyla tartışma yaratan kararların “eksik kaldığı” bilhassa 14 Mayıs 2023 seçimlerinin ardından ortaya çıkmıştır: Milletvekili seçilmelerine rağmen görevdeki Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar Cumhurbaşkanlığı seçiminin ikinci tura kalması sebebiyle Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlık görevlerine devam etmişlerdir. Bu durum ise Anayasaya açıkça aykırı bir durum yaratmıştır. Nitekim Anayasamızın 106. maddesi TBMM üyelerinin, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanma halinde üyeliklerinin sona ereceğini düzenlemekte; bir diğer deyişle milletvekilliği ile bakanlık yahut Cumhurbaşkanı yardımcılığı sıfatının aynı kişide birleşmesine izin vermemektedir. Yine Anayasamızın 82. maddesinde milletvekillerinin, yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı Resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilemeyecekleri düzenlenmektedir. Ancak YSK’nın anılan kararlarının ardından Cumhurbaşkanlığı seçiminin ikinci tura kalması bu sonucu beraberinde getirmiştir. Üstelik söz konusu Anayasaya aykırılığın bakanlar tarafından da açık bir şekilde benimsendiği, bakanlar tarafından seçmenlere gönderilen kısa mesajlardan anlaşılmaktadır. Bu çerçevede eski bakanlardan Süleyman Soylu tarafından gönderilen kısa mesaj²³ oldukça çarpıcıdır:

²¹ Kemal Gözler, ‘Mayıs 2023 Seçimleri Sürecinde Ortaya Çıkan Seçim Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar’, iç Halit Aker ve Zeynel T. Kangal (edr), *Prof. Dr. Doğan Şenyüz’e Armağan (Hukuk [Cildi])* (Ekin 2023) 231.

²² ibid 232-233.

²³ Süleyman Soylu’nun seçildiği İstanbul 2. Bölge’de ikamet ettiğimden olsa gerek, söz konusu kısa mesaj bana da geldi.

Kıymetli Hemşehrim,
14 Mayıs Seçimleri'nde demokrasi
ve hukuk kazanmıştır.
Cumhurbaşkanlığı ve milletvekilliği
seçimlerinde verdiğiniz desteğe
çok teşekkür ediyor, selam ve
saygılarımı sunuyorum.

Süleyman SOYLU
İçişleri Bakanı
İstanbul Milletvekili B146

Görüldüğü üzere, birçok vatandaşa atılan söz konusu kısa mesajda Soylu'nun "İçişleri Bakanı" ve "İstanbul Milletvekili" unvanlarını birlikte kullandığı görülmektedir. Anayasaya bariz bir şekilde aykırı olan bu durum karşısında, yeni seçilen milletvekillerinin TBMM'de yemin etmesi ikinci tur Cumhurbaşkanlığı seçimlerinden sonraya bırakılmak suretiyle çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede 2 Haziran 2023 günü toplanan TBMM Genel Kurulunda, yeni seçilen milletvekillerinin çoğu yemin etmiş, ancak milletvekili seçilen Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar yemin törenine katılmamışlardır. Ertesi gün, 3 Haziran 2023 günü Cumhurbaşkanı TBMM'de ant içerek göreve başlamıştır. 7 Haziran 2023 günü ise milletvekili seçilen Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar yemin etmiş, hemen ardından yeni kabine üyeleri yemin ederek göreve başlamışlardır.²⁴ Ancak bu yöntemin de çözüm olmadığı açıktır. Gerçekten de yıllardır kabul edildiği ve YSK kararıyla²⁵ tescil edildiği üzere, milletvekili sıfatı yeminle değil seçimlerin tamamlanmasıyla kazanılmaktadır. TBMM İçtüzüğü'nün 3. maddesinde de milletvekillerinin ant içerek göreve başlayacakları; ant içmekten imtina eden milletvekillerinin, milletvekili sıfatından kaynaklanan haklardan yararlanamayacakları düzenlenmektedir. Bu düzenleme de milletvekili sıfatının yeminden önce kazanıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere, 14 Mayıs seçimlerinin ardından Anayasa bariz bir şekilde çiğnenmiştir ve buna sebebiyet verenlerden biri YSK'nın yukarıda değinilen yanlış yahut en azından "eksik" kararlarıdır.²⁶

²⁴ <https://www.tbmm.gov.tr/Haber/Detay?Id=2fd1d0a9-215c-4e75-b13d-018895d5bd5f> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2024.

²⁵ Seçimler tamamlandıktan ancak mazbata alınmadan önce vefat eden bir milletvekili hakkında verdiği kararla Yüksek Seçim Kurulu, oy verme günü olan pazar günü saat 17.00 itibarıyla 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu uyarınca müteveffanın milletvekili seçilmiş sayılmasına ve ölüm tarihi olan 26/07/2007 tarihi esas alınarak TBMM'de bir üyeliğin boşalmış olduğunun tespitine karar vermiştir. Bkz.: Yüksek Seçim Kurulu, 27 Temmuz 2007 tarihli, 2007/716 sayılı karar. Söz konusu karar öğretide de genellikle yerinde bulunmaktadır. Bkz.: Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2023) 706; Gözler (n 3) 559-560. Aksi görüş için bkz.: Levent Gönenç, *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları* (Adalet 2008) 317-320.

²⁶ Gözler (n 21) 228-235.

Öğretide de söz konusu durumla ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede milletvekili seçilen Cumhurbaşkanı yardımcısının yardımcılığının, milletvekili seçilen bakanların ise bakanlığının 14 Mayıs 2023 tarihinde saat 17.00 itibarıyla kendiliğinden sona erdiği ve Cumhurbaşkanı'nın bu kişiler yerine kısa bir süre için de olsa yeni atamalar yapması gerektiği²⁷ savunulduğu gibi; bakanlığın milletvekilliğiyle bağdaşmamakla birlikte Anayasa'da bu kişilerin görevinin kendiliğinden sona ereceğinin düzenlenmediği, yenileri atanıncaya kadar eski Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevde kalmasının amaçlandığı, bağdaşmazlığın yeni Cumhurbaşkanının yapacağı atamalar ile son bulacağı ve iki görevin birlikte yürütülmesinde ısrar edilmesi halinde milletvekilliğinin düşürülmesi sürecinin başlatılabileceği de savunulmuştur.²⁸ Ancak görüşlerde ortak olan nokta şüphesiz Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlığın milletvekilliği ile bağdaşmadığıdır, kısa süreliğine de olsa.²⁹

Dikkat edilirse burada birbiriyle bağlantılı iki tartışma konusu bulunmaktadır: Çalışmanın esaslı sorunlarından olan, milletvekili adayı olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilme zorunluluğunun olup olmaması, Cumhurbaşkanı seçiminin ikinci tura kaldığı durumlarda görevden çekilmeden milletvekili adayı olup seçilen Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların statüsü. Baştan belirtmek gerekir ki ikinci hususla alakalı yapılacak bir değerlendirme birinci hususla alakalı değerlendirmeyi de etkileyebilir.

1982 Anayasası'nın 106. maddesinin 4. fıkrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanmaları halinde üyeliklerinin sona ereceği düzenlenmektedir. Dikkat edilirse maddede Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan "atanma halinde"³⁰ görevin sona ereceği düzenlenmekte, milletvekilliğinin sona ermesi için Cumhurbaşkanı yardımcısı

²⁷ M. Emin Zarasız, 'Milletvekili Seçilen Bakanların Durumu', <https://www.perspektif.online/milletvekili-secilen-bakanlarin-durumu/> Erişim Tarihi 11 Nisan 2024; Tolga Şirin, 'Milletvekili Olanların Bakanlıkları Düştü', <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/milletvekili-olanlarin-bakanliklari-dustu,40067> Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

²⁸ Eren (n 25) 913-914; Abdurrahman Eren, 'Milletvekili Seçilen Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Görevi Ne Zaman Sona Erer?' <http://www.kanuniesasi.com/2023/05/16/milletvekili-secilen-cumhurbaskani-yardimcisi-ve-bakanlarin-gorevi-ne-zaman-sona-erer/> Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

²⁹ Ayrıca bkz.: Aylin Çırakçı, Naciye Betül Haliloğlu Pakdil, Ülkü Olcay Uykun Altıntaş, 'Taking Separation of Powers Seriously: Is it Constitutional for Turkish Ministers Elected as MPs to Continue Their Ministerial Posts?' <https://verfassungsblog.de/taking-separation-of-powers-seriously/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2024.

³⁰ Söz konusu düzenlemenin yerindeliği ayrı bir tartışma konusudur. Gerçekten de bakan olarak atanan milletvekilinin bu atamayı kabul etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme Anayasa'da bulunmamaktadır. Öğretide bu düzenlemenin Cumhurbaşkanı tarafından TBMM içerisindeki muhaliflerinin vekilliğini düşürmek için bir silah olarak kullanabileceği de ifade edilmiştir. Bkz.: Hasan Tunç, 'Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi ve Türkiye' (2019) 14 (2) ERÜHFD, 566-567. Gözler'e göre ise Cumhurbaşkanı bir milletvekilini bakan olarak atayacaksa bu kişinin rızasını önceden alması gerekli olup bakan olarak atanan kişi görevi kabul etmediğini TBMM Başkanı'na bildirirse atanan kişinin milletvekilliği düşmez. Atama işlemi muhatabının kabulünü gerektirmekte olup kabul etmeme halinde Meclis başkanı bakan olarak atanmaya ilişkin tezkereyi Genel Kurulda okutmamalıdır. Böyle bir durumda atama işlemi atama tarihinden itibaren geçersiz hale gelir. Bkz.: Gözler (n 3) 577, 946.

veya bakan olarak göreve başlama koşulu bulunmamaktadır.³¹ Dolayısıyla Anayasa, milletvekilliği ve Cumhurbaşkanı yardımcılığı/bakanlık arasındaki uyumsuzluğu iki görevin aynı anda yürütülmesini engelleyecek şekilde bir görev uyumsuzluğu olarak düzenlememektedir. Anayasa doğrudan milletvekili sıfatıyla birlikte Cumhurbaşkanı yardımcısı yahut bakan sıfatının birleşemeyeceğini kabul etmiş durumdadır. Buradan yola çıkılırsa milletvekili seçilen bir bakanın bakanlığının milletvekili seçildiği anda sona erdiğini kabul etmenin Anayasal bir gereklilik olduğu kabul edilebilir. Diğer taraftan Eren'e göre, "bağdaşmazlık "göreve başlama" ile değil "sıfatın kazanılması" ile doğmaktadır. Burada temel sorun bağdaşmazlık durumunun ne zaman doğduğu değil, "yaptırımıdır". Bu çerçevede yazar, Anayasa'da "kendiliğinden sona erme" yalnızca Yüce Divan'da seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyet durumunda öngörüldüğünden (1982 Anayasası, m. 106/9) iki görevde ısrar edilmesi durumunda milletvekilliğinin düşürülmesinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir.³² Hangi görüş kabul edilirse edilsin kesin olan şudur ki milletvekilliği sıfatı ile Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı/bakanlık sıfatı aynı kişide birleşemez. Yaptırımın ne olacağı tartışması bir yana bırakılırsa söz konusu bağdaşmazlık milletvekili adayı olan bakanların görevden çekilmesi gereğinin anayasal dayanağı olarak kabul edilebilir. Diğer bir deyişle, milletvekili adayı olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların Anayasa'nın 76. maddesi gereğince görevden çekilmelerinin gerekmediği kabul edilse bile Anayasa'nın 82. maddesi ve 106. maddesi görevden çekilmelerinin gerekli olduğu söylenebilir. YSK'nın son kararlarında söz konusu bağdaşmazlık ve Cumhurbaşkanı seçiminin ikinci tura kalması ihtimaline binaen yaşanacak sorunların da ele alınması gerekirdi.

Yüksek Seçim Kurulunun içtihadını sürdürmesi halinde mutlaka anayasal yahut yasal bir düzenleme yapmak suretiyle bu durumun önüne geçilmesi gerekmektedir. Nitekim uygulama, imkân dahilinde olmasına rağmen Anayasa'ya uygun bir şekilde gerçekleşmemiştir. Bu bakımdan görevdeki Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların milletvekili adayı olmaları halinde görevden çekilmelerinin gerektiği yolunda "açık" bir düzenleme yapılabileceği gibi, Cumhurbaşkanı seçiminin ikinci tura kalması durumunda milletvekili seçilmiş olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevlerinin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin "açık" bir düzenleme de yapılabilir. Böyle bir durumda, birinci ve ikinci tur arasında görev yapılacak şekilde geçici nitelikte atamalar Cumhurbaşkanı tarafından yapılabilir. Ancak bu hususta atılacak en doğru adımın -YSK'nın içtihadından dönmesini beklemezsizin- Cumhurbaşkanı

³¹ Uygulamada Cumhurbaşkanı yardımcılığı ile bakanlığa atanan milletvekillerinin atanmasına dair Cumhurbaşkanlığı tezkere TBMM Başkanlığına gönderilmekte; tezkere gündemin Başkanlığın Genel Kurula Sunuşları kısmında okunarak TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulmaktadır. Ardından tezkerenin tarihi itibarıyla milletvekilliğinin kendiliğinden sona erdiği kabul edilmektedir. Bkz.: Gözler (n 3) 577, 946; Reyhan Ayaz, 'Milletvekilliği ile Bağdaşmayan İşler ve TBMM Başkanlığının Konuya Bakış Açısı', (2020) (41) Yasama Dergisi, 118. Anayurt'a göre atama işleminin Resmî Gazete'de yayımından itibaren milletvekilliğinin son bulması gerekmektedir. Bkz.: Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022) 350, 352.

³² Eren (n 25) 914.

yardımcısı ve bakanların milletvekili adayı olmaları halinde görevden çekilmelerinin gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapmak olduğu düşünülmektedir. Üstelik böyle bir düzenlemenin illaki Anayasa’da yer alması da gerekmemektedir. Anayasa milletvekilliği ile Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı/bakanlığı bağdaştırmadığına göre Milletvekili Seçimi Kanunu’nda söz konusu düzenlemenin yapılmasının herhangi bir anayasal soruna da yol açmayacağı düşünülmektedir.

Bu arada, her ne kadar çalışma konusu Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmelerine ilişkin olsa da bu başlık altında ele alınan sorunların görevdeki Cumhurbaşkanı’nın milletvekili seçiminde aday olması durumunda da gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Gerçekten de dönem sınırlaması yahut başka bir sebeple görevdeki Cumhurbaşkanının bir sonraki seçimlerde milletvekili adayı olduğunu varsaydığımızda bu seçimlerde Cumhurbaşkanlığı seçimi ikinci tura kalacak olursa benzer sorunlar gündeme gelecek demektir. 1982 Anayasası bakanlara benzer şekilde 101. maddesinin 4. fıkrasında Cumhurbaşkanı seçilen milletvekilinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin sona ereceğini düzenlemektedir. Ancak görevdeki Cumhurbaşkanı’nın bir sonraki seçimlerde milletvekili adayı olması durumunda ne olacağına ilişkin bir düzenleme Anayasa’da bulunmamaktadır. Böyle bir durumda Cumhurbaşkanlığı seçimi ikinci tura kalırsa mevcut Cumhurbaşkanı hem milletvekili seçilmiş olacak hem de ikinci tur Cumhurbaşkanlığı seçimi yapıp yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar Cumhurbaşkanlığı görevini sürdürecektir. Diğer bir deyişle, kısa süreliğine³³ de olsa Cumhurbaşkanı sıfatı ile milletvekili sıfatı aynı kişide birleşmiş olacaktır...³⁴ Sonuç olarak milletvekili adaylığı öncesinde görevden çekilmeye ilişkin düzenleme ihtiyacının yalnızca Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanlar için değil Cumhurbaşkanı için de söz konusu olduğu söylenebilir.

IV. Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Görevden Çekilme

Yüksek Seçim Kurulunun yukarıda değinilen güncel kararlarında 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu’nun adayların görevden ayrılması ve göreve dönmesine ilişkin 11. maddesinin de ele alındığı görülmektedir. Bu çerçevede Kurul, Kanun’da geçen “*kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin*”

³³ Söz konusu sürenin oldukça düşük de olsa uzun olma ihtimali de bulunmaktadır. 6271 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca, “Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmediğine dair karar verilmesi hâlinde, Cumhurbaşkanı seçimi bir yıl geriye bırakılır.” Cumhurbaşkanlığı seçiminin 1. ve 2. turu arasında TBMM savaş sebebiyle böyle bir geriye bırakma kararı alırsa milletvekili seçimleri halihazırda tamamlanmış olduğundan Cumhurbaşkanı sıfatı ile milletvekili sıfatı uzun süreliğine aynı kişide birleşebilir. Bu durumda da 1982 Anayasası’nın üyeliğe bağdaşmayan işleri düzenleyen 82. maddesi uyarınca, görevine devam eden Cumhurbaşkanı’nın milletvekilliğinin düşürülmesi gerektiği söylenebilir.

³⁴ Böyle bir durum gerçekleşirse milletvekili seçilen Cumhurbaşkanının yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar milletvekili yemini etmemesi, bu süre içerisinde Cumhurbaşkanı yardımcısına vekâlet vermesi gibi seçenekler gündeme gelebilir. Ancak ne yapılırsa yapılsın milletvekilliği ile Cumhurbaşkanlığı sıfatının aynı kişide birleşmesi söz konusu olduğundan Anayasaya aykırı bir durumun gerçekleşmesi kaçınılmaz olacaktır.

Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanları içerip içermediğini değerlendirirken Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu'nu da ele aldığına göre Kurul Cumhurbaşkanlığına aday olacak Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların da görevden çekilmesinin gerekmediğini örtülü olarak kabul etmiş olmaktadır denilebilir. Yukarıda anılan, 2012 yılında vermiş olduğu kararda da Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanların diğer kamu görevlileri ile aynı hukuksal durumda oldukları söylenemeyeceğinden bu kişiler bakımından Cumhurbaşkanlığına aday olmaları halinde görevden çekilme zorunluluğu getirilmemiş olmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmadığına hükmetmişti.³⁵ Yine yukarıda anılan, YSK'nın 2014 yılında verdiği kararlarda³⁶ da 2014 seçimlerinden önce Cumhurbaşkanlığı için aday olan Başbakanın görevinden istifasının gerekmediği sonucuna ulaşılmıştı.

Günümüz bakımından da mezkûr kararların aynı şekilde geçerli olacağı belirtilebilir. Bu bakımdan Cumhurbaşkanı adayları olan Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların görevden çekilmelerinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Gayet tabii bir sonraki seçimde Cumhurbaşkanı adayları olacak Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın rakiplerine göre birçok avantajı olacaktır ancak bu durum hali hazırda Cumhurbaşkanı olan ve bir sonraki Cumhurbaşkanlığı seçiminde aday olan kişi için de -fazlasıyla- söz konusudur.

V. Mahalli İdareler Seçimi Öncesi Görevden Çekilme

Mahalli idareler seçiminde aday olacak Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların görevlerinden çekilmesi gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'un 36. maddesinde özel hüküm bulunmayan hallerde 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun ve bunların ek ve değişikliklerinin 2972 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bu durumda yukarıda değinilen, konuya ilişkin diğer kanunlarda yer alan düzenlemelerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde mahalli idare seçimlerinden önce gerçekleşecek görevden çekilmelerle ilgili de geçerli olduğu söylenebilir. Ancak baştan belirtmek gerekir ki 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'un 17. maddesinde yer alan, milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarların mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda olmadıklarına ilişkin düzenleme konu bakımından ayrıca dikkat çekmektedir.

³⁵ Anayasa Mahkemesi (n 14).

³⁶ Yüksek Seçim Kurulu (n 15).

Mahalli idareler seçimi öncesinde bakanların görevden çekilmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin Yüksek Seçim Kurulunun 2013 yılında verdiği bir karar bulunmaktadır. Bir siyasi parti tarafından yaklaşan seçimlerde bazı bakanların aday olması durumunda olası hukuki sorunların önüne geçilmesi amacıyla Kurula başvurularak adaylık için bakanların görevlerinden çekilmesinin gerekli olup olmadığı sorulmuş; Kurul da 30 Mart 2014 tarihinde yapılacak olan mahalli idareler seçiminde, bakanların aday olabilmek için görevlerinden çekilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.³⁷ YSK bu karara varırken mevzuattaki düzenlemeleri zikretmiş ve bir değerlendirme yapmıştır:

“Bilindiği üzere; Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin niteliklerinden biri de “demokratik devlet” olarak belirlenmiş ve demokratik devletin ancak siyasi partilerin varlığı ile gerçekleşebileceği görüşünden hareketle 68. maddesinde siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğunu vurgulamıştır. Öğretide ve uygulamada kabul edilen genel görüşe göre; siyasi partilerin amacı siyasi iktidara gelerek ülkeyi yönetmektir. Daha açık bir deyimle, siyasi partiler devletin yönetim yerlerine kendi temsilcilerini getirerek devleti kendi plân ve programlarına uygun olarak yürütmeyi amaçlayan siyasi nitelikli kuruluşlardır. Bakanların yeniden seçime girebilmeleri için bu görevlerinden çekilmeleri gerektiğinin kabulü, çok partili demokratik yönetimin özünden kaynaklanan ve yukarıda belirtilen ilkelere aykırı durumların ortaya çıkmasına neden olur. Eğer bunlar için de seçimden önce görevlerinden çekilmeleri gerektiği kabul edilirse siyasi iktidarı yönetmek için örgütlenip genel seçimlere katılan ve çoğunluğu elde ederek devleti yönetmeye hak kazanmış olan siyasi partinin veya partilerin bir sonraki seçime kadar yönetme hakkı, amaca aykırı olarak, dört ay gibi uzunca bir süre için durdurulacak veya o siyasi partinin gerçek (arzulanan) temsilcileri ya bir sonraki seçime girmeyecek veya yönetimden ayrılmak zorunda kalacaklardır. Bu durumların hiçbirini siyasi partilerin amaçları ve demokratik devletin işlerliği ile bağdaştırmak olanağı bulunmamaktadır.”³⁸

Devamında YSK, Anayasa ve mevcut mevzuatta görevden çekilmeleri öngörülenler arasında bakanların ismen zikredilmediğini belirtmiş, bunların maddelerde açıklanan “kamu görevlileri” kapsamı içinde yer alıp almadıklarını irdelemenin konunun açıklığı kavuşturulması için yeterli olacağını ifade etmiştir. Akabinde, “idaredeki yeri ve hukuki durumu itibarıyla” bakanların, yasa koyucu tarafından seçim hukuku açısından “yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri” deyimini içinde ifade edildiğini kabul etmenin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca YSK Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlarının görevlerinden çekilmelerini öngören ve içeriği bakımından konuya ilişkin özel bir düzenleme niteliği gösteren Anayasa’nın 114. maddesinde sadece Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlarının “Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerinden önce” çekilmelerinin düzenlendiğini belirtmiş; bu düzenlemenin bir istisna olduğunu ve mahalli idare seçimlerine ilişkin olarak görevden çekilmeye maddede yer verilmediğini vurgulamıştır. Ayrıca YSK 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun’un 17. maddesi ile ilgili şu yorumda bulunmuştur:

³⁷ Yüksek Seçim Kurulu, 28 Kasım 2013 tarihli, 543 sayılı karar.

³⁸ ibid.

“Diğer taraftan, 2972 sayılı Kanun’un 17. maddesinde, belediye başkanlarının Mahalli İdareler Seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda olmadıkları hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, mevcut belediye başkanı görev yaptığı yerde tekrar belediye başkanlığına aday olabilmek için istifa etmeyerek görevine devam edebilecek iken, aynı yerde belediye başkanlığına aday olmak isteyen kabine üyesinin (bakanın) görevinden çekilmesini beklemek adil bir yaklaşım tarzı olmayacaktır.”³⁹

Söz konusu kararda YSK son olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için kanuni dayanak olması gerektiğinden bahisle Anayasa’nın 13. maddesine atıf yaparak seçme ve seçilme hakkı bakımından kanunlarda böyle bir sınırlama olmadığını belirlemiş ve bakanların görevden çekilmelerine gerek olmadığını hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki içerdiği argümanlar bakımından bu kararın oldukça sorunlu olduğu düşünülmektedir. YSK’nın belirttiği gibi mahalli idare seçimlerinde aday olan bakanların görevden çekilmek zorunda kaldığını kabul etmek, devleti yönetmeye hak kazanmış olan siyasi partinin veya partilerin bir sonraki seçime kadar yönetme hakkının dört ay gibi uzunca bir süre için durdurulması anlamına gelmemektedir. Görevden çekilen bakanların yerine aynı partili yahut aynı partinin belirlediği kişilerin bakanlık görevini üstlenmesi mümkündür. Ayrıca geri çekilme zorunluluğunun olması demokratik devletin işlerliğini olumsuz etkilemek bir tarafta dursun seçimlerin adil olmasına katkıda bulunmak suretiyle demokratik devlet ilkesine hizmet eder. İkinci olarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından kanunilik ilkesine yapılan yollama yerinde ancak eksiktir. Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılmasını gerektirmekle birlikte hak ve özgürlüklerin doğrudan Anayasa ile sınırlandırılmasına engel değildir. Bakanların görevden çekilmesine ilişkin açık kanuni dayanak olmasa dahi Anayasa’da yer verilen ilgili düzenlemeler de bakanların aday olmadan önce görevden çekilmesini gerektirebilir. Diğer bir deyişle Anayasa da 13. madde anlamında kanunilik koşulunu sağlayabilir.⁴⁰ Bu bakımdan önemli olan, sınırlamaya konu olan anayasa düzenlemesinin öngörülebilir ve belirli olmasıdır.⁴¹ Üçüncü olarak, mevcut belediye başkanı görev yaptığı yerde tekrar belediye başkanlığına aday olabilmek için istifa

³⁹ ibid.

⁴⁰ “ (...) bu aşamada Anayasa Mahkemesince yapılması gereken iş, süreli yayınların geçici olarak kapatılmasını düzenleyen başka bir kanunun bulunmadığı gözetildiğinde somut müdahalede doğrudan dayanak olarak alınan Anayasa’nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının Anayasa’nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kural olup olmadığının değerlendirilmesinden ibarettir” Bkz.: Anayasa Mahkemesi, Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2016/54096, 30.6.2021, § 57.

⁴¹ “(...) müdahaleye imkân veren kuralın bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan ve kanunlara göre temel hak ve özgürlüklere çok daha yüksek güvence sağlayan Anayasa’nın bir kuralı olması da mümkündür. Bu çerçevede önemle vurgulamak gerekir ki temel hak ve özgürlüklere müdahale belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir anayasa normuna dayanmış müdahalenin kanuniliği şartı sağlanmış olacaktır (...) sınırlama doğrudan doğruya bir anayasa kuralına dayanıyorsa söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağına değerlendirilmesi gerekir.” Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu [GK], B. No: 2019/10634, 1.7.2021, § 75-76. Ayrıca bkz.: Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023, § 38.

etmeyerek görevine devam edebilecek iken, aynı yerde belediye başkanlığına aday olmak isteyen bakanın görevinden çekilmesini beklemenin adil bir yaklaşım tarzı olmayacağı yolundaki görüşü anlamak mümkün değildir. Sahip olunan imkânlar bakımından belediye başkanları ile bakanları kıyaslamak dahi anlamsızdır. Mezkûr karara varırken Kurulun en önemli dayanaklarının, bakanların görevden çekilmesine ilişkin Anayasa'nın (mülga) 114. maddesi ile bakanların hangi anlamda kamu görevlisi sayılması gerektiğine ilişkin argümanlar olduğu görülmektedir ki bakanların dar/geniş anlamda kamu görevlisi olup olmadığına ilişkin tartışma, yukarıda görüldüğü üzere YSK'nın günümüzdeki yaklaşımını da şekillendirmektedir. Ancak bu karar 2013 tarihli olup günümüze kadar hem üç bakanın istifa zorunluluğunu öngören 114. maddenin ilga edilmesi söz konusu olmuş hem de hükümet sistemimiz değişmiştir. Haliyle bu kararın günümüz bakımından emsal olmaması gerektiği savunulabilir. Ancak bu kararda yapılan ve bakanların hangi anlamda kamu görevlisi sayılması gerektiğine ilişkin tartışma günümüz bakımından da geçerli sayılabilir. Nitekim yukarıda görüldüğü üzere, Yüksek Seçim Kurulunun Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmeden milletvekili adayı olabileceklerine ilişkin güncel kararlarının⁴² temelinde de Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların "hangi anlamda kamu görevlisi" sayılacağı hususu yer almaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, 2972 sayılı Kanun'da milletvekillerinin mahalli idareler seçiminde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda olmadıkları düzenlenmektedir. Bilindiği üzere milletvekilleri de memur yahut dar anlamda kamu görevlisi değildir. Hatta yukarıda anılan, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların milletvekili adayı olabilmek için istifa etmek zorunda olmadıklarına dair kararlarda değinilen, "TBMM önünde and içme" veya "yasama dokunulmazlığından faydalanma" gibi özellikler milletvekilleri için de söz konusudur. Bu durumun doğal sonucu olarak, seçim hukuku bakımından bakanlar nasıl dar anlamda kamu görevlisi sayılmıyorsa milletvekilleri de dar anlamda kamu görevlisi sayılamaz. Bu duruma rağmen Mahalli İdareler Seçimi Hakkında Kanun mahalli idareler seçiminde aday olacak milletvekillerinin istifa etmek zorunda olmadığını açıkça düzenleme gereği duymuştur. Dolayısıyla bu hususta milletvekili seçimlerinden farklı bir düzenleme bulunmaktadır ve yukarıda eleştirilen YSK kararlarının mahalli idare seçimlerinde Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların aday olmaları bakımından emsal teşkil edemeyeceği söylenebilir. Nitekim Mahalli İdareler Seçimi Hakkında Kanun'daki düzenleme bir istisna düzenlemesidir ve istisnalar geniş yorumlanamaz. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanların da adaylıktan önce istifası/görevden çekilmesi gerekli görülmeseydi bu maddede milletvekillerinin yanında adı geçenlerin de mahalli idare seçimlerinde aday olabilmek bakımından istifa etmek zorunda olmadığı açıkça

⁴² Yüksek Seçim Kurulunun bakanların görevden çekilmesine ilişkin 2013 yılında verdiği karara güncel kararlarında hiç değinmemesi oldukça ilginç olup bu durumun sebebi anlaşılmalıdır.

düzenlenirdi. Görüldüğü üzere burada, kişinin dar veya geniş anlamda kamu görevlisi sayılıp sayılmamasının mahalli idare seçimleri bakımından milletvekili seçimleri ile aynı sonucu doğurmaması gereği çok daha kolay bir şekilde savunulabilmektedir. Bu argümanın arkasındaki temel dayanak da 2972 sayılı Kanun'un 17. maddesidir.

Öte yandan Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve bakanların mahalli idare seçimlerinde aday olabilmeleri için görevden çekilmek zorunda olmadıklarını kabul etmek, Anayasamız ve ilgili mevzuatta düzenlenen, Bakanlıkların mahalli idareler üzerindeki yetkileri açısından da sorun doğurabilir. Mevzuatımızda bu konuyla ilgili birçok düzenleme bulunmakla birlikte yalnızca Belediye Kanunu'na baktığımızda işin vahameti anlaşılabilir. Gerçekten de bu Kanun'da İçişleri Bakanlığı başta olmak üzere Bakanlıkların belediyeler üzerinde kullanabilecekleri birçok yetki düzenlenmektedir. Haliyle, merkezi idarenin en önemli görevlilerinden olan bakanların istifa etmeksizin üzerinde vesayet yetkisi kullanabilecekleri mahalli idarelerin yönetimine talip olması merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında Anayasa uyarınca olması gereken ayrılığın içini boşaltabilir. Örneğin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca, *“Belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması ve yeni belediye başkanı veya başkan vekili seçiminin yapılamaması durumunda, seçim yapılıncaya kadar belediye başkanlığına büyükşehir ve il belediyelerinde İçişleri Bakanı, diğer belediyelerde vali tarafından görevlendirme yapılır. Görevlendirilecek kişinin belediye başkanı seçilme yeterliğine sahip olması şarttır.”* Bu maddeye baktığımızda, İçişleri Bakanı'nın herhangi bir büyükşehir belediye başkanlığına aday olup bakanlıktan istifa etmemesi durumunda, yerel seçim takviminin başladığı tarih ile seçimler arasında bir boşalma olması durumunda dahi Bakan tarafından görevlendirme yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, Bakanın 2 aydan daha kısa bir süre içinde yarışacağı belediye başkanlığı makamına seçimden önce dilediği gibi görevlendirme yapabileceği sonucu çıkmaktadır. Yahut aynı Kanun'un 47. maddesinde, görevleriyle ilgili bir suç nedeniyle haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan belediye organları veya bu organların üyelerinin, kesin hükme kadar İçişleri Bakanı tarafından görevden uzaklaştırılabileceği düzenlenmektedir. Bu bakımdan İç İşleri Bakanının bir sonraki seçimde yarışacağı mevcut belediye başkanını suç soruşturması sebebiyle görevden uzaklaştırabilmesi ihtimali gündeme gelmektedir. Diğer bir örnek olarak Belediye Kanunu'nun 55. maddesindeki düzenleme anılabilir. Kanun'un 55. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, belediyenin malî işlemler dışında kalan diğer idarî işlemleri, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından denetlenebilir. İçişleri Bakanı'nın aday olmadan önce istifa etme zorunluluğu olmadığı kabul edilirse, başkanlığına yahut belediye meclisi üyeliğine aday olduğu bir belediye için bakanın, mali işlemler dışında kalan tüm idari işlemler için denetim başlatıp bu yetkiyi belediye başkanlığı yahut meclis üyeliği için yarıştığı kişiye/kişilere karşı kullanması mümkündür. Bu durumun ise seçimlerin adil olması başta olmak üzere birçok anayasal ve yasal ilkeyle bağdaşmayacağı açıktır.

İçişleri Bakanlığının söz konusu yetkileri dışında diğer bakanlıkların da mahalli idareler üzerinde sahip olduğu yetkiler mahalli idareler için aday olma ile bakanlık görevinin devamının mümkün olmaması gerektiğini göstermektedir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer alan düzenlemelerden örnekler verilebilir. Çevre, Şehircilik ve İklim Bakanlığının hizmet birimlerinden Mekânsal Planlama Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında, *“Belediyelerin mücavir alanları ile köylerin yerleşik alanlarının sınırlarının tespitine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve tespit edilen sınırları onaylamak”* da⁴³ bulunmaktadır. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının hizmet birimlerinden olan Sanayi Bölgeleri Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında, belediyelerce yapılacak sanayi sitelerinin idari ve sosyal tesis binaları, arsa bedelleri, mülkiyetin edinilmesi masrafları ile altyapı ve üst yapı yatırımlarının tamamına kadar olan kısmını mimarlık ve mühendislik hizmetleri dâhil kredi ile desteklemek de sayılmaktadır.⁴⁴ Yine Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının hizmet birimleri arasında yer alan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün yetkileri arasında, belediyeler ve il özel idarelerince yaptırılacak belirli⁴⁵ ulaşım altyapılarının proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak; belediyeler ve il özel idarelerinin teleferik, füniküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirmek ve uygun olanlarını Cumhurbaşkanının iznine sunmak; belediyeler ve il özel idareleri tarafından yaptırılacak teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak da sayılmaktadır.⁴⁶ Merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde bu kadar fazla yetkisi varken görevdeki Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın talip olduğu mahalli idare yöneticiliği için yarışırken görevinden ayrılmaması seçimlerin adil olması gerekliliği ve merkezi idare-mahalli idareler arasında olması gereken denge bakımından yıkıcı etkiye sahip olabilir. Gayet tabii bu gibi yetkiler, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanlar aday olmasa dahi bunların mensup bulunduğu partinin ilgili mahalli idare adayları lehine manipüle edilebilir. Ancak bu sorunun, merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerindeki yetkilerinden hükümet sistemine kadar birçok farklı boyutu bulunmakta olup bu hususlar başka bir çalışma konusu olabilecek kapsamdadır.

Mahalli İdareler Seçimi Hakkında Kanun'da milletvekillerinin mahalli idare adaylığı için istifa etmek zorunda olmamalarının açıkça düzenlenmesi de esasında benzer sebeplerden kaynaklanmaktadır. Zira milletvekillerinin belediye başkanı veya belediye meclisi üyesi olan “olası rakipleri” üzerinde kullanabilecekleri benzer yetkileri bulunmamaktadır. Ancak bu durum Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar için söz konusu değildir. Hatta Kanun'da bir değişiklik yapıp Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların mahalli idare adaylığı için istifa etmek zorunda olmamalarının açıkça düzenlenmesi durumunda dahi bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olacağı düşünülmektedir.

⁴³ 1 sayılı CBK, m. 102/1/ğ

⁴⁴ 1 sayılı CBK m. 390/1/d

⁴⁵ “Devletçe yaptırılacak demiryolları, lojistik köy, merkez veya üsler, limanlar, barınaklar, kıyı yapıları, hava meydanları.”

⁴⁶ 1 sayılı CBK m. 485/1/d-e-f

VI. Sonuç

Görevden çekilme ile ilgili değerlendirme yapılırken kamu görevlilerinin kapsamını belirlemek veya kimlerin dar/geniş anlamda kamu görevlisi olduğunu tespit etmek dışında Anayasa'nın ve ilgili mevzuatın da dikkate alınarak bütüncül bir yorum yapılması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar dar anlamda kamu görevlisi olmayabilirler, doğrudan konuya ilişkin düzenlemelerdeki görevden çekilmesi gereken kamu görevlileri kapsamında kabul de edilmeyebilirler ancak bu durum Anayasa'daki ve ilgili mevzuattaki diğer düzenlemeler gereğince bu makamdakilerin görevden çekilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmasını kategorik olarak engellemez. Yahut 2023 Cumhurbaşkanlığı seçiminin ikinci tura kalmasının ardından yaşananların gösterdiği gibi, çeşitli ihtimallerin hesaba katılarak değerlendirme yapılması bazı durumlarda kaçınılmaz olabilir. Yüksek Seçim Kurulunun kararlarındaki yanlışlık yahut eksiklik bu noktalardadır.

Yüksek Seçim Kurulunun Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmeden milletvekili adayı olabileceğine dair kararlarının yanlış yahut "eksik" olduğu özellikle 2023 Cumhurbaşkanlığı seçiminin ikinci tura kalmasının ardından daha iyi anlaşılmıştır. Öte yandan bu kararların daha özel kuralların söz konusu olduğu mahalli idare seçimlerine katılacak Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar bakımından emsal oluşturması mümkün değildir. Ayrıca Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevlerinden çekilmeden mahalli idareler seçimlerinde aday olabilmeleri 1982 Anayasası'nın merkezi idare ile yerel yönetimler arasında kurduğu dengeye de tamamen aykırı bir durum yaratacaktır.

Sonuç olarak mevcut Anayasamız ve mevzuat çerçevesinde çalışmada varılan sonuç, milletvekili seçimleri ile mahalli idareler seçiminde aday olacak Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevden çekilmelerinin zorunlu olduğudur. Ancak söz konusu zorunluluğun Anayasa ve ilgili mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmesinde de yarar bulunmaktadır. Böylelikle Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar bir yandan seçim çalışmaları yürütürken diğer yandan makamlarının gerektirdiği görevleri yerine getirmek zorunda kalmayacaklardır. Seçimler öncesi görevden çekilmenin düzenlenmesi seçimlerin daha adil olmasına da şüphesiz katkı sağlayacaktır. Hatta son mahalli idare seçimlerinde TBMM'nin kapısına kilit vurulduğu, bakanların partilerinin belediye başkan adaylarına oy toplamak için esnaf ziyaretleri dahi gerçekleştirdiği göz önüne alınırsa aday olmayan Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların dahi seçim çalışmalarına katılması ile ilgili radikal reformların gerektiği sonucuna ulaşılabilir.⁴⁷

⁴⁷ Hazır yeri gelmişken Yüksek Seçim Kurulunun bu konuya ilişkin "iyimserliğini" de eleştirmek gerekir: "(...) bütün seçimler hakkında ortak düzenlemeler içeren 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un, Üçüncü Bölümünün "Seçim Propagandası" başlıklı İkinci Kesiminde yer alan yasaklayıcı hükümler ve bu hükümlerin uygulanması dâhil, seçimlerin yargı organlarının yönetim ve denetimi altında yapılması, seçimlerde tarafsızlığın ve eşitliğin sağlanmasının ve bakanların seçimleri etkileyebilecek her türlü davranışını önlemenin gerçek güvencesini teşkil etmektedir." Bkz.: Yüksek Seçim Kurulu (n 5).

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Teşekkür: Arş. Gör. Ahmet Melihsah Çevlik'e ve Arş. Gör. Gökçe Nur Demir'e değerli katkıları için çok teşekkür ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgement: I would like to thank Res. Asst. Ahmet Melihsah Çevlik and Res. Asst. Gökçe Nur Demir for their valuable contributions.

Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler/ Books, Book Chapters and Articles

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022).

Ayaz R, 'Milletvekilliği ile Bağdaşmayan İşler ve TBMM Başkanlığının Konuya Bakış Açısı', (2020) (41) Yasama Dergisi, 107-133.

Çevlik AM, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın Tarafsızlığı ve Anayasa Değişikliği Kanun Tekliflerini İmzalaması Sorunu', (2023) 29 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 250-275.

Derdiman RC, Kağan Z, '1982 Anayasasında Organik ve Fonksiyonel Yönü İtibarıyla "Geçici Bakanlar Kurulu" (2016) 6 (1) Hacettepe HFD, 9-47.

Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2023).

Gönenç L, *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları* (Adalet 2008).

Gözler K, 'Mayıs 2023 Seçimleri Sürecinde Ortaya Çıkan Seçim Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar', iç Halit Aker ve Zeynel T. Kangal (edr), *Prof. Dr. Doğan Şenyüz'e Armağan (Hukuk Cildi)* (Ekin 2023) 219-250.

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı, Ekin 2021).

Tunç H, 'Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi ve Türkiye' (2019) 14 (2) ERÜHFD, 555-602.

Yılmazoğlu YE, Perdecioğlu İE (Hazırlayanlar), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (3. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2021).

Elektronik Kaynaklar/ Electronic Resources

Çırakçı A, Haliloğlu Pakdil NB, Uykun Altıntaş ÜO, 'Taking Separation of Powers Seriously: Is it Constitutional for Turkish Ministers Elected as MPs to Continue Their Ministerial Posts?' <https://verfassungsblog.de/taking-separation-of-powers-seriously/> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2024.

Eren A, 'Milletvekili Seçilen Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Görevi Ne Zaman Sona Erer?' <http://www.kanuniesasi.com/2023/05/16/milletvekili-secilen-cumhurbaskani-yardimcisi-ve-bakanlarin-gorevi-ne-zaman-sona-erer/> Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> Son Erişim tarihi 19 Mayıs 2024.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> Son Erişim tarihi 19 Mayıs 2024.

Şirin T, 'Meclis Başkanı'nın İstifa Etmesi Zorunlu mu?' <https://www.tolgasirin.com/post/meclisbaskani-erisim-tarihi-14-nisan-2024>.

Şirin T, 'Milletvekili Olanların Bakanlıkları Düştü', <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/milletvekili-olanlarin-bakanliklari-dustu>,40067 Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

<https://www.resmigazete.gov.tr/> Son Erişim tarihi 19 Mayıs 2024.

<https://www.tbmm.gov.tr/Haber/Detay?Id=2fd1d0a9-215c-4c75-b13d-018895d5bd5f> Erişim Tarihi 21 Mayıs 2024.

<https://www.ysk.gov.tr/tr/karar/liste> Son Erişim tarihi 19 Mayıs 2024.

Zararsız ME, 'Milletvekili Seçilen Bakanların Durumu', <https://www.perspektif.online/milletvekili-secilen-bakanlarin-durumu/> Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

Yargı Kararları/ Judgements and Decisions

Anayasa Mahkemesi, E. 2012/30, K. 2012/96, 15.06.2012.

Anayasa Mahkemesi, Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2016/54096, 30.6.2021.

Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu [GK], B. No: 2019/10634, 1.7.2021.

Anayasa Mahkemesi, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

Yüksek Seçim Kurulu, 27 Temmuz 2007 tarihli, 2007/716 sayılı karar.

Yüksek Seçim Kurulu, 28 Kasım 2013 tarihli, 543 sayılı karar.

Yüksek Seçim Kurulu, 12.07.2014 tarihli, 2014/3237 sayılı karar.

Yüksek Seçim Kurulu, 12.07.2014 tarihli, 2014/3319 sayılı karar.

Yüksek Seçim Kurulu, 18 Nisan 2023 tarihli, 2023/617 sayılı karar.

Yüksek Seçim Kurulu, 18 Nisan 2023 tarihli, 2023/618 sayılı karar.

Yüksek Seçim Kurulu, 19 Ekim 2023 tarihli, 2023/1460 sayılı karar.

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevini) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.